

Thiago Bottino

organizador

Amanda Petrillo de Lima

Ana Clara Xavier do Carmo

Arthur Maia Santana

Beatriz Guimarães Menezes

Bernardo Andreiuolo Tagliabue

Bianca de Oliveira Gomes

Catarina Pereira Lopes

Daniel Fizspan Alonso

Diana Lise Miranda Silva Vargas de Freitas

Egmon Henrique de Oliveira Costa

Fábio Amorim da Rocha Filho

Gabriel Rogenfisch Quintans

Giovanna Tavares Nery

Guilherme Soares Rodrigues

Heitor Peron Ramos Leon

Henrique Torres Pitanga Miguel

Isa Mota Rangel

Isabella Markendorf Marins

João Pedro Leitão Gomes Paravidino

João Pedro Teixeira Verbicario Dantas dos Santos

João Vítor Antunes dos Santos

Júlia Arruda Chagas

Julia Lie Sakashita de Freitas

Laura Fonseca Leite

Leandro Léo Rebelo

Lucas Ramos Krause dos Santos Rocha

Luiz Matheus Tavares Pompeu

Nicole Antunes Costa Feitosa

Pedro Enrique Angelito

Pedro Henrique Ribeiro de Freitas

Renan Dias de Carvalho

Rodrigo Bellotti

ANUÁRIO DE PUBLICAÇÕES DA GRADUAÇÃO

2021

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

Amanda Petrillo de Lima
Ana Clara Xavier do Carmo
Arthur Maia Santana
Beatriz Guimarães Menezes
Bernardo Andreiuolo Tagliabue
Bianca de Oliveira Gomes
Catarina Pereira Lopes
Daniel Fizspan Alonso
Diana Lise Miranda Silva Vargas de Freitas
Egmon Henrique de Oliveira Costa
Fábio Amorim da Rocha Filho
Gabriel Rogenfisch Quintans
Giovanna Tavares Nery
Guilherme Soares Rodrigues
Heitor Peron Ramos Leon
Henrique Torres Pitanga Miguel

Isa Mota Rangel
Isabella Markendorf Marins
João Pedro Leitão Gomes Paravidino
João Pedro Teixeira Verbicario Dantas dos Santos
João Vitor Antunes dos Santos
Júlia Arruda Chagas
Julia Lie Sakashita de Freitas
Laura Fonseca Leite
Leandro Léo Rebelo
Lucas Ramos Krause dos Santos Rocha
Luiz Matheus Tavares Pompeu
Nicole Antunes Costa Feitosa
Pedro Enrique Angelito
Pedro Henrique Ribeiro de Freitas
Renan Dias de Carvalho
Rodrigo Bellotti

ANUÁRIO DE PUBLICAÇÕES DA GRADUAÇÃO

2021

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 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 Danniel e Victor Almeida
Capa: S2 Books
Diagramação: Estúdio Castellani
Revisão: Sol Coelho e Letícia Zumaeta

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

Anuário de publicações da graduação 2021 [recurso eletrônico] /
Thiago Bottino (org.). — Rio de Janeiro : FGV Direito Rio, 2022.
1 recurso online (392 p.) : PDF

Dados eletrônicos.
ISBN 978-65-86060-39-3

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

CDD – 340

Elaborada por Márcia Nunes Bacha – CRB-7/4403

CONTEÚDO

Apresentação	7
A Infodemia do Coronavírus: A Nova Crise da OMS e os Meios Escolhidos para Contorná-la	11
Moral Tributária do Estado e dos Contribuintes: O Que Motiva e o que Desmotiva os Contribuintes a Pagar Impostos	47
O Impacto de Métodos de Avaliação em Grupos Marginalizados no Âmbito do Ensino Jurídico: O Caso de Testes Padronizados de Alto Impacto, Autoavaliações e Avaliações Escritas	81
Ética no Ensino Jurídico: Existe um Padrão Ético nas Universidades de Direito Brasileiras?	103
Can Non-injured States Invoke Responsibility for <i>Erga Omnes</i> <i>Partes</i> Obligations?	125
A Utilização de Tecnologias no Ensino Jurídico: Breve Histórico e Recomendações	173
Os Reflexos da Pandemia da Covid-19 na Governança em Saúde Global	187
Postcast — Conversa com Intérpretes do Brasil	211
Melhores Práticas para a Regulação de Plataformas — Análise do Projeto de Lei 2.630 de 2020	229
Metodologia Socrática: Críticas e Vantagens	243
Justiça Penal Consensual	257
Caminhos Regulatórios para o <i>Mobile Payment</i> no Brasil Regulatory Paths for The Mobile Payment's in Brazil	265
Controle do Tempo e Uso Estratégico nos Mecanismos de Participação da ANS	285
Principais Tópicos do Debate Sobre Moderação de Conteúdo	305
Mecanismos de Participação das Agências Reguladoras Federais: O Caso da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL)	331
O Marco Legal para Marketing e Publicidade On-line: uma Perspetiva Comparada	353
<i>By-Pass</i> Institucional da Agência Nacional de Vigilância Sanitária pelo Poder Legislativo	371

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 a 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. Através 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, em que os alunos de 3º e 4º período, respectivamente, elaboram um projeto de pesquisa e um artigo científico. Os resultados das pesquisas propriamente ditas são apresentados a uma banca avaliadora composta por pesquisadores e/ou professores de outras instituições de ensino jurídico num 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 destina-se 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, 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

A INFODEMIA DO CORONAVÍRUS: A NOVA CRISE DA OMS E OS MEIOS ESCOLHIDOS PARA CONTORNÁ-LA

Aluna: Amanda Petrillo de Lima¹

Orientadora: Danielle Hanna Rached²

Área de concentração: A Organização Mundial da Saúde e as emergências sanitárias

Linha de pesquisa: Análise do desenho institucional e do processo decisório da OMS

Projeto de pesquisa: A atuação da OMS na infodemia do novo Coronavírus

Sumário: 1. Introdução; 2. A crise e a reforma na OMS sob o aspecto das emergências sanitárias; 3. Desinformação e notícias falsas 4. A atuação da OMS na infodemia do novo Coronavírus; 5. Considerações finais; 6. Referências bibliográficas.

Resumo

O presente trabalho analisa as medidas implementadas pela Organização Mundial da Saúde (OMS) em relação à crise que ficou conhecida como “infodemia” no contexto da Covid-19. Uma revisão bibliográfica foi realizada para entender tanto o papel da OMS nas emergências sanitárias anteriores quanto os conceitos de desinformação e notícias falsas, temas estes que convergem exatamente na infodemia vivenciada durante a pandemia da Covid-19. Diante disso, o objetivo da pesquisa foi entender como a OMS desenvolveu suas estratégias de enfrentamento e descrever as principais medidas implementadas por ela. Como resultado, foi possível observar que a OMS deu início a uma reforma diante dessa nova crise, buscando parcerias com grandes plataformas digitais e criadores de conteúdo online, bem como investindo na criação de inteligências artificiais que ajudam no manejo da pandemia.

Palavras-chave

Organização Mundial da Saúde; Covid-19; Crise e Reforma; Infodemia; Novas tecnologias; Grandes Plataformas digitais.

¹ Graduanda na Escola de Direito do Rio de Janeiro — FGV Direito Rio.

² Professora Doutora na escola de Direito do Rio de Janeiro — FGV Direito Rio.

Abstract

This article aims to analyze OMS's implemented measures for the infodemic Covid-19's crisis under the lens of crisis and reform of the institution. A literature review was conducted to understand both the role of WHO in previous health emergencies and the concepts of misinformation and fake news, themes that converge exactly in the Infodemic experienced during the Covid-19 pandemic. Given this, the aim of the research was to understand how the international organization developed its coping strategies and to describe the main measures it implemented. As a result, it was noticed that WHO is moving towards a new reform in the face of this new crisis, seeking partnerships with large digital platforms and online content creators, as well as investing in the creation of artificial intelligences that help in the management of the pandemic.

Keywords

World Health Organization; Sanitary Emergencies; Covid-19; Crisis and Reform; Infodemic; New Technologies; Digital Platforms.

1. INTRODUÇÃO

Em dezembro de 2019, no mercado de frutos do mar de Huanan, em Wuhan, o primeiro caso oficial de Sars-CoV-2 ocorreu.³ Rapidamente, essa nova doença, que faz parte da família dos coronavírus, foi decretada como uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII) em 30 de janeiro de 2020.⁴ Menos de três meses depois, em 11 de março de 2020, a Covid-19⁵ foi classificada como uma pandemia⁶ pela Organização Mundial da Saúde (OMS).

Neste contexto, uma questão importante relacionada à crise sanitária emergiu. Um fluxo de informações descontrolado, não necessariamente baseado em fontes confiáveis, que circula nas redes sociais, leva

3 Pesquisas recentes demonstram que o vírus já estava em circulação na China, provavelmente desde outubro de 2019, mas o primeiro caso oficial reportado foi este de dezembro do mesmo ano (PRIMEIRO, 2021).

4 Cf. OMS. **Statement on the second meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee regarding the outbreak of novel coronavirus (2019-nCoV)**. Genebra, 30 jan. 2020. Disponível em <https://www.who.int>. Acesso em 22 jul. 2021.

5 Existem algumas denominações para este vírus adotadas ao longo do tempo pela OMS, sendo a atual Covid-19, que é o acrônimo de "doença por coronavírus", diferenciado pelo número 19 que diz respeito ao ano de aparição do surto, cf. OMS. **WHO Director-General's remarks at the media briefing on 2019-nCoV on 11 February 2020**. Genebra, 11 fev. 2020. Disponível em: <https://www.who.int>. Acesso em 15 ago. 2021.

6 "Na ausência de uma definição jurídica, de modo geral, a OMS chama de pandemia a propagação internacional de uma nova doença. No caso do novo coronavírus, porém, a declaração faz referência à rapidez da propagação, ao número de casos graves e à insuficiência da resposta" (VENTURA, AITH, RACHED, 2020, p. 3).



as pessoas a crenças erradas sobre o que ocorre no mundo real e dificulta o encontro de fontes idôneas e orientações sobre como enfrentar a pandemia. Esse fenômeno é denominado infodemia⁷ e, mesmo que se localize no mundo das redes, gera consequências fáticas no ambiente em que vivemos⁸ (ZARACOSTAS, 2020, p. 676). É importante ressaltar que o cenário de desinformação não é exclusivo à pandemia⁹, no entanto, se difere pelo volume e multiplicação exponencial em caráter global. Em vista disso, a OMS, que tem como dever garantir o acesso das pessoas a informações corretas sobre saúde (OMS, 1946)¹⁰, se encontra em uma posição complexa.

O objetivo do presente trabalho é entender e descrever os planos desenvolvidos pela OMS para atuação na infodemia e iniciar alguns questionamentos sobre estes frente a uma visão de crise e reforma da OMS (VENTURA, PEREZ, 2014) e de securitização de questões de saúde (RUSHTON, 2017; VENTURA, PEREZ, 2014; VENTURA, 2016; VENTURA et. al, 2020, p. 3-6; VENTURA, AITH, RACHED, 2020, p. 5-8). O que foi percebido ao longo da pesquisa é que a infodemia se insere em um contexto de crise e reforma, sendo que as maneiras implementadas pela OMS demonstram uma enorme guinada para a reforma da instituição, no sentido de se aproximar das comunidades locais, protagonizar e incentivar os estudos científicos sobre o tema, bem como utilizar das redes digitais e de tecnologias inovadoras para enfrentar a desinformação. No entanto, em alguns aspectos, ainda está presente a securitização da saúde que permeia a instituição, no sentido de tratar a infodemia com um linguajar e estratégias de segurança nacional, havendo potenciais relativizações de direitos fundamentais para que se possa enfrentar esta crise (ARAÚJO, 2019, p. 30-49).

Tendo esse cenário em vista, o artigo foi separado em três partes, além das considerações finais. Em primeiro lugar, a fim de contextualizar o panorama da OMS, será realizada uma breve descrição das crises e reformas dessa organização ao longo dos anos. De forma específica, o tópico 3 fará uma revisão bibliográfica da crise de desinformação e notícias falsas. Após, no tópico 4, as medidas adotadas pela organização serão

7 “A palavra infodemia se refere a um grande aumento no volume de informações associadas a um assunto específico, que podem se multiplicar exponencialmente em pouco tempo devido a um evento específico, como a pandemia atual” (OPAS, 2020).

8 As informações falsas podem trazer danos concretos a saúde das pessoas que nelas acreditam, dentro do contexto da Covid-19. Em 2020, o tweet de Trump que aconselhava o uso de desinfetante para limpar o corpo do vírus ficou famoso e, mesmo que a princípio se pensasse que ninguém fosse acreditar em uma mensagem absurda, pessoas contaram emergências hospitalares comunicando a ingestão da substância pouco tempo após a publicação da informação (DALE, 2020; NY, 2020).

9 Por exemplo, no âmbito da vacinação, um estudo desenvolvido pela Avaaz em parceria com a Sociedade Brasileira de Imunizações (SBIIm) sobre o movimento antivacina no Brasil, identificou que a proliferação de informações incorretas sobre a vacinação está diminuindo as taxas de cobertura vacinal no país (AVAAZ; SBIIm, 2019).

10 Especialmente artigo 2º.

detalhadas, com um maior foco em três aspectos: 1) a criação da inteligência artificial “EARS”; 2) as parcerias com as grandes plataformas de conteúdo, que são o foco de disseminação da desinformação e; 3) a relação com os Estados-Nação acerca de estratégias conjuntas para o enfrentamento da infodemia. No último tópico, considerações finais serão apresentadas a partir dos resultados que foram obtidos.

É importante definir que este trabalho não tem por objetivo desenvolver uma análise crítica elaborada sobre as medidas, e sim, desenvolver questionamentos iniciais para futuras pesquisas.

2. CRISE E REFORMA NAS EMERGÊNCIAS SANITÁRIAS

Oficialmente criada em 1948, sendo um braço especializado da saúde da, também recente, Organização das Nações Unidas, a OMS foi desenhada para protagonizar a atuação internacional no campo da saúde (OMS, 1946).¹¹ Um dos objetivos de sua criação era exatamente dirigir e coordenar a resposta global diante da aparição de doenças infecciosas com um potencial transnacional — isto é, que poderiam rapidamente se alastrar independentemente de fronteiras (GOSTIN, 2016, p. 34).

Esta organização internacional (OI) é uma das que mais enfrenta ciclos de crises e reformas atualmente, constituindo um dos mais proeminentes exemplos de tensões que permeiam OIs (VENTURA, PEREZ, 2014, p. 45). Em termos mais específicos, são destacados os cinco elementos centrais da crise vivida pela OMS: (i) “erosão do seu protagonismo; (ii) a escassez e a natureza do seu financiamento; (iii) os conflitos de interesse dos especialistas, que vieram à tona durante a gestão da pandemia de gripe A (H1N1); (iv) as dificuldades de comunicação; (v) e os problemas de governança interna” (VENTURA, PEREZ, 2014, p. 51).

Ventura e Perez (2014) descrevem detalhadamente como esses pontos de crise se desenvolveram na instituição. Quanto à erosão do protagonismo, vale destacar a perda de espaço único no cenário internacional, com a entrada de atores privados (como empresas transacionais e organizações filantrópicas)¹², além de haver uma disputa entre os próprios Estados pela influência na organização. Igualmente, é levantada uma reflexão sobre críticas feitas ao protagonismo da Organização por se reter ao papel de uma agência científica e técnica (VENTURA, PEREZ, 2014, p. 56). Já em relação ao financiamento, fica claro a questão das doações carimbadas

11 *Ibid*, especialmente artigos 2º e 21 a 23.

12 “No atual contexto de saúde global, doadores privados e organizações, governamentais ou não, com as mais variadas agendas, parecem alcançar o mesmo peso que os organismos multilaterais, e a OMS tem se mostrado “disposta a renunciar a uma parte de sua liderança nas iniciativas de saúde pública, tanto no plano nacional como no global” (Cueto, 2013, p. 51)” (VENTURA; PEREZ, 2014, p. 53).



que engessam a autonomia do orçamento da instituição.¹³ É importante destacar também que a Fundação Bill & Melinda Gates, um ator não governamental, entra com papel relevante no orçamento da instituição, tendo sido um dos grandes doadores voluntários de fundos para a instituição¹⁴ (VENTURA, PEREZ, 2014, p. 54).

Ainda na identificação dos elementos da crise, o artigo aborda a pandemia de gripe A (H1N1) que gerou um grande abalo na imagem pública da OMS, sendo “a maior exposição pública das disfunções da Organização” (VENTURA, PEREZ, 2014, p. 56). Vale destacar a mudança de postura no tratamento das crises sanitárias ao serem vistas como “ameaça”, submetida à lógica da segurança internacional (VENTURA, PEREZ, 2014 p. 57). A falta de transparência, prestação de contas e rapidez no trato com a pandemia gerou uma quebra de confiança entre a população, os Estados e a OMS, já que a crise não tomou as proporções que foram difundidas pelos especialistas da Organização, levando a crer que tudo foi feito em benefício da indústria farmacêutica.

Destaca-se a questão da securitização da saúde global, que, inclusive, se encontra presente no próprio termo saúde global:

“Difundida a partir dos anos 1990, a expressão “saúde global” corresponde originalmente à consciência de que um evento ocorrido em qualquer parte do planeta constitui uma potencial ameaça à população mundial ou à segurança nacional de outros países, especialmente a dos Estados Unidos” (VENTURA, 2016, p. 1).

A securitização indica que uma determinada doença, com um potencial alto de disseminação além das fronteiras estatais, é tratada como se fosse uma ameaça à segurança nacional dos países, devendo ser contida a quase qualquer custo dentro das fronteiras do Estado no qual ela teve início (VENTURA, 2016; VENTURA et. al, 2020, p. 3-6). Nesse sentido, a abordagem a temas de saúde é feita a partir de termos e estratégias de segurança pública. Por mais que isso signifique que mais recursos serão destinados ao enfrentamento dessas ditas ameaças, ainda assim, isso não é o suficiente para, de fato, enfrentar as crises sanitárias vividas, bem como contribui para uma relativização de direitos fundamentais (VENTURA, 2016; VENTURA et. al, 2020, p. 3-6).

13 “Logo, é provável que a ampliação das atividades da OMS esteja mais relacionada ao desejo dos doadores do que à crença de que ela é o ator mais adequado para cumprir as novas tarefas” (VENTURA; PEREZ, 2014, p. 54).

14 Em 2010, esta Fundação privada era a maior doadora de fundos voluntários especificados da OMS (VENTURA, PEREZ, 2014, p. 54), sendo que hoje ela continua no top 3, estando atrás apenas das Contribuições obrigatórias dos países Membros somadas e das contribuições voluntárias da Alemanha *cf* OMS. **Budget and financing flow**. Genebra. Disponível em: <http://open.who.int/2020-21/budget-and-financing/flow>. Acesso em 23 ago. 2021.

O estabelecimento do Regulamento Sanitário Internacional (RSI) é um dos evidentes produtos de uma saúde global securitizada (GOSTIN, 2016, p. 37). A sua atual versão foi aprovada em 2005 pela Assembleia Mundial da Saúde¹⁵ e encontra-se em vigor em 196 Estados desde 2007. É ele quem cria a figura das Emergências de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII) em seu artigo 1º, *in verbis*:

“emergência de saúde pública de importância internacional” significa um evento extraordinário que, nos termos do presente Regulamento, é determinado como: (i) constituindo um risco para a saúde pública para outros Estados, devido à propagação internacional de doença e; (ii) potencialmente exigindo uma resposta internacional coordenada.”

Observa-se que elementos como letalidade, elevado número de casos, origem ou fonte do evento, entre outros, não são fatores relevantes para a determinação de uma ESPII, sendo “os elementos decisivos (...) o caráter extraordinário do evento; o potencial de propagação da doença entre as regiões do mundo; e a necessidade de internacionalização da resposta” (VENTIRA, AITH, RACHED, 2020, p. 7).

Até agosto de 2021, seis doenças foram declaradas como ESPII, conforme pode ser conferido em tabela desenvolvida por Ventura, Aith e Rached (2020, p. 6):

1. Gripe A (H1N1)	2. Poliomielite (em curso)	3. Ebola	4. Associação entre zika vírus e malformações	5. Ebola (em curso)	6. Coronavírus (em curso)
• Declarada em abril de 2009, extinta em agosto de 2010, com origem no México e inicialmente chamada gripe suína • declarada pandemia em junho de 2009 • denúncias apontaram conflitos de interesse na composição do comitê de emergências da OMS • comissões de alto nível formularam duras críticas ao texto ou à aplicação do RSI	• Declarada em maio de 2014 (33ª reunião do Comitê de Emergências em 07/01/2020) • envolve atualmente mais de 20 Estados com diferentes graus de risco de propagação internacional da doença, entre eles Afeganistão, Nigéria, Paquistão e Síria • risco de propagação do vírus foi ampliado por conflitos armados e crises políticas, gerando o comprometimento dos programas de imunização	• Declarada em agosto de 2014 e extinta em março de 2016, teve como epicentro a África Ocidental, com cerca de 11 mil óbitos notificados • representa um turning point no campo da saúde global, com grande repercussão dos 7 casos da doença tratados no Ocidente • ação da OMS foi considerada um fracasso; uma missão da ONU (UNMEER) assumiu controle da resposta internacional, focada na contenção geográfica da doença e marcada pela militarização	• Vigente entre fevereiro e novembro de 2016, seu epicentro foi o Brasil que revelou para o mundo a Síndrome Congênita do Zika • suscita a questão das doenças endêmicas no âmbito das ESPIIs • impacto sobre direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, e sobre os direitos das crianças • marcada por grave crise política e a simultaneidade com Jogos Olímpicos e Paralímpicos	• Declarada em outubro de 2019 (2ª reunião do Comitê de Emergências em 12/02/2020) • epicentro na República Democrática do Congo, marcada por conflitos armados e instabilidade política • gerou polêmica sobre declaração tardia e relativização política do conceito de ESPII pelo respectivo Comitê de Emergências	• Declarada em janeiro de 2020 com epicentro na China, seguida de propagação internacional • declarada pandemia em 11 de março de 2020 • medidas altamente restritivas de direitos são adotadas, inclusive nas democracias europeias • repercussão da doença causa impacto crescente no mercado internacional

15 “A AMS [Assembleia Mundial da Saúde] é o grande plenário, reunido anualmente em Genebra, em que cada Estado-membro tem direito a um voto” (VENTURA, PEREZ, 2014, p. 47).



Esta tabela é extremamente relevante ao abordar brevemente os conflitos e crises vivenciadas pela OMS em cada uma das ESPIIs, principalmente sob uma perspectiva crítica a partir de lentes de securitização. É interessante notar os impactos expressos da securitização que foram vivenciados nestas ESPIIs, uma vez que todas tiveram início em algum país que não é parte do Norte Global, mesmo que isso não seja um fator determinante para se apontar a existência de ESPII. Levantam-se, então, os questionamentos abordados por Rushton (2011, p. 782-784; 791-793), sendo importante entender que essa segurança tem uma aplicabilidade diferente a depender do contexto que se está sendo analisado, tanto que é possível formular questionamento acerca da “segurança para quem” e “segurança para quê” em relação a essas estratégias securitárias. Assim, é possível perceber que existe uma agenda global que tem como objetivo a contenção de doenças dentro do Sul Global, o que até antes da Covid-19 foi possível.

Vale destacar que durante a primeira crise do Ebola, somente os casos que foram reportados no Norte Global tiveram a maior repercussão na mídia, demonstrando as desigualdades internacionais e sociais que a securitização proporciona (VENTURA, 2016, p. 2; RUSHTON, 2011). A relativização dos direitos fundamentais também é ponto fundamental a explorar, que com a Covid-19 se expandiu também para os países do Norte Global. Enquanto com o Ebola, a Polio e o Zika somente países do Sul Global implantavam políticas restritivas a grupos já marginalizados, foi possível observar com a Covid-19 a implantação de novas políticas restritivas de direito, como os *lockdowns*, em democracias liberais para todos os seus cidadãos, sem realizar análise, neste momento, acerca da efetividade real dessas medidas.

Outro ponto de interesse a destacar, que não foi abordado na tabela em si, seria como a existência de informações falsas e de desinformação já havia sido identificada pela comunidade acadêmica, inclusive para além das ESPIIs:

“Em contextos de epidemia, a disseminação de rumores, teorias da conspiração e informações que causam estigma em determinado grupo populacional ou profissional tem sido observada na literatura desde a gripe espanhola até tempos mais recentes — por exemplo, nas epidemias de HIV, Zika vírus e Ebola (4-6). No caso da gripe espanhola, em 1918 os jornais brasileiros começaram a publicar notas sobre uma epidemia que atacava a Europa. O aumento do volume de publicações foi acompanhado pelo crescimento do medo por parte da população, havendo relatos, inclusive, de suicídios causados pelos temores que as notícias veiculadas causavam (4). Em todas essas epidemias, informações falsas ou enganosas interferiram na preparação e resposta à emergência em saúde pública causada pela doença” (HARAKI, 2021, p.1-2).

Em específico sobre o Ebola e o Zika Vírus, existem diversas pesquisas acadêmicas que denotam a existência de desinformação, notícias falsas e teorias da conspiração, o que afeta a comunicação das autoridades de saúde e da própria OMS com as pessoas acerca do manejo das ESPII e das medidas de controle adotadas (ISLAM et. al, 2020, p. 1627; KLOFSTAD, 2019; OYEYEMI, GABARRON, WYNN, 2014; CHEUNG, 2015). Por exemplo, foi divulgado que o Zika vírus seria uma arma biológica, já para o Ebola foi circulado que os próprios trabalhadores da saúde estariam deliberadamente ajudando na transmissão do vírus (KLOFSTAD, 2019; OYEYEMI, GABARRON, WYNN, 2014; CHEUNG, 2015). Não houve uma atuação coordenada em específico a contenção desse fenômeno para essas ESPIIs, como ocorreu no momento com a Covid-19.

A partir do que foi exposto nessa sessão, pode-se perceber que: (i) a OMS é uma das OIs que mais vivencia tensões acerca de crises e reformas institucionais; (ii) a lente da securitização é uma estratégia perene da instituição, que pode ser observado em como ela lida com as ESPIIs; (iii) o problema informacional já existia anteriormente em outras emergências sanitárias, mas, diferentemente das outras ESPIIs, a OMS pela primeira vez decidiu conter de maneira estratégica a disseminação da desinformação da Covid-19. Passe-se agora a entender os conceitos do fenômeno da desinformação, a partir de revisão bibliográfica realizada em 2021.

3. DESINFORMAÇÃO E NOTÍCIAS FALSAS

Conforme foi explorado anteriormente, cada ESPII já vivenciada pela OMS demonstra aspectos do panorama de crise e reforma que a instituição vive, circundada pela problemática da securitização da saúde global. Ademais, a preocupação com a circulação de informações falsas já ocorria em outras emergências sanitárias, não sendo algo completamente novo. A partir dessa perspectiva, é possível apontar que a crise infodêmica da Covid-19 é uma das novas crises principais vividas pela OMS durante a pandemia atual e que a atuação que a instituição se propôs a seguir demonstra alguns indícios de reforma, mas ainda pautadas pela securitização, transportada para o âmbito informacional da saúde.

Antes de adentrar mais especificamente no que é a infodemia atual e quais são os meios de seu enfrentamento, é preciso um panorama geral a respeito da crise de desinformação vivenciada hoje em relação às redes sociais. É fundamental entender que esse fenômeno é algo que sempre existiu, no entanto, a partir de estruturas de redes, uma tendência de compartilhamento e impacto exacerbado surgiu no mundo contemporâneo (ALEMANNO, 2018; HARTLEY; VU, 2020). Essa característica já é incluída na definição do que é uma infodemia, demonstrando certa precisão na definição elaborada pela OMS.



O termo notícia falsa abrange um fenômeno que vem sendo conceituado de múltiplas formas, sem haver um consenso acerca do que significaria. O que foi extraído a partir das pesquisas bibliográficas realizadas é que existem variados tipos de notícias falsas, cada qual com suas próprias características, que demandam respostas regulatórias distintas (TAMBINI, 2017, p. 3). Em tentativa conceitual desse aspecto múltiplo, Hartley e Vu realizaram pesquisa bibliográfica interessante a respeito do tema:

“Com base em uma pesquisa de artigos publicados entre 2003 e 2017, Tandoc et al. (2018) propõem uma tipologia de como o conceito pode ser operacionalizado: sátira, paródia, fabricação, manipulação, propaganda e publicidade. Waszak et al. (2018) propõem uma tipologia semelhante (com as categorias sobrepostas de notícias fabricadas, notícias manipuladas e notícias publicitárias), mas acrescentam ‘notícias irrelevantes’ para capturar a cooptação de termos e tópicos de saúde para apoiar argumentos não relacionados. Shu et al. (2017) citam a falta verificável de autenticidade e intenção de enganar como características gerais de notícias falsas. Fazendo uma distinção entre notícias falsas e falsidades descaradas, o que tem implicações para o foco deste estudo no comportamento do consumidor individual de informação, Tandoc et al. (2018) argumentam ‘enquanto as notícias são construídas por jornalistas, parece que as notícias falsas são co-construídas pelo público, pois sua falsidade depende muito do fato de o público perceber a falsificação como real’. Sem este processo completo de engano, as notícias falsas continuam sendo uma obra de ficção (p. 148)” (HARTLEY, VU, 2020, p. 736).¹⁶

Em tentativas conceituais similares, Tambini (2017, p. 3-8) caracteriza o fenômeno da desinformação em seis aspectos: compartilhamento de “falsidades” com foco eleitoral, compartilhamento de falsidades com intuito lucrativo, paródias e sátiras, jornalismo de má qualidade, notícias que são ideologicamente opostas e notícias que desafiam autoridades

16 Trecho original: “Based on a survey of articles published between 2003 and 2017, Tandoc et al. (2018) propose a typology for how the concept can be operationalized: satire, parody, fabrication, manipulation, propaganda, and advertising. Waszak et al. (2018) propose a similar typology (with the overlapping categories of fabricated news, manipulated news, and advertising news) but add ‘irrelevant news’ to capture the cooptation of health terms and topics to support unrelated arguments. Shu et al. (2017) cite verifiable lack of authenticity and intent to deceive as general characteristics of fake news. Making a distinction between fake news and brazen falsehoods, which has implications for this study’s focus on the behavior of the individual information consumer, Tandoc et al. (2018) argue ‘while news is constructed by journalists, it seems that fake news is co-constructed by the audience, for its fakeness depends a lot on whether the audience perceives the fake as real. Without this complete process of deception, fake news remains a work of fiction’ (p. 148)”.

ortodoxas. Vê-se que esta classificação é similar à de Tandoc et. al (2018), se diferenciando no sentido de que este conceituou os tipos de notícias falsas de maneira mais genérica, enquanto Tambini adota um caráter mais diretamente político.

O esforço acadêmico para diferenciar os tipos de notícias falsas existentes é extremamente importante, uma vez que a regulação desse fenômeno afeta diretamente direitos de liberdade de expressão e liberdade de imprensa. Além disso, como cada parte do fenômeno tem diferenças internas, a melhor maneira de encontrar soluções para cada uma delas é entender de fato suas origens e motivações distintas. Por exemplo, sátiras e paródias são informações falsas, mas com intenção de causar humor, portanto é indicado que não se trata de algo verdadeiro, sendo abrangidas pela liberdade de expressão. Já notícias sabidamente falsas pelo seu interlocutor, mas intencionalmente ditas como verdadeiras, tem impactos diferentes no meio e devem ter tratamento diferenciado no momento de sua regulação. Conforme explicitado por Tambini (2017, p. 5), “é fundamental balancear o interesse público na livre circulação de notícias com o interesse público de proteção de novas instituições como uma forma de verificação independente”.

Outro ponto fundamental a ser entendido é como a desinformação adquire a sua expressão tão avassaladora, resultando em disseminação de difícil controle regulatório. Conforme explorada pela academia, o conceito de “câmara de eco” é o que potencializa o caráter perigoso da desinformação no âmbito das redes sociais, uma vez que devido a arquitetura das redes, “os usuários são intencionalmente expostos a apenas conteúdos e comunidades que confirmem suas crenças e percepções, enquanto evitam aqueles que desafiam estes” (HARTLEY, VU, 2020, p. 737).¹⁷ Em consequência, conforme Hartley e Vu (2020) desenvolvem:

“O efeito leva ao desenvolvimento de redes sociais ideologicamente homogêneas cujos membros obtêm satisfação coletiva a partir de narrativas frequentemente repetidas (um processo que McPherson et al. (2001) rotulam ‘homofilia’). Este fenômeno leva a ‘bolhas de filtragem’ (Spohr 2017) nas quais ‘os sistemas de cura algorítmica e personalização [...] diminuem a probabilidade [dos usuários] de encontrar conteúdos de notícias ideologicamente transversais’ (p. 150). O mecanismo de filtragem é tanto autoimposto quanto imposto externamente com base nos esforços algorítmicos dos SMPs para circular conteúdo que mantenha o interesse do usuário (TUFEKCI, 2015)” (HARTLEY, VU, 2020, p. 737).¹⁸

17 Trecho original: “information consumers intentionally self-expose only to content and communities that confirm their beliefs and perceptions while avoiding those that challenges them”.

18 Trecho original: “The effect leads to the development of ideologically homogenous



Vale ressaltar ainda essa arquitetura de “bolhas” é escolhida pelas grandes redes sociais como modelo de negócio, fazendo parte do modelo capitalista de vigilância (ZUBOFF, 2020). Em breve explicação desse conceito, o grande objetivo das plataformas é manter os usuários conectados em seus aplicativos para captar dados sobre seu perfil e construir produtos de predição, isso é, prever o que o usuário poderia se interessar e investir seu dinheiro. Esses produtos são vendidos para empresas terceiras que, então, irão pagar para alocar propagandas comerciais nas páginas de fluxo de conteúdo (*feeds*¹⁹) dos perfis que são mais prováveis de consumir aquele produto. A forma encontrada de manter os usuários conectados e vendo seu *feed* por várias horas é oferecer somente conteúdos que os agradam, o que, em última instância, significa não oferecer múltiplas percepções e crenças sobre o mesmo assunto. Ademais, as próprias empresas de plataformas digitais desenvolvem o poder de moldar o comportamento de seus usuários, o que também é um tipo de produto de predição vendido para as empresas terceiras. Esse modelo, além de não respeitar direitos fundamentais de proteção de dados, é muito perverso, vez que limita e manipula as pessoas sem que estas tenham consciência de que são o produto que está sendo vendido. No mesmo sentido, esse modelo também impulsiona a grande escala que a desinformação alcança nas redes, pois o conteúdo falso é impulsionado para os usuários que são identificados como os mais prováveis de gostarem dele, os incentivando a permanecer mais tempo na rede para verem mais conteúdos similares.

Ao entender, então, o fenômeno, a grande questão seguinte é como enfrentá-lo, o que vem sendo objeto de diversos estudos acadêmicos. É interessante pontuar para este trabalho o tratamento de *arquitetura de serendipidade*, em alternativa às diversas formas de tratamento focando na intervenção estatal ou na responsabilidade das plataformas digitais que abrigam esses conteúdos (ALEMANNO, 2018, p. 4-5). Nesta visão, as plataformas digitais devem incentivar que seus usuários vejam conteúdos de diversas perspectivas e crenças diferentes, de maneira natural, a fim de dificultar a criação de câmaras de eco, suavizando a aproximação e incentivando o leitor a procurar diferentes fontes e percepções para um mesmo

social networks whose members derive collective satisfaction from frequently repeated narratives (a process McPherson et al. (2001) label ‘homophily’). This phenomenon leads to ‘filter bubbles’ (Spohr 2017) in which ‘algorithmic curation and personalization systems [...] decreases [users’] likelihood of encountering ideologically cross-cutting news content’ (p. 150). The filtering mechanism is both self-imposed and externally imposed based on the algorithmic efforts of SMPs to circulate content that maintains user interest (Tufekci 2015)”.

- 19 “O feed é um fluxo de conteúdo que permite rolagem. O conteúdo é exibido em blocos de aparência semelhante que se repetem um após o outro. Por exemplo, um feed pode ter conteúdo editorial (como uma lista de artigos ou notícias) ou fichas (uma lista de produtos ou serviços, entre outros). Os feeds podem aparecer em qualquer lugar na página” GOOGLE. **O que é um feed**. Página de suporte. Disponível em: <https://support.google.com/adsense/answer/9189559?hl=pt-BR>. Acesso em 15 ago. 2021.

tema. Obviamente a questão de como essas outras notícias serão definidas é um ponto a ser elaborado, entretanto, essa é uma opção válida, que deve ser testada, além de haver um apoio acadêmico que indica que “a exposição a diferentes pontos tem um efeito tangível em leitores” ALEMANNO, 2020, p. 5). Esta ideia de *serendipidade* parece ter sido parcialmente explorada na atuação das redes sociais em conjunto com a OMS ao lidar com a infodemia, mesmo que não intencionalmente, o que será explorado mais à frente, ponto a ponto, no tópico 4.2.

Conclui-se, portanto, que o problema da desinformação exacerbada vivenciada hoje na crise do Coronavírus não é algo novo e já vem sendo estudado e conceituado pela academia. A infodemia da Covid-19 é meramente um reflexo do que a sociedade já vivenciava com a alavancagem das redes sociais e seu impacto na disseminação de notícias falsas. O ponto de preocupação específico são os efeitos maléficos deste fenômeno no próprio controle da pandemia, sendo, portanto, fundamental entender como a OMS organizou este enfrentamento, o que será visto no próximo tópico.

4. A ATUAÇÃO DA OMS NA INFODEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS

A partir das revisões bibliográficas realizadas, foi explorado: (i) quem é a OMS e como as emergências sanitárias vividas anteriormente apontam para momentos de reforma da instituição; (ii) o que é o fenômeno da desinformação, com o foco no seu impacto contemporâneo, além de ter sido visto brevemente algumas formas propostas de contorná-lo. Nesta seção, o entendimento da infodemia como fenômeno e área de estudo será analisado. Em seguida, se discutirá acerca do que a OMS traçou como estratégia de enfrentamento a esse fenômeno, sendo as três principais áreas de atuação pormenorizadas em três subtópicos. Para que fosse possível compreender e avaliar inicialmente o método de atuação da organização, esta pesquisa se utilizou de notícias disponíveis nos sites da própria instituição — principalmente na área destinada ao combate estratégico da infodemia —, notícias de jornais, informações disponíveis nas próprias plataformas digitais e artigos acadêmicos sobre o tema — coletados pelas revisões bibliográficas realizadas entre 2020-2021. Houve também uma tentativa de contato direto com a OMS que, porém, restou infrutífera.

O termo infodemia foi cunhado pelo jornalista David Rothkopf em uma coluna do *Washington Post* ao se referir ao vírus SARS²⁰ em 2003.²¹ O

20 Vale ressaltar que o SARS também faz parte da família Coronavírus, tendo existido uma epidemia que surgiu em Hong Kong no mesmo ano de 2003, podendo ser entendido como um antecessor do novo Coronavírus (LANA et. al, 2020, p. 1).

21 “A palavra não é nova. Foi cunhada como uma mistura de informação e epidemia em 2003 pelo jornalista e cientista político David Rothkopf em uma coluna do *Washington Post*, quando a atenção do mundo estava voltada para a relação menos aterrorizante da crise



termo, então, foi utilizado pelo diretor-geral da OMS ainda em 2020, determinando que o mundo estava enfrentando não só a pandemia da Covid-19, mas também a sua infodemia. Destaca-se que mesmo que a primeira aparição do termo seja em 2003, o conceito atual que este adquiriu, mesmo que similar ao anterior, se modifica dado o cenário das redes sociais e do capitalismo de vigilância que se vivencia atualmente. Dado que o alcance das informações na atualidade é muito maior do que comparado a 2003, pode-se inferir que o impacto de uma infodemia em 2020-2021 é muito maior do que em 2003, quando a internet em si não era difundida. Em vista disso, escolheu-se adotar a definição de infodemia determinada pela própria OMS:

“A palavra infodemia se refere a um grande aumento no volume de informações associadas a um assunto específico, que podem se multiplicar exponencialmente em pouco

atual: ‘A SARS é a história não de uma epidemia, mas duas, e a segunda epidemia, aquela que escapou em grande parte das manchetes, tem implicações que são muito maiores do que a própria doença. Isso porque não é a epidemia viral, mas sim uma ‘epidemia de informação’ que transformou a SRA, ou síndrome respiratória aguda severa, de uma crise de saúde regional da China em um desastre econômico e social global’. Rothkopf prossegue para esclarecer o que ele quer dizer com a palavra: ‘O que exatamente quero dizer com ‘infodemia’? Alguns fatos, misturados com medo, especulação e rumores, amplificados e retransmitidos rapidamente no mundo inteiro pelas modernas tecnologias da informação, afetaram as economias nacionais e internacionais, a política e até mesmo a segurança de formas totalmente desproporcionais com as realidades de raiz. É um fenômeno que temos visto com maior frequência nos últimos anos — não apenas em nossa reação à SRA, por exemplo, mas também em nossa resposta ao terrorismo e até mesmo a ocorrências relativamente menores, tais como avistamentos de tubarões’. —David Rothkopf, **The Washington Post**, 11 de maio de 2003. A cunhagem é muito de sua época. As misturas, palavras formadas pela combinação de outras palavras ou partes de palavras, são muito populares. Esta emprega informações de uma forma que espelha as moedas do final do século 20, como infográficas e comerciais, e a -demia de epidemia e pandemia” Cf. MERRIAN-WEBSTER. **Dicionário online de inglês. Palavras que observamos: significado de infodemia.** Disponível em <https://www.merriam-webster.com/words-at-play/words-were-watching-infodemic-meaning>. Acesso em 14 de jul. 2021.

Trecho original: “The word isn’t new. It was coined as a blend of *information* and *epidemic* in 2003 by journalist and political scientist David Rothkopf in a *Washington Post* column, when the world’s attention was on the current crisis’s less terrifying relation: ‘SARS is the story of not one epidemic but two, and the second epidemic, the one that has largely escaped the headlines, has implications that are far greater than the disease itself. That is because it is not the viral epidemic but rather an ‘information epidemic’ that has transformed SARS, or severe acute respiratory syndrome, from a bungled Chinese regional health crisis into a global economic and social debacle.... [T]he information epidemic—or “**infodemic**”—has made the public health crisis harder to control and contain’. Rothkopf goes on to clarify what he means by the word: ‘What exactly do I mean by the ‘**infodemic**’? A few facts, mixed with fear, speculation and rumor, amplified and relayed swiftly worldwide by modern information technologies, have affected national and international economies, politics and even security in ways that are utterly disproportionate with the root realities. It is a phenomenon we have seen with greater frequency in recent years— not only in our reaction to SARS, for example, but also in our response to terrorism and even to relatively minor occurrences such as shark sightings. — David Rothkopf, **The Washington Post**, 11 May 2003’. The coinage is very much of its era. Blends, words formed by combining other words or word parts, are very popular. This one employs *information* in a way that mirrors such late 20th-century coinages as *infographic* and *infomercial*, and the *-demic* of *epidemic* and *pandemic*”.

tempo devido a um evento específico, como a pandemia atual. Nessa situação, surgem rumores e desinformação, além da manipulação de informações com intenção duvidosa. Na era da informação, esse fenômeno é amplificado pelas redes sociais e se alastra mais rapidamente, como um vírus” (OPAS, 2020, p.1).

Destaca-se a diferença entre o fenômeno da infodemia e da desinformação, vez que as informações a que o conceito de infodemia se refere podem ser tanto verídicas quanto falsas. A grande questão é que ao haver um excesso dessas informações, pessoas comuns, formuladores de políticas públicas e governos não conseguem de fato ter um acesso facilitado às informações verdadeiras de maneira rápida e eficiente, que são essenciais para estas figuras determinarem a melhor maneira de agir perante o vírus.

Veja que esta situação se torna evidente ao contextualizarmos casos de grande notoriedade, como quando na União Europeia, Estados Unidos e Austrália se massificou a propagação de uma teoria da conspiração²² que indicava a tecnologia do 5G como causadora da Covid-19, ocasionando respostas violentas e ataques a engenheiros daqueles que acreditavam em tal teoria (JOLLEY, PATTERSON, 2020).

Vale também ressaltar a situação brasileira, na qual houve uma massiva circulação de mensagens e vídeos indicando a existência de um tratamento precoce para a doença a partir do uso de remédios como a ivermectina, o que causou uma série de casos de insuficiência renal e necessidade de transplantes hepáticos (PACIENTES, 2021). Essas informações incorretas foram veiculadas por meios alternativos, como Facebook, WhatsApp²³ etc, e no caso da ivermectina, pelos próprios profissionais da saúde e pelo Presidente Jair Bolsonaro (VIDALE, 2021). Assim, várias pessoas foram atingidas e seguiram essas recomendações, que teoricamente possuíam algum grau de confiabilidade por também terem sido confirmadas por especialistas na área, ainda que não haja prova científica confirmando a eficácia deste tratamento. Mesmo que essas pessoas também possam vir a ter acesso à informação verdadeira, pesquisas apontam que aquelas com um menor nível de escolaridade tendem a acreditar nas notícias falsas que são enviadas a elas por pessoas de confiança (como família, amigos, conhecidos, etc) (HARAKI, 2021, p. 2).

22 Teorias da conspiração “podem ser definidas como crenças explicativas utilizadas para compreender as ações de grupos ou organizações que se unem em um acordo secreto e tentam atingir um objetivo oculto, sendo este percebido como ilegal ou malévolo (Baron, Morgan, Towell, Altemeyer, & Swami, 2014)” (REZENDE et al. 2019, p. 2)

23 É interessante ressaltar que a propagação de informações em tempo real pelo WhatsApp o transforma no maior favorecedor do desenvolvimento da desinformação (SÁNCHEZ-TARRAGÓ, 2020).



Nessa toada, vê-se a formulação de um cenário de desconfiança entre as pessoas, pois não se sabe em quem e no que confiar diante da quantidade de massa de informações circulando, resultando na escolha de atitudes que são prejudiciais para o manejo da pandemia da Covid-19. Consequentemente, dado este fator perigoso que a desinformação traz, qual seja, a transmutação das informações virtuais para atitudes do mundo real, tornou-se imperioso que a OMS tomasse alguma atitude acerca do problema, dado que este seria um dos principais riscos da Covid-19. Se as pessoas não soubessem de fato como agir dentro da pandemia, pois não saberiam distinguir as informações verdadeiras das falsas, o enfrentamento à crise sanitária se tornaria extremamente difícil, gerando graves riscos à saúde pública (OPAS, 2020; NAEEM, BHATTI, KHAN, 2020; ISLAM et. al, 2020, p. 1624-1627; HARTLEY, VU, 2020, p. 738).

Antes de adentrar em como esta organização internacional definiu suas estratégias de combate à infodemia, destaca-se a ciência por trás deste manejo, que se denomina infodemiologia. Esta é a “ciência da distribuição e dos determinantes da informação em meio eletrônico, especificamente a Internet, ou na população, com o objetivo final de informar sobre saúde pública e política pública” (MAVRAGANI, 2020, p. 3). Este termo foi utilizado pela primeira vez na literatura científica por Gunther Eysenbach, também em 2020 (EYSENBACH, 2020), denotando que a conceituação dessa ciência que se volta ao manejo de infodemia foi somente desenvolvida em termos claros e definidos em meio a pandemia da Covid-19.²⁴

Conforme descrito por Haraki (2021):

“Eysenbach, o pioneiro no uso do termo ‘infodemiologia’, propõe uma estrutura com quatro pilares para gestão da infodemia: 1) informação e monitoramento (infovigilância); 2) promoção da alfabetização em saúde digital e científica; 3) promoção do aperfeiçoamento do conhecimento e processo de melhora da qualidade da informação com checagem de fatos e revisão por pares; e 4) tradução acurada e tempestiva do conhecimento, minimizando fatores de distorção tais como fatores políticos ou influência comercial. Esses fatores são contemplados em princípios propostos pela OMS²⁵ e ações propostas pela OCDE (10) para governos e plataformas para combater a infodemia” (HARAKI, 2021, p. 4).

Diante deste cenário, a OMS se destaca como a liderança no manejo desta infodemia e da pandemia, demonstrando sua importância frente a

24 Vale ressaltar, no entanto, que estudos que abordavam a infodemiologia como conceito são conhecidos desde 1996 (MAVRAGANI, 2020, p. 3).

25 Cf. OMS. **Infodemic Management**. Genebra. Disponível em: <https://www.who.int/teams/risk-communication/infodemic-management>. Acesso em 20 jul. 2021.

temas de saúde global, que já era definida como fundamental anteriormente (VENTURA, PEREZ, 2014, p. 47).

Ainda no mês de maio de 2020, durante a World Health Assembly, os Estados-Membros da OMS aprovaram a Resolução WHA73.1 acerca da atuação sobre a Covid-19, sendo reconhecida a importância do manejo da infodemia para um devido controle da pandemia²⁶. A organização lançou, então, uma plataforma de informação digital chamada de “WHO Information Network for Epidemics” (EPI-WIN), “com o objetivo de usar uma série de amplificadores para compartilhar informações personalizadas com grupos-alvo específicos” (ZARACOSTAS, 2020, p. 676). Vemos aqui uma mudança estrutural da instituição, que em face à crise de informação vivenciada rapidamente se previne criando um departamento a parte cujo único foco é o manejo da infodemia, tomando a dianteira na ciência da infodemiologia no contexto da Covid-19.

Até o momento, a EPI-WIN tem promovido conferências internacionais, palestras, treinamentos, consultas públicas, entre diversos outros meios de atuação, dando sempre um foco multidisciplinar para suas ações. Em relação às conferências realizadas, foram reunidos técnicos e especialistas renomados da área de informação, saúde e tecnologia para que se agregasse ao entendimento científico da infodemiologia, além de estabelecer uma comunidade de prática e pesquisa.²⁷ O intuito dessa guinada acadêmica e científica é exatamente criar uma rede de conhecimento acerca do tema, desde sua conceituação básica até as melhores formas de manejar a infodemia (OMS, 2021). A partir disso, a OMS se tornou um epicentro acadêmico para esses estudos, visto os incentivos e treinamentos que vem oferecendo ao longo da pandemia.

Em conjunto, algumas medidas, que inclusive foram abordadas nessas conferências, foram definidas para lidar com a infodemia no mundo digital,

26 “The Resolution recognizes that managing the infodemic is a critical part of controlling the Covid-19 pandemic: it calls on Member States to provide reliable Covid-19 content, take measures to counter mis- and disinformation and leverage digital technologies across the response. The Resolution also calls on international organizations to address mis- and disinformation in the digital sphere, work to prevent harmful cyber activities undermining the health response and support the provision of science-based data to the public” OMS. **Managing the Covid-19 infodemic promoting healthy behaviours and mitigating the harm from misinformation and disinformation**. Genebra, 23 set. 2020. Disponível em: <https://www.who.int/news/item/23-09-2020-managing-the-Covid-19-infodemic-promoting-healthy-behaviours-and-mitigating-the-harm-from-misinformation-and-disinformation>. Acesso em 08 ago. 2021.

27 A primeira ação direta pela OMS em relação a infodemia foi feita entre 7 e 8 abril de 2020, ao realizar uma consulta pública para recolher e estruturar um quadro geral sobre a situação infodêmica. Após, a 1ª Conferência Global Online sobre o manejo da Infodemia foi realizada entre 29 de junho até 21 de julho de 2020. Já no final de 2020, entre 20 de outubro e 11 de dezembro, a 3ª Conferência Global foi realizada, com o propósito de incentivar a prática e atuação direta no combate a infodemia, cf OMS, Infodemic Management. Genebra. Disponível em: <https://www.who.int/teams/risk-communication/infodemic-management>. Acesso em 20 jul. 2021.



sendo as principais (OPAS, 2020): (i) a inteligência artificial “EARS” que utiliza da técnica de *social-listening*²⁸ para saber o que as pessoas pensam/sentem sobre a pandemia dentro das redes sociais, tratando esses dados para fornecer informações direcionadas ao desenvolvimento de políticas para o combate da desinformação; (ii) nos lugares nos quais não há acesso à internet e o rádio é o meio popular de acesso à informação, uma parceria com a UN Global Pulse foi realizada, utilizando sistemática similar à do “EARS” de inteligência artificial, *big data* e *social-listening*; (iii) acordos com grandes plataformas de redes sociais, mecanismos de busca e empresas digitais (Facebook, Google, TikTok, Pinterest, entre outras) para facilitar o compartilhamento de dados e informações verdadeiras para a população no geral; (iv) realização de publicações no seu site, canais nas redes sociais e na mídia em geral, trabalhando com o compartilhamento de informações idôneas para desfazer mitos, em conjunto com entrevistas ao vivo com especialistas e; (v) parcerias e conexão com influenciadores digitais do Instagram e YouTube, entre outros, como divulgadores de conteúdo de mensagens objetivas, em especial na Ásia e no Pacífico.

Dentre estas ações, percebe-se que existem dois grupos de atuação:

(i) o primeiro diz respeito à utilização das técnicas de *social listening*, que têm como objetivo o entendimento da situação de conhecimento das populações mundiais acerca da Covid-19 por meio da coleta de dados usando uma inteligência artificial para que melhores políticas públicas possam ser realizadas. Este grupo é composto das medidas (i) e (ii), descritas acima;

(ii) o segundo diz respeito à formulação de parcerias com grandes plataformas digitais e seus produtores de conteúdo, bem como do uso destas plataformas para a disseminação de informações fidedignas. Este grupo é composto das medidas (iii), (iv) e (v), descritas acima.

Foi notado por esta pesquisa que não houve uma atuação tão direta e divulgada por parte da EPI-WIN entre os Estados-Nações membros da própria OMS, o que será mais bem explorado no subtópico 4.3.

A seguir, então, explora-se cada uma dessas áreas de atuação mais detalhadamente.

28 Essa técnica se refere à coleta de dados presentes nas redes sociais que se referem à opinião e/ou aos sentimentos das pessoas acerca de determinado assunto (ex.: hashtags utilizadas em tweets) com o fim de agregar os dados e entender como determinado grupo pensa/se sente sobre tal tema. Isso é extremamente útil para montar políticas de marketing e, principalmente a partir da pandemia da Covid-19, tem sido utilizado para entender de maneira mais rápida o que as pessoas pensam acerca do vírus, quais dúvidas possuem etc (LUCAS, LANDMANN, 2021, p. 317; PANG, LEE, 2008).

4.1. *Social listening*: inovação tecnológica para entender o que as pessoas estão pensando

A estratégia inovadora escolhida pela OMS no intuito de entender o que as pessoas da comunidade global pensam e sentem acerca da Covid-19 é uma utilizada há muito tempo no mercado privado: o *social listening*. A partir da inteligência artificial EARS — *Early AI- supported Response with Social Listening* —, a organização tem o intuito de agregar e tratar dados públicos coletados das redes sociais (Facebook, Twitter, Instagram etc.) e de outras fontes (comentários em blogs, notícias de jornal e fóruns online), para ajudar as autoridades públicas de saúde a definir o escopo de sua atuação, levantando em consideração a opinião popular acerca da Covid-19 e podendo trabalhar exatamente nas lacunas de informação apontadas.

A tecnologia desenvolvida ainda é muito inicial, tendo sido lançado o projeto piloto do EARS em janeiro de 2021²⁹ hospedado no site Citibeats, uma plataforma de Inteligência Artificial Ética, o que faz com que não haja tanta literatura científica acerca desse projeto em específico da OMS. Dado este cenário, este subtópico irá descrever como essa inteligência artificial funciona a partir das notícias oficiais da organização e pelo que pode ser visto na própria plataforma EARS.

Até o dia 14 de agosto de 2021 mais de 36.245.836 posts foram analisados desde 15 de dezembro de 2020, sendo que os dados são analisados diariamente, cobrindo o total de trinta países e nove línguas analisadas (inglês, português, espanhol, francês, alemão, italiano, taiwanês, bahasa indonesiano e árabe). Os tipos de fontes utilizados são constantemente adicionados, mas não foi encontrada uma lista com a totalidade de fontes utilizados e somente menção genérica a dados públicos do Twitter, páginas públicas Facebook, fóruns on-line, novos comentários e blogs. Existem planos de expansão para as próximas fases desse algoritmo que não foram detalhadamente especificados na página da Citibeats, mas sabe-se que há um interesse em adicionar fontes integradas como Google *fact-checker API*, dados epidemiológicos e *surveys* populacionais (PURNAT, WILSON, NGUYEN, BRIAND, 2021). As categorias e tópicos específicos agrupados pelo algoritmo são especificados e explicados na página “Mais sobre os dados, suas limitações e como interpretá-los”.

Os dados já tratados são apresentados na página principal, divididos em duas sessões: “O que as pessoas estão falando sobre” e “Onde estão as diferenças”, sendo que este segundo se refere a comparações sobre

29 Cf. OMS. **WHO launches pilot of AI powered public access social listening tool**. Genebra, 29 jan. 2021. Disponível em: <https://www.who.int/news-room/feature-stories/detail/who-launches-pilot-of-ai-powered-public-access-social-listening-tool>. Acesso em 09 ago. 2021.

como os tópicos de interesses variam nos países que estão sendo analisados. Os dados podem ser observados de um aspecto global, continental e regional.

Na sessão “O que as pessoas estão falando sobre”, são dispostos dois gráficos, um de barras horizontais e outro de linhas, que mostram uma visão geral global e as tendências de interesse a partir do lapso temporal escolhido, respectivamente. No primeiro gráfico, são quarenta tópicos de interesses analisados, sendo possível observar o volume que aquela tendência ocupa no pensamento popular bem como se houve quedas ou aumentos nesse volume. No segundo gráfico, o usuário deve escolher uma das categorias de interesse e, assim, mostra-se como ela se comporta ao longo dos sete ou trinta dias anteriores nos países que estão sendo analisados. Esse gráfico criado pode incluir todos os países analisados, os países de determinada região (“Americas”, “Africas”, “Eastern Mediterranean”, “Europe”, “South-East Asia” e “Western Pacific”) ou mesmo uma comparação entre as próprias regiões em si.

Já na sessão “Onde estão as diferenças”, uma tabela em colunas é disposta, na qual pode-se observar as comparações de todos os quarenta tópicos em relação aos diferentes países em termos de números brutos, porcentagem de aumento ou diminuição e a proporção de relevância de um tópico comparado aos demais em determinado país. É possível também analisar um relatório personalizado de cada país disponível na lista. Dentro desse relatório observa-se uma tabela com as categorias que estão mais comentadas no momento no país e uma tabela de linhas com as mudanças de importância das categorias num espaço temporal de sete dias ou de trinta dias. Também são mostradas tabelas de barras com as palavras-chaves mais usadas; as palavras-chaves que estão aumentando; as *hashtags* mais usadas e as *hashtags* que estão aumentando.

Existe a possibilidade de comunicação da OMS com os usuários do EARS a partir de páginas que encaminham para um feedback do algoritmo em si e outra na qual o usuário pode compartilhar quais as finalidades que ele dá às informações dispostas pelo algoritmo. Não foi encontrada uma lista ou referência a finalidades diversas do que a própria OMS sugere e nem foi indicado se algum usuário já enviou algum desses tipos de sugestões e finalidades para a instituição.

Algumas partes desse algoritmo ainda estão em construção, como o compartilhamento de dados, que futuramente poderá ser feito mediante um contato com o API (Application Programming Interface)³⁰ da OMS

30 “API é o acrônimo de Application Programming Interface (interface de programação de aplicativos), um intermediário de software que permite que dois aplicativos conversem entre si”. O que é uma API? (interface de programação de aplicativos). MULESOFT. Disponível em: <https://www.mulesoft.com/pt/resources/api/what-is-an-api>. Acesso em 01 ago. 2021.

ou pelo download direto dos dados. Ambas as páginas se encontram em construção e não há informações dispostas sobre como o compartilhamento dos dados será realizado.

A partir do que foi descrito e encontrado sobre o algoritmo nas notícias da OMS, ressalta-se que o problema da securitização enfrentada pela OMS (RUSHTON, 2011; VENTURA, PEREZ, 2014, p. 57; VENTURA, 2016) é relevante no âmbito da plataforma EARS, na medida em que pode existir certa relativização da proteção de dados pessoais a fim de montar uma estratégia de combate para a infodemia. Conforme é sabido, as técnicas de *social listening* empregadas, segundo a própria organização define, também têm a capacidade de entender as emoções dispensadas nos comentários lidos, sendo possível para o algoritmo apontar qual é o sentimento predominante daquela determinada população a partir da determinação se a opinião disposta foi uma pergunta ou uma crítica. Pelas próprias notícias compartilhadas pela organização, dá-se a entender que o algoritmo também seria capaz de captar sentimentos e estados de espírito da população como ansiedade, depressão etc.³¹ Esses tipos de dados comportamentais são extremamente sensíveis³² e, mesmo que as informações acerca disso sejam direcionadas para autoridades sanitárias oficiais, ainda assim é algo que é passível de questionamento e pode levar a problemas futuros, como a manipulação da população pelo governo para fins distorcidos (ARAÚJO, 2019, p. 30-49).³³

É importante também apontar que mesmo diante desses questionamentos, alguma preocupação com o direito à proteção de dados dos cidadãos foi dispendida, uma vez que somente foram utilizados dados públicos que foram agregados e anonimizados, o que significa que não há como identificar de maneira reversa quem foram os proprietários desses dados.

31 Cf. OMS. **Immunizing the public against misinformation**. Genebra, 25 ago. 2020. Disponível em: <https://www.who.int/news-room/feature-stories/detail/immunizing-the-public-against-misinformation>. Acesso em 15 ago. 2021.

32 Os dados pessoais hoje em dia são ditos como o “novo petróleo”, por terem um potencial crescente de influenciar os hábitos, tendências e juízos de valores a partir dos dados pessoais e sensíveis, e até mesmo ao novo “poder nuclear”, uma vez que não são matéria prima ilimitada tanto quantitativamente quanto por terem um vasto potencial de causar danos, cf. BRIDLE, 2021.

33 Conforme foi observado no escândalo da Cambridge Analytica em 2018, é possível que direcionamentos com base no que as pessoas estão sentindo sejam feitos para ganhos políticos. Neste caso, a empresa de análise de dados coletou dados de usuários do Facebook, sem o seu consentimento, por meio de um teste de personalidade, para que pudessem desenvolver perfis políticos dessas pessoas e direcionar posteriormente conteúdo pró-Trump durante as eleições de 2016 nos EUA. Ademais, outros experimentos com as emoções e perfis dos usuários no Facebook já foram realizados pela própria empresa em conjunto com pesquisadores da Universidade de Cornell, e da Universidade da Califórnia, em 2014, vendo o impacto nas emoções dos usuários ao organizar o feed deles com matérias mais tristes ou felizes, cf. (EM EXPERIMENTO, 2014; ENTENDA, 2018)



4.2. Acordos com as grandes plataformas disseminadoras de desinformação

Pode-se dizer que uma das estratégias mais perspicazes da OMS em relação à infodemia foi a formulação de acordos e parcerias com as grandes plataformas digitais da atualidade. O combate à infodemia pelo meio digital pode ser visto tanto pelos meios oficiais de comunicação da organização internacional³⁴, quanto pelas próprias plataformas digitais ao divulgarem informações acerca da infodemia pelas suas páginas oficiais ou ao criarem mecanismos que previnem, em alguma medida, o aprofundamento desta pandemia de informações. Frisa-se a perspicácia desse tipo de atuação, pois, como anteriormente explorado no tópico 3, as estruturas de redes atuais contribuem massivamente para a ocorrência de infodemias dado o modelo de negócios das redes sociais (ZUBOFF, 2020; MARECHAL et al, 2020). Dessa forma, buscar a mudança dentro das próprias redes é um dos possíveis e desejáveis passos para evitar o caos informacional vivido dentro desses ambientes.

Para entender melhor o que foi feito especificamente nesse ramo, será descrito o que foi noticiado pela própria OMS acerca dessa atuação conjunta e o que pode ser visto dentro das principais plataformas digitais.

Já no início da pandemia, após ser entendido que seria necessária uma abordagem referente à infodemia, a própria OMS entrou em contato com o Facebook para discutir meios de promover informações fidedignas às pessoas acerca da Covid. Conforme pode ser verificado em notícia de 25 de agosto de 2020, a organização se empenhou em se aproximar de grande parte das plataformas para incentivar um bom manejo da infodemia:

“A OMS também tem trabalhado em estreita colaboração com empresas de mídia social e tecnologia para ajudar a conter algumas das desinformações que se espalham em suas plataformas. Em fevereiro, funcionários da agência de saúde reuniram-se na sede do Facebook sobre como promover informações de saúde precisas sobre a Covid-19. Agora, a OMS está trabalhando com mais de 50 empresas digitais e plataformas de mídia social incluindo TikTok, Google, Viber, WhatsApp e YouTube para garantir que as mensagens de saúde baseadas na ciência da organização ou outras fontes oficiais apareçam primeiro quando as pessoas procuram por informações relacionadas à Covid-19. Mesmo o aplicativo de encontros Tinder agora apresenta lembretes de saúde da OMS, porque o distanciamento social ainda é apropriado durante um encontro” (OMS, 2020).³⁵

34 Cf. OMS. **Risk Communication**. Genebra. Disponível em: <https://www.who.int/teams/risk-communication>. Acesso em 15 ago. 2021.

35 Trecho: “WHO has also been working closely with social media and technology companies to help curb some of the misinformation spreading on their platforms. In February, officials

Pelo que foi descrito da Organização acerca dessas alianças entre as plataformas para o combate da infodemia, as informações divulgadas pela OMS teriam prioridade e seriam mais promovidas pelas plataformas, no intuito de que todos tenham acesso a elas. Aparentemente, esse mecanismo se aproxima da *arquitetura de serendipidade* (ALLEMANO, 2018, p. 5), anteriormente apresentada no tópico 3, vez que, teoricamente, as informações promovidas pela organização seriam priorizadas em todos os feeds, o que poderia contribuir para a amenização das câmaras de eco. No entanto, um detalhamento acerca de como isso seria feito, se haveriam mudanças estruturais dessas redes sociais, entre outras questões fundamentais para entender as relações entre a instituição internacional e esses atores privados não foram divulgadas nos seus meios oficiais, o que não permite realizar uma análise mais profunda acerca da compatibilidade com a ideia de *arquitetura de serendipidade*. Vê-se, então, que existe uma falta de transparência acerca dessa atuação por parte da organização e das plataformas digitais.

Por exemplo, sabe-se que a empresa Facebook desenvolveu a Central de Informações para a Covid-19, que pode ser acessada pelas plataformas digitais do grupo, como o Instagram, o Facebook, o Messenger e o WhatsApp. O usuário, na central do aplicativo Facebook, pode optar por receber atualizações e notificações acerca da situação pandêmica de diferentes fontes oficiais, a variar com o país escolhido por ele, sempre inclusas as organizações componentes da OMS e da UNICEF.³⁶ Já no Instagram, toda vez que um usuário publica conteúdo que tenha relação com a pandemia e, especificamente, com as vacinas da Covid-19, um aviso aparece tanto para ele quanto para os seus seguidores, no qual eles têm a possibilidade de verificar as informações oficiais dos seus Ministérios da Saúde e das organizações internacionais de saúde. Não se sabe se essa iniciativa se deu a partir dos acordos com a própria OMS e se esse seria um dos meios que a empresa Facebook encontrou de cumprir o termo de dar prioridade as informações advindas da organização.

Já a empresa Google também seguiu no mesmo sentido, visto que ao procurar no site de buscas a palavra “Covid”, “Vacina Covid” e outros termos correlatos, uma central de informações e notícias de sites idôneos aparecem na primeira página. A plataforma de vídeos da empresa, mais especificamente,

from the health agency met at Facebook's headquarters about how to promote accurate health information about Covid-19. Now, WHO is working with more than 50 digital companies and social media platforms including TikTok, Google, Viber, WhatsApp, and YouTube to ensure that science-based health messages from the organization or other official sources appear first when people search for information related to Covid-19. Even the dating app Tinder now features WHO health reminders, because social distancing is still appropriate during a date” OMS. *Immunizing the public against misinformation*. Genebra, 25 ago. 2020. Disponível em: <https://www.who.int/news-room/feature-stories/detail/immunizing-the-public-against-misinformation>. Acesso em 15 ago. 2021.

36 Cf. FACEBOOK. **Covid-19: Central de Informações**. Disponível em: https://www.facebook.com/coronavirus_info/. Acesso em 30 jul. 2021.



o YouTube Brasil, em sua página oficial, fez duas séries próprias acerca da Covid-19: a primeira, em 2020, acerca da necessidade de ficar em casa³⁷ e a segunda, em 2021, respondendo dúvidas acerca da vacinação. Foram feitos também listas de reprodução de canais da plataforma que tem como conteúdo as dúvidas acerca da Covid-19, das vacinas e outros temas correlatos.³⁸ Somente a iniciativa do YouTube indica que houve uma colaboração direta da OMS, mesmo assim, não identifica diretamente se essa seria a forma da plataforma de cumprir os termos dos acordos postos.

Em conjunto, as ações de checagem de fatos e de destruição de mitos também estão sendo muito incentivadas pela organização, tendo ela agregado todos os meios de denunciar notícias falsas nestas redes sociais parceiras³⁹, bem como criado uma página própria para desmitificação de desinformação⁴⁰, que é igualmente veiculada nas suas páginas oficiais das redes sociais.⁴¹ Todos os fatos propagados no site oficial de destruição de mitos da Covid-19 podem ser baixados e compartilhados nas redes sociais.

As próprias plataformas digitais já possuíam programas e investimentos na área de checagem de fatos, que foi direcionado nessa época também para conteúdos falsos em relação à Covid-19 (WAKKA, 2020; YOUTUBE, 2021; GOOGLE, 2020).⁴² No entanto, em relação à checagem de fatos, que envolve questões de moderação de conteúdo on-line, há de se levar em conta a efetividade e real aplicação dessa política⁴³, bem como o confronto com liberdades de expressão (KORNBLUH et al., 2020; MARECHAL et al, 2020)⁴⁴.

37 Cf. YOUTUBE BRASIL. **Cuide-se Comigo**. 11 vídeos. Rio de Janeiro, 7 out. 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/playlist?list=PLYHoqTjX7zMo2dkCnO-bYumZ10Z-qxUv9>. Acesso em 30 jul. 2021.

38 Cf. YOUTUBE BRASIL. **Conheça os fatos e saiba como se proteger**. 10 vídeos. Rio de Janeiro, 21 jun. 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/playlist?list=PLYHoqTjX7zMosmVVX4R1XGeQ-XGloprt5>. Acesso em 30 jul. 2021.

39 Cf. OMS. **How to report misinformation online**. Genebra, 2020. Disponível em: <https://www.who.int/campaigns/connecting-the-world-to-combat-coronavirus/how-to-report-misinformation-online>. Acesso em 29 de jul. 2021.

40 Cf. OMS. **Mythbusters**. Genebra, 2020. Disponível em: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/myth-busters>. Acesso em 29 de jul. 2021.

41 Cf. FACEBOOK. **Perfil da OPAS OMS Brasil — PAHO WHO Brazil**. Disponível em: <https://www.facebook.com/OPASOMSBrazil>. Acesso em 30 jul. 2021; FACEBOOK. **Perfil da World Health Organization (WHO)**. Disponível em: <https://www.facebook.com/WHO>. Acesso em 30 jul. 2021.

42 A plataforma do Google de checagem de fatos pode ser conferida em: GOOGLE. **Factcheck Explorer**. Página de busca. Disponível em: <https://toolbox.google.com/fact-check/explorer>. Acesso em 15 ago. 2021.

43 Por exemplo, em pesquisa realizada pela Avaaz, foi notado que muitos países não falantes da língua inglesa são mais afetados pela desinformação na plataforma do Facebook, vez que a política de *fact-checking* não é tão bem implementada em diversas línguas, cf. AVAAZ, 2021.

44 “Banning dangerous content itself is both contrary to free expression standards and impossible to achieve at a global scale. But we can stymie its reach by denying targeting and optimization algorithms their power, through fundamental reforms grounded in human rights principles” (MARECHAL et al, 2020, p. 21).

Ademais, um programa de *chatbot*⁴⁵ foi desenvolvido pela OMS em conjunto com a *Sprinklr* e *Prækelt.Org* dentro das plataformas do *Facebook*⁴⁶, *Whatsapp*⁴⁷ e *Rakuten Viber*⁴⁸ fornecendo informações acerca da *Covid-19* em uma diversa gama de línguas. Inclusive, no aplicativo da *Viber*, também é possível realizar questionários com este *chatbot* para verificar o conhecimento de fatos das pessoas acerca do vírus. Foi estimado pela organização internacional que mais de bilhões de pessoas de diferentes nacionalidades foram atingidas por esse *chatbot* nas diferentes plataformas.

O que mais se destacou para esta pesquisa é que não houve uma posição oficial da instituição acerca dos modelos de negócios que essas plataformas perpetuam, que é exatamente o cerne da questão da desinformação (ZUBOFF, 2020; MARECHAL et al., 2020; HARTLEY, VU, 2020; KORNBLUH et al., 2020). Por mais que as medidas da OMS tenham sido bastante interessantes e estejam também parcialmente atualizadas com a melhor doutrina acerca do assunto, somente promover a checagem de fatos e a disponibilização das informações verdadeiras de maneira mais facilitada não é o suficiente para prevenir de fato a infodemia da *Covid-19* (MARECHAL et al., 2020; KORNBLUH et al., 2020). É necessário o incentivo a medidas regulatórias que tornem desinteressante a busca pelo lucro a partir da disseminação de desinformação, que é exatamente o cenário nos quais essas plataformas digitais se encontram, promovendo mudanças estruturais em sua arquitetura interna que afetem exatamente a possibilidade de monetização desse conteúdo e o alcance dele (MARECHAL et al., 2020; KORNBLUH et al., 2020).

4.3. A atuação frente aos governos nacionais

Nos subtópicos acima foi descrito como a OMS atuou diretamente no enfrentamento à infodemia utilizando-se de técnicas inovadoras, como a inteligência artificial EARS, além de parcerias com novos atores privados do cenário digital e internacional, como Facebook, Google e TikTok. No entanto, a partir da presente pesquisa, não foram encontradas muitas

45 *Chatbot* é um software que consegue simular a fala humana, utilizando de técnicas de inteligência artificial, aprendizado de máquinas (*machine learning*) e de processamento de linguagem natural, sendo capaz de conversar com seres humanos.

46 Cf. OMS. **WHO launches a chatbot powered facebook messenger to combat Covid-19 misinformation**. Genebra, 15 abr. 2020. Disponível em: <https://www.who.int/news-room/feature-stories/detail/who-launches-a-chatbot-powered-facebook-messenger-to-combat-Covid-19-misinformation>. Acesso em 15 ago. 2021.

47 Cf. OMS. **WHO Health Alert brings Covid-19 facts to billions via WhatsApp**. Genebra, 20 abr. 2020. Disponível em: <https://www.who.int/news-room/feature-stories/detail/who-health-alert-brings-Covid-19-facts-to-billions-via-whatsapp>. Acesso em 15 ago. 2021.

48 Cf. OMS. **WHO and Rakuten Viber fight Covid-19 misinformation with interactive chatbot**. Genebra, 21 mar. 2020. Disponível em: <https://www.who.int/news-room/feature-stories/detail/who-and-rakuten-viber-fight-Covid-19-misinformation-with-interactive-chatbot>. Acesso em 15 ago. 2021.



informações sobre a atuação da OMS em conjunto aos Estados-Nação para o desenvolvimento de estratégias de combate a essa crise informacional. Neste subtópico serão exploradas quais parceiras e colaborações foram feitas entre a organização e os países, além de ser analisado como os próprios Estados contribuíram ou não para o combate da infodemia.

Em primeiro lugar, é importante destacar que indícios de que o foco de combate da infodemia seria diferente daqueles que a organização estava acostumada foram apresentados dentro das redes oficiais da OMS. O EPI-WIN tem um foco diferenciado em atingir diretamente a população em geral com a ajuda de personalidades, instituições etc., que estejam diretamente conectadas com os indivíduos no dia a dia:

“Enquanto a OMS está acostumada a trabalhar com ministérios da saúde e outros órgãos e autoridades governamentais para desenvolver e ampliar o envio de mensagens de saúde pública, Nguyen disse que em uma crise da magnitude da Covid-19, **uma abordagem de toda a sociedade é necessária para garantir que todas as comunidades sejam alcançadas.** Por exemplo, em vez de uma estratégia de cima para baixo, **a OMS trabalha com grupos específicos como jovens, jornalistas e organizações baseadas na fé para codesenvolver uma orientação que é adaptada a cada contexto e comunidade. Estes grupos servem como amplificadores, divulgando informações de saúde precisas às pessoas de forma orgânica**” *[grifos próprios]*.⁴⁹

“Durante emergências a demanda por informações é alta, muitas vezes há muitas incógnitas e as pessoas buscam informações de fontes e indivíduos e entidades em quem confiam. **A OMS identificará essas fontes confiáveis e as envolverá como amplificadores de informações precisas e oportunas. Podem ser indivíduos, organizações guarda-chuva, representantes e empregadores que estão engajados na disseminação de informações EPI-WIN para suas redes.** Este conceito de amplificação significa que informações precisas

49 Trecho original: While WHO is accustomed to working with health ministries and other government bodies and officials to develop and amplify public health messaging, Nguyen said that in a crisis of the magnitude of Covid-19, a whole-of-society approach is necessary to make sure all communities are reached. For example, instead of a top-down strategy, WHO works with specific groups such as youths, journalists, and faith-based organizations to co-develop guidance that is tailored to each context and community. These groups serve as amplifiers, disseminating accurate health information to people organically” OMS. **Immunizing the public against misinformation**. Genebra, 25 ago. 2020. Disponível em: <https://www.who.int/news-room/feature-stories/detail/immunizing-the-public-against-misinformation>. Acesso em 15 ago. 2021.

e personalizadas da OMS estão alcançando pessoas em todo o mundo” [*grifos próprios*].⁵⁰

Mesmo assim, ainda no início da pandemia, a organização internacional havia formado uma parceria com o Governo do Reino Unido em uma campanha global nomeada “Stop the spread”, mas que tinha como foco principal os cidadãos britânicos, sendo transmitida pela BBC. Segundo a OMS, “‘Stop the Spread’ é uma campanha global que visa aumentar a conscientização sobre os riscos da desinformação em torno da Covid-19, e os incentiva a verificar as informações com fontes confiáveis, como a OMS e as autoridades sanitárias nacionais”.⁵¹ Foi indicado que o governo britânico iria oferecer o conteúdo desta campanha para outros governos parceiros, com o intuito de transmitir uma mensagem unificada da comunidade global.

Além disso, na 1ª Conferência da OMS sobre Infodemiologia, realizada em junho de 2020, foi notada uma participação de alguns dos Estados-Nação. Na brochura disponibilizada pela OMS (1st WHO INFODEMOLOGY CONFERENCE, 2020), é possível verificar a participação ativa nos painéis de debate da Tailândia e de Malta, por meio de seus ministros da Saúde, e dos EUA, por meio do seu Centro de Controle e Prevenção de Doenças (CCPD). Também foi produzido um documento acumulando os principais pontos abordados na conferência, que faz referência aos CCPDs da África, China e Europa, além de indicar uma lista com todos os participantes do evento (OMS, 2021). No total, 35 países participaram de tal conferência (OMS, 2021).

Entretanto, em pesquisa recente analisando dez países da América Latina, foi identificado que somente a Argentina possuía um plano de atuação em relação à infodemia que foi publicitado em seus meios oficiais de comunicação (HARAKI, 2021)⁵², demonstrando que a infodemiologia

50 Trecho original: “During emergencies demand for information is high, there are often many unknowns and people will seek information from sources and individuals and entities they trust. WHO will identify these trusted sources and engage them as amplifiers of accurate, timely information. These may be individuals, umbrella organizations, representatives and employers who are engaged in disseminating EPI-WIN information to their networks. This concept of amplification means that accurate, tailored information from WHO is reaching people around the globe”. OMS. **About EPI WIN**. Genebra. Disponível em: <https://www.who.int/teams/risk-communication/about-epi-win>. Acesso em 15 ago. 2021.

51 Trecho original: “Stop the Spread” is a global campaign which aims to raise awareness about the risks of misinformation around Covid-19, and encourages them to double check information with trusted sources such as WHO and national health authorities”. OMS. **Countering misinformation about Covid-19**. Genebra, 11 mai. 2020. Disponível em: <https://www.who.int/news-room/feature-stories/detail/countering-misinformation-about-Covid-19>. Acesso em 15 ago. 2021.

52 “Dos 10 países analisados, apenas a Argentina possuía uma estratégia destinada à gestão da infodemia. Brasil, Chile, Equador e Paraguai apenas faziam menção ao tema no *site* de seus respectivos ministérios da saúde; e nenhuma menção foi encontrada nos *sites* dos ministérios da saúde de Bolívia, Colômbia, Peru, Uruguai e Venezuela” (HARAKI, 2021, p.



não está tão presente nas estratégias de manejo da pandemia da Covid-19 em relação a esses países, por exemplo.

Além disso, foi também identificado um padrão de manipulação de informações em países com arranjos governamentais mais autoritários, como Rússia, China e Irã, contribuindo para o agravamento da infodemia internamente (KOVALČÍKOVÁ, TABATABAI, 2020). As áreas que foram principalmente manipuladas a favor desses governos foram: mudar a imagem do governo; plantar dúvidas sobre a origem do vírus; realocar a culpa; colocar em foco as falhas da democracia; e promover o autoritarismo (KOVALČÍKOVÁ, TABATABAI, 2020, p. 5-6). Outros Estados, alguns também com governos extremamente autoritários, como o Turcomenistão, Coreia do Norte, Tanzânia, Belarus e Sérvia, também têm implementado políticas duvidosas e não baseadas em evidências científicas para o combate do vírus, por vezes até negando completamente a existência da Covid-19 no país (SMITH-SPARK, 2021; ECKEL, Mike).

Ainda, mesmo em democracias liberais, mas que no momento possuem agendas mais autoritárias, como no Brasil — durante o governo Bolsonaro — e nos Estados Unidos — durante o governo Trump —, os presidentes contribuíram e contribuem para o arranjo de caos informacional e para o desmonte ao manejo da pandemia e da infodemia, compartilhando desinformação em seus discursos oficiais e em suas redes sociais (WOOLHANDLER et. al, 2021; CARVALHO, CASTRO, SCHNEIDER, 2021). Inclusive, ataques diretos a OMS foram feitos tanto por Bolsonaro quanto por Trump, que, inclusive, iniciou a saída formal dos EUA da OMS em junho de 2020 (TRUMP, 2020).

Assim, evidencia-se um cenário de falta de coesão entre os Estados-Nação para o manejo da infodemia, algo que também poderia ser coordenado e incentivado pela OMS, no entanto, esse protagonismo da organização junto aos Estados não está sendo visto. Tal cenário, em uma visão mais geral, pode ser entendido como consequência da crise do multilateralismo⁵³ vivenciado hoje em dia, que erode a relação de cooperação internacional entre os Estados-Nação (BRUNNÉE, 2018). Tal comportamento é comum em países com agendas mais autoritárias, que tem por foco um nacionalismo que nega as relações internacionais de cooperação entre os

1).

53 “O multilateralismo é uma forma institucional que coordena as relações entre três ou mais Estados com base em princípios de conduta “generalizados”, ou seja, princípios que especificam a conduta apropriada para uma classe de ações, sem considerar os interesses particulares das partes ou as exigências estratégicas que possam existir em qualquer ocorrência específica” (RUGGIE, 1992 *apud* BRUNNÉE, 2018, p. 335). Trecho original: “Multilateralism is an institutional form which coordinates relations among three or more states on the basis of “generalized” principles of conduct—that is, principles which specify appropriate conduct for a class of actions, without regard to the particularistic interests of the parties or the strategic exigencies that may exist in any specific occurrence.”

Estados e dificulta a ação interna das OIs, cabendo destacar que os Estados Unidos (antes o país que coordenava as relações multilaterais pós-segunda Guerra) torna-se, com o governo Trump, a liderança de tal movimento (BRUNNÉE, 2018, p. 337-338; WOOLHANDLER et. al, 2021).

Nesse sentido, a OMS encontra-se em posição fragilizada, uma vez que, mesmo diante dessa negação à cooperação de determinados atores globais, ainda seria importante que medidas mais diretas fossem tomadas pela organização acerca dessa ausência ao lidar com a infodemia, e, por vezes, até um aprofundamento orquestrado de tal cenário. No entanto, tal atuação esbarra em problemas antigos da organização, que não possui poder coercivo perante os Estados (VENTURA, PEREZ, 2014). Nota-se, na verdade, que em relação à infodemia o esforço do órgão internacional foi muito mais voltado para o trabalho em conjunto com as grandes plataformas, além de um grande investimento em tecnologias de inteligência artificial, do que uma colaboração com os Estados-Membros. Mesmo que nas conferências realizadas autoridades públicas de saúde também tenham participado, isso não é suficiente para garantir a aderência dos governos nacionais em criar uma linha de estratégia global para enfrentar a infodemia vivenciada.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo permite concluir que a OMS coordenou uma atuação vasta e focada tanto em conceituar o fenômeno infodêmico quanto em desenhar meios de combate para este, baseados no desenvolvimento de novas tecnologias e na parceria com os novos atores privados do mundo global. Mesmo com possíveis críticas em relação às estratégias desenvolvidas pela instituição, como a permanência de uma agenda securitária e à ausência de coordenação com os Estados-Membros, os esforços implementados pela organização foram louváveis e causaram impactos positivos na infodemia.

As estratégias de (i) mapear e categorizar os pontos de interesse das pessoas ao redor do mundo acerca da Covid-19 por meio do EARS e (ii) a formação de colaborações com grandes plataformas digitais permitiu um entendimento melhor de como a desinformação está se alastrando durante a pandemia, bem como garantiu um notável alcance para suas medidas de combate à infodemia, vez que as plataformas digitais têm um poder impulsor e de relevância muito grande nos dias de hoje. Ainda assim, pontos como o da proteção de dados e de mudanças estruturais no modelo de negócio dessas mesmas plataformas ainda precisam ser explorados pela organização, vez que são a causa-chave do fenômeno da desinformação vivido. Ademais, uma conexão mais profunda com os Estados-Membros é fundamental para que este plano de combate de fato funcione,

já que, mesmo que hoje em dia os Estados tenham perdido relativamente sua primazia em ser o detentor de informação, eles ainda são um *player* institucional importante que deve se ater ao dever de informar a população de maneira correta.

Aqui cabe novamente uma crítica, que já é presente no meio acadêmico, acerca da falta de coercibilidade que esta instituição possui e como isso interfere nas suas relações com os Estados-Nação.

Em futuras pesquisas, deseja-se explorar de maneira quantitativa quais foram os impactos esforços despendidos pela OMS na diminuição de circulação de desinformação sobre a Covid-19. Ademais, deseja-se saber se os mesmos esforços ou renovações destes também serão aplicadas em próximas emergências sanitárias, ou até em doenças que não possuam esse foco, como o HIV.

Certamente, ao desenvolver a EPI-WIN e criar todo esse sistema de comunicação nas redes, a organização demonstrou que está apta a se atualizar. No entanto, ainda é preciso que haja um afastamento do teor tecnocrático que a OMS havia se direcionado, sendo preferencial que se adote uma abordagem baseada em direitos humanos, ao em vez das lógicas securitárias implementadas.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEMANNO, A. How to Counter Fake News? A Taxonomy of Anti-Fake News Approaches. **European journal of risk regulation**, v. 9, n. 1, p. 1-5, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/err.2018.12>. Acesso em 15 ago. 2021.

ARAÚJO, P. M. M. **A utilização de dados pessoais sensíveis na formação do perfil comportamental de pessoas naturais e o potencial dano aos seus titulares**. Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) — Universidade de Brasília, Faculdade de Direito. Brasília, 2019. Disponível em: <https://bdm.unb.br/handle/10483/25207>. Acesso em 15 ago. 2021.

AVAAZ; SBIm. **As fake news estão nos deixando doentes?**. 2019. Disponível em: <https://sbim.org.br/images/files/po-avaaz-relatorio-antivacina.pdf>. Acesso em 30 mar. 2021.

AVAAZ. **Left Behind: How Facebook is neglecting Europe's infodemic**. 20 de abr. 2021. Disponível em: https://secure.avaaz.org/campaign/en/facebook_neglect_europe_infodemic/. Acesso em 30 jul. 2021.

BRIDLE, J. Opinion: Data isn't the New Oil — it's the New Nuclear Power. **Ideas.Ted.Com**, 17 jul. 2018. Disponível em: <https://ideas.ted.com/opinion-data-isnt-the-new-oil-its-the-new-nuclear-power/>. Acesso em 12 ago. 2021.

BRUNNÉE, J. Multilateralism in Crisis. *In: Proceedings of the ASIL Annual Meeting*. Cambridge University Press, 2018. p. 335-339. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/amp.2019.35>. Acesso em 15 ago. 2021.

CARVALHO, P. R.; CASTRO, P. C.; SCHNEIDER, M. A. F. Desinformação na Pandemia de Covid-19: Semelhanças Informacionais entre Trump e Bolsonaro. **Em Questão**, Porto Alegre, v. 27, n. 3, p. 15-41, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.19132/1808-5245273.15-41>. Acesso em 15 ago. 2021.

CHEUNG, E. An Outbreak of Fear, Rumours and Stigma: Psychosocial Support for the Ebola Virus Disease Outbreak in West Africa. **Intervention**, v. 13, n. 1, p. 70-76, 2015. Disponível em: https://www.interventionjournal.com/sites/default/files/An_outbreak_of_fear%2C_rumours_and_stigma__10.pdf. Acesso em 04 jul. 2022.

DALE, D. et al. Trump Sugere Luz Solar e Injeção de Desinfetante Para Tratar Coronavírus. **CNN Brasil**, 24 abr. 2020. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/2020/04/24/trump-sugere-luz-solar-e-injecao-de-desinfetante-para-tratar-coronavirus>. Acesso em 30 mar. 2021.

ECKEL, Mike. Tractors, Herbs, Vodka, Saunas? Some Leaders Offer Strange, Unhelpful Advice On Warding Off Covid-19. **RFERL**, 18 mar. 2020. Disponível em: <https://www.rferl.org/a/coronavirus-unhelpful-advice-tractors-herbs-vodka-saunas-gurbanguly-lukashenka-vucic/30495810.html>. Acesso em 15 ago. 2021.

EM EXPERIMENTO Secreto, Facebook Manipula Emoções de Usuários. **G1**, 29 jun. 2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2014/06/em-experimento-secreto-facebook-manipula-emocoes-de-usuarios.html>. Acesso em 08 ago. 2021.

ENTENDA o Escândalo de Uso Político de Dados que Derrubou Valor do Facebook e o Colocou na Mira de Autoridades. **G1**, 20 mar. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/entenda-o-es-candalo-de-uso-politico-de-dados-que-derrubou-valor-do-facebook-e-o-colocou-na-mira-de-autoridades.ghtml>. Acesso em 08 ago. 2021.

EYSENBACH, G. et al. How to Fight an Infodemic: The Four Pillars of Infodemic Management. **Journal of medical Internet research**, v. 22, n. 6, p. e21820, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.2196/21820>. Acesso em 15 ago. 2021.

FACEBOOK. **Covid-19: Central de Informações**. Disponível em: [https://www.facebook.com/coronavirus_info/?page_source=bookmark&hoisted_module_type_s\[0\]=update&hoisted_module_types\[1\]=vaccine_finder&hoisted_module_types\[2\]=vaccine_tracker&hoisted_module_types\[3\]=latest_news](https://www.facebook.com/coronavirus_info/?page_source=bookmark&hoisted_module_type_s[0]=update&hoisted_module_types[1]=vaccine_finder&hoisted_module_types[2]=vaccine_tracker&hoisted_module_types[3]=latest_news). Acesso em 30 jul. 2021.

_____. **Perfil da OPAS OMS Brasil – PAHO WHO Brazil no Facebook**. Disponível em: <https://www.facebook.com/OPASOMSBrasil>. Acesso em 30 jul. 2021.



_____. **Perfil da World Health Organization (WHO) no Facebook.** Disponível em: <https://www.facebook.com/WHO>. Acesso em 30 jul. 2021.

GOOGLE. **Factcheck Explorer. Página de busca.** Disponível em: <https://toolbox.google.com/factcheck/explorer>. Acesso em 15 ago. 2021.

_____. O que é um feed. Página de Suporte. Disponível em: <https://support.google.com/adsense/answer/9189559?hl=pt-BR>. Acesso em 15 ago. 2021.

GOOGLE e Facebook Anunciam US\$ 7,5 mi Contra Desinformação sobre Covid-19. **Poder360**, 02 abr. 2020. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/midia/google-e-facebook-anunciam-us-75-mi-contra-desinformacao-sobre-Covid-19/>. Acesso em 15 ago. 2021.

GOSTIN, L. O. Global Health Security After Ebola: Four Global Commissions. **The Milbank Quarterly**, v. 94, n. 1, p. 34-38, mar. 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/1468-0009.12176>. Acesso em 15 ago. 2021.

HARAKI, C. A. C. Estratégias Adotadas na América do Sul Para a Gestão da Infodemia da Covid-19. **Revista Panamericana de Salud Pública**, v. 45, p. e43, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.26633/RPSP.2021.43>. Acesso em 15 ago. 2021.

HARTLEY, K.; VU, M. K. Fighting Fake News in the Covid-19 Era: Policy Insights From an Equilibrium Model. **Policy Sciences**, v. 53, n. 4, p. 735-758, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s11077-020-09405-z>. Acesso em 15 ago. 2021.

ISLAM, M. S. et al. Covid-19-related Infodemic and its Impact on Public Health: A global Social Media Analysis. **The American journal of tropical medicine and hygiene**, v. 103, n. 4, pp. 1621-1629, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.4269/ajtmh.20-0812>. Acesso em 15 ago. 2021.

JOLLEY, D.; PATERSON, J. L. Pylons Ablaze: Examining the Role of 5G Covid-19 Conspiracy Beliefs and Support for Violence. **British journal of social psychology**, v. 59, n. 3, p. 628-640, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/bjso.12394>. Acesso em 15 ago. 2021.

KLOFSTAD, C. A. et al. What Drives People to Believe in Zika Conspiracy Theories?. **Palgrave Communications**, v. 5, n. 1, p. 1-8, 2019. Disponível em: www.jstor.org/stable/resrep28474.20. Acesso em 15 ago. 2021.

KORNBLUH, K. et al. Protecting Democracy and Public Health from Online Disinformation. **German Marshall Fund of the United States**, pp. 43-44, nov. 2020, #Tech2021: Ideas for Digital Democracy. Disponível em: www.jstor.org/stable/resrep28474.20. Acesso em 15 ago. 2021.

KOVALČÍKOVÁ, Nad'a; TABATABAI, Ariane. Five Authoritarian Pandemic Messaging Frames and How to Respond. **German Marshall Fund of the United States**, v. 4, pp. 1-9, ago. 2020. Disponível em: www.jstor.org/stable/resrep26755. Acesso em 15 ago. 2021.

LANA, R. M. et al. Emergência do Novo Coronavírus (SARS-CoV-2) e o Papel de uma Vigilância Nacional em Saúde Oportuna e Efetiva. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 36, p. e00019620, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0102-311X00019620>. Acesso em 15 ago. 2021.

LUCAS, B.; LANDMAN, T. Social Listening, Modern Slavery, and Covid-19. **Journal of Risk Research**, v. 24, n. 3-4, p. 314-334, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/13669877.2020.1864009>. Acesso em 15 ago. 2021.

MARÉCHAL, N. et al. Getting to the Source of Infodemics: It's the Business Model: A Report from Ranking Digital Rights. **New America**, pp. 1-73, mai. 2020. Disponível em: www.jstor.org/stable/resrep25417. Acesso em 15 ago. 2021.

MAVRAGANI, A. Infodemiology and Infoveillance: Scoping Review. **Journal of medical internet research**, v. 22, n. 4, p. e16206, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.2196/16206>. Acesso em 15 ago. 2021.

MERRIAN-WEBSTER. **Dicionário online de inglês. Palavras que observamos: significado de infodemia**. Disponível em: <https://www.merriam-webster.com/words-at-play/words-were-watching-infodemic-meaning>. Acesso em 14 de jul. 2021.

NAEEM, S. B.; BHATTI, R.; KHAN, A. An Exploration of How Fake News is Taking Over Social Media and Putting Public Health at Risk. **Health Information & Libraries Journal**, v. 38, n. 2, p. 143-149, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/hir.12320>. Acesso em 15 ago. 2021.

NY tem 30 Chamados por Ingestão de Desinfetante; Melhor Prevenção é Higiene. **UOL**, 25 abr. 2020. Disponível em: <https://www.uol.com.br/vivabem/noticias/redacao/2020/04/25/ny-tem-30-chamados-por-ingestao-de-desinfetante-melhor-prevencao-e-higiene.htm>. Acesso em 30 mar. 2021.

O QUE é uma API? (interface de programação de aplicativos). **MULESOFT**. Disponível em: <https://www.mulesoft.com/pt/resources/api/what-is-an-api>. Acesso em 01 ago. 2021.

OMS. **WHO Public Health Research Agenda for Managing Infodemics**. Genebra, 2021.

_____. **Statement on the Second Meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee Regarding the Outbreak of Novel Coronavirus (2019-nCoV)**. Genebra, 30 jan. 2020. Disponível em: <https://www.who.int>. Acesso em 22 jul. 2021.

_____. **1st WHO Infodemiology Conference: How Infodemics Affect the World & How They Can be Managed**. 2020. Conferência científica via Zoom de Genebra, Suíça. Disponível em: https://www.who.int/docs/default-source/epi-win/infodemic-management/infodemiology-scientific-conference-booklet.pdf?sfvrsn=179de76a_4. Acesso em 15 ago. 2021.

_____. **About EPI WIN.** Genebra. Disponível em: <https://www.who.int/teams/risk-communication/about-epi-win>. Acesso em 15 ago. 2021.

_____. **Budget and Financing Flow.** Genebra. Disponível em: <http://open.who.int/2020-21/budget-and-financing/flow>. Acesso em 23 ago. 2021.

_____. Constituição (1946). *In*: BRASIL. Decreto nº 26.042, de 17 de dezembro de 1948. Promulga os Atos firmados em Nova York a 22 de julho de 1946, por ocasião da Conferência Internacional de Saúde. **Diário Oficial da União (DOU)**, Rio de Janeiro, RJ, 25 jan. 1949, especialmente artigo 2º.

_____. **Countering Misinformation about Covid-19.** Genebra, 11 mai. 2020. Disponível em: <https://www.who.int/news-room/feature-stories/detail/countering-misinformation-about-Covid-19>. Acesso em 15 ago. 2021.

_____. **How to Report Misinformation Online.** Genebra, 2020. Disponível em: <https://www.who.int/campaigns/connecting-the-world-to-combat-coronavirus/how-to-report-misinformation-online>. Acesso em 29 de jul. 2021.

_____. **Immunizing the Public Against Misinformation.** Genebra, 25 ago. 2020. Disponível em: <https://www.who.int/news-room/feature-stories/detail/immunizing-the-public-against-misinformation>. Acesso em 15 ago. 2021.

_____. **Infodemic Management.** Genebra. Disponível em: <https://www.who.int/teams/risk-communication/infodemic-management>. Acesso em 20 jul. 2021.

_____. **Managing the Covid-19 Infodemic Promoting Healthy Behaviours and Mitigating the Harm from Misinformation and Disinformation.** Genebra, 23 set. 2020. Disponível em: <https://www.who.int/teams/epi-win/infodemic-managementhttps://www.who.int/news/item/23-09-2020-managing-the-Covid-19-infodemic-promoting-healthy-behaviours-and-mitigating-the-harm-from-misinformation-and-disinformation>. Acesso em 08 ago. 2021.

_____. **Mythbusters.** Genebra, 2020. Disponível em: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/myth-busters>. Acesso em 29 de jul. 2021.

_____. **Risk Communication.** Genebra. Disponível em: <https://www.who.int/teams/risk-communication>. Acesso em 15 ago. 2021.

_____. **WHO and Rakuten Viber fight Covid-19 Misinformation with Interactive Chatbot.** Genebra, 21 mar. 2020. Disponível em: <https://www.who.int/news/item/21-03-2020-who-and-rakuten-viber-fight-covid-19-misinformation-with-interactive-chatbot>. Acesso em 15 ago. 2021.

_____. WHO Director-General's remarks at the media briefing on 2019-nCoV on 11 February 2020. Genebra, 11 fev. 2020. Disponível em <https://www.who.int/news/item/11-02-2020-who-director-general-remarks-at-the-media-briefing-on-2019-ncov-on-11-february-2020>. Acesso em 15 ago. 2021.

_____. **WHO Launches a Chatbot Powered Facebook Messenger to Combat Covid-19 Misinformation.** Genebra, 15 abr. 2020. Disponível em: <https://www.who.int/news-room/feature-stories/detail/who-and-rakuten-viber-fight-covid-19-misinformation-with-interactive-chatbot>. Acesso em 15 ago. 2021.

_____. **WHO Launches Pilot of AI Powered Public Access Social Listening Tool.** Genebra, 29 jan. 2021. Disponível em: <https://www.who.int/news-room/feature-stories/detail/who-launches-pilot-of-ai-powered-public-access-social-listening-tool>. Acesso em 09 ago. 2021.

OPAS. **Entenda a Infodemia e a Desinformação na Luta Contra a Covid-19.** Washington, 2020. Disponível em: https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/52054/Factsheet-Infodemic_por.pdf?sequence=16. Acesso em 15 ago. 2021.

OYEYEMI, S. O.; GABARRON, E.; WYNN, R. Ebola, Twitter, and Misinformation: A Dangerous Combination?. **Bmj**, v. 349, 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.1136/bmj.g6178>. Acesso em 15 ago. 2021.

PACIENTES Vão para Fila de Transplante de Fígado Após Usar “kit Covid”. **Abril**, 24 mar. 2021. Disponível em: <https://super.abril.com.br/saude/pacientes-vao-para-fila-de-transplante-de-figado-apos-usar-kit-covid/>. Acesso em 30 mar. 2021.

PANG, B.; LEE, . Opinion Mining and Sentiment Analysis. **Comput. Linguist**, v. 35, n. 2, p. 311-312, 2009. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1561/15000000011>. Acesso em 15 ago. 2021.

PRIMEIRO Caso de Covid-19 Pode Ter Surgido na China em Outubro de 2019, diz estudo. **G1**, 25 jul. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2021/06/25/primeiro-caso-de-covid-19-pode-ter-surgido-na-china-em-outubro-de-2019-diz-estudo.ghtml>. Acesso em 15 ago. 2021.

PURNAT, T. D. et al. EARS-A WHO Platform for AI-Supported Real-Time Online Social Listening of Covid-19 Conversations. **Studies in Health Technology and Informatics**, v. 281, p. 1009-1010, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.3233/SHTI210330>. Acesso em 15 ago. 2021.

REZENDE, A. T. et al. Teorias da Conspiração: Significados em Contexto Brasileiro. **Estudos de Psicologia (Campinas)**, v. 36, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1982-0275201936e180010>. Acesso em 15 ago. 2021.

RUSHTON, S. Global Health Security: Security for Whom? Security from What? **Political Studies**, v. 59, n. 4, pp. 779-796, 2011. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1111/j.1467-9248.2011.00919.x>. Acesso em 15 ago. 2021.

SÁNCHEZ TARRAGÓ, N. Desinformación en Tiempos de Covid-19: ¿Qué Podemos Hacer para Enfrentarla?. **Revista Cubana de Información en**

Ciencias de la Salud, v. 31, n. 2, pp. 1-5, 2020. Disponível em: <http://orcid.org/0000-0002-5114-6072>. Acesso em 15 ago. 2021.

MITH-SPARK, L. Coreia do Norte, Tanzânia e Turcomenistão: onde a pandemia virou 'ficção'. **CNN**. 05 mar. 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/2021/03/05/coreia-do-norte-tanzania-e-turcomenistao-onde-a-pandemia-virou-ficcao>. Acesso em 15 ago. 2021.

TAMBINI, D. Fake News: Public Policy Responses. **The London School of Economics and Political Science**, pp. 1-16, mar. 2017. LSE Media Policy Project Series. Disponível em: http://eprints.lse.ac.uk/73015/1/LSE%20MPP%20Policy%20Brief%2020%20-%20Fake%20news_final.pdf. Acesso em 15 ago. 2021.

TRUMP Anuncia que Iniciou Retirada Formal dos EUA da OMS. **G1**, 07 jul. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2020/07/07/trump-va-retirar-formalmente-os-eua-da-oms-diz-agencia.ghhtml>. Acesso em 15 ago. 2021.

VENTURA, D. F. L.; PEREZ, F. A. Crise e Reforma da Organização Mundial da Saúde. **Lua Nova**, n.92, pp.45-77, 2014. ISSN 0102-6445. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-64452014000200003>. Acesso em 15 ago. 2021.

VENTURA, D. F. L.; AITH, F. M. A.; RACHED, D. H. A Emergência do Novo Coronavírus e a “Lei de Quarentena” no Brasil. **Revista Direito e Práxis**, v. 12, n. 01, pp. 102-138, mar. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2020/49180>. Acesso em 15 ago. 2021.

VENTURA, D. F. L. Do Ebola ao Zika: As Emergências Internacionais e a Securitização da Saúde Global. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 32, p. e00033316, abr. 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/6pxxTsCbXR68xJps5f54BJp/?lang=pt>. Acesso em 15 ago. 2021.

VENTURA, D. F. L. et al. A Rights-Based Approach to Public Health Emergencies: The Case of the ‘More Rights, Less Zika’ Campaign in Brazil. **Global Public Health**, pp. 1-14, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/17441692.2020.1830425>. Acesso em 15 ago. 2021.

VIDALE, G. Bolsonaro volta a defender ivermectina e nitazoxanida contra Covid-19. **VEJA**, 5 jan. 2021. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/saude/bolsonaro-volta-a-defender-ivermectina-e-nitazoxanida-contra-Covid-19/>. Acesso em 15 ago. 2021.

WAKKA, W. Agência une Facebook, Google e Twitter Contra Notícias Falsas Sobre Covid-19. **CanalTech**, 23 nov. 2020. Disponível em: <https://canaltech.com.br/redes-sociais/agencia-une-facebook-google-e-twitter-contra-noticias-falsas-sobre-Covid-19-175031/>. Acesso em 15 ago. 2021.

WOOLHANDLER, S. et al. Public Policy and Health in the Trump Era. **The Lancet**, v. 397, n. 10275, p. 705-753, 2021. Disponível em: [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(20\)32545-9](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(20)32545-9). Acesso em 15 ago. 2021.

YOUTUBE BRASIL. **Conheça os Fatos e Saiba Como se Proteger**. 10 vídeos. Rio de Janeiro, 21 jun. 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/playlist?list=PLYHoqTjX7zMosmVVX4R1XGeQ-XGloprt5>. Acesso em 30 jul. 2021.

YOUTUBE BRASIL. **Cuide-se Comigo**. 11 vídeos. Rio de Janeiro, 7 out. 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/playlist?list=PLYHoqT-jX7zMo2dkCnO-bYumZ10Z-qxUv9>. Acesso em 30 jul. 2021.

YOUTUBE Irá Remover Vídeos que Recomendem Cloroquina e Ivermectina para Covid. **Época Negócios**, 16 abr. 2021. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2021/04/epoca-negocios-youtube-ira-remover-videos-que-recomendem-cloroquina-e-ivermectina-para-covid.html>. Acesso em 15 ago. 2021.

ZAROCOSTAS, John. How to Fight an Infodemic. **The Lancet** v. 395, n. 10225, p. 676, fev. 2020. Disponível em: [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(20\)30461-X](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(20)30461-X). Acesso em 15 ago. 2021. ZUBOFF, Shoshana. **A Era do Capitalismo de Vigilância**. Relógio d'Água, 2020.

MORAL TRIBUTÁRIA DO ESTADO E DOS CONTRIBUINTES: O QUE MOTIVA E O QUE DESMOTIVA OS CONTRIBUINTES A PAGAR IMPOSTOS

Alunos: Arthur Maia¹, Beatriz Guimarães Menezes², Egmon Henrique³, Heitor Leon⁴, João Pedro Paravidino⁵, Pedro Enrique Angelito⁶, Rodrigo Bellotti⁷, Verônica Távora⁸

Orientador: Gustavo Fossati⁹

Área de concentração: Direito Público

Linha de pesquisa: Direito Tributário

Projeto de pesquisa: PIBIC/CNPQ

Sumário: 1. Introdução; 2. Problema e justificativa; 3. Objetivos; 4. Metodologia; 5. Plano de trabalho do candidato e cronograma de atividades; 6. Referências bibliográficas.

Resumo

Esta pesquisa surge num cenário de diversas discussões relacionadas à elisão e evasão fiscal, corroboradas por um crescente movimento de resistência ao compliance tributário, bem como pelo incremento do foco da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) na compreensão da “moral tributária”. Entende-se por moral tributária as motivações e desmotivações que os contribuintes possuem para pagar seus tributos. O foco da pesquisa consiste em mapear a moral tributária dos brasileiros a partir de uma pesquisa respondida por determinados cidadãos, analisando as respostas de forma quantitativa e qualitativa,

1 Graduando do 6º período da FGV — Direito Rio.

2 Graduando do 6º período da FGV — Direito Rio.

3 Graduando do 8º período da FGV — Direito Rio.

4 Advogado, graduado em Direito pela PUC-Rio e mestrando em Direito da Regulação na FGV Direito Rio.

5 Graduando do 4º período da FGV — Direito Rio.

6 Graduando do 8º período da FGV — Direito Rio.

7 Graduando do 6º período da FGV — Direito Rio.

8 Graduando do 6º período da FGV — Direito Rio.

9 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.

de modo a comparar a realidade brasileira com as conclusões tomadas pelo Relatório da OCDE de 2019 (Tax Morale — what drives people and businesses to pay tax?). Portanto, diversos são os possíveis incentivos e desincentivos dos contribuintes perante o compliance fiscal, tais como: a desconfiança no governo, a ineficiência e precariedade dos serviços públicos ou a complexidade do sistema tributário corroborada pela falta de educação fiscal. No caso dos brasileiros participantes desta pesquisa, observamos que a falta de confiança no governo e a percepção de ineficiência na contraprestação através dos serviços públicos, comparada à atual carga tributária, consistem nas principais razões para a desmotivação dos contribuintes. Porém, essa desmotivação não demonstrou resultar numa conduta de evasão fiscal, mas sim no desejo de pagarem menos tributos.

Palavras-chave

Evasão fiscal; moral tributária; falta de confiança; compliance; contribuintes.

Abstract

This research comes against a backdrop of several discussions related to tax avoidance or evasion, supported by a growing movement of resistance to tax compliance, as well as by the increased focus of the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) on understanding the “tax morale”. Tax morale is understood as the incentives and disincentives that taxpayers have to pay their taxes. The focus of the research is to map the tax morale of Brazilians based on a survey completed by certain citizens, analyzing the responses quantitatively and qualitatively, in order to compare the Brazilian reality with the conclusions taken by the 2019 OECD Report (Tax Morale — what drives people and businesses to pay tax?). Therefore, there are several possible incentives and disincentives for taxpayers towards tax compliance, such as: lack of confidence in the government, the inefficiency and precariousness of public services or the complexity of the tax system corroborated by a poor tax education mindset. In the case of the Brazilians participating in this research, we observed that the lack of trust in the government and the perception of inefficiency when the public services are provided, compared to the current tax burden, are the main reasons for taxpayers’ lack of motivation. However, these disincentives have not shown to result in a conduct of tax evasion, but rather in the desire to pay less taxes.

Keywords

Tax Avoidance; Tax Morale; Lack of Trust; Compliance; Taxpayers

1. INTRODUÇÃO

O projeto desta pesquisa é “A moral tributária de estado e dos contribuintes” e tem por inspiração as obras de Klaus Tipke (*Besteuermoral und Steuermoral*) e o relatório de pesquisa aplicada da OCDE (*Tax Morale — what drives people and businesses to pay tax?*). Esta pesquisa é relevante para um contexto de déficit fiscal do país e da elevada sonegação fiscal, o que, por consequência, compromete o pagamento de direitos sociais pelo Estado. Existe uma clara resistência da sociedade em pagar impostos, por diversos motivos, sendo alguns deles: a falta de confiança no governo, a elevada corrupção e a baixa qualidade dos serviços públicos. Conforme o relatório da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), denominado “*Tax Morale: What drives people and businesses to pay tax?*” (OCDE, 2019:3), as receitas fiscais são a maior fonte de financiamento para o desenvolvimento econômico nacional, fornecendo recursos para que os governos possam prestar serviços públicos, diminuir a taxa de pobreza e construir a infraestrutura social para o desenvolvimento de longo prazo. A OCDE argumenta que, mesmo que a maioria dos indivíduos nos países em desenvolvimento pague impostos indiretos — e talvez informais —, a quantidade de contribuintes registrados que declaram e pagam os impostos é baixa. Ademais, o aumento de incentivos fiscais às empresas tornou mais desafiador aumentar as receitas fiscais. Estes são grandes problemas a serem enfrentados pelo governo e que foram analisados no Programa de Iniciação Científica ao tratar sobre a moral tributária dos contribuintes. No relatório “*Tax Morale: What drives people and businesses to pay tax?*” (OCDE, 2019:4), afirma-se que existem pesquisas que mostram a existência de uma correlação entre a moral tributária — sendo esta a motivação intrínseca para pagar impostos, segundo Torgler (TORGLER, 2005: 525-531) — e a conformidade tributária em países desenvolvidos e em desenvolvimento.

Algumas hipóteses que foram levantadas pelo relatório da OCDE, assim como durante a presente pesquisa, consistem no fato de que a moral tributária é, geralmente, maior em países que tributam mais — mesmo que exista uma variação substancial entre os países, este seria um padrão considerado “geral”. E questões pessoais, como idade, educação, gênero, religião e confiança no governo podem influenciar a moral tributária — por exemplo, neste caso, ao se considerar o gênero, as mulheres possuem maiores níveis de compliance fiscal que os homens.

Além disso, buscou-se verificar se os indivíduos que acreditam viver em uma sociedade mais justa têm uma moral tributária mais elevada do que as pessoas que não compartilham a mesma opinião. Sob um mesmo ponto de vista, também tentaram entender se aqueles que confiam no seu governo nacional apresentam moral tributária mais elevada do que aqueles que não confiam.

Ademais, um dos objetivos também consistiu em verificar se os indivíduos que consideram a democracia o melhor sistema de governo para seu país acreditam que a fraude nos impostos é injustificável, sendo mais dispostos a pagarem seus impostos. E, por fim, uma das hipóteses levantadas durante a pesquisa é de que as pessoas que identificam a redistribuição fiscal como essencial — isto é, que o governo deveria redistribuir a renda através da tributação, tributando os mais ricos de forma mais incisiva, com vista em subsidiar as classes menos favorecidas — apresentariam um maior compliance tributário.

O presente relatório tem por base uma pesquisa de opinião pública, por meio desta será possível captar a opinião dos cidadãos e empresas com relação ao tema. Por meio do resultado da pesquisa será possível apresentar as prováveis razões segundo as quais os contribuintes preferem não pagar impostos. Os questionamentos levantados durante a pesquisa de opinião e que serão avaliados durante este relatório são:

- (i) Você acha nunca justificável, às vezes justificável ou sempre justificável não pagar os impostos?
- (ii) Você pagaria mais impostos se fosse para financiar efetivamente serviços públicos de qualidade?
- (iii) Você pagaria mais impostos se fosse para receber uma saúde pública de melhor qualidade?
- (iv) Você paga todos os impostos?
- (v) Por que você não paga todos os impostos?
- (vi) Se a carga tributária fosse mais reduzida, você pagaria os impostos?
- (vii) Qual carga tributária você estaria disposto a pagar?
- (viii) Você pagaria os impostos, se tivesse um retorno melhor do Estado?
- (ix) Quão confiável você acha que é o seu governo?
- (x) Você está satisfeito com a democracia brasileira?
- (xi) Vale a pena pagar impostos para custear a democracia brasileira?
- (xii) É democrático cobrar impostos dos ricos para financiar os mais pobres?
- (xiii) A renda deveria ser mais bem distribuída?
- (xiv) De que forma a renda deveria ser mais bem distribuída?
- (xv) A corrupção, verificada no governo, afeta sua atitude de pagar os impostos?

- (xvi) Quão satisfeito você está com a saúde pública do país?
- (xvii) Quão satisfeito você está com a educação pública do país?
- (xviii) Quão satisfeito você está com os serviços públicos em geral?
- (xix) Quão fácil para você é o pagamento dos impostos?
- (xx) O fisco sempre tem o direito de fazer as pessoas pagarem os impostos?
- (xxi) Qual a alíquota de Imposto de Renda justa para o cidadão?
- (xxii) E qual a alíquota de Imposto de Renda justa para as empresas em geral?
- (xxiii) Você pagaria uma alíquota de 40% de Imposto de Renda se tivesse saúde, educação, segurança e transporte públicos de qualidade?
- (xxiv) Se a relação entre o fisco e o contribuinte fosse de maior cooperação, você pagaria voluntariamente os seus impostos?
- (xxv) Como poderia ser essa maior cooperação?

O presente tema e as perguntas formuladas são coerentes com a necessidade de se fazer uma reforma tributária no Brasil, como também ser indispensável haver um combate à sonegação fiscal, à corrupção do Estado e ao enfrentamento do problema de déficit fiscal no país.

2. PROBLEMA E JUSTIFICATIVA

Diversas Constituições preveem a obrigatoriedade de se pagar os tributos estabelecidos por lei ou qualquer ato normativo equivalente. Trata-se, porém, de uma expressão óbvia, dado o caráter vinculante das leis que instituem os tributos a serem cobrados. Contudo, a Lei e a “concreção legal” divergem cada vez mais (TIPKE, 2012: 99).

Na seara acadêmica tributária, nacional e internacional, erguem-se discussões acerca da importância de se aumentar a conformidade fiscal dos contribuintes. Uma das questões mais debatidas gira em torno da elisão e da evasão fiscal. Define-se elisão fiscal pela capacidade de moldar suas atividades e/ou outras situações que levem ao pagamento de tributos de forma a se resultar, legalmente, numa menor carga tributária. Certamente, ao menos no Brasil, não há previsão expressa estabelecendo a obrigação de se optar pela via fiscal mais onerosa. Por outro lado, a evasão fiscal consiste na inadimplência explícita de tributos, seja por meio de fraude, abuso de direito ou simples e direta sonegação, enquadrando-se na ilegalidade. Nesse sentido, observa-se que o grande “fato gerador”, seja

da elisão ou da evasão, subsiste no anseio dos contribuintes em pagarem menos impostos. Porém, a tributação é uma ferramenta social que se sustenta como elemento viabilizador da vida em sociedade. A tentativa incessante pela elisão ou evasão fiscal se dá por clara contradição de vontades sociais: de um lado, o Estado — sujeito que não existe sem a tributação — e os contribuintes — sujeitos que, dentro de um padrão político democrático, dependem do Estado para o convívio social.

Noutro ponto, restam claras determinadas situações que levam os contribuintes a se desmotivarem ao pagamento de tributos, como, por exemplo: (i) a desconfiança no sistema político; (ii) acreditarem que a carga tributária é desproporcional aos benefícios trazidos pelos serviços públicos; ou (iii) simples perseguição lucrativa, dentre outros que foram explicitados detalhadamente durante a pesquisa. Logo, podemos concluir que, dada a importância coletiva da conformidade fiscal, há determinado senso moral que permeia o pagamento ou não de tributos.

Portanto, o problema analisado possui um viés filosófico, qual seja: a relação dinâmica entre a disposição legal expressa e a (in)existência de uma obrigação moral. Nesse cenário, surge a necessidade de se estampar os motivos de pagar tributos, uma vez que a lei, por si só, tem perdido sua eficácia.

3. OBJETIVOS

O objetivo geral da pesquisa é traçar um panorama da opinião pública, em nível pessoal e empresarial, de forma a mapear a relevância dos fatores que influenciam a moral tributária dos contribuintes, suas relações com o Estado e a qualidade dos serviços.

O objetivo específico é analisar as motivações dos contribuintes ao pagar, ou não, impostos e a relação destes com as características do Brasil. Visa-se, também, facilitar o estudo dos possíveis meios que as autoridades possam utilizar para elevar o compliance fiscal dos contribuintes.

4. METODOLOGIA

A metodologia da pesquisa foi dividida em três fases:

4.1. 1ª fase

A primeira fase pode ser classificada como quantitativa, onde se formulou a pesquisa de opinião pública (survey) e foi possível captar as percepções e as atitudes públicas dos brasileiros e das empresas sediadas no país sobre diferentes aspectos ligados à moral tributária.

Nesta fase questionou-se sobre diferentes aspectos ligados, tanto de forma direta, como de forma indireta, ao tema “A Moral Tributária do

Estado e dos Contribuintes". As perguntas que deveriam ser respondidas na pesquisa eram:

- 1) Você acha nunca justificável, às vezes justificável ou sempre justificável não pagar os impostos?
- 2) Você pagaria mais impostos se fosse para financiar efetivamente serviços públicos de qualidade?
- 3) Você pagaria mais impostos se fosse para receber uma saúde pública de melhor qualidade?
- 4) Você paga todos os impostos?
 - 4.1) No caso de a resposta dessa pergunta ser não:
 - 4.1.1) Por que você não paga todos os impostos?
 - 4.1.2) Se a carga tributária fosse mais reduzida, você pagaria os impostos?
 - 4.1.3) Qual carga tributária você estaria disposto a pagar?
 - 4.1.4) Você pagaria os impostos se tivesse um retorno melhor do Estado?
- 5) Quão confiável você acha que é o seu governo?
- 6) Você está satisfeito com a democracia brasileira?
- 7) Vale a pena pagar impostos para custear a democracia brasileira?
- 8) É democrático cobrar impostos dos ricos para financiar os mais pobres?
- 9) A renda deveria ser mais bem distribuída?
 - 10.1) No caso de a resposta dessa pergunta ser sim:
 - 10.1.1) De que forma a renda deveria ser mais bem distribuída?
- 11) A corrupção, verificada no governo, afeta sua atitude de pagar os impostos?
- 12) Quão satisfeito você está com a saúde pública do país?
- 13) Quão satisfeito você está com a educação pública do país?
- 14) Quão satisfeito você está com os serviços públicos em geral?
- 15) Quão fácil para você é o pagamento dos impostos?
- 16) O fisco sempre tem o direito de fazer as pessoas pagarem os impostos?
- 17) Qual a alíquota de Imposto de Renda justa para o cidadão?
- 18) E qual a alíquota de Imposto de Renda justa para as empresas em geral?
- 19) Você pagaria uma alíquota de 40% de Imposto de Renda se tivesse saúde, educação, segurança e transporte públicos de qualidade?

20) Se a relação entre o fisco e o contribuinte fosse de maior cooperação, você pagaria voluntariamente os seus impostos?

21.1) No caso de a resposta dessa pergunta ser sim:

21.1.1) Como poderia ser essa maior cooperação?

A partir das respostas acima, pode-se observar um panorama geral da opinião pública, em nível pessoal e empresarial, de forma a ser possível mapear qual a relevância dos fatores que influenciam a moral tributária dos contribuintes e a sua relação com o modelo do Estado brasileiro e a qualidade dos serviços postos à disposição da população.

4.2. 2º fase

A partir das informações obtidas:

- i) Analisar-se-á qualitativamente o resultado de forma a tentar responder os questionamentos observados na introdução;
- ii) Será formulada uma comparação com os resultados lançados no relatório da OCDE, com relação a Moral Tributária, assim como as avaliações sobre o tema realizadas pela doutrina.

4.3. 3º fase

Por fim, a partir do que foi observado durante a primeira fase e da análise qualitativa, desenvolvida na fase 2, realizou-se o presente relatório para consolidar os resultados obtidos com a pesquisa de opinião pública.

5. PLANO DE TRABALHO DO CANDIDATO E CRONOGRAMA DE ATIVIDADES

Neste tópico serão observados os resultados da pesquisa de opinião pública e formular-se-á uma análise quantitativa e qualitativa dos resultados, além de compará-los com o que se apurou no relatório da OCDE e em outras avaliações sobre o tema realizadas pela doutrina.

5.1. Você acha nunca justificável, às vezes justificável ou sempre justificável não pagar os impostos?

A partir do Gráfico 1, é possível constatar que a maioria (61,3%) dos indivíduos que responderam ao questionário entende que o pagamento de tributos é, em algumas situações, justificável. Já uma parcela de 25% entende que nunca é justificável. Esses dados se contrapõem à pequena porcentagem de 13,7% que entende que sempre será justificável.

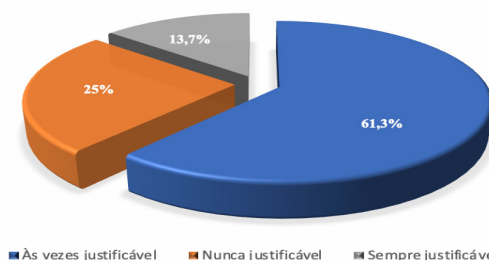


Gráfico 1. Você acha nunca justificável, às vezes justificável ou sempre justificável não pagar os impostos?

Fonte: Pesquisa de opinião formulada pelo orientador e pelos pesquisadores do Programa de Iniciação Científica.

Tal contraposição demonstra que há um elevado grau de questionamento à legitimidade da cobrança de tributos (75% das respostas), o que destoa da análise da OCDE sobre os países latino-americanos. Segundo o relatório, a América Latina atinge os níveis mais altos de moral tributária. Dentre os respondentes dessa região, uma média de 70% nunca justificaria a inadimplência de um tributo ou eventual fraude fiscal (OCDE, 2019: 17).¹⁰

5.2. Você pagaria mais impostos se fosse para financiar efetivamente serviços públicos de qualidade?

O Gráfico 2 demonstra que 55,6% dos respondentes pagariam mais tributos se eles fossem destinados para custear serviços públicos de qualidade; 24,2% não têm certeza; e 20,2% não pagariam.

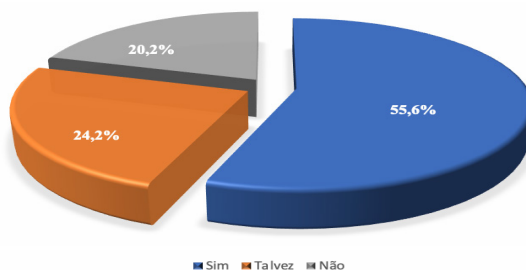


Gráfico 2. Você pagaria mais impostos, se fosse para financiar efetivamente serviços públicos de qualidade?

Fonte: Pesquisa de opinião formulada pelo orientador e pelos pesquisadores do Programa de Iniciação Científica.

¹⁰ Ressalta-se que esse dado foi extraído a partir do World Values Survey (2010-2014). Esse questionário utilizou uma pergunta semelhante à Pergunta 1 da pesquisa: “Cheating on taxes if you have a chance”: Do you think it can always be justified, never be justified, or something in between.” (OCDE, 2019, 51).

5.3. Você pagaria mais impostos se fosse para receber uma saúde pública de melhor qualidade?

Por sua vez, tratando de um serviço público específico, o Gráfico 3 indica que 79,8% dos respondentes estariam dispostos a custear uma saúde de melhor qualidade por meio de tributos. Somente uma parcela de 20,2% respondeu “não” à pergunta 3.

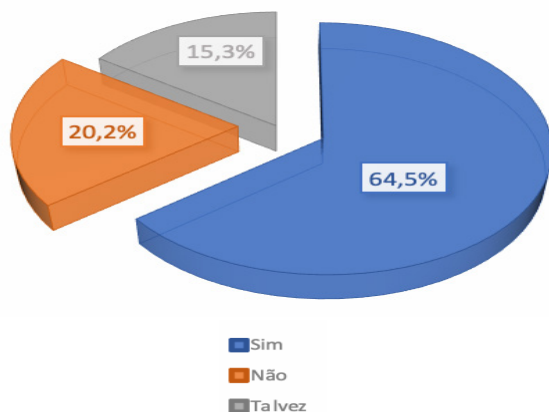


Gráfico 3. Você pagaria mais impostos se fosse para receber uma saúde pública de melhor qualidade?

Fonte: Pesquisa de opinião formulada pelo orientador e pelos pesquisadores do Programa de Iniciação Científica.

Comparando os Gráficos 2 e 3, pode-se notar que há um indício de que existe uma relação mais forte entre a moral tributária e o fornecimento efetivo de saúde pública do que com a satisfação de serviços públicos no geral.

De qualquer forma, essas relações podem ser explicadas por uma necessidade do contribuinte de que os tributos sejam utilizados para custear serviços que beneficiem o cidadão. Nesse sentido, Klaus Tipke afirma que as contribuições financeiras dos indivíduos são essenciais para que seja possível construir um Estado Social e, minimamente, um Estado (TIPKE, 2012: 13).

Na mesma linha, o relatório da OCDE identificou que a existência de um “contrato fiscal” entre o Estado e o contribuinte — ou seja, um vínculo entre o pagamento de tributos e o fornecimento de serviços públicos efetivos — é um fator que explica a razão de haver um grau elevado de moral tributária nos países em que a tributação é maior (OCDE, 2019:12).

5.4. Você paga todos os impostos?



Gráfico 4. Você paga todos os impostos?

Fonte: Pesquisa de opinião formulada pelo orientador e pelos pesquisadores do Programa de Iniciação Científica.

Assim, a pergunta 4, ao indicar um percentual de 82,3% para os indivíduos que pagam todos os impostos¹¹, corrobora a existência de uma moral tributária que se funda provavelmente no reconhecimento, internalizado por parte dos participantes do questionário, acerca da relevância das fontes de origem tributária, especialmente dos impostos, para o financiamento das atividades estatais (SCHOUERI, 2005:1).

As perguntas 5 e 6, ao tratarem dos indivíduos que não pagam todos os impostos, indicam: uma percepção de que a carga tributária total é elevada, que o sistema tributário é complexo em razão da quantidade de impostos e da forma de pagamento¹², bem como uma percepção generalizada de desconfiança por parte dos contribuintes em relação à aplicação dos recursos.

5.5. Se a carga tributária fosse mais reduzida, você pagaria os impostos?

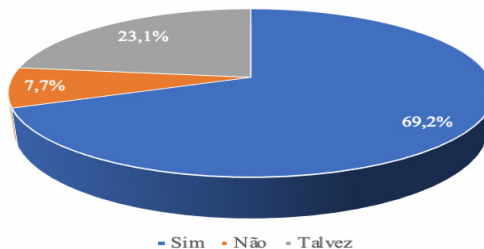


Gráfico 5. Se a carga tributária fosse mais reduzida, você pagaria os impostos?

Fonte: Pesquisa de opinião formulada pelo orientador e pelos pesquisadores do Programa de Iniciação Científica.

¹¹ Possuindo, portanto, um alto grau de moralidade tributária.

¹² Situação que remete à categoria além da função fiscal ou extrafiscal, implicando na categoria de simplificação a qual decorre do princípio da praticabilidade (Schoueri, 2005:97)

5.6. Por que você não paga todos os impostos?

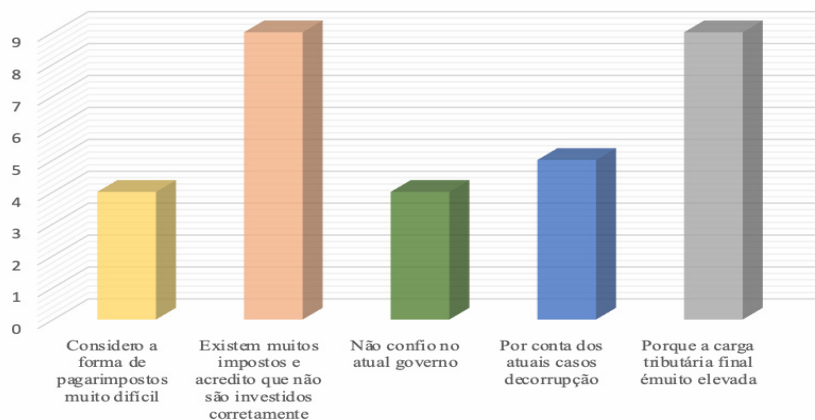


Gráfico 6. Por que você não paga todos os impostos?

Fonte: Pesquisa de opinião formulada pelo orientador e pelos pesquisadores do Programa de Iniciação Científica.

As justificativas dos indivíduos que afirmaram não pagar todos os impostos podem ser separadas em dois subgrupos: (i) fatores intrínsecos ao sistema tributário, como a complexidade na forma de pagamento e a carga tributária final, e (ii) fatores de percepção institucional, como a confiança no governo, abalada por casos recentes de corrupção e por uma crença de que os recursos obtidos através da imposição de impostos não são efetivamente investidos.

Destacam-se as justificativas adotadas pelo primeiro subgrupo, implicando na noção de que uma carga tributária final demasiadamente elevada e o sistema tributário complexo são os principais fatores a influenciar o não pagamento dos tributos.

As justificativas do segundo subgrupo, onde são indicados fatores de percepção institucional, vão em sentido contrário com uma das hipóteses levantadas no relatório da OCDE para explicar a correlação positiva verificada entre um elevado percentual de tributos em relação ao PIB (em comparação com outros países da região) e a elevada moral tributária, qual seja, um ciclo virtuoso de provisão de serviços públicos e conformidade fiscal voluntária (OCDE, 2019:20).

Segundo Klaus Tipke, constitui-se como premissa da capacidade contributiva que além da imposição equânime da carga tributária entre os indivíduos a mesma não atinja a parte da renda destinada ao mínimo existencial ou no emprego em obrigações privadas inevitáveis, caso em que não existiria nenhuma capacidade contributiva tributária (TIPKE, 2012: 21).

Tratando, portanto, da carga tributária total, é razoável cogitar de uma zona intermediária entre a ausência absoluta de capacidade contributiva e uma carga tributária total justa, ainda que este critério seja marcado pela subjetividade.

Ao se verificar a relação entre a carga tributária total e o não pagamento de tributos, entre os que afirmam não pagar todos os impostos, nota-se que a maioria dos participantes sinaliza com uma provável mudança comportamental em resposta à diminuição da carga tributária, com 69,2% afirmando que passariam a pagar todos os tributos e 23,1% respondendo que talvez pagassem.

5.7. Qual carga tributária você estaria disposto(a) a pagar?

Segundo o relatório da OCDE (OCDE, 2019:20), há uma correlação positiva entre o nível de moral tributária e a relação de imposto-PIB nos países. A causalidade, no entanto, não é clara. De acordo com a Receita Federal, a carga tributária bruta atingiu um total de 32,52% do PIB brasileiro em 2019 (PIRES, 2020). Essa média está dentro, no entanto, dos países presentes na OCDE, ou seja, países que já são desenvolvidos, que possuem média de 34,2% do PIB, enquanto países emergentes, como México (23,7%); China (20,1%) e Índia (12,5%) possuem uma carga tributária em relação ao PIB menor (OBSERVATÓRIO DE POLÍTICA FISCAL, 2021).

Com isso em vista, a pergunta teve como objetivo descobrir qual o máximo de impostos que os contribuintes estariam dispostos a pagar em um país como o Brasil. Ademais, é importante salientar que todos os que responderam essa pergunta responderam “não” a uma pergunta específica, que era “você paga todos os impostos?”, representando um total de 10% das respostas totais, ou treze pessoas. O gráfico é o demonstrado a seguir:

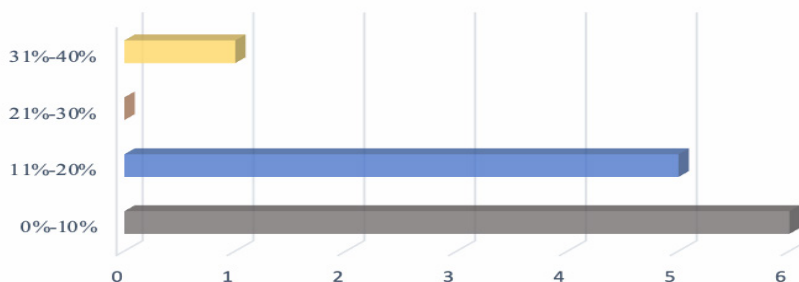


Gráfico 7. Qual carga tributária você estaria disposto a pagar?

Fonte: Pesquisa de opinião formulada pelo orientador e pelos pesquisadores do Programa de Iniciação Científica.

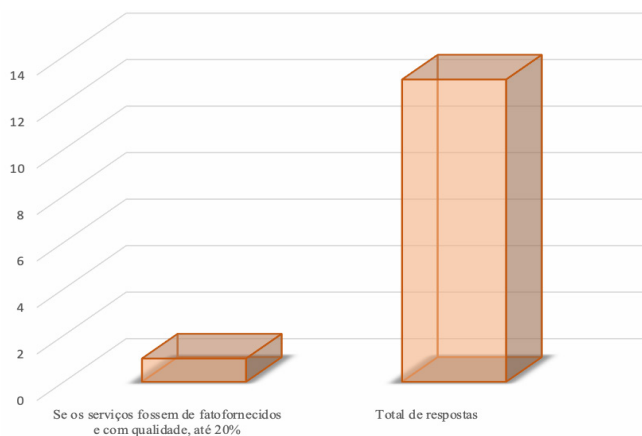


Gráfico 8. Qual carga tributária você estaria disposto a pagar?

Fonte: Pesquisa de opinião formulada pelo orientador e pelos pesquisadores do Programa de Iniciação Científica.

Em primeiro lugar, é interessante notar que, dado o sistema e os serviços que são prestados atualmente pelo Estado brasileiro, 84,7% dos que responderam que não pagam todos os impostos estariam dispostos a pagar somente 20% no total, 12,52% a menos do que a média do imposto-PIB. Ademais, uma das treze pessoas que declararam não pagar todos os impostos selecionou que estaria disposta a pagar entre 31% e 40%. Isso demonstra que essa pessoa, muito provavelmente, paga mais do que é representado pelo PIB, ou seja, mais de 40%, o que, de fato, é uma carga tributária alta mesmo se comparado com os países da OCDE. Por fim, um dos participantes também respondeu que o máximo que estaria disposto a pagar é até 20%, mesmo com os serviços sendo fornecidos com qualidade. Há, aí, uma lógica que se afasta daquela de que os impostos são válidos, desde que resultem em benefícios reais para a sociedade. Nesse caso, o imposto acima de 20%, independente dos serviços prestados pelo Estado, seria imoral.

5.8. Você pagaria os impostos se tivesse um retorno melhor do Estado?

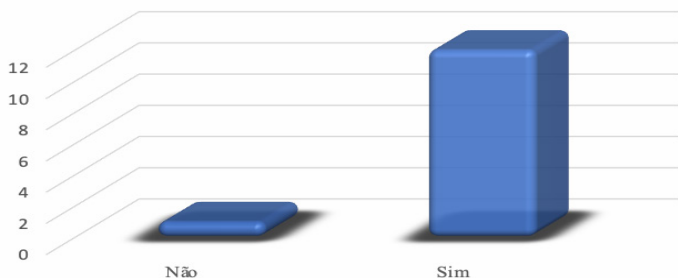


Gráfico 9. Você pagaria os impostos se tivesse um retorno melhor do Estado?

Fonte: Pesquisa de opinião formulada pelo orientador e pelos pesquisadores do Programa de Iniciação Científica.

Aqui é curioso notar que um indivíduo demonstrou que não pagaria mais impostos, mesmo se os serviços ofertados pelo Estado fossem de melhor qualidade. Muito provavelmente, esse é o mesmo que respondeu que pagaria, no máximo, 20% de impostos, na pergunta anterior, mesmo se os serviços fossem de melhor qualidade. Visto que, na média, pagar mais imposto seria pagar mais de 32,52%, esse participante não estaria disposto a pagar isso em nenhum caso. Porém, também é de extrema importância notar que, mesmo os que responderam que pagariam no máximo 10% de imposto na pergunta anterior, estariam dispostos a pagar mais — como já dito anteriormente, acima de 32,52% — do que pagam atualmente, caso os serviços fossem de qualidade. Com isso em vista, nota-se que os cidadãos que moram no Brasil (pelo menos a maioria) não são, de fato, contra impostos, mas contra pagá-los e não receber nada em troca.

5.9. Quão confiável você acha que é seu governo?

Antes de demonstrar as respostas para essa pergunta, é importante notar que todos os participantes a responderam, independente de terem respondido “sim” ou “não” para a se eles pagavam todos os impostos. Ou seja, houve 124 respostas no total. Ademais, a escala ia de 1 a 5, em que 1 significa “nem um pouco confiável” e 5 significa “totalmente confiável”.

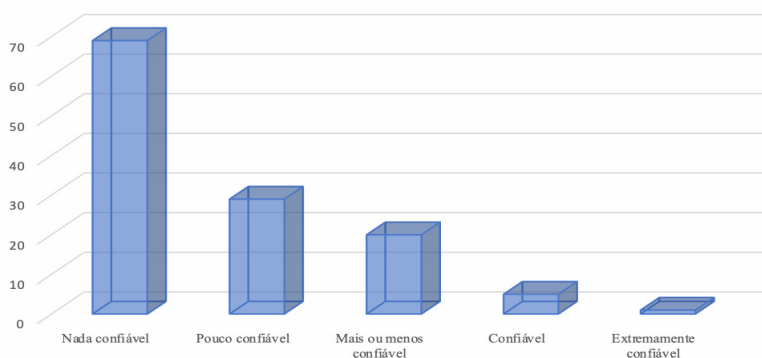


Gráfico 10. Quão confiável você acha que é seu governo?

Fonte: Pesquisa de opinião formulada pelo orientador e pelos pesquisadores do Programa de Iniciação Científica.

Por fim, também é interessante notar que, dos 124 participantes, 69 (ou 55,6%) marcaram a opção nada confiável e apenas um (ou 0,8%) marcou a opção “extremamente confiável”. Isso demonstra que há, pelo menos entre os participantes da pesquisa em questão, uma crise de legitimidade do atual governo, o que pode resultar em uma menor adesão ao pagamento de impostos — ou, pelo menos, uma maior dificuldade em aceitar

pagar os impostos em sua completude. Porém, como já visto acima, isso não é apenas uma crise de governo, mas também uma crise de Estado, em que os cidadãos não conseguem ver o retorno de seus impostos.

5.10. Você está satisfeito com a democracia brasileira?

Segundo o relatório da OCDE (OCDE, 2019: 27) foi observado que as pessoas que apoiam a democracia são mais propensas a nunca considerar a fraude nos impostos como algo justificável. Isso também pode ser observado com as respostas da pesquisa de opinião formulada (Gráfico 11), visto que os indivíduos que responderam estarem satisfeitos com a democracia consideram ao menos “às vezes justificável” pagar impostos. Já quando se passa para os contribuintes que estão menos satisfeitos, já existem respostas de que nunca é justificável pagar impostos.

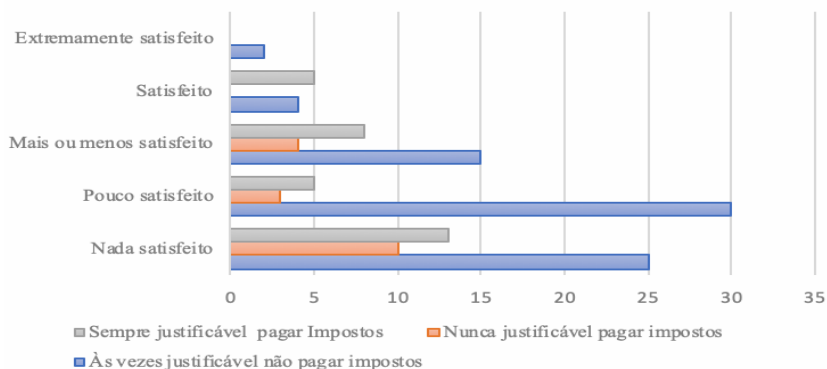


Gráfico 11. Relação entre satisfação com a democracia e se considera justificável pagar impostos

Fonte: Pesquisa de opinião formulada pelo orientador e pelos pesquisadores do Programa de Iniciação Científica.

Além disso, conforme o relatório da OCDE (OCDE, 2019:21), as pessoas que confiam na democracia como a melhor forma de governo para o seu país tendem a acreditar que sonegar impostos é algo injustificável. Também dispõe que o apoio à democracia, ou seja, estar satisfeito com esta — assim como o país oferecer uma boa educação e as pessoas possuírem confiança no governo — são fatores que acarretam uma maior moral tributária.

Durante a pesquisa de opinião (Gráfico 12), pode-se observar que o resultado do relatório da OCDE (OCDE, 2019:21) está correto no contexto brasileiro, já que todas as pessoas que se consideram extremamente satisfeitas ou apenas satisfeitas com a democracia brasileira pagam impostos; enquanto os indivíduos que se sentem menos satisfeitos, ou até completamente insatisfeitos, foram os que responderam por não pagarem impostos.

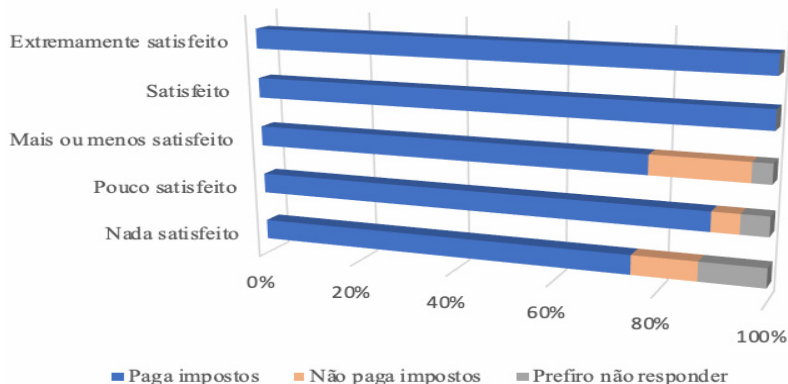


Gráfico 12. Quão satisfeito você está com a democracia brasileira?

Fonte: Pesquisa de opinião formulada pelo orientador e pelos pesquisadores do Programa de Iniciação Científica.

Com isso, observa-se que no espaço amostral da pesquisa os resultados foram muito parecidos com o relatório da OCDE, no que se refere à relação entre a satisfação com a democracia do país e a moral tributária dos contribuintes.

5.11. Vale a pena pagar impostos para custear a democracia brasileira?

Durante a pesquisa de opinião foi possível perceber uma predominância no número de pessoas que consideram não trazer grandes benefícios pagar impostos para custear a democracia brasileira, como se observa no Gráfico 13.

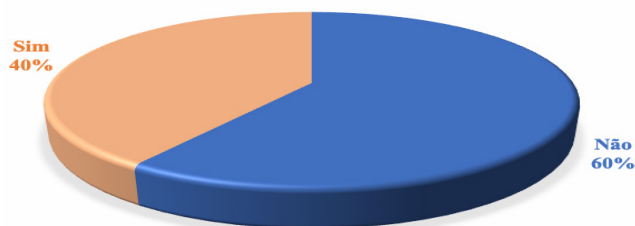


Gráfico 13. Vale a pena pagar impostos para custear a democracia brasileira?

Fonte: Pesquisa de opinião formulada pelo orientador e pelos pesquisadores do Programa de Iniciação Científica.

Entretanto, quando se relaciona este resultado com a quantidade de contribuintes que estão (ou não) satisfeitos com a democracia do país, é possível constatar que grande parte das pessoas que não consideram válido custeá-la, não estão satisfeitas com essa forma de governo e como ela se desenvolveu no país (Gráfico 14).

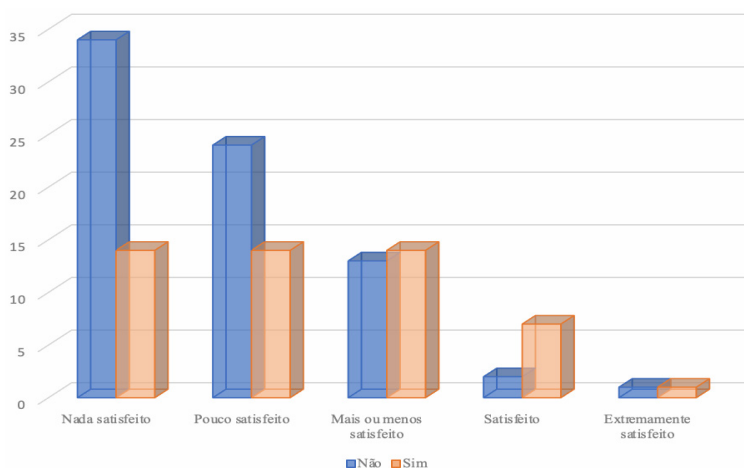


Gráfico 14. Vale a pena pagar impostos para custear a democracia brasileira?

Fonte: Pesquisa de opinião formulada pelo orientador e pelos pesquisadores do Programa de Iniciação Científica.

Com isso, nota-se que não só o número de contribuintes que não tem interesse em custear a democracia brasileira aumenta de acordo com quanto menos satisfeito se está com essa forma de governo, como também a quantidade de pessoas começa a ultrapassar o montante de indivíduos que consideram válido financiar o governo democrático brasileiro.

5.12. É democrático cobrar impostos dos ricos para financiar os mais pobres?

Segundo Tipke (TIPKE, 2012: 14-16) a carga impositiva global deve ser repartida entre os cidadãos de forma justa. Para o autor, essa justiça é garantida, primeiramente, pela igualdade perante a lei, sendo, no direito tributário, a partir da igualdade na distribuição da carga tributária (o que o autor denomina de Gleichbelastung).

A partir disso, o autor (TIPKE, 2012: 20-24) discorre sobre o princípio da capacidade contributiva, o qual é um direito fundamental. Esse princípio estabelece um “critério da justa distribuição de impostos”, conforme estabelece Schoueri (SCHOUERI, 2019: 209). Tipke (TIPKE, 2012: 20-24) afirma que a progressividade — as pessoas com mais capacidade financeira pagarem mais impostos — não é inerente ao Princípio da Capacidade Contributiva, mas não se opõe a ele.

A partir disso, nota-se que muitos dos contribuintes que responderam à pesquisa de opinião consideram que é democrático cobrar impostos dos mais ricos como forma de financiar as pessoas com menos recursos (Gráfico 15).

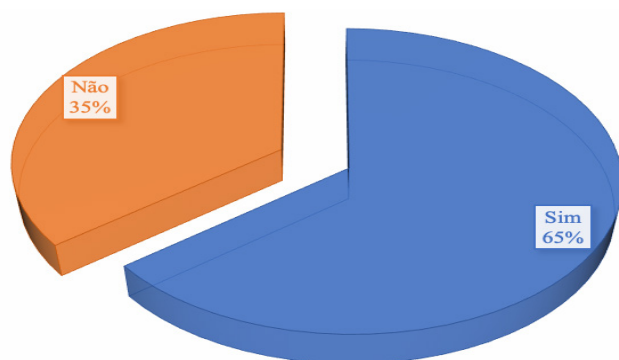


Gráfico 15. É democrático cobrar impostos dos ricos para financiar os pobres?

Fonte: Pesquisa de opinião formulada pelo orientador e pelos pesquisadores do Programa de Iniciação Científica.

Além disso, é possível observar que grande parte das pessoas que responderam que é democrático cobrar mais impostos dos contribuintes com mais recursos, como forma de financiar os indivíduos carentes, acreditam que a renda deveria ser mais bem distribuída no Brasil (Gráfico 16).

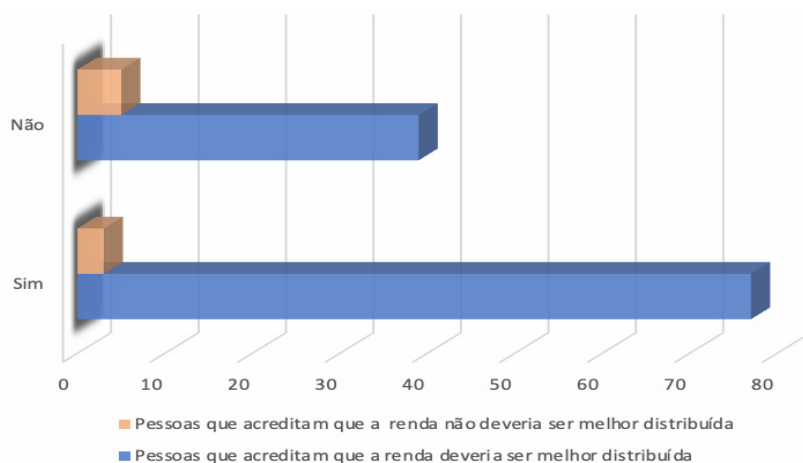


Gráfico 16. É democrático cobrar impostos dos ricos para financiar os pobres?

Fonte: Pesquisa de opinião formulada pelo orientador e pelos pesquisadores do Programa de Iniciação Científica.

5.13. A renda deveria ser mais bem distribuída?

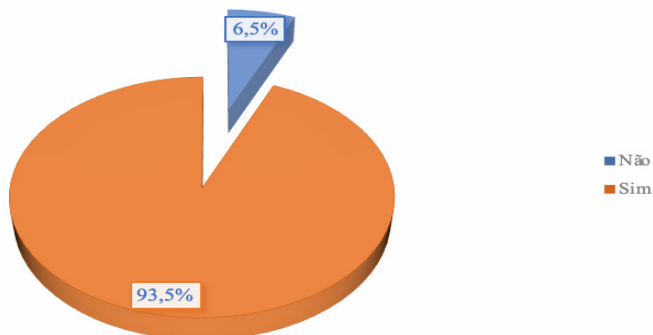


Gráfico 17. A renda deveria ser melhor distribuída?

Fonte: Pesquisa de opinião formulada pelo orientador e pelos pesquisadores do Programa de Iniciação Científica.

Conforme exposto pelo gráfico, os resultados apontam para uma conclusão bastante intuitiva: a realidade social e econômica do Brasil apresenta nítidos sinais de desigualdade e exclusão nas searas sociais e econômicas, e em virtude disso, repensar os meios de distribuição de renda seria simplesmente indispensável no plano normativo. De fato, um vasto total de 116 das 124 respostas apontaram uma deficiência no modelo de distribuição de renda brasileira. Tal número representa 93,5% de todos os dados obtidos. Por isso, algumas observações podem e devem ser feitas.

Primeiramente, o descontentamento geral com a distribuição de renda no Brasil é mais do que evidente. O status quo atual da distribuição de renda no Brasil aparenta ser motivo de vasta preocupação dentre as respostas, o que nos faz refletir sobre a concretização de uma história econômica extremamente segregadora no Brasil. Afinal, como aponta o autor Pedro H.G. Ferreira de Souza, a história da desigualdade nada mais é do que uma história do topo, no qual uma parte imensa da renda se concentra — permitindo, em contrapartida, que as classes sociais de maior poder aquisitivo possam ter elevada influência na condução do país. Talvez, dentre diversas outras nuances, seja essa uma das preocupações dos indivíduos que responderam ao questionário (SOUZA, 2018).

Em segundo lugar, nota-se também que os dados apontam para uma necessidade de mudança. Como será exposto na próxima pergunta, existem formas diferentes pelas quais essa mudança pode acontecer.

5.14. Como a renda pode ser mais bem distribuída?

Como dito, em função da desconfiança das respostas obtidas no que tange à atual alocação de renda no Brasil, pode-se refletir sobre formas

diferentes de incrementar a nossa distribuição econômica e de riquezas. O próprio relatório da OCDE sobre a tax morale, inclusive, ressalta a importância da elaboração de intervenções regulatórias voltadas à correção de comportamentos tidos como “indevidos” — dentre eles — a concentração de riqueza na mão dos contribuintes de maior poder econômico (OCDE, 2019:25). Para os propósitos metodológicos dessa pesquisa, as seguintes alternativas foram empregadas: aumento de impostos; criando o Imposto sobre Grandes Fortunas; combatendo a corrupção; reduzindo as despesas com folha de pagamento de servidores; aumentando o valor do Bolsa Família; reduzindo o número de benefícios fiscais existentes; dentre outras.

O gráfico a seguir, tomando como base este modelo, apresenta as preferências das nossas respostas quanto ao melhor caminho de ação a ser tomado.

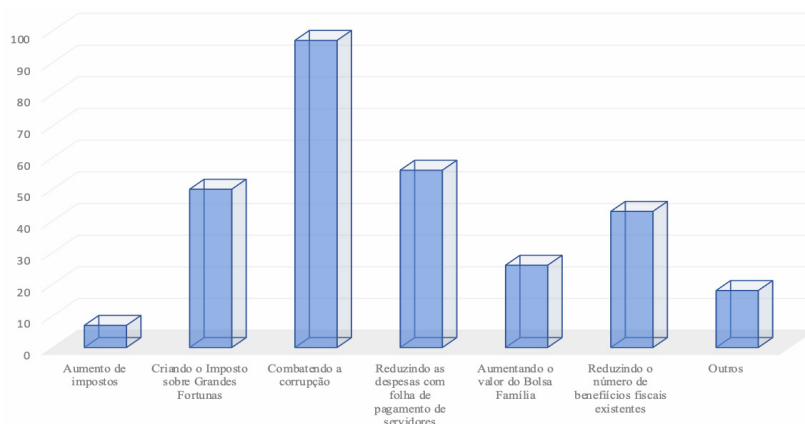


Gráfico 18. Como a renda pode ser mais bem distribuída?

Fonte: Pesquisa de opinião formulada pelo orientador e pelos pesquisadores do Programa de Iniciação Científica.

Como se pode extrair, houve uma grande ênfase em aposta em quatro das diferentes possibilidades: (i) o combate à corrupção, com 97 votos (83,6%); (ii) a redução de despesas a partir da folha salarial de funcionários públicos, com 56 votos (48,3%); (iii) a criação do imposto sobre as grandes fortunas com 50 votos (43,1%); e (iv) a redução de benefícios fiscais existentes.

Os resultados são extremamente incisivos e apontam a uma correlação que merece destaque. Tal correlação, no caso, abrange os ensinamentos do autor Daniel Kahneman em sua obra “Rápido e Devagar”: os seres humanos tendem a responder a estímulos cognitivos, buscando respostas mentalmente rápidas para problemas complexos, muitos dos quais, no fundo, derivam de uma exposição midiática exacerbada.

Não é à toa, portanto, que muitos dos votos se dirigiram a aderçar problemáticas políticas e sociais de grande destaque no palco político dos últimos anos. Dentre muitos outros, a Lava Jato, a CPI do COVID, o Mensalão e o Petrolão são apenas alguns dos tantos exemplos de crises causadoras de tremendo espanto social e popular. Em contrapartida, diga-se de passagem, não aparece como grande surpresa o fato de o combate à corrupção configurar imensa maioria no processo de votação, alcançando quase 90% dos votos. Um possível argumento a ser feito, no entanto, envolve o fato de que o conceito de “corrupção” pode ser tido como amplamente aberto e variável, admitindo uma série de aplicações diferentes. Por isso, não necessariamente qualquer forma de combate a qualquer tipo de manifestação de corrupção traria resultados no âmbito da tax morale. Exigir-se-ia maior cautela e atenção.

Ademais, também não nos aparenta como surpresa a redução da folha salarial pública ter alcançado quase metade de todos os votos computados. Afinal, há de se lembrar que o tema da reforma da previdência assumiu um papel central no cenário político brasileiro por muitos anos, sobretudo em tempos recentes. Foram incansáveis deliberações parlamentares, intermináveis transmissões televisivas do desenvolvimento do projeto em pauta, e sobretudo, um significativo aumento de tensões sociopolíticas entre os variados pontos do espectro político. A título meramente exemplificativo, em 2019 — auge das disputas parlamentares —, o jornal O Globo fez questão de publicar reportagem destacando a importância do apoio popular ao avanço da reforma da previdência, a partir da constatação da plataforma do Datafolha de que o projeto contava com apoio de mais de 51% da população total (O GLOBO, 2019). Sendo assim, em se tratando de projeto de vasto apelo público, não nos surpreende que ele se encontre atrelado à dinâmica da confiança do fisco à legitimidade de despesas das folhas salariais. A redução de tal, portanto, está dentre as principais fontes de análise no que toca à tax morale.

Ademais, as duas últimas variáveis de grande peso partilham de um mesmo tema de fundo: a reforma tributária. Não se pode esquecer, nesta seara, que tanto a instauração do imposto sobre as grandes fortunas quanto a redução dos benefícios fiscais são alguns dos elementos mais debatidos quando o assunto é a reforma tributária. Inclusive, esses temas têm sido alvos de inúmeros projetos ao longo das últimas décadas, demonstrando a sua relevância e importância para a média da população. Trata-se de noções e conceitos socialmente enraizados em meio a população. Veja, por exemplo, o fato de que cerca de 37 projetos versando sobre a regulação tributária das grandes fortunas se encontram parados no Congresso Nacional (CNN, 2021). Isso nos leva, portanto, a entender esses temas — que representam pilares importantes das discussões sobre a reforma tributária — como conceitos que procriam a polarização e o anseio, sendo, portanto, de muito destaque em meio às respostas obtidas.

Por fim, cabe também apontar que, do outro lado, temas que — muito embora sejam importantes por seu grau de tecnicidade — não ocupam tanto protagonismo no debate político de alcance popular, acabaram ficando com um número extremamente pequeno de votos. Foi o caso da reforma administrativa, da discussão normativa entre consumo e impostos, a regulação e a intervenção estatal na economia e a redução de benefícios fiscais para militares. Dentre muitos outros, estes se encontram como temas profundos — que acomodam discussões extremamente diversificadas — porém que conseguem passar de 0,9% dos votos como um todo.

5.15. A corrupção, verificada no governo, afeta sua atitude de pagar os impostos?

Diante de tal questionamento, é apropriado retomar a moral tributária fundada no driver da reputação estatal. A relação tributária é composta essencialmente pelo Estado e o Contribuinte, os quais, como sujeitos de direito, possuem direitos e obrigações. Assim, o primeiro agente possui a função de arrecadar para suprir a demanda financeira necessária para construir um estado de direito e/ou social. Enquanto o segundo, como um agente subordinado às regras gerais do primeiro têm o dever de contribuir com aquilo que pode/é previsto em lei.

Nessa conjuntura, não se pode confundir a faculdade de arrecadar com o poder tirano ou a faculdade de “fazer o que quer”, posto que há limites ao exercício da tributação, bem como, ao uso dos recursos arrecadados, que não deve ser utilizado para beneficiar um ente privado, mas, sim, providenciar o funcionamento da máquina estatal e prestigiar toda a coletividade.¹³ Contudo, por se tratar de um dever da comunidade, a máquina estatal, utiliza do seu monopólio ao poder de polícia, visando garantir a adesão efetiva dos entes privados à contribuição, para que, em tese, seja capaz de cumprir com os objetivos da arrecadação e providenciar uma melhor qualidade de vida aos seus cidadãos.

Entretanto, cabe ressaltar que o uso efetivo do poder de polícia e a previsão de penalidade àqueles que não quitarem seus deveres, não são suficientes para gerar total adesão da comunidade. Revela-se, portanto, o elemento “Reputação”/“Moral” que afeta diretamente a legitimidade Estatal, que por sua vez afeta também o sentimento dos entes privados quanto ao dever de contribuir e consequentemente implica em maior ou menor adesão da comunidade.

13 “Tributo não apenas como um instrumento de custeio da máquina pública, mas também como fator de redução das desigualdades sociais ou econômicas”. MACHADO SEGUNDO, H. B. **Manual de Direito Tributário**. p.9.

Em síntese, é preciso não só ganhar a confiança do contribuinte, como visto no tópico anterior, mas também não causar atritos à essa relação, à exemplo da Corrupção Pública.¹⁴ Pode-se dizer este tipo de comportamento afeta a performance de arrecadação, conforme relatório da OCDE afirma no âmbito da moral tributária na América Latina “While the relationship between specific services and tax morale was not clear for Latin America, trust in government and the perceived level of corruption both showed an impact on tax morale, highlighting how government performance overall appears to influence tax morale in Latin America.” (OCDE, 2019:29).

Resultado que se repete no nosso levantamento, cuja observação permitiu-nos concluir que a maioria dos contribuintes que responderam à pesquisa, representando 54,8%, relataram que a corrupção verificada no Governo afeta a sua atitude de pagar impostos. Trata-se de um driver que afeta não só a confiança, mas também outras demandas do contribuinte e que por isso implica efeito negativo à moral tributária do contribuinte.

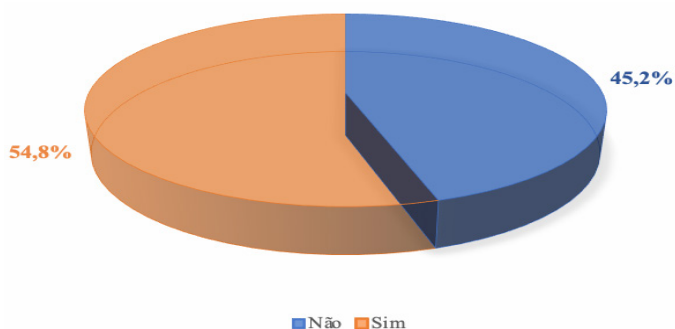


Gráfico 19. A corrupção, verificada no Governo, afeta sua atitude de pagar os impostos?

Fonte: Pesquisa de opinião formulada pelo orientador e pelos pesquisadores do Programa de Iniciação Científica.

5.16. Quão satisfeito você está com a saúde pública do país?

Nos termos de Luís Roberto Barroso, o quadro institucional da saúde pública na realidade social e no ordenamento jurídico do Brasil pode ser

14 “Comportamento que se desvia dos deveres de uma função pública devido a interesses privados (pessoais, familiares, de grupo fechado), de natureza pecuniária ou para melhorar o status, ou que viola regras contra o exercício de certos tipos de comportamento ligados a interesses privados.” BACELAR, L. P.; CARMO, L. P. **Projeto Político-Pedagógico (PPP): Função Social da Escola e Gestão do PPP**. Ilustrações: Rafael Limaverde. Fortaleza: Edições Demócrito Rocha/UANE/Instituto Albanisa Sarasate, 2016.

definida da seguinte forma: “[um sistema que apresenta] sintomas graves de que pode morrer da cura, vítima do excesso de ambição, da falta de critérios de voluntarismos diversos” (BARROSO, 2007:3). Não é de nenhuma surpresa, portanto, o fato de que 150 milhões de brasileiros, marca equivalente a sete em cada dez cidadãos, se encontram dependentes da máquina do SUS, a qual, historicamente, têm demonstrado índices alarmantes de desigualdade regional e baixíssimo investimento público ou desenvolvimento geral (UGÁ et al., 2013).

Sendo assim, podemos entender melhor as nossas respostas no que tange à satisfação do público-alvo quanto à saúde pública.

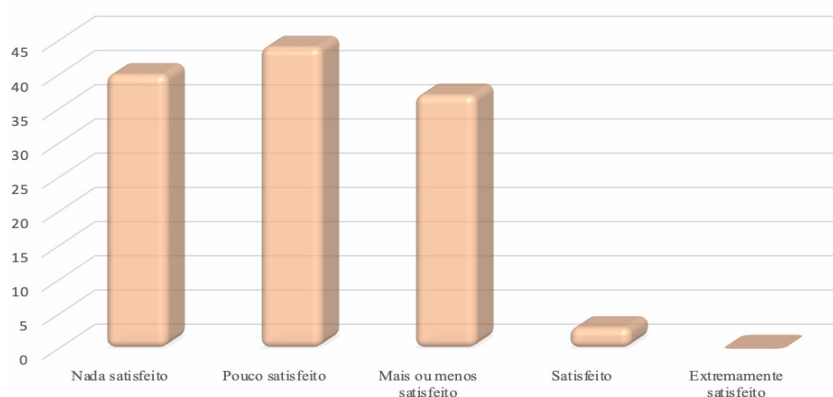


Gráfico 20. Quão satisfeito você está com a saúde pública do país?

Fonte: Pesquisa de opinião formulada pelo orientador e pelos pesquisadores do Programa de Iniciação Científica.

A grande ênfase das 124 respostas gira em torno das variáveis “nada satisfeito”, “pouco satisfeito”, e “mais ou menos satisfeito”, que representam os graus de menor satisfação com a saúde pública brasileira. Talvez, pelo fato de se ter coletado 37 respostas em mais ou menos satisfeito (29,8%), uma certa parte do público-alvo ainda acredita no potencial e no fortalecimento das atividades do SUS, as quais, com os estímulos corretos e uma alocação mais adequada de recursos, pode alcançar resultados mais promissores frente à população. Isso não exclui, todavia, os visíveis 40 votos para nada satisfeito (32,3%) e 44 para pouco satisfeito (35,5%), respectivamente. Isto é, a população se encontra desconfiada. Exaltada. Preocupada com o atual rumo da prestação da saúde pública como um serviço no Brasil.

Podemos, ainda, realizar um paralelo com o relatório da OCDE sobre a tax morale, particularmente quando o assunto é a América Latina.

Segundo o relatório, descontadas as variações estruturais e de financiamento da saúde pública dentre os países da América Latina, existe sim uma certa relação entre a tax morale e a saúde pública. Nas suas palavras: “Gains in the perceived legitimacy of the tax authority have the largest impact in boosting tax morale, and linking taxes to public spending, particularly health, could improve the willingness to increase tax payments” (OCDE, 2019: 22).

5.17. Quão satisfeito você está com a educação pública do país? E com os serviços públicos em geral?

Em contradição a estudos anteriores, todos focados na América Latina, tendo sido observada a relação positiva entre satisfação perante os serviços públicos gerais e educação, o Relatório da OCDE de 2019 (OCDE, 2019; 29) constatou que a satisfação com a educação pública não possui relação visível com os graus de moral tributária, enquanto os indivíduos satisfeitos com os serviços públicos possuem menores níveis de moral tributária. Ao serem perguntados sobre o nível de satisfação, da totalidade dos participantes da pesquisa em questão, 91,2% está claramente insatisfeito com a educação pública do Brasil, enquanto 87,1% afirma estar insatisfeito com os serviços públicos gerais. Então, considerando que 82,3% dos participantes alegam pagar todos seus tributos, traduzindo um aparente alto nível de compliance fiscal, nota-se uma semelhança com a conclusão do referido relatório da OCDE, uma vez que, apesar dos baixos níveis de satisfação em relação ao sistema educacional brasileiro e aos serviços públicos gerais, os contribuintes continuam relativamente motivados a adimplir suas obrigações tributárias.

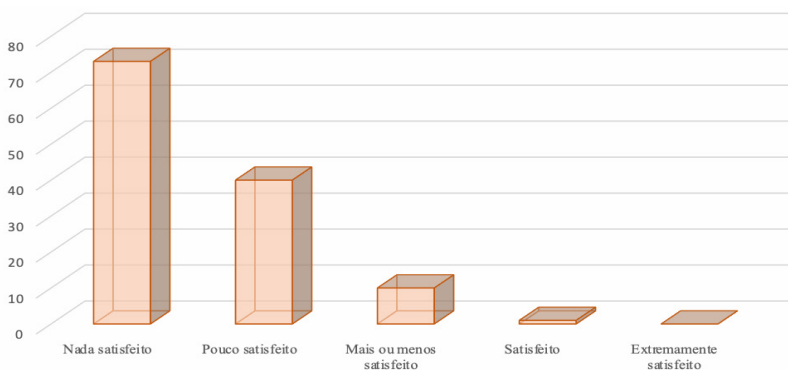


Gráfico 21. Quão satisfeito você está com a educação pública do país?

Fonte: Pesquisa de opinião formulada pelo orientador e pelos pesquisadores do Programa de Iniciação Científica.

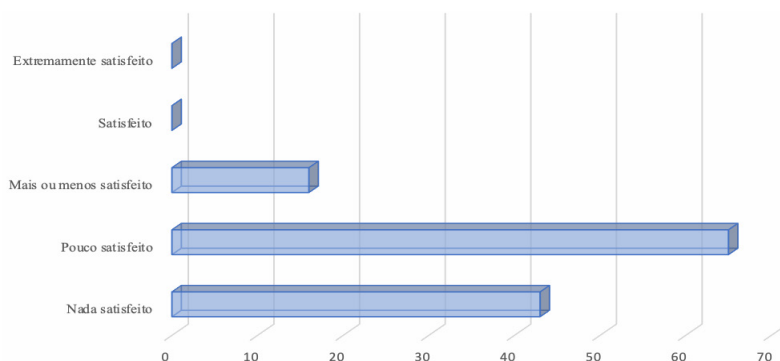


Gráfico 22. Quão satisfeito você está com os serviços públicos em geral?

Fonte: Pesquisa de opinião formulada pelo orientador e pelos pesquisadores do Programa de Iniciação Científica.

De fato, o sistema educacional brasileiro representa um dos maiores problemas para o desenvolvimento socioeconômico do país. Porém, consideramos suspeita a ausência de relação entre a insatisfação perante a educação pública/serviços públicos gerais e o compliance fiscal. Afinal, no que tange à educação, trata-se de ferramenta essencial para a formação de cidadãos conscientes e, além de todos os motivos que justificam a necessidade de se ter um bom sistema de educação pública, é necessário um nível adequado de conhecimento para que se compreenda o sistema político, como funciona nossa democracia e por que devemos pagar tributos para viver em sociedade. Logo, apesar da educação não aparentar ser um fator que (des)motiva os contribuintes a pagarem seus tributos, certamente ela possui um papel fundamental na vida em sociedade, sendo essencial o esforço estatal para garanti-la nas melhores condições possíveis. Na mesma linha, em relação aos serviços públicos gerais, resta suspeita a ausência de conexão perante a moral tributária. Os serviços públicos gerais consistem em um dos pilares para a razão de ser do Estado e do seu poder de tributar. Portanto, a insatisfação perante os serviços públicos, por via lógica, deveria ser um desincentivo para o pagamento de tributos, apesar de não ter sido demonstrada essa relação no relatório da OCDE de 2019 ou nesta pesquisa.

5.18. Quão fácil para você é o pagamento dos impostos?

Identificamos outro paradigma que afeta a atitude do contribuinte em pagar impostos, a dificuldade e complexidade do direito tributário. O nosso levantamento representado no Gráfico 23 é de que 33,9% classificam como “nada fácil” o pagamento de impostos, 24,2% intitulam como mediana, e apenas 9,7% alegam ser “extremamente fácil” pagar impostos.

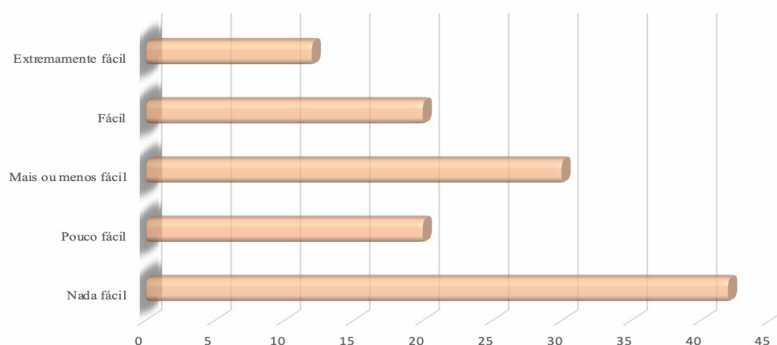


Gráfico 23. Quão fácil para você é o pagamento dos impostos?

Fonte: Pesquisa de opinião formulada pelo orientador e pelos pesquisadores do Programa de Iniciação Científica.

Ou seja, a maior parte dos contribuintes atribui certa dificuldade ao pagamento de impostos, o que muito provavelmente se traduz com a complexidade da realização do pagamento do tributo sem a assistência devida de um profissional, ou até mesmo a ausência de uma instrução prévia, adequada, acerca do procedimento. A OCDE atribui negativo impacto à moral tributária do contribuinte¹⁵ para burocratizar, e tornar complexo o processo de pagamento desincentiva o contribuinte a cumprir com suas obrigações. Sugere, portanto, a simplificação do processo de pagamento, bem como, a difusão ao acesso à informação tributária e instruções didáticas.

5.19. O fisco sempre tem o direito de fazer as pessoas pagarem os impostos?

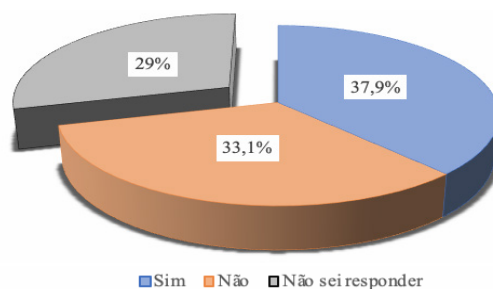


Gráfico 24. O fisco sempre tem o direito de fazer as pessoas pagarem os impostos?

Fonte: Pesquisa de opinião formulada pelo orientador e pelos pesquisadores do Programa de Iniciação Científica.

¹⁵ “Another constant observed is that a higher perceived difficulty in finding out how to pay taxes has a negative impact on tax morale” (OCDE, 2019: 22).

5.20. Qual a alíquota de Imposto de Renda justa para o cidadão? E para as empresas em geral?

No caso das pessoas físicas, a maioria dos participantes (53,2%) considera que a alíquota justa para o imposto de renda deve ser entre 0% e 10%, enquanto 91,9% acreditam que as alíquotas não devem ser maiores que 30%. Já em relação às pessoas jurídicas, os participantes foram sutilmente mais rígidos no que tange à carga tributária. A maioria (51,6%) considerou ser justa a alíquota do imposto de renda ser arbitrada entre 11% e 30%.

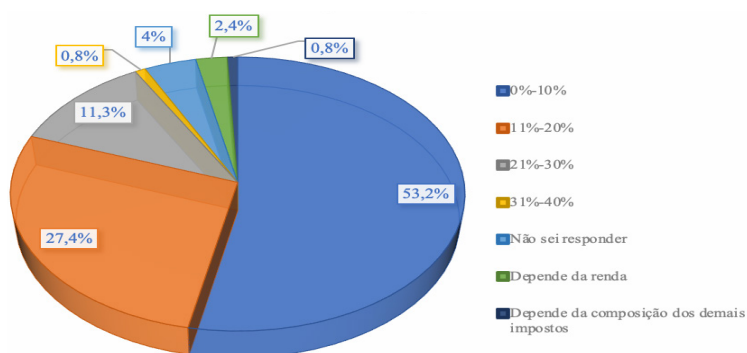


Gráfico 25. Qual a alíquota de impostos de renda justa para o cidadão?

Fonte: Pesquisa de opinião formulada pelo orientador e pelos pesquisadores do Programa de Iniciação Científica.

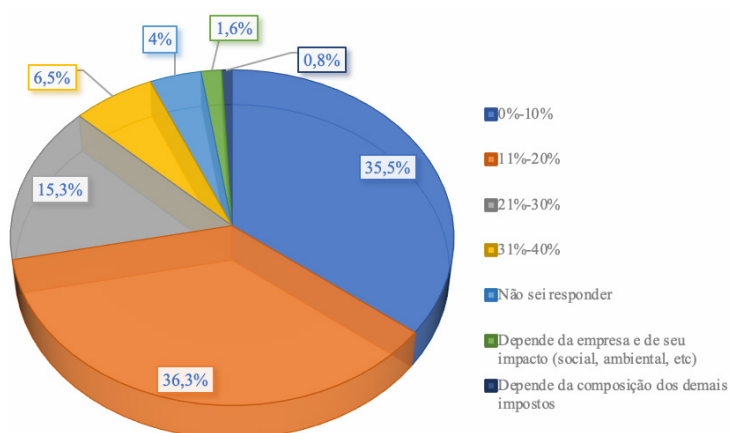


Gráfico 26. Qual a alíquota de impostos de renda justa para as empresas em geral?

Fonte: Pesquisa de opinião formulada pelo orientador e pelos pesquisadores do Programa de Iniciação Científica.

A graduação da carga tributária é uma pauta que aflora diversos debates, tanto no seio jurídico quanto no econômico. Questões de justiça podem emergir ao comparar o quanto os indivíduos e empresas pagam para o Estado e o quanto recebem em contrapartida, assim como o quão eficiente ou corrupto podem ser os administradores que gerenciam os cofres públicos. Também surgem questões comportamentais, como a elevação da carga tributária poder gerar maiores movimentos de evasão fiscal ou, por outro lado, possibilitar maiores investimentos por parte do Estado e, assim, o cidadão elevar seus padrões da moral tributária, até o ponto de adimplir voluntariamente com suas prestações fiscais.

Sob tal perspectiva, as respostas dos participantes que consideram justas as alíquotas entre 0 e 10%, para as pessoas físicas, levam em conta as péssimas condições dos serviços públicos prestados pelo governo brasileiro. Nesse cenário, o cidadão que deseja ter acesso a adequados padrões de educação, segurança e saúde, acaba arcando com um elevado ônus financeiro, uma vez que opta pelas prestações da iniciativa privada. Portanto, resta relativamente reduzida a renda do cidadão para demais despesas necessárias, como alimentação, transporte, lazer e afins, sendo razoável a opinião dos participantes por alíquotas menores, dada a precariedade das contraprestações públicas.

O fato de os participantes considerarem que as empresas poderiam sofrer uma carga tributária sutilmente maior pode ser explicado por uma compreensão geral de que as empresas seriam mais aptas a pagarem tributos, uma vez que visam tão somente o lucro e não possuem as despesas e preocupações gerais de uma pessoa física. No entanto, a realidade empresarial brasileira possui suas peculiaridades, dada a complexidade do sistema tributário, das leis trabalhistas e demais obrigações administrativas. Portanto, ainda que, comparativamente às respostas destinadas à carga tributária das pessoas físicas, as alíquotas das pessoas jurídicas tenham sido menores, essas, na atualidade, são maiores do que 30% — alíquota máxima considerada pela maioria dos participantes, considerando não só o imposto de renda (IRPJ), mas também a contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL), que possui base de cálculo similar (em termos gerais, 25% de IRPJ somado a 9% de CSLL). Nesse sentido, pode-se perceber um viés dos participantes de que os pagamentos destinados aos cofres públicos, a título de tributação, não devem ser altos, fundamentados, provavelmente, pelos reduzidos níveis de confiança no governo e satisfação com as contraprestações públicas.

5.21. Você pagaria uma alíquota de 40% de Imposto de Renda se tivesse saúde, educação, segurança e transporte públicos de qualidade?

O questionamento, inspirado em uma pergunta do Afrobarometer 2015 (OCDE, 2019:50-51), tem como objetivo analisar a relação que os indivíduos

possuem entre o pagamento de impostos e a oferta de serviços públicos de qualidade. Isso porque uma das vertentes de aferição da moral tributária é a disposição individual de pagar mais impostos em prol do desenvolvimento ou da oferta de serviços públicos. (OCDE, 2019:53).

Como foi auferido na pesquisa, há uma divisão quase igualitária quanto à aceitação do pagamento de uma alíquota de 40% de Imposto de Renda se for ofertada saúde, educação, segurança e transporte públicos de qualidade (ver Gráfico 27). Ainda assim, há uma pequena vantagem para a resposta negativa.

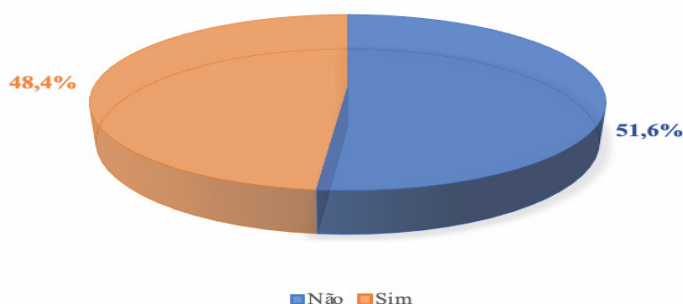


Gráfico 27. Você pagaria uma alíquota de 40% de Imposto de Renda se tivesse saúde, educação, segurança e transporte públicos de qualidade?

Fonte: Pesquisa de opinião formulada pelo orientador e pelos pesquisadores do Programa de Iniciação Científica.

Entretanto, é de suma importância destacar que a base amostral da pesquisa não foi demasiadamente alta, de modo que concluir que a maioria dos brasileiros não pagaria essa alíquota é precipitado. Sendo uma diferença ínfima, considera-se que essa questão divide quase que igualmente a opinião dos indivíduos.

5.22. Se a relação entre o fisco e o contribuinte fosse de maior cooperação, você pagaria voluntariamente os seus impostos?

Para melhorar a confiança que os indivíduos possuem em relação ao governo, a existência de uma relação cooperativa entre ambos se apresenta como uma ferramenta interessante (OCDE, 2019:30-31). Quando questionados se pagariam voluntariamente os impostos, desde que houvesse uma relação de maior cooperação, a maioria dos participantes (61%) respondeu afirmativamente, enquanto 31% não têm certeza e apenas 8% não pagariam (ver Gráfico 28).

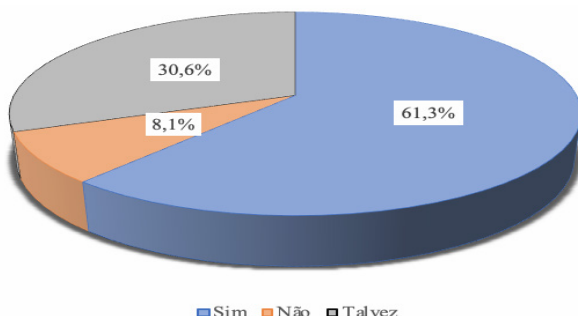


Gráfico 28. Se a relação entre o fisco e o contribuinte fosse de maior cooperação, você pararia voluntariamente os seus impostos?

Fonte: Pesquisa de opinião formulada pelo orientador e pelos pesquisadores do Programa de Iniciação Científica.

Esse resultado está em consonância com o supracitado relatório da OCDE e apenas reforça a necessidade da implementação de medidas que estreitem a relação entre o fisco e o contribuinte.

5.23. Como poderia ser essa maior cooperação?

Como demonstrado no Gráfico 28, é necessário um aprofundamento na compreensão do que impulsiona a confiança no governo. Por essa razão, questionamos os contribuintes: como poderia ser essa maior cooperação — entre o fisco e o contribuinte?

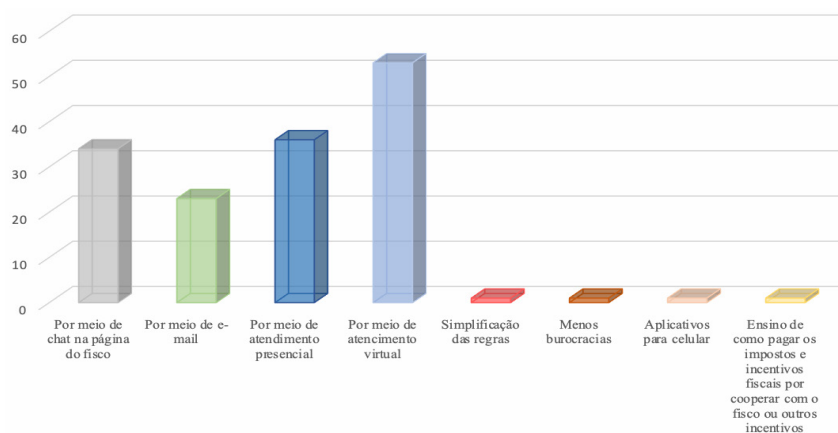


Gráfico 29. Como poderia ser essa maior cooperação?

Fonte: Pesquisa de opinião formulada pelo orientador e pelos pesquisadores do Programa de Iniciação Científica.

A maioria dos indivíduos votou que gostaria que essa maior cooperação se desse por intermédio de um atendimento virtual. A segunda opção mais votada foi o atendimento presencial, seguida pelo chat na página do fisco e, por fim, via e-mail (ver Gráfico 29). Esse resultado traduz a preferência por um atendimento individualizado, seja virtual ou on-line. Uma possibilidade para a opção de o e-mail estar em última colocação, enquanto o atendimento virtual está em primeiro, é o fato de contatos via e-mail normalmente serem mais demorados, o que indicaria que a celeridade no contato entre o fisco e o contribuinte é um fator relevante.

Além das opções acima destacadas, foi aberto espaço para a sugestão de outras medidas. As opções oferecidas foram: (i) a existência de menos burocracias; (ii) a criação e utilização de aplicativos para celular; (iii) a simplificação das regras; e (iv) o ensino de como pagar impostos somado a incentivos fiscais pela cooperação com fisco. Essas sugestões personalizadas pelos contribuintes trazem à tona a importância de simplificar as matérias tributárias. Isso faria com que os impostos e seus pagamentos passassem a ser entendidos por um maior número de cidadãos e, conseqüentemente, facilitaria a relação entre o fisco e o contribuinte.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACELAR, L. P.; CARMO, L. P. **Projeto Político-Pedagógico (PPP): função social da escola e gestão do PPP**. Fortaleza: Edições Demócrito Rocha/UANE/Instituto Albanisa Sarasate, 2016.

BARROSO, L. R. **da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**, 2007.

DE SOUZA, P. H. G. Ferreira. **Uma história de desigualdade: a concentração de renda entre os ricos no Brasil (1926-2013)**. 1ª ed. São Paulo: Hucitec, 2018.

ELIAS, J. Imposto sobre grandes fortunas já tem 37 projetos parados no Congresso. **CNN**, 24 fev. 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/imposto-sobre-grandes-fortunas-ja-tem-37-projetos-parados-no-congresso>. Acesso em 20 ago. 2021.

O GLOBO. **O peso do apoio popular à Reforma da Previdência**, 10 jul. 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/opiniao/o-peso-do-apoio-popular-reforma-da-previdencia-23795292>. Acesso em 17 ago. 2021.

OECD (2019). **Tax Morale: What Drives People and Businesses to Pay Tax? Paris: OECD Publishing**. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/f3d8ea-10-en>>. Acesso em 01 set. 2020.

PIRES, M. Carga tributária no Brasil: 1990-2020. **Observatório de Política Fiscal**, 2021. Disponível em: <https://observatorio-politica-fiscal.ibre.fgv.br/>

series-historicas/carga-tributaria/carga-tributaria-no-brasil-1990-2020. Acesso em: 17 ago. 2021.

PIRES, M. Tributação, equidade e crescimento econômico. **Observatório de Política Fiscal**, 22 fev. 2021. Disponível em: <https://observatorio-politica-fiscal.ibre.fgv.br/politica-economica/outros/tributacao-equidade-e-crescimento-economico>. Acesso em: 17 ago. 2021.

SCHOUERI, L. R. **Direito tributário**. 9ª ed. Saraiva, 2019.

SEGUNDO, H. B. M. **Manual de direito tributário**. 10ª Edição. Editora Atlas, 2018.

TIPKE, Klaus. (2012). **Moral tributária do estado e dos contribuintes**. Tradução: Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

TORGLER, B. (2005). Tax Morale and Direct Democracy. **European Journal of Political Economy**, v. 21, n. 2, 2005. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1016/j.ejpoleco.2004.08.002>. Acesso em: 01 jun. 2021.

UGÁ, M. A. D. et al. **A efetividade do sistema de saúde brasileiro: uma avaliação através de indicadores referentes a condições evitáveis**, 2013. Disponível em: <https://www.reciis.icict.fiocruz.br/index.php/reciis/article/view/495>. Acesso em 20 ago. 2021.

O IMPACTO DE MÉTODOS DE AVALIAÇÃO EM GRUPOS MARGINALIZADOS NO ÂMBITO DO ENSINO JURÍDICO: O CASO DE TESTES PADRONIZADOS DE ALTO IMPACTO, AUTOAVALIAÇÕES E AVALIAÇÕES ESCRITAS

Aluno: Bernardo Andreiuolo¹

Orientador: Fernando Leal²

Área de concentração: Direito da Regulação

Linha de pesquisa: Economia, Intervenção e Estratégias Regulatórias

Projeto de pesquisa: Educação jurídica no século XXI: dilemas e alternativas

Sumário: 1. Introdução; 2. Minorias no ensino jurídico brasileiro; 3. A relevância das avaliações na construção de um ensino jurídico equitativo; 4. Análise do impacto de métodos de avaliação em minorias; 5. Apresentação de diretrizes gerais; 6. Conclusão; 7. Referências bibliográficas.

Resumo

O artigo objetiva analisar o impacto de diferentes métodos de avaliação em grupos marginalizados, com enfoque no contexto do ensino jurídico. Por conta da limitada literatura dedicada a metodologias de avaliação no contexto jurídico, outras circunstâncias de ensino também foram contempladas, a fim de que se pudesse delinear, à luz da literatura relevante, os principais impactos de cada método de avaliação analisado. Três métodos foram explorados: testes padronizados de alto impacto; autoavaliações e *peer review*; e avaliações escritas. O artigo conclui com recomendações que visam a minimizar os efeitos negativos desses métodos em minorias.

Palavras-chave

Grupos marginalizados; testes padronizados de alto impacto; autoavaliações; *peer review*; avaliações escritas.

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.

Abstract

The article endeavors to analyze the impacts different assessment methods have on minorities, especially in the context of legal teaching. Because of the scarcity of literature on assessment methods in the area of law, other teaching contexts were taken into consideration in order to delineate, in light of a review of relevant literature, the main adverse effects of each assessment method analyzed. Three methods were explored: standardized high-stakes testing; self-evaluations and peer review; and writing assessments. The article concludes setting forth recommendations that aim to reduce the negative effects these methods have on minorities.

Keywords

Minorities; standardized high-stakes testing; self-evaluations; peer review; writing assessments.

1. INTRODUÇÃO

No virar deste século, já se anunciava a morte da “era do exame” (*era of testing*) na educação universitária. Esse período seria caracterizado por segregação entre instrução e atividades examinadoras, pela passividade dos alunos e alunas nesse exame, pela aferição de conhecimento a partir de conteúdos descontextualizados e pela concentração das medidas de exame em notas únicas. Em seu lugar, prenunciava-se o advento da “era da avaliação” (*era of assessment*), marcada por uma abordagem pluralista, centrada em experiências da vida real e que visa a integrar a experiência da avaliação com a da instrução a partir de uma visão ativa do aluno enquanto agente responsável e colaborativo em contínuo diálogo com o professor (DOCHY, SEGERS, SLUISMANS, 1999, p. 331).

Essa transição, estimulada em parte por políticas públicas, seria sintomática de uma mudança de *cultura* no âmbito do ensino — em última análise, uma mudança na concepção sobre a mente humana, a epistemologia da inteligência e o processo avaliatório (BLIXBY et al., 1991, p. 33). Talvez mais impactante, a consequência prática dessa alteração foi a flexibilização de um modelo rígido de avaliação e a crescente importância dada a métodos alternativos e inovadores de avaliação (BIRENBAUM, DOCHY, 1996).

A relação entre esse caminhar histórico — migração de uma *testing culture* para uma *assessment culture* — e o desempenho de minorias no âmbito do ensino jurídico brasileiro pode não parecer imediata. No entanto, para além de permear o contexto em que tais minorias aprendem e são avaliadas, a *assessment culture*, ao abrir as portas para preocupações baseadas em experiências concretas e na valorização de saberes contextualizados, permite a gradual revisão de um modelo canônico

de examinação — prevalente na *testing culture* — prejudicial a minorias e capaz de perpetuar desigualdades através de um revestimento de igualdade formal (BLIXBY et al., 1991, p. 38).

É no esteio da difusão de métodos alternativos de avaliação que este artigo pretende, à luz de uma análise da literatura na área, identificar diretrizes gerais para a aplicação de avaliações no âmbito do ensino superior no Brasil — mas não exclusivamente por parte das instituições de ensino superior —, particularmente na seara do Direito, visando a diminuir o impacto negativo que modelos tradicionais possuem sobre grupos sociais periféricos.

No item 2, define-se o que se entende aqui por minoria, bem como delinea-se o contexto geral de grupos marginalizados no ensino de direito no Brasil. Assumindo as igualdades racial e de gênero como metas sociais relevantes, demonstra-se a necessidade de diminuir desigualdades no ensino e o exercício da profissão de Direito no Brasil.

No item 3, o enfoque em métodos de avaliação como via de alcançar os objetivos sociais acima mencionados é justificado. Analisa-se a existência de uma relação substantiva entre métodos de avaliação e (i) o escopo e eficácia do conteúdo apreendido e (ii) os impactos nas perspectivas de trabalho e nas carreiras dos alunos e das alunas.

No item 4, busca-se compreender o impacto de diferentes modelos de avaliação em minorias. Para tanto, uma revisão de literatura sobre o assunto é feita. No item 5, objetiva-se delinear práticas incrementadoras e atenuadoras das desvantagens competitivas de minorias nas avaliações de ensino superior, a fim de subsidiar a formulação de diretrizes gerais.

Por fim, na conclusão, os pressupostos e o problema do artigo são retomados e as conclusões do artigo são expostas.

2. Minorias no ensino jurídico brasileiro

Não deve vir como surpresa a constatação de que o ambiente de ensino do Direito no Brasil é marcado pela exclusão de minorias. O termo “minoria” é aqui entendido a partir da definição culturalista já clássica (BARTON, 1984) de Louis Wirth: “uma minoria é qualquer grupo de pessoas que, por conta de suas características físicas ou culturais, são distinguidas dos outros na sociedade em que vivem para tratamento diferenciado e desigual, e que, portanto, se enxergam como alvo de discriminação coletiva” (WIRTH, 1945, p. 347).³ Não se busca identificar à exaustão os grupos minoritários

3 Do original, em inglês: “A minority group is any group of people who because of their physical or cultural characteristics, are singled out from the others in the society in which they live for differential and unequal treatment, and who therefore regard themselves as objects of collective discrimination”. Para uma outra definição que dialoga abertamente

específicos na realidade brasileira, embora se assuma que grupos como mulheres, indígenas e negros se encaixem nessa definição.

Este artigo também assume como pressupostos a desejabilidade de um ambiente não discriminatório de minorias no âmbito do ensino e da prática jurídica e a necessidade de implementar mudanças visando a esse ambiente ideal. Na medida em que tais pressupostos forem compreendidos como valores e mandamentos constitucionais⁴, é possível atribuir às conclusões deste artigo, especialmente aquelas dependentes ou vinculadas a ações estatais, valor como potencial subsídio para formulação de políticas públicas.

Delineados os contornos dos grupos sociais relevantes para esta análise e o aspecto normativo deste artigo, uma breve inquirição quanto à situação fática das minorias no ensino de Direito do Brasil deve tornar mais claros os principais desafios que precisam de serem enfrentados na busca por menor discriminação na academia.

Por muito tempo, um dos maiores sintomas da discriminação estrutural no ensino jurídico brasileiro era a falta de minorias nos quadros discentes das faculdades de direito (KABENGELE, 2007, p. 11; DOS SANTOS, 2018, p. 131). Tratava-se, portanto, de um problema de acesso ou ingresso no sistema de ensino. Com a criação e ampliação de políticas públicas de cotas e de auxílio social, esse problema, embora certamente não eliminado, foi atenuado, particularmente para os grupos contemplados nos sistemas de cotas: em 2019, 50,3% dos estudantes da rede universitária pública eram negros; no Direito, o percentual era de 43,8% (INEP, 2010). As mulheres, por sua vez, já eram maioria nos cursos de Direito em 2010 — 51,5% (INEP, 2010).

A crescente presença de minorias nas faculdades de direito lançou, contudo, luz sobre novos desafios não relacionados ao ingresso nessas instituições, mas sim ao processo de ensino e avaliação ali desenvolvidos. Em 2015, a FGV Projetos conduziu o estudo *Exame de Ordem em Números*, que indicou relevantes disparidades no índice de aprovação de determinados grupos sociais no Exame de Ordem da OAB, requisito para o exercício da profissão de advogado. A taxa de aprovação entre os autodeclarados brancos foi 17,5%, superior à daqueles que afirmaram serem amarelos (15,6%), negros (14,4%) ou indígenas (12%). Também em linhas de gênero percebeu-se uma discrepância: as mulheres, maioria dos inscritos,

com a de Wirth, v. SCHERMERHORN, R. A. Toward a general theory of minority groups. *Phylon*, v. 25, n. 3, p. 238-246, 1960.

4 A “desejabilidade de um ambiente não discriminatório de minorias” e a “necessidade de implementar mudanças visando a esse ambiente ideal” são amplamente compreendidos como valores e mandamento constitucionais no Brasil. V., a título de exemplo, BARROSO, L. R.; OSORIO, A. Sabe com quem está falando?: Notas sobre o princípio da igualdade no Brasil contemporâneo. *Revista Direito e Práxis*, v. 7, n. 13, p. 204-232, 2016

registraram taxa de aprovação de 15,9%, inferior aos 16,7% registrados pelos homens (OAB, 2014).

Quando ingressam na vida profissional, também, as desigualdades são mantidas ou mesmo acentuadas: de acordo com estudo realizado pela FGV-SP e pelo Centro de Estudos das Relações de Trabalho e Desigualdades (CEERT) em 2019, os negros constituíam menos de 1% dos advogados em nove dos maiores escritórios do país e menos de 10% dos estagiários (JOTA, 2019). Se as avaliações servem — como se verá — como sinalizadores de mercado para empresas, não se pode descartar a possibilidade de uma vinculação entre as desigualdades no ambiente de trabalho e uma potencial sinalização desigual e prejudicial a minorias.

Os dados apresentados indicam que o sistema de ensino de Direito no Brasil não tem demonstrado sucesso na garantia de oportunidades equânimes a minorias. Independentemente de se o sistema cria novas desigualdades ou apenas perpetua desigualdades de ensino pré-existent, a necessidade de pesquisar e identificar fatores promotores e atenuadores dessas discrepâncias no sistema universitário é latente. Que os métodos de avaliação sejam um campo profícuo para essa pesquisa é o que se argumenta a seguir.

3. A RELEVÂNCIA DAS AVALIAÇÕES NA CONSTRUÇÃO DE UM ENSINO JURÍDICO EQUITATIVO

Na medida em que as preocupações com a não discriminação de minorias tem fulcro em realidades materiais, é natural que os caminhos elaborados para enfrentar essa discriminação sejam aqueles com potencial de impacto prático e material nos alunos. Sem prejuízo de outras abordagens, centradas em temas como métodos de ensino, didática ou elaboração de material, analisar a questão da discriminação de minorias através dos métodos de avaliação parece apropriado precisamente em função do alto potencial que as avaliações possuem de impactar materialmente os alunos. Há ao menos duas formas através das quais as avaliações impactam relevantemente os estudantes de ensino superior.

A primeira é através de uma formatação do processo de aprendizagem. Estudantes são estratégicos e racionalizam o processo de aprendizado, alocando tempo e recursos prioritariamente às matérias que serão cobradas em exames e avaliações (GIBBS, 2019, p. 23). O escopo do conteúdo cobrado nas avaliações, portanto, é um importante fator na composição de incentivos a estudar determinada matéria ou assunto. Em alguns cursos, o impacto da avaliação no processo de aprendizado pode mesmo ser maior do que o impacto de ensinar (*teaching*).

Já na década de 1970, Benson Snyder (1971, p. 645) procurou demonstrar que a abordagem dos estudantes quanto ao conteúdo dos cursos era pouco vinculada ao currículo formal das disciplinas, sendo, em verdade, construída pela avaliação que faziam, a partir da prática e de mensagens implícitas e explícitas, sobre o que iria “cair na avaliação”. Havia, portanto, uma construção de um “currículo oculto” (“*hidden curriculum*”), que era na realidade descoberto pelos estudantes através de uma investigação sobre o escopo — e a forma — do conteúdo efetivamente cobrado.⁵

Apesar de partir de uma perspectiva desanimadora — a visão do estudante como estratégico e instrumentalizador do conhecimento —, a constatação de que as avaliações formatam o processo de ensino e estudo é também um convite animador ao docente para que desenhe estrategicamente o curso a fim de incentivar determinados tipos de aprendizado. Nesse sentido, as avaliações podem ser poderosas ferramentas para aprimorar o ensino (BERG et al, 2003). Gibbs, por exemplo, aponta que, para além do escopo do conteúdo cobrado na avaliação, a maneira pela qual os estudantes são avaliados determina, em boa parte, a profundidade com a qual tal conteúdo será apreendido (se de forma superficial, visando à reprodução, ou de forma profunda, visando à compreensão). E alerta: “[w]hich approach to [studying] will be induced depends not so much on the examination demands as on students’ perceptions of these demands” (GIBBS, 2019, p. 29).

Uma segunda maneira pela qual avaliações geram impactos concretos nos estudantes é através do seu papel enquanto sinalizadoras de mercado. Nessa ótica, as avaliações servem para sinalizarem para atores externos — especialmente companhias e potenciais contratantes — um valor atribuído a cada estudante. Em última instância, são um dos mecanismos a auxiliarem uma complexa tarefa de comparações interpessoais de qualidades no mercado de trabalho. Nesta toada, Aizen ressalta a desproporcional importância que as notas do primeiro ano das faculdades de Direito nos Estados Unidos têm para a obtenção de estágios em firmas, escritórios de prestígio e mesmo no serviço público americano (AIZEN, 2004, p. 765-794).

Ainda como sinalizadoras de mercado, as avaliações podem cumprir uma função de seleção — e não apenas de ingresso nos cursos ou mesmo de sua finalização. Se é intuitivo, no contexto brasileiro, assumir que a maioria daqueles que decidem cursar uma faculdade de Direito desejam

5 Como ressalta Murphy, a constatação do efeito de *hidden curriculum* deve gerar incentivos para um maior alinhamento entre o conteúdo cobrado e os objetivos pedagógicos dos cursos — “[u]ndesirable back-wash effects on the curriculum have long been recognised and have highlighted reasons for developing better alignment between course aims and assessment methods.” MURPHY, R. Evaluating new priorities for assessment in higher education. In: BRYAN, C.; CLEGG, K. (Eds.), Op. Cit., p. 42.

exercer algum tipo de advocacia ou magistratura no futuro, então a relevância de avaliações enquanto requisitos necessários para o sucesso profissional se torna flagrante — afinal, como já mencionado, o exercício regular da advocacia depende, em si, da aprovação em um exame. Por mais que seja concebível a possibilidade de contornar avaliações tradicionais ao longo da graduação, ao fim e ao cabo, o estudante de Direito no Brasil se deparará com o Exame de Ordem, que cumpre justamente um papel de seleção e sinalização de mercado.

Esta função de seleção cumprida pelas avaliações garante-lhes importância enorme, afinal: “[s]tudents can, with difficulty, escape from the effects of poor teaching, [but] they cannot (by definition, if they want to graduate) escape the effects of poor assessment” (BOUD, 1995, pp 37-47).

Devido a seus potenciais de impacto, portanto, as avaliações representam um terreno fértil para que a inovação institucional combata e corrija determinadas desigualdades. De igual maneira, ao influírem de forma direta e relevante no ensino e na carreira dos estudantes, as avaliações possuem, também, um potencial de criar e ampliar desigualdades prejudiciais às minorias. Uma breve inquirição sobre os efeitos de diferentes modelos de avaliação em minorias é feita a seguir.

4. ANÁLISE DO IMPACTO DE MÉTODOS DE AVALIAÇÃO EM MINORIAS

Há uma vasta e crescente literatura sobre os potenciais impactos prejudiciais de métodos de avaliações em minorias. O termo “métodos de avaliação” é usado no âmbito deste artigo para se referir a qualquer prática que lastreie um aspecto da produção, aplicação e pontuação de uma avaliação.⁶ Aqui, duas principais interfaces entre métodos de avaliação e impactos desproporcionais em minorias serão abordadas: (i) testes padronizados de alto impacto; (ii) autoavaliação e *peer review*.

Antes de ingressar em uma análise dos dois tópicos apresentados, vale ressaltar que minorias também estão sujeitas a efeitos adversos das avaliações não abordados diretamente aqui, como a possibilidade de que os testes estejam “culturalmente enviesados” para favorecer — de forma

6 Essa é uma definição intencionalmente vaga, que procura não se confundir com a noção de “método” em pesquisa acadêmica e científica. Nesta seara, v. BRYMAN, Alan. Of methods and methodology. **Qualitative Research in Organizations and Management: An International Journal** (2008), p. 160: “By ‘methods’ we typically mean the techniques that researchers employ for practising their craft. ‘Methods’ might be instruments of data collection like questionnaires, interviews or observation; they might refer to the tools used for analysing data, which might be statistical techniques or extracting themes from unstructured data; or the term might refer to aspects of the research process like sampling.”

intencional ou não — grupos privilegiados da sociedade.⁷ Essa deve ser encarada como uma possibilidade que permeia qualquer aplicação de avaliação. Os métodos de avaliação aqui explorados, embora mais vinculados à forma da avaliação que ao seu conteúdo, não são excludentes — é possível que haja um teste padronizado escrito; ou um teste escrito com avaliação por *peer review* —, e não devem ser enxergados como desvinculados da possibilidade de parcialidade cultural no conteúdo da avaliação.

Além disso, o enfoque desta revisão de literatura é nos impactos que métodos de avaliação possam ter em minorias comparativamente a outros grupos sociais. Ou seja: o impacto — negativo ou não — de um método de avaliação só é relevante para a presente análise na medida em que discrimina grupos minoritários. Esse recorte exclui da análise relevantes críticas aos efeitos gerais adversos dos testes, mas que não se expressam desproporcionalmente em desfavor de minorias. Em relação aos métodos abordados aqui, esses efeitos gerais incluem, mas não se limitam, a: incentivos ao estudo direcional e à cópia em testes de alto impacto (DECI, RYAN, 2016, p. 10); limitação da acurácia psicométrica de testes padronizados (MORRIS, 2011, p.44); e aumento da subjetividade do avaliador (KISSAM, 1989, p.436).

É mesmo provável que diversos desses efeitos gerais sejam mais prejudiciais a minorias do que alguns dos efeitos aqui examinados; no entanto, por seu caráter não discriminatório, parecem pertencer a análises gerais sobre o aprimoramento dos modelos de avaliação.

Uma outra ressalva que merece ser feita é a de que existem diversos métodos para identificar e mensurar impactos negativos em minorias sociais. Na jurisprudência americana, dois métodos básicos e hoje amplamente difundidos foram desenvolvidos para lidar com denúncias de discriminação contra minorias: o *disparate treatment* e o *disparate impact*. Em breve síntese, é possível dizer que o primeiro modelo se preocupa com a intencionalidade da discriminação, enquanto o segundo é voltado para políticas ou práticas que, embora aparentemente neutras, desproporcionalmente impactem membros de uma classe protegida (BRACERAS, p. 1140-1141). Não se tomou a opção por um método específico neste artigo. Desde que as práticas em questão resultem — intencionalmente ou não — em uma disparidade concreta entre grupos minoritários e o resto dos avaliados, ou que imponham desafios particulares a minorias

7 Jennifer C. Braceras reúne e analisa significativa literatura sobre o tópico. V. Killing the Messenger: The Misuse of Disparate Impact Theory to Challenge High-Stakes Educational Tests. **Vanderbilt Law Review**, v. 55, n. 4 (May 2002): p. 1116 e 117 (nota 16). Denotativo é o exemplo dado por J. Steven Warner, ao argumentar que um trecho do exame estadual da Flórida era “culturalmente enviesado” porque descrevia uma família nuclear com dois genitores. J. Steven Warner, Letter to the Editor, **PALM BEACH POST**, fev. 9, 2001, em 17A.

— independentemente de eles gerarem discrepâncias práticas ao fim da avaliação⁸ —, se considera que estão a gerar impactos negativos para minorias.

Por fim, é preciso lembrar que há muitas minorias dentro de uma mesma sociedade, e seus interesses e experiências prévias não necessariamente convergem. É possível, portanto, que algumas práticas favoreçam determinadas minorias, ao mesmo tempo em que prejudicam outras.⁹ À luz do encaminhamento normativo deste artigo já exposto, tais práticas serão compreendidas como discriminatórias e indesejáveis.

4.1. Testes padronizados de alto impacto

Testes padronizados (*standardised tests*) podem ser definidos como “testes desenhados externamente [à instituição de ensino ou ao curso ministrado] com o objetivo de criar condições, questões, procedimentos para pontuação e interpretação consistentes”.¹⁰ A maioria da literatura que se debruça sobre testes padronizados tende a analisá-los através da ótica de *high-stakes tests* (testes de alto impacto). Testes de alto impacto são aqui entendidos como “avaliações padronizadas que possuem consequências [educacionais] dramáticas e diretas para o avaliado”.¹¹ De fato, as duas categorias apresentam grande sobreposição na prática. No ensino jurídico

8 Essa distinção talvez seja mais relevante no contexto norte-americano, onde a ideia de que alguns grupos (especialmente asiáticos) seriam “model minorities” por conta de, entre outros fatores, elevado desempenho acadêmico gerou a necessidade de desvincular discriminação de minorias no âmbito de avaliações dos resultados concretos das avaliações. Sobre o “mito” da minoria modelo e seus efeitos adversos na forma de pensar a educação superior nos Estados Unidos, bem como a elencação de cinco concepções enganosas que lastreiam a discriminação de asiáticos e insulares pacíficos na academia, v. MUSEUS, Samuel D.; KIANG, P. N. Deconstructing the model minority myth and how it contributes to the invisible minority reality in higher education research. **New Directions for Institutional Research**, 2009.142, p. 5-15, 2009.

9 Enfrentando a mesma questão em 1970, Ronald Flaugher objetou: “There may be objections raised to the treatment of all of these ‘out-groups’ as interchangeable. This paper takes the position that until more research has been completed and our understanding is greatly increased, more elaborate distinctions are probably pretentious”. (FLAUGHER, R. L. Testing Practices, Minority Groups, And Higher Education: A Review And Discussion Of The Research 1, 2. **ETS Research Bulletin Series**, 1970(2), i-34.) Embora a mesma linha de defesa talvez não seja mais aceitável, pode-se dizer que a posição adotada neste artigo parte do pressuposto de que uma prática que discrimine alguma minoria, mesmo que beneficie outra em maior escala, não deve ser incentivada.

10 Do inglês: “The term standardised test refers to tests that are designed externally and aim to create conditions, questions, scoring procedures and interpretations that are consistent [across schools] (POPHAM, 1999; WANG et al., 2006)”. MORRIS, A. Student Standardised Testing: Current Practices in OECD Countries and a Literature Review. **OECD Education Working Papers**, n. 65. Paris: OECD Publishing (NJ1), 2011, p. 10.

11 Do inglês: “‘high-stakes tests’ are standardized examinations that have ‘dramatic and direct [educational] consequences’ for the test-taker.”. A definição é de Perry A. Zirkel — ZIRKEL, P. A. **Tabular Analysis of the Case Law Concerning High Stakes Testing**, 143 EDUC. REP. 697 (2000) —, aqui transcrita na formulação de Jennifer C. Braceras — BRACERAS, J. C., Op. Cit. p. 1123.

brasileiro, é notável, mas não surpreendente, que o principal teste padronizado — o Exame de Ordem da OAB — seja, também, um teste de alto impacto. Dessa forma, o Exame da OAB carrega consigo as críticas dirigidas a cada um desses modelos de avaliação — bem como acumula as desvantagens para minorias criadas por ambos os modelos.

Uma das críticas correntemente lançadas contra testes padronizados é a de que a própria ideia de padronização, i.e., de igualdade formal, gera e perpetua disparidades. O horário para realização da prova e procedimentos padronizados, por exemplo, favorecem estudantes que não possuem deficiências (GEISINGER, 2005, p. 189). Outro problema, de cunho concludístico e que se relaciona à ideia de “enviesamento cultural”, é o fato de que testes padronizados costumam se valer de normas urbanas cultas que, no entanto, possuem variações internas de vocabulário e construção frasal. A escolha por um dialeto ou variação local da norma urbana (geralmente proposto como “norma padrão da língua”) gera possíveis obstáculos linguísticos adicionais a habitantes de outras regiões ou estratos sociais (GREEN, GRIFFORE, 1980, p. 241).

A forma pela qual a maioria dos testes padronizados é elaborada também influi na criação de desigualdades. O próprio método pelo qual os testes são elaborados — aplicando antecipadamente as questões a amostragens específicas de alunos para detectar questões “inapropriadas” — pode gerar desigualdades, seja ao identificar como inappropriate questões alheias à realidade de grupos privilegiados, seja ao desproporcionalmente manter questões que se mostrariam inappropriate caso as amostragens utilizadas para a verificação fossem mais diversas (MCNICOL, ARMOUR-THOMAS, 2001, p. 10-11). Em contextos universitários, situação similar poderia ocorrer quando docentes recebem feedbacks dos estudantes ou elaboram conclusões a partir do resultado das avaliações sobre a adequação de uma pergunta ou modelo de pergunta. Se a amostragem de alunos da qual o docente estiver recebendo informações for significativamente desprovida de minorias, é possível que suas conclusões sejam igualmente parciais. Um potencial resultado dessa dinâmica seria a constante revisão dos modelos de perguntas levar a um “enviesamento cultural”.

Testes padronizados também são comumente utilizados para segregar estudantes em categorias no âmbito do ensino. O desenvolvimento histórico desses testes está, em verdade, visceralmente vinculado à segregação de minorias (se não intencionalmente, ao menos na prática): sua eficácia em realizar comparações interpessoais levou-os a serem utilizados para justificarem de forma “científica e racional” a segregação de alunos em escolas e currículos de ensino diferentes quando do início da migração de minorias étnicas para o nordeste americano.¹²

12 Fass relata que “[t]he two concepts [individual differences in intellect and equal



Ainda hoje, testes padronizados podem servir como base para separar turmas ou como critério de seleção para entrada em cursos ou graduações. A consequência desse modelo de seleção é a criação de turmas ou grupos de ensino crescentemente homogêneos internamente e heterogêneos entre si quanto a habilidades e capacidades cognitivas testadas. Apesar de o critério de capacidade cognitiva potencialmente gerar incentivos para que outras características — como classe social, gênero ou etnia — sejam distribuídas homogeneamente entre as turmas, na prática o que se verifica é que esse sistema de seleção, ao contrário, tende a segregar e concentrar minorias, criando turmas “majoritariamente minoritárias” (THOMAS, MADAUS, AIRASIAN, 2012, p. 55-60; RONALD, 1998, p. 111). Dentro de faculdades de Direito, efeito semelhante pode ocorrer quando o acesso a disciplinas — especialmente disciplinas concorridas e com vagas limitadas — é vinculado ao desempenho em algum teste padronizado (o que se vê especialmente nos primeiros períodos, em que o vestibular costuma ser utilizado como métrica diferenciadora entre os alunos).

Um outro efeito perverso e consequente da utilização de testes padronizados como meios de seleção é a criação de um efeito de exclusão dos alunos menos capacitados para realizar o exame. Isso pode ocorrer, por exemplo, quando órgãos governamentais catalogam, para os mais diversos fins, instituições de ensino com base no resultado de seus estudantes em testes padronizados. O efeito dessa pressão sobre as instituições de ensino e sobre o corpo docente é que muitas vezes professores, com apoio institucional, realizam uma “triagem” dos alunos e buscam excluir os alunos menos capacitados da realização do exame, a fim de que a média final da instituição seja elevada.¹³ Aqui, novamente, o Exame de Ordem pode servir como um bom ponto de partida para analisar os incentivos das instituições de ensino na realidade brasileira, especialmente privadas, em adquirirem médias altas.

Vale também mencionar que testes padronizados, exatamente por objetivarem, na maior das vezes, permitir análises interpessoais, adotam, geralmente, um modelo psicométrico de avaliação. Dentre suas várias características, o modelo clássico psicométrico objetiva avaliar competências

educational opportunities] were intended to describe a school system that was at once pedagogically enlightened, progressively democratic, and protected the individual from the tyranny of sameness threatened by mass education. The linking of these two concepts was seriously misleading ... it ... provided the foundations for systematic differentiations in curricula, in performance, in expectations, and ultimately in school rewards.” FASS, P. *Outside in: Minorities and the transformation of American education*. New York: Oxford University Press, 1989, p. 69-70, *apud* BIXBY, J. et al., Op. Cit., p. 38.

13 V. MORRIS, A., Op. Cit., p. 39. No âmbito escolar, Booher-Jennings descreve a prática de professores de “classify pupils into three groups — safe cases, suitable for treatment, and hopeless cases — and subsequently [focus] primarily on the middle group, seeing that this group had the most potential for improvement.” v. BOOHER-JENNINGS, J. (2005). Below the Bubble: ‘Educational Triage’ and the Texas Accountability System. *American Educational Research Journal*, v. 42, n. 2, p. 231-268, 2005.

mentais do estudante, como inteligência, capacidade mental e aptidão (ZIMMERMAN, DIBENEDETTO, 2008, p. 207). Mais relevante, esse modelo não se preocupa em medir crescimento individual e pressupõe um nível de conhecimento baseado em regras gerais para o *locus* de ensino em que o estudante se encontra (por exemplo: “estudantes de Direito do 3º período devem saber X”). Ao assumir que todos os estudantes partiram de uma mesma população — e mesmo currículo — inicial, a aplicação do modelo psicométrico acentua as limitações de testes padronizados através de um véu de suposta neutralidade e igualdade, impactando desproporcionalmente minorias (*Ibid.*).

O modelo de questão múltipla-escolha geralmente associado a testes psicométricos também traz desafios próprios a minorias. Como apontam Bixby et al. (1991, p. 48), questões de múltipla-escolha são desenhadas para testar detenção e seleção de conhecimento, não geração de conhecimento. Tais questões impõem a noção de única resposta correta em detrimento de reconhecerem formas de excelência culturalmente variadas ou meios alternativos de expressar conhecimento.¹⁴ Potencializam, dessa forma, o “enviesamento cultural” de testes que são desenhados para mensurar uma única métrica de conhecimento, fundada e moldada para se adequar a grupos não minoritários.

Por fim, outro efeito relevante dos testes padronizados é seu impacto nas taxas de evasão em instituições de ensino. Embora esse método de avaliação possa ser vinculado ao aumento das taxas de evasão (RAVITCH 2011, p. 19), estudos localizados demonstraram que esse efeito pode ser magnificado em minorias.¹⁵ O Brasil não dispõe de uma base de dados consistente sobre evasão¹⁶, o que levou a literatura a chegar a conclusões por vezes contraditórias quanto a taxas de evasão de minorias em universidades nacionais.¹⁷ Mesmo comprovada uma maior taxa de evasão entre

14 Verificar também, sobre o assunto: CUMMINS, J. Empowering minority students: A framework for intervention. **Harvard Educational Review**, v. 56, n. 1, p. 18-36, 1986.

15 Para um estudo em Massachusetts, v. PHELPS, R. (Ed). *Defending standardized testing*. Psychology Press. New Jersey: Lawrence Erlbaum Associates Publishers, 2005, p. 108. Para um estudo no Texas, v. VALENZUELA, A. (Ed). **Leaving children behind: How “Texas-style” accountability fails Latino youth**. Albany: State University of New York Press, 2004.

16 Maria de Fatima Costa de Paula notava em 2017 que “[o]s órgãos oficiais do governo, como o Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP) do Ministério da Educação do Brasil (MEC), assim como as Instituições de Educação Superior (IES) não possuem dados consistentes sobre evasão, havendo ainda uma grande lacuna a respeito desse problema.” PAULA, M. F. C. Políticas de democratização da educação superior brasileira: limites e desafios para a próxima década. **Avaliação: Revista da Avaliação da Educação Superior**. Campinas, v. 22, n. 2, p. 301, 2017.

17 Maria de Fatima Costa de Paula (*supra*) chega à conclusão de que “os elevados índices de evasão ao longo do percurso universitário continuam atingindo em maior proporção os estudantes provenientes das classes populares”. Em sentido oposto, Alvaro Alberto Ferreira Mendes Junior, analisando turmas ingressantes na UERJ em 2005, concluiu haver menor taxa de evasão entre cotistas pertencentes a minorias étnicas e sociais; no entanto, aponta que “[p]or existirem inúmeras IES de alta qualidade no Estado do RJ]

minorias, sua atribuição à presença de testes padronizados no ensino superior não deve ser automática; ao mesmo tempo, não se pode descartar que esse método de avaliação exerça um efeito adverso na taxa de retenção dessas minorias.

No contexto brasileiro, as críticas e os efeitos dos testes padronizados de alto impacto apontados assumem especial relevância. Isso porque, particularmente no âmbito de cursos de Direito, o ENADE e o Exame de Ordem da OAB criam grandes incentivos para que as instituições e os alunos “estudem para o exame”.¹⁸

Pensar em como reformar a aplicação de testes padronizados de alto impacto no ensino superior faz parte, portanto, de uma agenda que diz respeito não apenas a minorias, embora estas sejam, provavelmente, as mais impactadas pela utilização desse método de avaliação. No caso de exames de ordem para exercício da profissão advocatícia, a experiência comparada pode ser útil: à parte de propostas mais radicais em favor de uma abolição de exames de ordem e similares (CURCIO, CHOMSKY, KAUFMAN, 2014, p. 206-277), modelos híbridos de se aceder à *Bar* existem em estados como New Hampshire, por exemplo, em que a possibilidade de realização de um exame coexiste com a opção de realizar um programa de preparação profissional a partir do segundo ano da graduação (*Ibid.*).

4.2. Autoavaliação e *peer review*

Autoavaliação e avaliação por pares se tornaram, nas últimas décadas, partes integrais do ensino superior (BREW, 1999, p. 158). A autoavaliação pode ser definida como “o envolvimento, incorporado pelas estruturas formais de avaliação, de estudantes na identificação de parâmetros e/ou critérios para aplicar a seu trabalho e na determinação acerca da extensão

esperamos que muitos dos alunos não cotistas que passam em mais de um vestibular acabem por optar por outras instituições, mesmo depois de terem efetuado a matrícula na UERJ. Há ainda aqueles que não atribuem um alto valor para a carreira em que iniciaram a faculdade e que, por isso, trancam suas matrículas para tentar um novo curso ou faculdade no ano posterior.” MENDES JUNIOR, A. A. F. Uma análise da progressão dos alunos cotistas sob a primeira ação afirmativa brasileira no ensino superior: o caso da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. **Ensaio: avaliação e políticas públicas em educação**, v. 22, n. 82, p. 31-56, 2014.

- 18 Analisando o impacto do ENADE e do Exame da Ordem nas instituições de ensino de Direito a partir de uma ótica foucaultiana, Sérgio Coutinho conclui que “Diante de cinco anos para o curso de Direito ser concluído, a inspeção trienal do ENADE (que a OAB, como foi visto, já pede que seja anual) cria e condiciona quaisquer tentativas de inovação no curso. [...] preparar o estudante para o ENADE tornou-se análogo às escolas preparando estudantes do Ensino Médio apenas para o ENEM, não para a vida social e profissional.” COUTINHO, Sérgio. *Vigiando e Punindo Instituições de Ensino Jurídico no Brasil: A Regulação por meio do Enade e do Exame De Ordem*. **Olhares Plurais**, v. 2, n. 15, p. 103, 2016.

em que eles alcançaram esses parâmetros e critérios.”¹⁹ Já a avaliação por pares envolve “estudantes realizando julgamentos ou comentando sobre os trabalhos uns dos outros.”²⁰

A noção de que alunos e alunas necessitam ter voz no processo de avaliação deve seu desenvolvimento, em boa medida, à desconstrução da separação entre as atividades de aprender e avaliar e à constatação de que a atividade avaliativa é, em última instância, um exercício de poder que deve ser controlado.

A assunção de que a avaliação se daria sempre posteriormente ao aprendizado vem sendo paulatinamente revisada e flexibilizada. Já se admite que diversos tipos de avaliação influenciam diretamente no processo de aprendizado, e, assim, constituem parte do próprio processo de aprender — e não somente do de avaliar (RAMSDEN, 2003, p. 157). A avaliação, nessa ótica, não é apenas um elemento periférico de um curso; é, sim, um elemento central, a partir e através do qual os alunos e alunas adquirem conhecimento.

Em adição à flexibilização entre as fronteiras do ensinar e do avaliar, a autoavaliação tem se beneficiado de um desafio a noções tradicionais de controle e poder em função de um maior papel reclamado à autonomia individual. Em contraposição ao modelo (hierarquizado) de avaliação por um outro, em que o desempenho individual depende de julgamentos externos, o modelo de autoavaliação assenta-se, também, em uma busca por uma aprendizagem reflexiva e pelo desenvolvimento, nos alunos e alunas, de capacidades de decidir por si mesmo e de julgar e impulsionar a si mesmo (BREW, 1999). São considerações como essas que têm feito parte da literatura advogar por um papel mais ativo dos estudantes durante a avaliação, a fim de que o potencial didático dessas avaliações seja potencializado.²¹

Um terceiro fator que ajuda a explicar a adoção de práticas de autoavaliação e avaliação por pares em instituições de ensino é sua eficiência

19 A definição é majoritariamente uma tradução da definição dada por David Boud: “the involvement of students in identifying standards and/or criteria to apply to their work and making judgements about the extent to which they have met these criteria and standards”. In: BOUD, D. **Enhancing learning through self-assessment**. Nova Iorque: Routledge, 2013, p. 11. A inclusão de “incorporado pelas estruturas formais de avaliação” busca excluir um aspecto da autoavaliação — identificado pelo próprio Boud como o aspecto *informal* —, presente em todo o aprendizado, que independe da incorporação da participação ativa dos estudantes em estruturas formais.

20 Do inglês: “students making judgements about, or commenting upon, each other’s work.” In: Brew, A., Op. Cit, p. 160.

21 Ver, a título de exemplo, o influente artigo de Boud e Brew: BOUD, D.; BREW, A. Developing a typology for learner self assessment practices. **Research and development in Higher Education**, v. 18, n. 1, p. 130-135, 1995; ver também o já clássico livro de Boud (nota 46) e WEAVER, D.; ESPOSTO, A. Peer assessment as a method of improving student engagement. **Assessment & Evaluation in Higher Education**, v. 37, n. 7, 2012.

em termos econômicos. Com efeito — e de forma não surpreendente —, considerações de cunho econômico são um dos principais fatores levados em conta por instituições de ensino quando realizam escolhas quanto a métodos de avaliação.²² No caso da autoavaliação e da avaliação por pares, sua adoção vem acompanhada de uma dedicação de menor tempo por parte do corpo docente ou administrativo para a correção e gradação de exames, permitindo, assim, uma alocação mais eficiente do tempo desses profissionais (BROWN, GLASNER, (Eds.), 1999, p. 157).

Por essas e outras razões, a aplicação de métodos de autoavaliação e avaliação por pares vem ganhando força em instituições de ensino superior. No Brasil, instituições tradicionais como a Universidade de São Paulo (Ribeirão Preto) (ROSELI, 2016, p. 59-66) e a Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) (VIVEIROS, MARQUES, 2017, p. 27-43) já impregnam a autoavaliação em cursos como Economia e Nutrição. Como se verá, essa ampliação da autonomia estudantil fornece oportunidades, mas antes, todavia, de discutir os potenciais benefícios, cumpre analisar três objeções comumente levantadas.

A primeira diz respeito ao momento de introdução de autoavaliações e avaliações por pares para os estudantes e os potenciais efeitos adversos que uma introdução precipitada e não monitorada pode causar. Como Sambel et al. colocam, o efeito da autoavaliação pode ser o contrário do pretendido caso a história prévia do estudante seja a de um ensino dirigido e guiado pelo docente. A mudança abrupta entre “*spoon feeding*” e autoavaliação pode criar insegurança e resistência ao desenvolvimento de autonomia, razão pela qual os autores alertam para os perigos de implementar esse modelo de avaliação em um estágio muito inicial da graduação.²³

No entanto, embora não seja possível descartar a possibilidade de que estudantes de primeiro ano sejam significativamente menos autorreflexivos do que estudantes de segundo ano em diante, ou mesmo a possibilidade de que o currículo do primeiro ano seja elaborado de forma a ser predominantemente voltado à aquisição de conteúdo e não a habilidades de estudo, as pesquisas e a prática têm demonstrado a viabilidade de introduzir avaliações reflexivas no primeiro ano da faculdade, desde que

22 O ensino através de casos (*case method*) é um exemplo paradigmático de como incentivos financeiros guiam a tomada de decisões de universidades quanto ao modelo de avaliação. Aizen, comentando o desenvolvimento do método, assevera que “[t]he case method and the sole final exam allowed law professors to teach and evaluate large classes of students and high student-faculty ratios were financially advantageous. Dean Langdell’s economical model was eagerly embraced by other American universities”. V. AIZEN, R. M., Op. Cit., p. 768, em especial as notas 16 e 17, para literatura no assunto.

23 “Under these conditions the discourse of autonomous learning being promoted in university can readily result in student resistance to developing autonomy, especially in the early stages of a degree.” In: MCDOWELL, L.; SAMBELL, A; SAMBELL, K. Supporting diverse students: developing learner autonomy via assessment. In: BRYAN, C.; CLEGG, K. (Eds.), Op. Cit., p. 165.

feito acompanhamento docente e de que explícitas as regras que norteiam o processo avaliatório.²⁴ E mais: na medida em que estimulam habilidades de autorreflexão integrais ao processo substantivo de aprendizagem, a introdução de autoavaliações e avaliações por pares pode ser considerada um imperativo pedagógico cujos benefícios certamente superam os potenciais malefícios.

É evidente, de toda forma, que, qualquer que seja o momento de introdução das avaliações reflexivas, os estudantes tendem, com a prática, a se tornar mais autônomos e mais experientes e, portanto, aprimorar o processo avaliatório (BREW, 1999, p. 160-161).

A segunda objeção diz respeito especificamente à aplicação de avaliações por pares e potenciais prejuízos a minorias. O prejuízo a minorias seria advindo da discriminação dos pares por conta de preconceitos, implícitos ou explícitos, de seus colegas avaliadores. Esses preconceitos podem ser conscientes ou inconscientes, adquiridos por meio de convivência em um contexto social prevalentemente preconceituoso.²⁵

Nicole Herbert, visando a averiguar a existência de preconceitos na distribuição de notas por pares, realizou um dos únicos estudos empíricos sobre o tema com estudantes universitários em Sydney, em que se chegou à conclusão não haver preconceito com base em gênero ou mesmo em domicílio — no caso de alunos internacionais — no processo avaliatório dos alunos.²⁶

Não está claro se as conclusões de Herbert poderiam ser transplantadas para o contexto brasileiro. Independentemente, o potencial para discriminação não deve ser descartado pelos docentes e pela instituição de ensino, e deve sempre permear uma análise crítica de avaliações reflexivas em contextos de grande diversidade.

A última objeção a avaliações reflexivas pela lógica de minorias é a possibilidade de que, especialmente no âmbito de autoavaliações, minorias desvalorizem a si mesmas como um efeito de baixa autoestima. Que

24 Um dos principais trabalhos na área é o de Duncan D. Nulty (2011): *Peer and self assessment in the first year of university*. **Assessment & Evaluation in Higher Education**, v. 36, n. 5, que nota, entre outras coisas, a falta de pesquisas direcionadas para avaliação reflexiva nos primeiros anos de ensino superior (p. 494).

25 Boud pontua que "the major influence on how learners construct their experience is the cumulative effects of their personal and cultural history: the influences of the events in their lives which have helped form who they are now and their response to the world". Some-se a isso um contexto de extremo preconceito na sociedade, em que "In essence, living in a society that has traditionally shown favoritism toward certain groups may result in cultural "brainwashing". Devine, P. G. Stereotypes and prejudice: Their automatic and controlled components. **Journal of Personality and Social Psychology**, v. 56, n.1, p. 5-18, 1989, *apud* RUDMAN, L. A.; FEINBERG, J.; FAIRCHILD, K. Minority members' implicit attitudes: Automatic ingroup bias as a function of group status. **Social Cognition**, v. 20, n. 4, p. 295, 2002.

26 O que não significa que as notas foram dadas de forma igualitária ou proporcional. Ver HERBERT, N. Peer assessment: is it fair?. **Proceedings of The Australian Conference on Science and Mathematics Education (formerly UniServe Science Conference)**, 2012.

minorias, incluindo pessoas com sobrepeso e de extratos economicamente desfavorecidos, tendam a desvalorizar não só a si mesmas como também a outros membros de seu grupo denuncia a incorporação indireta de preconceitos sociais por parte dos discriminados (LAURIE, FEINBERG, FAIRCHILD, 2002). Na ótica de avaliações reflexivas, a autodiscriminação e a discriminação do próprio grupo (no caso de revisão por pares) podem levantar desafios específicos a minorias e traduzir percepções sociais preconceituosas em menores avaliações.

Todos esses potenciais desafios não devem, de imediato, servir para anular ou desconsiderar os inúmeros benefícios que a literatura tem associado a autoavaliações, como revisar as relações de poder dentro da sala de aula; incrementar a discussão sobre a própria avaliação; desenvolver habilidades cognitivas vinculadas a autoavaliação; promover autonomia; aumentar o escopo de comentários e feedback recebidos pelo avaliado; e promover colaboração no ambiente acadêmico. O que se deve buscar, portanto, é um juízo, vinculado à análise de casos concretos e específicos, de ponderação entre os potenciais benefícios e os potenciais malefícios desse método de avaliação para minorias.

4.3. Avaliações escritas

Uma breve nota deve ser destinada a alguns efeitos adversos para minorias identificados em avaliações escritas.

Embora comumente utilizadas hoje, as avaliações escritas apenas desenvolveram-se como prática em universidades a partir da segunda metade do século XIX — antes disso, a prática padrão consistia em avaliações orais, realizadas, geralmente, uma vez ao ano (KANDEL, 1936, p. 24). À medida em que o caráter exibicionista das avaliações orais foi sendo trazido à baila por educadores e críticos externos — as avaliações costumemente eram reunidas em um único dia, e acabavam por se tornar um espetáculo para exibição de pupilos brilhantes ou glorificação de professores —, a demanda por novos métodos de avaliação cresceu (*Ibid.*). Nesse contexto, especialmente nos Estados Unidos, professores como Horace Mann propuseram a introdução de métodos escritos de avaliação, seja através de redações, seja através de perguntas e respostas escritas (GALLAGHER, 2003, p. 83-99).

Um dos principais efeitos adversos que esse tipo de método de avaliação é acusado de promover é a ampliação (*vis-à-vis* testes de respostas objetivas ou de respostas múltipla-escolha) da subjetividade do corretor, que pode perpetuar preconceitos e vieses próprios na correção. Estudos empíricos realizados em diversos países do ocidente têm demonstrado que mesmo professores experientes de redação possuem concepções em relação a conformações de gênero do escritor ou da escritora,

e seu consequente estilo de escrita. Por exemplo: um estudo realizado na Universidade de Washington demonstrou que professores associavam a mulheres maiores capacidades de escrita, ao menos no primeiro ano de faculdade; e isso gerava, como uma consequência, maiores expectativas em relação às provas identificadas com nomes de alunas. (HASWELL, HASWELL 1996, p. 31).

Ao mesmo tempo, os professores também tenderam a associar o gênero com determinado estilo de escrita, atribuindo redações em que temas emotivos afluíam a mulheres. A não conformidade a esses padrões de expectativa, seja por parte de homens ou de mulheres, também afetada negativamente a nota final (*Ibid.*).

Um segundo problema levantado em relação a avaliações escritas, e já mencionado aqui relativamente a testes padronizados, é a perpetuação de uma variante linguística estabelecida como norma padrão. Estudos empíricos nos Estados Unidos têm demonstrado que minorias étnicas, mesmo aquelas cujo inglês é a língua materna, sofrem desproporcionalmente com esse tipo de avaliação, uma vez que são mais prováveis de utilizarem variantes consideradas não urbanas no seu dia a dia (WHITE, THOMAS, 1981, p. 276; MYA, 2014, p. 588).

Embora o primeiro problema possa ser atenuado pelo anonimato das provas, o segundo se refere a uma característica estrutural de como avaliações escritas são elaboradas. Sua superação, portanto, necessariamente envolverá repensar o processo de formulação de questões para diminuir os vieses inconscientes que são nelas incutidos atualmente.

5. APRESENTAÇÃO DE DIRETRIZES GERAIS

Através da breve revisão de literatura feita, centrada em testes padronizados de alto impacto e em autoavaliação e avaliação por pares, é possível extrair, à luz dos pressupostos normativos aqui adotados, algumas diretrizes sobre a utilização de métodos de avaliação em ensino superior, particularmente no contexto do ensino jurídico:

- Testes padronizados de alto impacto devem ser limitados para circunstâncias em que o papel de indicador de mercado da avaliação ou a importância de realizar considerações interpessoais entre os avaliados sobressaírem perante o interesse de aplicar métodos menos discriminatórios ou que gerem menos efeitos psicológicos;
- A utilização de testes padronizados de alto impacto por parte de órgãos públicos para averiguar a qualidade de instituições de ensino gera efeitos indesejados na dinâmica docente e deve ser atenuada com a inclusão de outros métodos de avaliação;

- Quando necessários, testes padronizados de alto impacto devem buscar abranger a maior diversidade cultural possível, introduzindo diferentes perspectivas nas respostas e buscando uma linguagem acessível;
- Quando necessários, testes padronizados de alto impacto devem ser formulados e testados em grupos de controle que representem a diversidade dos potenciais avaliados por aquele teste;
- Autoavaliação e avaliação pelos pares devem ser implementadas com cautela, devendo o docente se atentar (i) ao grau de maturidade dos estudantes; (ii) à experiência prévia desses estudantes; (iii) potenciais discriminações dentro de grupos de pares; (iv) potenciais efeitos de baixa autoestima individual e de grupo em minorias.

6. CONCLUSÃO

O presente ensaio procurou analisar os impactos negativos de três métodos de avaliação utilizados no ensino jurídico brasileiro em minorias e apresentar, a partir de uma revisão de literatura, diretrizes que podem ser seguidas para diminuir o grau do efeito adverso dessas avaliações em minorias. Essas diretrizes devem ser recebidas como meras práticas paliativas, e não devem desencorajar a criatividade institucional em âmbito de formulação e aplicação de avaliações no ensino jurídico brasileiro. Acima de tudo, não devem desencorajar a contínua busca por vieses e efeitos adversos em outros métodos de avaliação, bem como em outros aspectos do ensino jurídico, como metodologias de ensino.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AIZEN, R. M. Four Ways to Better 1L Assessments. **Duke Law Journal**, v. 54, n. 3, p. 765-794, p. 773 e 774, 2004.

BERG, C. A. R., et al. Benefiting From an Open-Ended Experiment? A Comparison of Attitudes to, and Outcomes of, an Expository Versus an Open-Inquiry Version of the Same Experiment. **International Journal of Science Education**, v. 25, n. 3, p. 351-372, 2003.

BIRENBAUM, M.; DOCHY, F. (Eds) (1996) **Alternatives in Assessment of Achievement, Learning Processes and Prior Knowledge**. Boston: Kluwer Academic, 1996.

BIXBY, J.; GLENN, J.; GARDNER, H.; WOLF, D. (1991). To Use Their Minds Well: Investigating New Forms of Assessment. **Review of Research in Education**, v. 17, n. 3, p. 26-30, p. 33, 1991.

BOUD, D. Assessment and Learning: Contradictory or Complementary? In: KNIGHT, P. (Ed.) **Assessment for learning in higher education**. London:

Kogan Page, 1995. *Apud* MURPHY, Roger. Evaluating New Priorities for Assessment in Higher Education. **Innovative assessment in higher education**, p. 37-47, 2006.

BRACERAS, J. C. Killing the Messenger: The Misuse of Disparate Impact Theory to Challenge High-Stakes Educational Tests. **Vanderbilt Law Review**. v. 55. n. 4, p. 1111, 2002.

BREW, A. Towards Autonomous Assessment: Using Self-Assessment and Peer Assessment. *In*: BROWN, S.; GLASNER, A. (Eds). **Assessment matters in higher education: choosing and using diverse approaches**. UK: McGraw-Hill Education, 1999, p. 158.

CURCIO, A.; CHOMSKY, C. L.; KAUFMAN, E. Testing, Diversity, and Merit: A Reply to Dan Subotnik and Others. **UMass Law Review**, v. 9, n. 2, p. 206-277, 2014.

DA SILVA, R. Inovações Didáticas no Ensino de Economia: Experimentos Econômicos, Atividades On-line e Autoavaliação. **Revista de Graduação USP**, v. 1, n. 1, p. 59-66, 2016.

DECI, E. L.; RYAN, R. M. Optimizing Students' Motivation in the Era of Testing and Pressure: A Self-Determination Theory Perspective. *In*: LIU, W.C.; WANG, J. C. K.; RYAN, R. M. **Building autonomous learners**. Singapura: Springer, 2016, p. 9-29.

DOCHY, F. J. R. C.; SEGERS, M.; SLUIJSMANS, D. The Use of Self-, Peer and Co-Assessment in Higher Education: A review. **Studies in Higher education**, v. 24, n. 3, p. 331-350, p. 331, 1999.

DOS SANTOS, E. N.; COSTA, L. A. Análise Crítica da Educação Superior no Brasil: Docentes Negros nos Cursos de Direito. **Anais do VIII Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito**, p. 131, 2018.

GALLAGHER, C. J. Reconciling a Tradition of Testing with a New Learning Paradigm. **Educational Psychology Review**, v. 15, n. 1, p. 83-99, 2003.

GEISINGER, K. F. The Testing Industry, Ethnic Minorities, and Individuals with Disabilities. *In*: PHELPS, R. (Ed). **Defending Standardized Testing**. Psychology Press, 2005, p. 189.

GIBBS, G. How Assessment Frames Student Learning. *In*: BRYAN, C.; CLEGG, K. (Eds.). **Innovative Assessment in Higher Education: A Handbook for Academic Practitioners**. Nova Iorque: Routledge, 2019, p. 23.

GREEN, R. L.; GRIFFORE, R. J. The Impact of Standardized Testing on Minority Students. **The Journal of Negro Education**, v. 49, n. 3, p. 238-252, p. 241, 1980.

HASWELL, R. H.; HASWELL, J. T. Gender Bias and Critique of Student Writing. **Assessing Writing**, v. 3, n. 1, p. 31-83, 1996.

INEP. CES — Censo do Ensino Superior. **Microdados**. 2010.

KANDEL, I. L. **Examinations and Their Substitutes in the United States**. Nova Iorque: Carnegie Foundation for the Advancement of Teaching, 1936, p. 24

KELLEGHAN, T.; MADAUS, G. F.; AISARIAN, P. W. *The effects of standardized testing*. Vol. 1. Springer Science & Business Media, 2012, pp. 55 e 60; Samuda, Ronald J. *Psychological testing of American minorities: Issues and consequences*. Vol. 10. Sage, 1998, p. 111.

KISSAM, P. C. Law School Examinations. **Vanderbilt Law Review**, v. 42, n. 2, p. 436, 1989.

LEORATTI, A. Negros Representam Menos de 1% dos Advogados em Grandes Escritórios. **Jota**, 21 mar. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/pesquisa-empirica/negros-maiores-escritorios-21032019>. Acesso em 16 mai. 2020.

MCNICOL, S. G.; ARMOUR-THOMAS, E. **Assessment and Culture: Psychological Tests with Minority Populations**. Elsevier, 2001, p. 10-11.

MEYERS, B. Minority Group: An Ideological Formulation. **Social Problems**, v. 32, n. 1, 1984.

MORRIS, A. Student Standardised Testing: Current Practices in OECD Countries and a Literature Review. **OECD Education Working Papers**, n. 65. Paris: OECD Publishing (NJ1), 2011, p. 10.

MUNANGA, K. Considerações Sobre as Políticas de Ação Afirmativa no Ensino Superior. In: PACHECO, J. Q.; DA SILVA, M. N. (Orgs). **O Negro na Universidade: O Direito à Inclusão**. Brasília, DF: Fundação Cultural Palmares (2007), esp. pp. 11 e ss.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Exame de Ordem em números**. Brasília: OAB; FGV Projetos, 2014. Disponível em: https://fgvprojetos.fgv.br/sites/fgvprojetos.fgv.br/files/relatorio_2_edicao_final.pdf. Acesso em 15 mai. 2020.

RAMSDEN, P. *Learning to Teach in Higher Education*. Londres. Nova Iorque: Routledge, 2003, *Apud* BROWN, S.; GLASNER, A. (Eds), Op. Cit., p. 157.

RAVITCH, D. **National Standards in American Education: A Citizen's Guide**. Brookings Institution Press, 2011, p. 19.

RUDMAN, L.A.; FEINBERG, J.; FAIRCHILD, K. Minority Members' Implicit Attitudes: Automatic Ingroup Bias as a Function of Group Status. **Social Cognition**, v. 20, n. 4, p. 295, 2002.

SNYDER, B. **The Hidden Curriculum**. Cambridge: MIT Press, 1971, *apud* BERGENDAHL, C.; TIBELL, L. Boosting Complex Learning by Strategic Assessment and Course Design. **Journal of chemical education**, v. 82, n. 4, p. 645, 2005.

VIVEIROS, A.; MARQUES, R. C. Uso do Portfólio como Ferramenta Avaliativa em uma Disciplina do Curso de Nutrição da Universidade Federal de Minas Gerais. **Revista Docência do Ensino Superior**, v. 7. n. 1, p. 27-43, 2017.

WHITE, E. M.; THOMAS, L. L. "Racial minorities and writing skills assessment in the California State University and Colleges". *College English* 43.3 (1981): 276-283. E Poe, Mya, et al. "The legal and the local: Using disparate impact analysis to understand the consequences of writing assessment". *College Composition and Communication*(2014): 588-611.

ZIMMERMAN, B. J.; DIBENEDETTO, M. K. Mastery Learning and Assessment: Implications for Students and Teachers in an Era of High-Stakes Testing. **Psychology in the Schools**, v. 45, n. 3, p. 207, 2008.

ÉTICA NO ENSINO JURÍDICO: EXISTE UM PADRÃO ÉTICO NAS UNIVERSIDADES DE DIREITO BRASILEIRAS?¹

Aluna: Bianca Gomes²

Orientador: Fernando Leal³

Área de concentração: Direito da Regulação.

Linha de pesquisa: Economia, Intervenção e Estratégias Regulatórias.

Projeto de pesquisa: Educação Jurídica no Século XXI — dilemas e alternativas.

Sumário: 1. Introdução; 2. Dilemas éticos no espaço acadêmico — discussão bibliográfica; 3. Metodologia; 4. Análise dos dados; 5. Considerações finais; 6. Referências bibliográficas.

Resumo

Este trabalho analisa as normas definidoras e sancionadoras de condutas antiéticas das 161 Instituições de Ensino Superior de Direito que possuem o *Selo OAB Indica*. O objetivo é mapear a atual orientação adotada pelos cursos de formação do profissional de Direito a fim de saber se existe consolidação normativa do que são condutas antiéticas e de como combatê-las.

Palavras-chave

Ensino jurídico; Ética no ensino; Integridade acadêmica.

Abstract

This article analyzes the rules that define and apply sanctions to unethical conduct in the 161 law schools that have the “*OAB Indica*” quality seals. The objective is to map the current orientation adopted by the courses for the education of legal professionals in order to know whether there is a normative consolidation of what unethical conducts are and how to combat them.

Keywords

Legal education; Ethics in teaching; Academic integrity.

1 O presente artigo é produto de um projeto de iniciação científica intitulado “Educação jurídica no século XXI: dilemas e alternativas” e coordenado pelo Professor Doutor Fernando Ângelo Ribeiro Leal.

2 Graduanda na Escola de Direito do Rio de Janeiro — FGV Direito Rio.

3 Professor na Escola de Direito do Rio de Janeiro — FGV Direito Rio.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo mapear a atual situação do ensino jurídico brasileiro a partir de um ponto de vista de ética. A hipótese orientadora é a de que as Instituições de Ensino Superior (IES) do curso de Direito não compartilham de uma consolidação normativa do que são condutas antiéticas e de como combatê-las.

Cabe destacar que por ética não se pretende adotar um conceito demasiado fechado, mas propor, na linha defendida por Elizabeth Campbell, um núcleo de virtudes e práticas que normalmente são aceitas pelos profissionais do campo, tal como justiça, confiabilidade e respeito (CAMPBELL, 2003). Assim, a partir de um código de ética bem estruturado e de noções compartilhadas, é possível lidar com dilemas éticos de forma menos arbitrária.

Para testar a hipótese levantada, primeiro foi realizada uma revisão teórica a fim de entender quais são os principais dilemas éticos enfrentados pelos professores de ensino superior. Em seguida, passou-se ao levantamento de dados sobre a realidade do ensino jurídico brasileiro, cuja metodologia será explicada em seção própria. Por fim, tendo em mente o referencial teórico, realizou-se a análise dos dados mapeados e a proposição de algumas práticas que podem ser adotadas para garantir uma abordagem mais ética nas salas de aula.

2. DILEMAS ÉTICOS NO ESPAÇO ACADÊMICO – DISCUSSÃO BIBLIOGRÁFICA

Durante a elaboração da presente pesquisa foi realizado, inicialmente, um levantamento bibliográfico, nacional e internacional, a partir de buscas por termos como “ética no ensino jurídico”, “ética em sala de aula” e “ética na produção acadêmica” em periódicos jurídicos e plataformas como o *Journal of Legal Education*⁴, o *European Journal of Legal Education*⁵, Scielo, Revista de Pesquisa e Educação Jurídica e Plataforma Fórum. Os trabalhos selecionados tiveram como objetivo entender como a discussão sobre ética no ensino superior, mais especificamente no ensino jurídico, vem sendo pautada.

Dentre os textos estudados, destacamos dois que mais colaboraram para os questionamentos que orientaram a pesquisa, vez que mapearam, pela visão do docente, quais são as principais dificuldades e dilemas éticos que esses profissionais enfrentam.

4 Disponível em:

5 Disponível em: <https://www.ejle.eu/index.php/EJLE>.

Em primeiro lugar, Ehrich et al (2012) propõem a definição segundo a qual dilemas éticos são situações nas quais a tomada de decisão exige uma escolha entre um conjunto de princípios concorrentes. No ensino, esses dilemas tornam-se cada vez mais frequentes conforme a educação superior passa a ser comercializada e, conseqüentemente, a lógica de produtividade e aumento dos índices ganha preponderância sobre a qualidade de ensino e a transmissão de conhecimento.

Os autores mobilizam Samier ao defenderem que a lógica gerencialista, que cresce nas universidades e prioriza uma burocracia em detrimento da ética, representa uma “*erosion of ethical standards*”. Nesse cenário de erosão ética, os autores realizaram uma pesquisa junto a coordenadores universitários e categorizaram as condutas antiéticas mais sinalizadas por esses profissionais de três maneiras: (i) práticas antiéticas, que envolvem desonestidades acadêmicas das mais variadas e condutas como *bullying* ou assédio; (ii) dilemas éticos, que atingem mais o professor ao se deparar com escolhas entre ética profissional e ética do cuidado ou papel de ensino e as políticas institucionais; e (iii) o custo pessoal de sustentar condutas éticas ou sancionar condutas antiéticas em um ambiente no qual não há incentivo ou apoio institucional para tal.

A partir desse texto, podemos entender os tipos de dilemas éticos enfrentados tanto pelos coordenadores como pelos professores das universidades. Traçar esse entendimento inicial, ainda que incipiente, sobre quais são as condutas que devem ser combatidas nos auxilia a perceber a importância de uma atuação ativa por parte das instituições no que diz respeito à construção de ambientes acadêmicos mais íntegros. Isso porque o poder coercitivo das Instituições é mais relevante que o de professores atuando individualmente, já que estes possuem um custo pessoal que funciona como desincentivo relevante à ação individual e voluntária, como demonstrado pela *survey* aplicada pela pesquisa.

Em uma lógica semelhante, Ashford e Davis categorizam cinco tipos de comportamentos antiéticos — desonestidade ou comportamento antiético no ensino; desonestidade ou comportamento antiético na pesquisa; assédio sexual; negligência dos deveres e responsabilidades relacionados com a universidade; e uso não autorizado dos recursos da instituição. Quaisquer condutas dos docentes ou funcionários, nesse sentido, poderiam indicar uma atuação desalinhada destes com os objetivos da instituição.

Tal fato, por sua vez, impactaria no papel das Universidades, que, para as autoras, “*possuem responsabilidades morais enquanto produtoras e disseminadoras de conhecimento*”. Assim, a adoção do viés comumente aceito de que os professores e as Instituições atuam, em alguma medida, como agentes morais, moldando alguns comportamentos⁶ faz com que

6 Nesse sentido, ver Tardif (2002).

uma série de cenários sejam propostos como pontos de atenção que deveriam ser endereçados pelas políticas de conduta das Universidades.⁷

Nesse sentido, é interessante, para a presente pesquisa, realizar o levantamento das medidas adotadas pelas IES brasileiras para lidar com essas condutas consideradas antiéticas e a maneira como assumem a responsabilidade moral defendida por Ashford e Davis.

3. METODOLOGIA

Para identificar se de fato existem padrões éticos no ensino superior brasileiro, optou-se por analisar o compêndio normativo por meio do qual as Instituições de ensino buscam orientar a conduta de seus integrantes e colaboradores. Essa análise buscará elementos compartilhados pelas IES e que possam ter reflexo na conduta interna e posterior à formação desse profissional. Para isso, foram realizadas três etapas.

7 As entrevistas realizadas preliminarmente pelo projeto deram origem à lista dos seguintes cenários de atenção, que englobam as 5 categorias propostas: 1) manipulação dos dados de pesquisa para refletir o cenário esperado ou desejado; 2) utilização do tempo das aulas para vender produtos ou para promover sua causa política/religiosa; 3) auto-plágio dos próprios artigos, por parte do corpo docente, para aprimorar as atividades de desenvolvimento profissional; 4) disponibilização de material não acadêmico nas plataformas da Instituição; 5) utilização de equipamento da Instituição para uso pessoal/comercial; 6) discussão de problemas/informações pessoais de um aluno com colegas em um ambiente público/privado; 7) utilização de listas de distribuição da escola para ganho pessoal/comercial; 8) publicação de trabalhos dos alunos como seus próprios ou sem a devida citação; 9) utilização da identificação de funcionário para receber benefícios de alunos; 10) utilização de oferta de outras universidades para negociar um salário mais alto; 11) utilização de software escolar para uso pessoal/doméstico; 12) recomendação de um colega de trabalho considerado inadequado para outras instituições a fim de se livrar do funcionário; 13) utilização de alunos para pesquisar e/ou concluir projetos que irão beneficiar negócios pessoais ou profissionais; 14) utilização, pela Instituição, de “cursos autônomos” como forma de incentivar os alunos a frequentar a instituição sabendo que a maioria dos cursos não são válidos; 15) alteração, ainda que leve, dos dados para influenciar o resultado dos relatórios de diversidade para que a universidade apareça mais alinhada com as médias nacionais; 16) aumento descabido dos valores para pedidos de reembolso de despesas ou de pagamento; 17) venda de peça de tecnologia necessária para os alunos a um custo ligeiramente superior e retenção do lucro, justificando-o como forma de poupar o aluno de uma viagem desnecessária; 18) aceite de presente de um fornecedor que faz negócios com a faculdade (ou com o corpo docente a nível pessoal); 19) relacionamento íntimo com o aluno; 20) comentários raciais/sexistas durante a aula; 21) membro do corpo docente leva alunos a bares após as aulas/final do semestre; 22) membro do corpo docente exige que os alunos comprem um livro didático que escreveram; 23) membro do corpo docente ocupa dois cargos de tempo integral em universidades diferentes; 24) membro do corpo docente não mantém horários de expediente afixados; 25) membro do corpo docente não avalia trabalhos/exames finais quando a nota recebida não influencia a nota do curso; 26) membro do corpo docente aceita presentes de alunos que podem ou não influenciar as notas; 27) membro do corpo docente usa viagens/conferências para viagens de lazer pessoais; 28) membro do corpo docente aumenta os fundos para viagens usados para a conferência; 29) uso não autorizado de instalações, equipamentos, materiais, dados, propriedades da Universidade ou Serviços.

A primeira etapa consistiu na criação de uma base de dados que buscou mapear a existência de regulamentos internos, estatutos ou códigos de ética que disciplinem quais condutas são reprováveis pela instituição de ensino e que tipo de sanção é aplicável a essas condutas. Para isso, foi utilizado como recorte as Instituições de Ensino Superior que receberam o Selo OAB Recomenda.

O selo de qualificação da OAB analisou 1.212 cursos de Direito a partir dos critérios de desempenho no Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes (ENADE/INEP) e o índice de aprovação no Exame de Ordem. Dessas instituições, apenas 161 foram premiadas com o Selo, o que, segundo a própria OAB, demonstra “os efeitos deletérios da (...) abertura indiscriminada” de cursos de direito no Brasil.⁸

Considerando, então, apenas as instituições premiadas como sendo as mais representativas da qualidade e dos valores esperados de cursos de formação do profissional de Direito, reunimos, a partir dos documentos disponíveis nos sites e de consultas solicitando informações via e-mail, telefone ou páginas destinadas à solicitação de informações — instituições de ensino público costumam ter páginas específicas para isso conforme determinação legal⁹ —, as seguintes informações:

- i. em que estado brasileiro a instituição se encontra;
- ii. ela é pública ou privada; e
- iii. download dos documentos específicos (dividimos em “Regimento Interno”, “Estatuto”, “Código de Ética”; “Outros”, categoria que considerou páginas institucionais com a missão, a visão e os valores ou manuais, cartilhas e guias de orientação voltados para estudantes).

A etapa de coleta de informações ocupou aproximadamente dois meses do tempo dedicado ao projeto, sendo, no entanto, reajustada até a data de produção deste artigo, conforme algumas instituições respondiam aos pedidos de acesso de informação. Após essa etapa, passamos para a análise de cada um dos documentos encontrados, que será apresentada na próxima seção do presente artigo.

A terceira etapa consistiu no cruzamento das disposições previstas nos documentos mapeados e nas disposições de ética em ensino de maneira geral, ou seja, noções éticas compartilhadas por quaisquer cursos de formação e, de maneira específica, ética no ensino jurídico — e ética na academia — que perpassa questões de plágio, pastiche, *bullying* e outros comportamentos reprováveis.

8 OAB RECOMENDA. **Gestão de 2016-2019**. Disponível em: <https://www.oab.org.br/servicos/oabrecomenda>. Acesso em: 15 mai. 2021.

9 Lei de Acesso à Informação (LAI) — Lei nº 12.527/2011.

4. RESULTADOS

Em primeiro lugar, buscamos entender quais as características dessas instituições que conquistaram o selo “OAB Indica” e se os direcionamentos que estas procuram dar às condutas dos docentes e discentes possuem alguma semelhança que impactou e as auxiliou a serem mais bem avaliadas pelo indicador adotado. Assim, no gráfico 1, mapeamos a região brasileira na qual as IES se encontram.

O Sudeste aparece como a região com mais instituições qualificadas pelo selo — com 61 (sessenta e uma) IES —, sendo 20 (vinte) em Minas Gerais; 18 (dezoito) no Rio de Janeiro e 18 (dezoito) em São Paulo; e 5 (cinco) no Espírito Santo. Em seguida, o Nordeste aparece com 46 (quarenta e cinco) instituições com selo, sendo 13 (treze) na Bahia; 7 (sete) no Piauí; 6 (seis) no Ceará; 5 (cinco) no Rio Grande do Norte; 4 (quatro) no Maranhão, Paraíba e Pernambuco; 2 (duas) em Alagoas; e 1 (uma) em Sergipe.

Em terceiro lugar, a região Sul figura com 27 (vinte e sete) instituições: 16 (dezesesseis) no Paraná; 6 (seis) em Santa Catarina; e 5 (cinco) no Rio Grande do Sul. Em quarto lugar, o Norte aparece com 14 (quatorze) IES, sendo: 4 (quatro) no Pará; 2 (duas) no Amazonas, em Rondônia, Roraima e Tocantins, cada; e 1 (uma) no Acre e no Amapá. Por fim, o Centro-Oeste aparece com 13 (treze) instituições, distribuídas no Mato Grosso do Sul, que conta com 5 (cinco) cursos de direito com Selo; no Mato Grosso e em Goiás, com 3 (três) cada; e no Distrito Federal, que possui 2 (dois) cursos com nota 5,0.

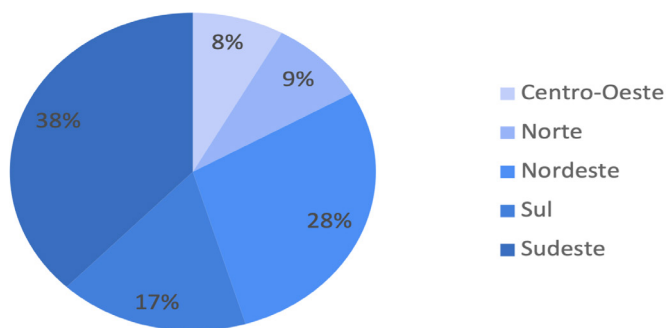


Gráfico 1. Distribuição regional das IES com Selo OAB Indica

Fonte: Elaboração própria.

Cabe destacar que o selo “OAB indica” pode ser conferido para diferentes *campi* de uma mesma instituição. Assim, das 161 IES que receberam o selo, a Pontifícia Universidade Católica (PUC) recebeu em 7 (sete) *campi*

diferentes¹⁰; a UESPI e a UNEB receberam em 6 (seis) *campi* diferentes; 3 (três) *campi* da UFRJ, da UFF, da UFMS, da UFG e da UNIOESTE conseguiram o selo; a UFRN, ESAMC, IBMEC, UFMA, UFP, UNESA, UVA, MACKENZIE, UCA, UERN, UFJF, UFMT, USP, UNIR, URCA receberam o selo em 2 (dois) dos seus *campi*.¹¹ Por fim, 97 (noventa e sete) instituições figuraram apenas uma vez, seja por terem apenas um campus, seja por terem recebido o selo de apenas uma unidade.

As 23 (vinte e três) instituições que figuram mais de uma vez na lista compartilham, quando houver, os mesmos regulamentos gerais, regulamentos internos, estatutos e códigos de ética. Assim, das 161 instituições inicialmente citadas, será considerado como universo 120 (cento e vinte) instituições, excluindo as repetições.

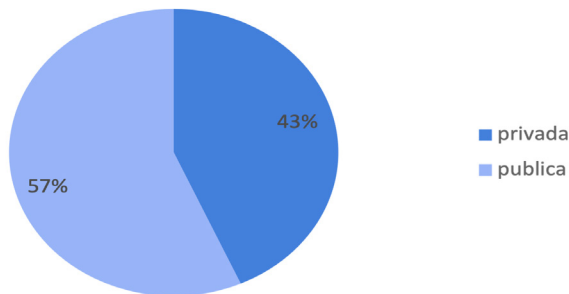


Gráfico 2. Instituições públicas e privadas

Fonte: Elaboração própria.

Considerando, então, as 120 (cento e vinte) instituições que receberam o selo, 57% são universidades públicas — federais ou estaduais —, o que corresponde a 68 (sessenta e oito) instituições; enquanto 43% — o que corresponde a 52 (cinquenta e duas) instituições — são privadas.

As instituições precisam, por determinação do Ministério da Educação (MEC), ter Estatutos e, por organização, espera-se que tenham Regimentos Internos ou Regulamentos Gerais, o que já permite identificar algum tipo de orientação do que seriam condutas antiéticas a serem combatidas.

-
- 10 Apesar de cada filial da Pontifícia Universidade Católica possuir um regimento específico, o núcleo duro dessas diretrizes é o mesmo. Assim, para a presente pesquisa, no que diz respeito à análise documental, consideramos como um único regulamento. Nesse sentido, também vale pontuar que, em consulta aos sites das diferentes unidades da PUC qualificadas com o selo, tivemos dificuldade de localizar os códigos de ética. Na verdade, encontramos apenas realizando busca genérica na internet e em contato com alunos da unidade do Rio de Janeiro. A dificuldade na localização desses documentos já constitui ponto interessante de análise, como será discutido no presente trabalho.
- 11 Apesar de a Escola de Direito do Rio e a Escola de Direito de São Paulo serem ambas da Fundação Getúlio Vargas, o presente trabalho não as considerou como duas unidades de uma única instituição. Isso porque a matriz curricular e as diretrizes pedagógicas desses dois cursos são consideravelmente distintas.

Nesse sentido, os gráficos 3 e 4 demonstram a diferença entre a quantidade de regulamentos formais e outros documentos que aparecem em instituições públicas e privadas.

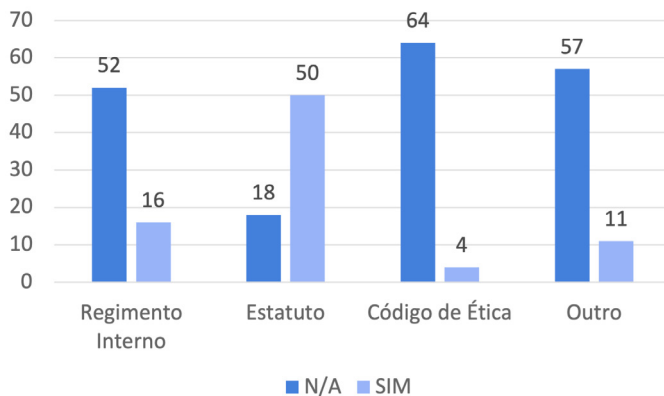


Gráfico 3. Documentos Disponíveis: Instituições de Ensino Superior Públicas

* N/A corresponde às instituições que não possuíam a informação da qual o gráfico trata disponível nos sites oficiais e não responderam aos pedidos de acesso à informação.

Fonte: Elaboração própria.

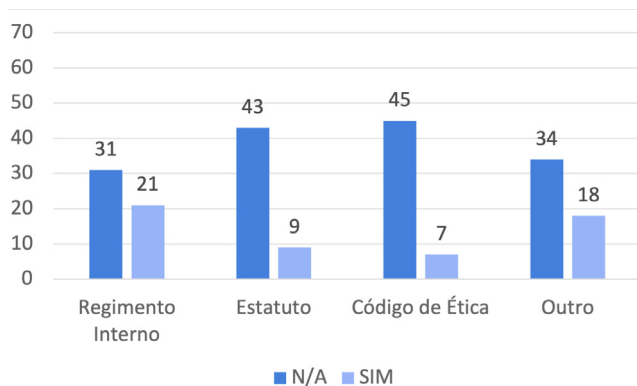


Gráfico 4. Documentos disponíveis: Instituições de Ensino Superior Privadas

* N/A corresponde às instituições que não possuíam a informação da qual o gráfico trata disponível nos sites oficiais e não responderam aos pedidos de acesso à informação.

Fonte: Elaboração própria.

Como mencionado na metodologia, as informações foram colhidas manualmente a partir, principalmente, do acesso aos documentos disponibilizados nos sites das instituições. Considerando (i) que nem todas as IES possuem sites bem-estruturados, (ii) que, ao longo do período em que se

iniciou e finalizou a coleta de dados, alguns dos sites permaneceram fora do ar, e (iii) que o período determinado por lei para as respostas de solicitação de acesso à informação foi flexibilizado por conta do atual cenário de trabalho remoto ocasionado pela pandemia da Covid-19, é preciso assumir uma subcoleta.

Dessa forma, é possível que algumas instituições possuam códigos de ética e estes apenas não estejam disponíveis nas plataformas utilizadas para a consulta. Por isso, optamos por colocar “N/A”, e não afirmar taxativamente a inexistência dessas diretrizes. De toda forma, ressaltamos, mais uma vez, que as porcentagens apresentadas e os documentos que serão analisados são apenas os que estavam acessíveis no momento de realização da presente pesquisa.

Dito isso, caso algumas das instituições utilizadas como recorte para a pesquisa possuam documentos não mapeados, cabe uma crítica à maneira com a qual informações consideravelmente importantes sobre a IE é disponibilizada ao potencial ingressante. Essa dificuldade na localização de informações foi particularmente mais problemática nas IES públicas.

Apesar da autonomia das universidades em não sujeitarem seus regimentos à prévia aprovação do Ministério da Educação, a Lei de Diretrizes e Bases (Lei nº 9.394/1996) e o Decreto nº 5.786/2006 determinam que os Estatutos precisam ser analisados pelo poder público.¹² Assim, ao menos os Estatutos possuem caráter obrigatório para o credenciamento da instituição.

No entanto, como podemos ver no gráfico 5, apenas 17% — um total de 9 (nove) cursos de Direito — das IES privadas possuem seus estatutos facilmente acessíveis. Por outro lado, 74% das IES públicas — o que equivale a 50 (cinquenta) cursos — apresentam seus respectivos Estatutos em seus sites.

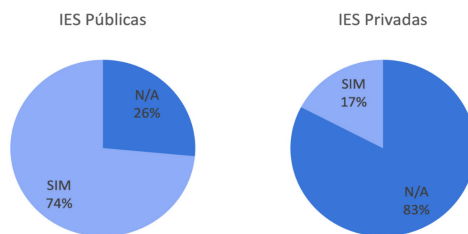


Gráfico 5. Estatutos

* N/A corresponde às instituições que não possuíam a informação da qual o gráfico trata disponível nos sites oficiais e não responderam aos pedidos de acesso à informação.

Fonte: Elaboração própria.

12 Sobre o assunto, ver: Parecer CNE/CES nº 282/2002. Disponível em: https://www.gov.br/mec/pt-br/media/aceso_informacao/pdf/pces282_02.pdf. Acesso em 20 mai. 2021.

Mesmo com a liberalidade regimental, os números das IES públicas e privadas continuam contrastantes. Enquanto a primeira disponibilizou 76% dos regimentos — 52 (cinquenta e duas) das 68 (sessenta e oito) IES públicas, a segunda teve apenas 40% dos regimentos facilmente consultáveis — 21 (vinte e uma) das 52 (cinquenta e duas) instituições privadas analisadas.

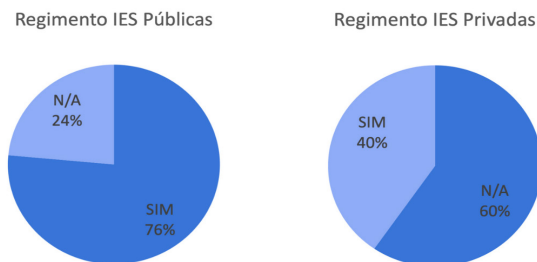


Gráfico 6. Regimentos

* N/A corresponde às instituições que não possuíam a informação da qual o gráfico trata disponível nos sites oficiais e não responderam aos pedidos de acesso à informação.

Fonte: Elaboração própria.

Quanto aos outros documentos, identificamos 18 (dezoito) diretrizes que podem ser incluídas nessa categoria nas instituições privadas, sendo 15 (quinze) definições de “Missão, Visão e Valores” e 3 (três) “Manuais do Aluno”, o que corresponde a 35%. Já as públicas apresentaram uma porcentagem de apenas 16%, difundidos em 6 (seis) definições de “Missão, Visão e Valores”, 2 (dois) “Manuais do Aluno”, 1 (uma) cartilha sobre plágio, 1 (um) regulamento estudantil e 1 (um) regulamento estudantil — ambos distintos do regulamento interno/geral.

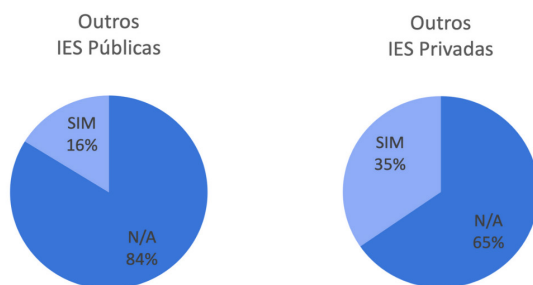


Gráfico 7. Outros documentos

* N/A corresponde às instituições que não possuíam a informação da qual o gráfico trata disponível nos sites oficiais e não responderam aos pedidos de acesso à informação.

Fonte: Elaboração própria.

Por fim, quanto à existência de Códigos de Ética orientadores de conduta, tanto as instituições públicas como as privadas apresentaram

números insatisfatórios. Das instituições de ensino superior privadas analisadas, 7 (sete) — 13% — contam com códigos específicos; das públicas, apenas 4 (quatro) — 6% — apresentam as normativas.

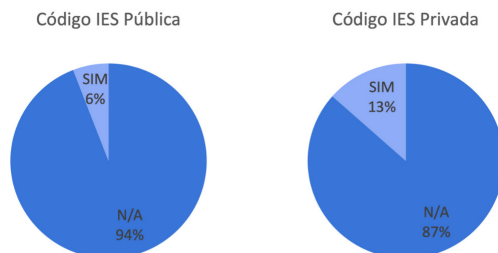


Gráfico 8. Código de ética

* N/A corresponde às instituições que não possuíam a informação da qual o gráfico trata disponível nos sites oficiais e não responderam aos pedidos de acesso à informação.

Fonte: Elaboração própria.

Após esse levantamento quantitativo, passou-se à análise qualitativa dos documentos encontrados. Tendo em vista o objetivo do trabalho — analisar as determinações éticas das instituições, trataremos, em primeiro lugar, das instituições que possuem diretriz específica, quais sejam:

- a) Privadas:** Centro Universitário Estácio de Sá; Universidade Estácio de Sá (UNESA)¹³; Escola de Direito do Rio de Janeiro (FGV Direito Rio); Escola de Direito de São Paulo (FGV Direito SP); Grupo Ibmecc Educacional S/A (IBMEC); Universidade Presbiteriana Mackenzie (Mackenzie); Pontifícia Universidade Católica (PUC);
- b) Públicas:** Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ); Universidade Federal de Pernambuco (UFPE); Universidade Estadual Paulista de Júlio de Mesquita Filho (UNESP); Universidade de São Paulo (USP).

13 Optou-se por seguir a diferenciação apresentada no site da instituição, qual seja: “Ministério da Educação (MEC), pelo decreto nº 5.773/06, diferencia as instituições de ensino superior em três tipos: faculdades, centros universitários e universidades [...] Os requisitos mínimos para que uma instituição de ensino tenha o status de universidade são os seguintes: desenvolvimento e orientação de ao menos quatro programas de pós-graduação stricto sensu (mestrado e doutorado), sendo que um deles deve ser obrigatoriamente doutorado. Pelo menos um terço do corpo docente deve possuir título de mestrado ou doutorado. Um terço dos docentes deve ser contratado em tempo integral. O motivo para isso é que esses professores podem oferecer mais dedicação ao ensino, aos alunos e à pesquisa acadêmica, principalmente na área de orientação de iniciação científica, mestrado e doutorado. [...] Para ganhar o título de centro universitário, a instituição de ensino necessita preencher os seguintes requisitos: Possuir pelo menos um terço do corpo docente com título de mestrado ou doutorado. Possuir pelo menos um quinto do quadro de professores contratado em regime integral”. Disponível em: <https://portal.estacio.br/archive/voc%C3%AAA-conhece-todos-os-tipos-de-faculdade/>. Acesso em 20 mai. 2021.

Das instituições particulares apontadas, 3 (três) fazem parte do grupo YDUQS. A holding adota como o mote “educar para transformar” e define como sua missão o oferecimento de educação transformadora ao maior número de pessoas, buscando criar impacto positivo na sociedade; em seus valores, apontam explicitamente a ética, afirmando não tolerarem “desvios de conduta”.¹⁴ Como marcas integrantes do grupo, a Estácio — tanto Centro Universitário como Universidade — e a IBMEC adotam o Código de Ética do grupo.

O código abrange princípios éticos para os relacionamentos de todos os profissionais do grupo, conflitos de interesse, relações com acionistas e mercado de capitais, fornecedores, órgãos públicos, imprensa, sindicatos, meio ambiente, comunidade e, finalmente, com os alunos. Apesar da ampla gama de condutas tratadas, focaremos nas direcionadas ao ensino.

Voltado para toda a comunidade, o código inicia definindo condutas não toleráveis:

“Atitudes abusivas (gestos, palavras e/ou agressões físicas) ou comportamentos constrangedores contra a integridade moral e física de qualquer pessoa, independentemente de serem caracterizados pela legislação como assédio sexual ou moral, como também intimidações ou ameaças.

Comportamento preconceituoso ou discriminatório em relação a raça, cor, origem, gênero, estética pessoal, condições físicas, mentais ou psíquicas, nacionalidade, religião, sexo, idade, estado civil, orientação sexual, posição social, opinião, opção política ou qualquer outro aspecto de diferenciação individual.

Quaisquer práticas fraudulentas de corrupção, propina e demais atos lesivos ao patrimônio público.”

E se reserva o direito de adotar “procedimentos formais de controle sobre eventuais transgressões”. No que diz respeito à relação com os alunos, o código se limita a listar uma série de vantagens que o grupo oferece, como infraestrutura, oportunidades de estágio e intercâmbio, currículo diversificado e flexível, o que não oferece parâmetros objetivos para traçarmos a possível orientação ética das instituições e, até mesmo, corroboram com as críticas traçadas sobre a nova estratégia advinda da mercantilização do ensino e de sua incompatibilidade com os princípios que guiam o processo educativo.¹⁵

14 Grupo YDUQS. **Missão e Valores**. Disponível em: <https://www.yduqs.com.br/show.aspx?idCanal=QoTEqrmyYOLej8xm3EvbrA==>. Acesso em 20 mai. de 2021.

15 Nesse sentido, ver SHUMAR, 2013; CARVALHO, 2013.

De toda forma, as únicas diretrizes objetivas dizem respeito ao conhecimento do Código, à adoção de “um comportamento responsável, que requer consciência e maturidade para questões éticas e de conduta que possam interferir no desempenho” das funções, não praticar jogos de azar ou fazer uso de entorpecentes nos ambientes da instituição e

“Denunciar por meio do Canal Confidencial qualquer tipo de assédio, seja sexual, moral ou econômico, ou situações que configurem pressões, intimidações ou ameaças no relacionamento entre colaboradores, independentemente de seus cargos, bem como qualquer tipo de intimidação ou constrangimento pessoal por seus superiores com a finalidade de obter vantagem pessoal ou profissional.”

Isso, como discutido por Ehrich, Cranston e Kimber, é dificilmente alcançável, já que as relações trabalhistas e hierárquicas que permeiam o ambiente educacional constroem denúncias, seja pelo medo de rechaço, seja pela sensação compartilhada de impotência.

Quanto às medidas disciplinares para os casos de condutas reprováveis, o código prevê uma análise casuística a ser realizada por um Comitê específico que poderá determinar a aplicação de medidas administrativas punitivas ou, em casos mais graves, rescisórias.

Por sua vez, a Universidade Presbiteriana Mackenzie adota um Código de Decoro Acadêmico e um Código de Ética, que define como:

“[U]ma coleção ou um corpo de leis, normas ou princípios, organizados por temas, identificados por títulos e dispostos metodicamente, com vistas a facilitar seu entendimento e sua aplicação.

A palavra ‘ética’, por sua vez, está relacionada a preceitos sobre comportamentos e decisões e é inseparável da referência à noção de certo e errado, justo e injusto, bom e mau, portador de virtude ou de vício. Não há, como regra geral, atividade humana totalmente alheia aos pressupostos da ética, seja no sentido de adotá-los ou rejeitá-los.

Portanto, um código de ética está, por sua própria natureza, vinculado à absolutos, por meio dos quais as atitudes e decisões em seu campo de aplicação, devem ser avaliadas ou julgadas e, assim, consideradas meritórias ou dignas de reprovação.”

Após listar as condutas incentivadas pela instituição, o Código destina uma unidade para descrever as condutas antiéticas reprováveis e passíveis de sanções, que vão desde atos de discriminação, *bullying* ou condutas que sejam ou possam vir a ser interpretadas como assédio sexual até manifestações político-partidária, filosóficas ou de conduta sexual, que possam desrespeitar um indivíduo ou grupo.

Ao contrário do código compartilhado pelas instituições do grupo YDUQS, a Mackenzie deixa explícita sua reprovação ao estudante que use “de qualquer meio fraudulento, ou qualquer ardil, em benefício próprio ou de outrem, com o propósito de lograr aprovação, promoção, ou qualquer tipo de vantagem”. A instituição também prevê como antiéticas condutas apontadas por Ashford e Davis, como a utilização de infraestrutura da instituição para atividade não relacionada à mesma.

Quanto às sanções ao corpo discente, a instituição prevê advertências — orais e por escrito —, suspensão e desligamento a depender da natureza e da gravidade da infração e dos danos materiais decorrentes. Essa análise é realizada pela Coordenadoria de Processos e Controles Acadêmicos e pela Corregedoria Disciplinar Universitária. Lógica semelhante é adotada para o corpo docente e para o corpo técnico-administrativo, nesses casos com atuação da Gerência de Gestão de Pessoas e da Comissão Processante Disciplinar. Em todas as situações, a instituição garante a observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

A Pontifícia Universidade Católica (PUC) estabelece como objetivo de seu Código de Ética e Conduta definir “os princípios e normas, a somarem-se aos princípios éticos gerais e morais vigentes na sociedade” dirigidos a todos os seus colaboradores e àqueles que mantenham vínculo acadêmico com a instituição. Para além dos princípios pautados em lei, o Código assume a responsabilidade de assegurar igualdade de tratamento, manutenção de ambiente de trabalho seguro e saudável, fomento de atividades que elevem o ensino, compromisso com as normas institucionais e repressão de

“toda e qualquer conduta, prática de fraude, corrupção e outras, por meio de processo que garanta o contraditório, de que tenha conhecimento, praticada por integrante de seu corpo administrativo, acadêmico ou discente, que possa caracterizar infração às normas do presente Código ou à legislação vigente.”

Assim como a Mackenzie, a PUC ressalta a reprovação quanto ao uso da estrutura institucional para finalidades particulares ou de terceiros; quanto a condutas que caracterizem assédio ou qualquer outra forma de opressão; e reafirma a necessidade de denunciar qualquer infração, irregularidade ou ilegalidade da qual se tenha conhecimento ou suspeita fundada.

Não há, no entanto, descrição clara das sanções ou do Comitê responsável pela definição e aplicação. Apesar disso, a PUC possui uma cultura interna conhecida por campanhas de combate à plágio e outras condutas academicamente reprováveis.¹⁶

16 A PUC-Rio, por exemplo, possui, desde 2017, a campanha “Plágio, essa ideia é minha!”.

Tanto a FGV Direito Rio como a FGV Direito São Paulo adotam Códigos de Ética específicos para as respectivas escolas, que suplementam o Código de Ética aplicável para todos os cursos da Fundação Getúlio Vargas. Ambos os Códigos são aplicáveis a toda a comunidade das Escolas de Direito — professores, alunos, funcionários e colaboradores — e possuem como objetivo delimitar a conduta esperada dos membros dessas instituições.

Apesar de consideravelmente completo e seguindo o padrão dos códigos de outras instituições, o Código da FGV de São Paulo falha em descrever tão claramente as condutas reprováveis e puníveis. Nesse sentido, o Código da FGV do Rio de Janeiro apresenta delimitações mais regradas, utilizando 4 (quatro) artigos para descrever, respectivamente, o que considera como:

- (i) Cópia — “Constitui cópia o recebimento ou fornecimento indevido de qualquer informação ou material que será utilizado para qualquer tipo de avaliação, incluindo, entre outras condutas:
 - a) copiar ou deixar que outros copiem respostas ou informações na realização de provas ou trabalho;
 - b) dar ou receber ajuda que não esteja prevista pelo professor na realização da tarefa proposta;
 - c) utilizar qualquer tipo de material, impresso ou não, que não esteja previsto pelo professor na realização da avaliação ou tarefa proposta;
 - d) pedir ou conceder informações sobre questões da prova ou trabalho durante a sua realização, salvo quando expressamente permitido pelo professor;
 - e) compartilhar informações em um trabalho individual, que valha ou não nota;
 - f) dar ou vender qualquer tipo de trabalho para outro aluno;
- (ii) Plágio — Considera-se plágio a apresentação de criação intelectual de terceiro como se sua fosse, incluindo, entre outras condutas, a utilização de expressões, excertos ou ideias alheias sem a devida referência em trabalhos, provas ou qualquer outro tipo de avaliação
 - §1º. A ignorância das regras de citação que integram o aprendizado acadêmico não exime o aluno de fazer as citações da maneira como souber.
 - §2º. Para os fins deste artigo, é irrelevante a identidade do verdadeiro autor do trabalho plagiado, bem como o fato de o mesmo ter sido ou não publicado.

- (iii) Simulação — Considera-se simulação qualquer tentativa de inculcar ao professor uma falsa ideia da realidade, de modo a influenciar indevidamente os resultados de qualquer avaliação ou atividade acadêmica, como por exemplo:
- a) responder a chamada ou assinar lista de presença por outro aluno;
 - b) apresentar como seu, trabalho feito por terceiro, comprado ou não;
 - c) apresentar aos professores, funcionários ou órgãos colegiados da escola falsas declarações ou atestados de qualquer gênero, com o intuito de cumprir ou se esquivar de qualquer exigência acadêmica;
 - d) apresentar qualquer relato falso ou prestar qualquer tipo de informação falsa, com intuito de cumprir ou se esquivar de qualquer exigência acadêmica.
- (iv) Aliciamento — Constitui aliciamento o oferecimento, concessão, solicitação ou recebimento de qualquer material, item ou serviço a qualquer aluno, professor ou funcionário da FGV, a fim de obter vantagem acadêmica ou material para si mesmo ou para outrem.”

Ainda assim, as sanções e a Comissão de Ética responsável por enfrentar questões de desvio de conduta de membros da comunidade acadêmica são muito similares.

Quanto às universidades públicas, a Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ) aprovou a Deliberação nº 45 em 31 de agosto de 2019, que aprovou o Código de Conduta Discente. O Código regulamenta previsão do Regimento Geral, “especificando os direitos, deveres, condutas consideradas infração, e as garantias quanto ao processo disciplinar discente e à aplicação das respectivas sanções”.

Em seu art. 5º, o Código indica os direitos do discente e explicita os locais nos quais os alunos poderão ter acesso às versões do dispositivo. Quanto aos deveres dos discentes, as disposições são relativamente amplas, como “*respeitar os princípios éticos da Universidade*” e “*exercer com ética, urbanidade e respeito suas atividades discentes*”.

A partir disso, considera como infrações disciplinares qualquer ação ou omissão prevista nos dispositivos do Código. Essas infrações são passíveis das seguintes sanções a serem decididas pela Comissão de Processo Disciplinar Discente: advertência, repreensão, perda de bolsas e auxílios, necessidade de reparação de danos, ressarcimento de valores recebidos indevidamente, suspensão e desligamento. Cada uma das sanções é classificada de acordo com sua gravidade e um rol exemplificativo é listado.

É interessante notar que, ainda que plágio seja considerado uma infração grave (art. 14, VIII), a conduta de “recorrer a meios fraudulentos para

lograr aprovação, promoção ou outra vantagem, para si ou para outrem” consta como infração média, o que demonstra uma valorização específica sobre essas condutas que, em análise superficial, se assemelham.

A Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) introduz seu Código de Ética destacando o cenário de ascensão da violência no Brasil e objetivando nortear as relações, o que, segundo a instituição, demandará um “massivo trabalho educativo, onde se disseminem princípios éticos básicos de respeito, de gentileza, de empatia, de cordialidade, com grande ênfase à cultura de paz”.

Nesse sentido, em parte específica para os discentes, a UFPE lista a necessidade de se observar as relações com todos os membros da instituição e de zelar pela infraestrutura e veda o prolongamento da formação a fim de continuar usufruindo da infraestrutura da instituição, a fraude ou prejuízo à avaliação de desempenho e condutas que ameacem, humilhem ou agredam qualquer membro da comunidade. Condutas contrárias ao Código serão analisadas pela Comissão de Ética, que, de acordo com o art. 47, XVI, pode aplicar “medidas para evitar ou sanar desvios éticos”.

A Universidade Estadual Paulista de Júlio de Mesquita Filho (UNESP) elaborou seu Código de Ética como forma de reafirmar “o princípio de que a Universidade e sua comunidade devem sempre agir e se manifestar em favor da defesa e da promoção humana”. Assim, como afirmado pela instituição, seu Código não busca “impor regras”, mas “apontar e reforçar os princípios e valores que devem ser considerados normas de convívio... já presentes na UNESP”.

Em seu tópico 6.3, referente aos discentes, a instituição explicita, assim como a UFPE, que considera eticamente inaceitável a extensão indevida do período de formação a fim de se aproveitar da infraestrutura da UNESP. Aponta também que a utilização de meios que possam prejudicar e/ou fraudar a avaliação de desempenho, bem como o acobertamento dessa conduta, é reprovável pela Universidade.

Apesar da existência de uma Comissão de Ética, o Código prevê que, havendo infração de natureza ética, a Comissão encaminhará o caso ao Conselho universitário, que tomará as providências necessárias (tópico 16.15).

Por fim, a Universidade de São Paulo (USP) apresenta uma das reflexões mais interessantes na introdução ao seu Código de Ética, que é o dilema de elaboração. Como afirma o professor Alfredo Bosi, “quando se pretende elaborar um conjunto de normas para o convívio universitário enfrenta-se o problema de base: que é preferível, ser genérico ou específico?”. Bosi responde a si mesmo, ao defender que o dilema se desfaz quando se reconhece um mínimo consenso antes de tratar de proposições particulares.

Nesse sentido, reforça que

“O bom senso e a experiência recomendavam o óbvio que tantos de nós esquecemos. Que os pesquisadores citem as obras dos colegas quando as usam. Que os alunos não devem colar, enganando os mestres e a si mesmos. Que os veteranos não devem submeter os calouros a trotes violentos ou vexatórios. Que os docentes não busquem as fundações em proveito próprio. Que nenhum professor, funcionário ou aluno abuse do poder de que dispõe na trama de relações que se forma na universidade. É claro que as situações particulares são múltiplas e diferenciadas, mas os valores éticos fundamentais em jogo são poucos, o que dá um mínimo de segurança na hora difícil do julgamento.”

Essas condutas, apesar de óbvias, não foram encontradas de forma explícita na maioria dos documentos analisados, mas foram bem exploradas pela USP. No entanto, apesar da excelente explicitação de condutas apontadas como dilemas na revisão bibliográfica, a solução dada pela USP vai, basicamente, ao encontro das demais IES, vez que determina uma análise casuística e não delimita de maneira clara as sanções aplicáveis.

Da mesma forma, nas ocasiões em que os demais documentos (regimentos gerais, regimentos internos e estatutos), não destrinchados neste tópico por serem ainda mais genéricos do que os 11 (onze) códigos analisados, abordam condutas éticas e antiéticas, não há grande segurança na previsão e posterior aplicação dessas sanções.

Para melhor visualização das análises realizadas na presente seção, foi elaborada a tabela abaixo na qual é possível entender como cada Código de Ética se posiciona no que diz (i) respeito ao grupo para o qual as diretrizes são destinadas; (ii) a abrangência das atividades regidas pelo Código — docência, pesquisa, relações institucionais —; (iii) a contabilização de itens que se destinam a regular a conduta do corpo discente; (iv) a espécie de sanção aplicável caso se incorra na conduta; e, por fim, (v) o órgão responsável pela análise e julgamento dos colaboradores que incorram em quaisquer uma das condutas previstas.

Cabe destacar que, no que diz respeito ao item (iii) — contabilização de itens que se destinam a regular a conduta do corpo discente —, considerou-se os artigos que eram direcionados direta ou indiretamente aos discentes. Esses dispositivos aparecem, principalmente, em capítulos específicos sobre a conduta do discente e em capítulos sobre pesquisa e produção acadêmica. Ainda, a quantidade de dispositivos não reflete, necessariamente, a qualidade da redação e da descrição das condutas, mas nos permite tornar a análise um pouco mais objetiva no que diz respeito à preocupação das instituições em tentar abranger, a partir de listagem não exaustiva, as condutas que pretendem combater.

IES	Grupo Aplicável	Abrangência	Itens ¹⁷	Sanções	Órgão Decisório
ESTÁCIO	Todos os colaboradores	Geral	3 itens	A serem definidas pelo Comitê de acordo com a conduta praticada.	Comitê de Ética
FGV RIO	Todos os colaboradores	Geral	19 itens	Para alunos: a) advertência; b) suspensão acadêmica; c) inexistibilidade para exercício de função em órgãos acadêmicos colegiados; d) suspensão ou cancelamento da bolsa e de outros benefícios; e) expulsão; Para colaboradores: a) advertência; b) suspensão; c) inexistibilidade; d) demissão.	Comissão de Ética
FGV SP	Todos os colaboradores	Geral	13 itens	Advertência; suspensão, se aluno; reprovação em disciplina ou semestre letivo, se aluno; recomendação à Direção de suspensão do pagamento do adicional de pesquisa ou obrigação de devolvê-lo, se professor ou pesquisador; expulsão, se aluno; recomendação à Direção de desligamento, se professor, funcionário ou colaborador de qualquer natureza.	Comissão de Ética
IBMEC	Colaboradores, parceiros, fornecedores, prestadores de serviços e representantes	Geral	3 itens	A serem definidas pelo Comitê de acordo com a conduta praticada.	Comitê de Ética
MACKENZIE	Todos os colaboradores	Geral	8 itens	Advertências — orais e por escrito —, suspensão e desligamento.	Coordenadoria de Processos e Controles Acadêmicos e pela Corregedoria Disciplinar Universitária

¹⁷ Consideramos como 1 (um) item os artigos, incisos e parágrafos que tratam sobre condutas de comportamento.

IES	Grupo Aplicável	Abrangência	Itens ¹⁷	Sanções	Órgão Decisório
PUC	Todos os colaboradores	Geral	7 itens	A serem definidas pelo Comitê de acordo com a conduta praticada.	Comitê de Ética
UFPE	Docentes; discentes; visitantes e terceirizados	Geral	2 itens	A serem definidas pelo Comitê de acordo com a conduta praticada.	Comissão de Ética
UFRRJ	Discentes regularmente matriculados, ou com matrícula trancada; inscritos em atividades de ensino, pesquisa e extensão quaisquer que sejam suas formas e duração, em nível de ensino médio, profissional, graduação e pós-graduação	Geral	15 itens	Advertência; repreensão; perda do direito a bolsas ou auxílios; reparação de danos; ressarcimento à Instituição de valores recebidos indevidamente; suspensão; desligamento. O critério é a partir das distinções entre infrações leves, médias, graves e gravíssimas. A aplicação pode ser isolada ou cumulativa a cargo da Comissão.	Conselho Universitário
UNESA	Todos os colaboradores	Geral	3 itens	A serem definidas pelo Comitê de acordo com a conduta praticada.	Comitê de Ética
UNESP	Todos os colaboradores	Geral	11 itens	A serem definidas pelo Comitê de acordo com a conduta praticada.	Comissão de Ética
USP	Servidores docentes e não docentes; docentes inativos, professores colaboradores e visitantes; pesquisadores, bolsistas, discentes e todos aqueles que se utilizem de bens da Universidade.	Geral	12 itens	A serem definidas pelo Comitê de acordo com a conduta praticada.	Comissão de Ética

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A situação apresentada pela quantidade de documentos específicos para regular condutas esperadas e pela análise dos poucos documentos destinados a tal fim corrobora com a apontada sensação de impotência. A delimitação incerta das condutas e a falta de especificidade das sanções previstas caso tais condutas sejam praticadas na opção de não denunciar tais práticas, bem como reforça dilemas morais ao possibilitar, por seu amplo espaço de discricionariedade, que pessoas que tenham praticado condutas similares possam ter punições distintas.

Essa lógica de dois pesos e duas medidas pode ser contornada com a junção de diferentes formatos já existentes. A maior exemplificação de quais condutas serão imputáveis e a esquematização de sanções por níveis de gravidade da ação ou da omissão, como é feito, por exemplo, pela UFRRJ, é plenamente compatível com a criação de “um acervo de decisões” que ofereça maior rede de proteção tanto aos enviados aos órgãos sancionadores para responder por condutas, como aos tomadores de decisão.

Apesar de ser possível discorrer sobre algumas soluções que podem auxiliar na delimitação e sanção de condutas antiéticas no espaço acadêmico, tendo em vista o cenário encontrado nas IES brasileiras, é preciso destacar que o objetivo da pesquisa não foi totalmente alcançado. Isso porque a maioria das Instituições de Ensino Superior (IES) do curso de Direito não possuem normativas próprias, recorrendo aos regimentos que abarcam alunos das mais diferentes áreas.

Assim, não foi possível traçar uma correlação tão clara entre condutas éticas incentivadas no ensino superior e o impacto delas no exercício da profissão após a graduação em Direito. Apesar disso, comprovou-se a hipótese de que não há convergência entre os Códigos de Ética de diferentes IES. De fato, Instituições de Ensino Superior do curso de Direito não compartilham de uma consolidação normativa do que são condutas antiéticas e de como combatê-las. Ficou claro, também, que há uma falha na descrição e delimitação das condutas comumente aceitas como antiéticas e nas consequentes punições aplicáveis a estas.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASHFORD, T. K.; DAVIS, L. Defining Professional Behavior: A Situational Look at Ethics in the Classrooms and Laboratories of American Colleges and Universities. **Proceedings of the 2006 Informing Science and IT Educational Joint Conference**. Salford, UK, jun. 2006.

BASE de dados elaborada para a presente pesquisa. Disponível em: https://docs.google.com/spreadsheets/d/1BdAXVCPReKTJmflicUpMsAkf-GYgY1_CWU1v2nb7yScXE/edit?usp=sharing.

CAMPBELL, E. **The Ethical Teacher**. Maidenhead, UK: Open University Press, 2003.

CARVALHO, C. H. A. A Mercantilização da Educação Superior Brasileira e as Estratégias de Mercado das Instituições Lucrativas. **Rev. Bras. Educ.**, v. 18, n. 54, 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1413-24782013000300013>.

DINIZ, D.; MUNHOZ, A. T. M. Cópia e Pastiche: Plágio na Comunicação Científica. **Argumentum**, Vitória (ES): ano 3, v. 1, n. 3, p. 11-28, 2011.

EHRICH, L. C.; CRANSTON, N.; KIMBER, M.; STARR, K. (Un)Ethical Practices and Ethical Dilemmas in Universities: Academic Leaders' Perceptions. **ISEA**, v. 40, n. 2, 2012.

OAB Recomenda. **Gestão de 2016-2019**. Disponível em: <https://www.oab.org.br/servicos/oabrecomenda>. Acesso em 15 mai. 2021.

SAMIER, E. The Problem of Passive Evil in Educational Administration: Moral Implications of Doing Nothing. **International Studies in Educational Administration**, v. 36, n. 1, p. 2-21, 2008. *In*: EHRICH, L. C.; CRANSTON, N.; KIMBER, M.; STARR, K. (Un)Ethical Practices and Ethical Dilemmas in Universities: Academic Leaders' Perceptions. **ISEA**, v. 40, n. 2, 2012.

SCHUMAR, W. **College for Sale: A Critique of the Commodification of Higher Education**. 1st ed. London: Routledge, 1997.

TARDIF, M. **Saberes Docentes e Formação Docente**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002. *In*: PASSOS, C. M. B. **Dimensão Ética e Afetiva da Docência: Contribuições da Didática. Didática e Prática de Ensino na relação com a Formação de Professores**. EdUECE — Livro 2, 2014.

CAN NON-INJURED STATES INVOKE RESPONSIBILITY FOR *ERGA OMNES PARTES* OBLIGATIONS?

Aluna: Diana Lise Miranda Silva Vargas de Freitas¹

Orientadora: Paula Wojcikiewicz Almeida²

Área de concentração: Direito Internacional Público

Linha de pesquisa: Tutela de bens públicos globais em cortes internacionais

Projeto de pesquisa: Análise de obrigações *erga omnes* no caso Gambia vs. Mianmar na Corte Internacional de Justiça

Sumário: 1. Introduction; 2. The concepts of *jus cogens*, *erga omnes* and *erga omnes partes* in The Gambia v. Myanmar case; 3. The basis of *erga omnes partes* obligations of the Genocide Convention; 4. The right of non-injured States to invoke responsibility for *erga omnes partes* violations; 5. Conclusion; 6. Bibliography; 7. Annex.

Resumo

O presente artigo tem como objetivo analisar a Ordem emitida em 23 de janeiro de 2020 pela Corte Internacional de Justiça sobre o requerimento de indicação de medidas provisórias nos termos da Convenção para a

1 Graduanda em Direito na FGV Direito Rio.

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).

Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio apresentado pela Gambia contra Mianmar. A natureza emblemática da Ordem em relação a obrigações *erga omnes* partes será primeiramente investigada sob um ponto de vista teórico, descrevendo-se os conceitos de *jus cogens*, *erga omnes* e *erga omnes partes*, seguido de um resumo da jurisprudência não linear da Corte Internacional de Justiça sobre obrigações *erga omnes*. Finalmente, a expansão do direito de Estados não afetados a invocar a responsabilidade por violações *erga omnes partes* será examinada como uma consequência da Ordem de 2020.

Palavras-chave

Ordem sobre medidas provisórias; Corte Internacional de Justiça; Gambia vs. Mianmar; obrigações *erga omnes*; obrigações *erga omnes partes*; normas *jus cogens*; responsabilidade estatal.

Abstract

This article aims to analyse the International Court of Justice's Order of 23 January 2020 on the Request for the indication of provisional measures submitted by The Gambia against Myanmar under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. The emblematic nature of this Order in regards to *erga omnes partes* obligations will be investigated firstly from a theoretical point of view, describing the concepts of *jus cogens*, *erga omnes* and *erga omnes partes*, followed by a summary of the International Court of Justice's non-linear jurisprudence on obligations *erga omnes*. Finally, the expansion of the right of non-injured States to invoke responsibility for *erga omnes partes* violations will be examined as a consequence of the 2020 Order.

Keywords

Provisional Measures Order; International Court of Justice; *The Gambia v. Myanmar*; Obligations *erga omnes*; Obligations *erga omnes partes*; *Jus cogens* norms; State responsibility.

1. INTRODUCTION

On 23 January 2020, the International Court of Justice (ICJ) delivered its Order on the Request for the indication of provisional measures submitted by The Gambia against Myanmar under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Genocide Convention)³ with a view to preserving certain rights claimed by the former for the protection of the Rohingya group in Myanmar. There is no doubt the Order remains

3 Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*The Gambia v. Myanmar*) (Order of 23 January 2020) [2020] ICJ Rep 3

of great significance for the development of international law and for international community as a whole. The case highlights grave human rights violations, in particular the rights protected under the Genocide Convention, which may be considered as community interests.

This article aims to analyse how *The Gambia v. Myanmar* case is an emblematic example of *erga omnes*, and notably *erga omnes partes* obligations serving as a means of protecting community interests. These objectives entail first and foremost the need to elucidate the background of the case.

The Gambia's Application concerned acts adopted, taken and condoned by the Government of Myanmar against members of the Rohingya group⁴. The Rohingya Muslims are one of the world's most persecuted minorities. They have suffered for decades from discrimination, statelessness and displacement⁵. The Rohingya were denied citizenship by the 1982 Citizenship Law, which created obstacles for the recognition of an identity as well as a lack of access to education, employment and freedom⁶. The economic, political and social structure of Myanmar provides for a "justifiable" background for violence being perpetrated against the ethnic and religious minority⁷. Hence, they have been victims of several inhumane campaigns by the Myanmar government as well as occurrences of communal violence between Muslims and Buddhists⁸.

More recently, the 2016 and 2017 "Clearance Operations"⁹ led to great international commotion. As a response to the Arakan Rohingya Salvation Army (ARSA) coordinated attacks against the Myanmar military forces, the government launched operations that targeted and terrorized

4 Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*The Gambia v. Myanmar*) (Application instituting proceedings and Request for the indication of provisional measures) [2019], para. 2.

5 Andrià Ferrer-Monfort, 'Revisiting the Interpretation of the Protected Groups of the Genocide Convention in light of the Rohingya Case' (2019) 22 *Trinity College Law Review* 78, p. 90; Benjamin Zawacki, 'Defining Myanmar's "Rohingya Problem"' (2013) 20 (3) *Human Rights Brief* 18, p. 18.

6 A. K. M. Ahsan Ullah, 'Rohingya Crisis in Myanmar: Seeking Justice for the "Stateless"' (2016) 32 (3) *Journal of Contemporary Criminal Justice* 285, p. 289; Engy Abdelkader, 'The Rohingya Muslims in Myanmar: Past, Present, and Future' (2013) 15 *Oregon Review of International Law* 393, p. 400; Maung Zarni and Alice Cowley, 'The Slow-Burning Genocide of Myanmar's Rohingya' (2014) 23 (3) *Pacific Rim Law & Policy Journal Association* 683, pp. 702-703; Katherine G. Southwick, 'Myanmar's Democratic Transition: Peril or Promise for the Stateless Rohingya?' (2014) 19 *Tilburg Law Review* 261, pp. 264-265.

7 Benjamin Zawacki, 'Defining Myanmar's "Rohingya Problem"' (2013) 20 (3) *Human Rights Brief* 18, p. 18.

8 United Nations High Commissioner for Human Rights, 'Report of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar' doc. A/HRC/39/64 (United Nations 2018), para. 100; Maung Zarni and Alice Cowley, 'The Slow-Burning Genocide of Myanmar's Rohingya' (2014) 23 (3) *Pacific Rim Law & Policy Journal Association* 683, pp. 707-736.

9 United Nations High Commissioner for Human Rights, 'Report of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar' doc. A/HRC/39/64 (United Nations 2018), paras. 33 and 44.

the entire Rohingya population¹⁰. This led to the establishment of the UN Human Rights Council Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar¹¹ and the UN Human Rights Council Independent Investigative Mechanism for Myanmar¹². Due to their statelessness status, and in order to escape from violence by mid-August 2018, nearly 725,000 Rohingya had fled to Bangladesh¹³.

Documents provided by other actors also influenced the institution of proceedings in ICJ cases such as in Gambia's case. After the release of the Report of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar¹⁴ the Organisation of Islamic Cooperation (OIC) publicly condemned all violations and abuses of human rights in Myanmar¹⁵. Then, at the Conclave on Justice and Accountability for the Rohingya on 18 October 2019, The Gambia's Attorney General and Minister for Justice Abubacarr Marie Tambadou announced that he had instructed a counsel to file a case against Myanmar at the ICJ¹⁶. On 11 November 2019, The Gambia — a member of the OIC — filed an Application instituting proceedings against Myanmar concerning alleged violations of the Genocide Convention¹⁷.

On 23 January 2020, the Court found that it had *prima facie* jurisdiction to deal with the case¹⁸ and that The Gambia had *prima facie* standing to submit the dispute to the ICJ¹⁹. The Court understood that the rights asserted by The Gambia under the Genocide Convention were plausible²⁰

10 United Nations High Commissioner for Human Rights, 'Report of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar' doc. A/HRC/39/64 (United Nations 2018), paras. 32-33

11 Resolution adopted by the Human Rights Council on 24 March 2017, doc. A/HRC/RES/34/22.

12 Resolution adopted by the Human Rights Council on 27 September 2018, doc. A/HRC/RES/39/2.

13 United Nations High Commissioner for Human Rights, 'Report of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar' doc. A/HRC/39/64 (United Nations 2018), para. 33.

14 United Nations High Commissioner for Human Rights, 'Report of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar' doc. A/HRC/39/64 (United Nations 2018).

15 Organisation of Islamic Cooperation, 'OIC raises plight of the Rohingya at the United Nations' (25 September 2018) <https://www.oic-oci.org/topic/?t_id=20032&ref=11484&lan=en> accessed 9 April 2021.

16 TheBusinessStandard, 'Gambia to file case against Myanmar' (20 October 2019) <<https://www.tbsnews.net/bangladesh/gambia-file-case-against-myanmar>> accessed 25 July 2021.

17 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)* (Application instituting proceedings and Request for the indication of provisional measures) [2019].

18 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)* (Order of 23 January 2020) [2020] ICJ Rep 3, para. 37.

19 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)* (Order of 23 January 2020) [2020] ICJ Rep 3, para. 42.

20 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)* (Order of 23 January 2020) [2020] ICJ Rep 3, para. 56.

and that there was a real and imminent risk of irreparable prejudice to the rights invoked by The Gambia²¹. Finally, the ICJ indicated provisional measures to preserve the rights claimed by the Gambia for the protection of the Rohingya²².

2. THE CONCEPTS OF *JUS COGENS*, *ERGA OMNES* AND *ERGA OMNES PARTES* IN THE GAMBIA V. MYANMAR CASE

In *The Gambia v. Myanmar* case, The Gambia invoked the responsibility of Myanmar concerning alleged violations of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide²³. Even though none of the supposed violations have specially affected The Gambia, as a Contracting Party of the Convention, it has highlighted “the *jus cogens* character of the prohibition of genocide and the *erga omnes* and *erga omnes partes* character of the obligations that are owed under the Genocide Convention”²⁴.

Jus cogens obligations are peremptory norms of general international law²⁵.

Obligations *erga omnes* arise from the common values and concern for compliance of all States²⁶. Those obligations are multilateral and absolute. Namely, they are not simply legal duties that bind more than two states; they also concern the international legal community as a whole²⁷. While *jus cogens* is understood to relate to substance²⁸, being that their derogation is not permitted, and modification can only occur via a subsequent norm of general international law having the same character²⁹; *erga omnes* relates to invocation: the question of which States can invoke responsibility of other States by reason of a breach³⁰. In practice, both

21 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)* (Order of 23 January 2020) [2020] ICJ Rep 3, para. 75.

22 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)* (Order of 23 January 2020) [2020] ICJ Rep 3, para. 86.

23 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)* (Order of 23 January 2020) [2020] ICJ Rep 3, para. 1.

24 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)* (Application instituting proceedings and Request for the indication of provisional measures) [2019], para. 15.

25 Arts. 53 and 64, Vienna Convention on the Law of Treaties (1969); Art. 48(1)(b), Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001).

26 Art. 1(a)-(b), Obligations *Erga Omnes* in International Law, Institut de Droit International (2005).

27 Christian Dominicé, ‘The International Responsibility of States for Breach of Multilateral Obligations’ (1999) 10 *European Journal of International Law* 353, p. 354.

28 James Crawford, ‘State Responsibility’, *Max Planck Encyclopedias of Public International Law* (Oxford Public International Law 2006), para. 34.

29 Arts. 53 and 64, Vienna Convention on the Law of Treaties (1969).

30 James Crawford, ‘State Responsibility’, *Max Planck Encyclopedias of Public International Law* (Oxford Public International Law 2006), para. 34.

refer to rules of international law which are, the concern of all States³¹. However, not necessarily all obligations *erga omnes* arise from rules juris cogentis³², even if some overlapping between them does occur due to international tribunals' decisions that recognize a certain obligation *erga omnes* as one from which no derogation is permitted due to its fundamental nature³³.

Additionally, obligations *erga omnes partes* are those owed to and by a specific group of States³⁴. Examples of obligations with *erga omnes partes* effect are usually found in human rights treaties, as well as in customary international law³⁵ — which is the case of the Genocide Convention.

These three concepts — *jus cogens*, *erga omnes* and *erga omnes partes* — can be seen as a means of protection of community interests through positive international law³⁶. Their existence is not, however, static; they are part of the constant development of international law. Their enforcement is dependent upon the conferral of *locus standi* to States for being parties to judicial proceedings³⁷. A State that has standing may initiate a dispute over breaches of *erga omnes* obligations by bringing a claim to the ICJ or to other international judicial institutions³⁸. Thus, the obligations brought to light by The Gambia would grant this country the right to bring a case before the Court under article IX of the Genocide Convention.

Conversely, in Myanmar's perspective, despite acknowledging the *erga omnes partes* character of the obligations owed under the Convention³⁹, the Respondent stated that The Gambia did not have prima facie standing since it was not specially affected by the subject matter of the claim⁴⁰. Moreover, Myanmar has claimed that the proceedings have been

31 Bruno Simma, 'From Bilateralism to Community Interest in International Law' (1994) 250 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* 229, para. 60.

32 Bruno Simma, 'From Bilateralism to Community Interest in International Law' (1994) 250 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* 229, para. 60.

33 Erika de Wet, 'Ch 23 Jus Cogens and Obligations Erga Omnes' in Dinah Shelton (ed), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Part IV Normative Evolution (Oxford Public International Law 2013), p. 15.

34 Art. 48(1)(a), Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001).

35 Erika de Wet, 'Ch 23 Jus Cogens and Obligations Erga Omnes' in Dinah Shelton (ed), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Part IV Normative Evolution (Oxford Public International Law 2013), p. 14.

36 Santiago Villalpando, 'The Legal Dimension of the International Community: How Community Interests are Protected in International Law' (2010) 21 *European Journal of International Law* 387, p. 389.

37 Giorgio Gaja, 'Standing: International Court of Justice', *Max Planck Encyclopedias of International Procedural Law* (Oxford Public International Law 2018), para. 1.

38 Art. 3, Obligations Erga Omnes in International Law, Institut de Droit Internationale (2005).

39 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)* (Verbatim record 2019/19) ICJ, para. 54.

40 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)* (Verbatim record 2019/19) ICJ, para. 55.

brought on behalf of the Organisation of Islamic Cooperation⁴¹, of which The Gambia is a Member State. The OIC would be interested in Myanmar's compliance with the obligations under the Genocide Convention in order to protect Islamic minorities — specially the Rohingya⁴². Therefore, this would be an example of the usage of non-conventional means by an international organization to indirectly access the Court, given that article 34(1) of its Statute limits the participation in contentious cases to States.

In its Application, The Gambia brought to light the peremptory character of the prohibition of genocide and the *erga omnes* and *erga omnes partes* effects of the obligations under the Genocide Convention⁴³. Arguably, all States would have a legal interest in the protection of these rights⁴⁴.

As a response, Myanmar differentiated *erga omnes* and *erga omnes partes*⁴⁵, recognizing the *erga omnes partes* character of some obligations under the Convention, which could potentially lead to The Gambia's interest in Myanmar's compliance with the said obligations⁴⁶. Myanmar, nonetheless, stated that The Gambia's common interest in the compliance with conventional obligations was not enough for conferring a standing before the Court, and claimed that being specially affected by the alleged violations was essential for a State to gain access to the Court⁴⁷.

In its Order of 23 January 2020, the Court observed that “all the States parties to the Genocide Convention have a common interest to ensure that acts of genocide are prevented and that, if they occur, their authors do not enjoy impunity”⁴⁸. Due to *erga omnes partes* obligations, as acknowledged

41 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)* (Verbatim record 2019/19) ICJ, para. 4.

42 Organisation of Islamic Cooperation, 'OIC Contact Group on the Rohingya calls on Myanmar Government to receive an OIC Delegation' (26 September 2018) <https://www.oic-oci.org/topic/?t_id=20055&ref=11487&lan=en> accessed 9 April 2020; Organisation of Islamic Cooperation, 'OIC General Secretariat Welcomes the Resolution of Human Rights Council Condemning Violations against Rohingya' (23 June 2020) <https://www.oic-oci.org/topic/?t_id=23557&ref=14058&lan=en> accessed 9 April 2020; Organisation of Islamic Cooperation, 'OIC raises plight of the Rohingya at the United Nations' (25 September 2018) <https://www.oic-oci.org/topic/?t_id=20032&ref=11484&lan=en> accessed 9 April 2020.

43 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)* (Application instituting proceedings and Request for the indication of provisional measures) [2019], para. 20.

44 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)* (Application instituting proceedings and Request for the indication of provisional measures) [2019], paras. 123-124.

45 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)* (Verbatim record 2019/19) ICJ, para. 51.

46 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)* (Verbatim record 2019/19) ICJ, para. 54.

47 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)* (Verbatim record 2019/19) ICJ, paras. 55-56.

48 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)* (Order of 23 January 2020) [2020] ICJ Rep 3, para. 41.

by the Court in *Belgium v. Senegal*, any State party may invoke the responsibility of another State Party that fails to comply⁴⁹. This was the *ratio decidendi* of the Court in its Order in which it concluded that The Gambia had *prima facie* standing⁵⁰.

Due to the importance of this case, in particular the Court's stance regarding the possibility for a non-injured state to invoke responsibility when *erga omnes partes* obligations are involved, it is worth recalling the Court's non-linear jurisprudence related to *erga omnes* and *erga omnes partes* obligations and the limits for a State to invoke responsibility even in the absence of an injury on its part.

3. THE BASIS OF *ERGA OMNES PARTES* OBLIGATIONS OF THE GENOCIDE CONVENTION

In the Order of January 2020, the Court analysed the question of the standing of The Gambia and, notably, the *erga omnes partes* character of obligations under the Genocide Convention. Being a relevant agent in the development of international law, the Court has been performing this task through its non-linear jurisprudence⁵¹.

In *The Gambia v. Myanmar*, the Court's reasoning was based on the Advisory Opinion on *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*⁵², which was the Court's first manifestation regarding obligations *erga omnes*. In 1951, the Court established that State Parties have a common interest, and not an interest of their own⁵³, in a convention, such as the Genocide Convention, adopted in order to "safeguard the very existence of certain human groups and on the other to confirm and endorse the most elementary principles of

49 *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)* (Judgment) [2012] ICJ Rep 422, para. 69.

50 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)* (Order of 23 January 2020) [2020] ICJ Rep 3, paras. 41-42.

51 *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Advisory Opinion) [1951] ICJ Rep 15; *South West Africa (Liberia v. South Africa)* (Judgment) [1966] ICJ Rep 6; *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (New Application: 1962)* (Judgment) [1970] ICJ Rep 3; *Nuclear Tests (Australia v. France)* (Judgment) [1974] ICJ Rep 253; *Nuclear Tests (New Zealand v. France)* (Judgment) [1974] ICJ Rep 457; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* (Judgment) [1996] ICJ Rep 595; *East Timor (Portugal v. Australia)* (Judgment) [1995] ICJ Rep 90; *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)* (Judgment) [2012] ICJ Rep 422; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)* (Order of 23 January 2020) [2020] ICJ Rep 3.

52 *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Advisory Opinion) [1951] ICJ Rep 15.

53 *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Advisory Opinion) [1951] ICJ Rep 15, p. 23.

morality”⁵⁴. Thus, it is implied that any contracting State of the Genocide Convention has an interest in the compliance and enforcement of such obligations⁵⁵, including The Gambia⁵⁶.

After the 1951 Advisory Opinion, the Court took a step back. In the *South West Africa Cases*, Ethiopia and Liberia brought a high-profile public interest claim⁵⁷ against South Africa on the basis of South Africa’s alleged contraventions of its mandate for South West Africa at the League of Nations⁵⁸. The Court had to decide on the Applicants’ standing, *i.e.*, their legal right or interest regarding the subject matter of their claim. The Court applied a restrictive reading of the jurisdictional clause⁵⁹, pursuant to article 7(2)⁶⁰ of the instrument of mandate. Thus, it considered that the obligations supposedly violated were not owed individually to Ethiopia or Liberia⁶¹, nor to “the inhabitants of the Mandated Territory, and towards the League of Nations and its Members”⁶² — as the Court had previously decided upon in the 1962.

Judgment, four years earlier. The final decision found that the obligations were owed to the League itself, and not to its individual members⁶³.

In *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, the Court interpreted the matter differently, overcoming the extremely limited understanding of a State’s legal interest to bring a claim previously established in the *South West Africa Cases*. The debate surrounded a so-called question of standing⁶⁴, meaning whether Belgium could bring a claim before the ICJ to exercise diplomatic protection of its nationals, who were shareholders of a foreign company⁶⁵. Against this background, the Court decided *obiter dicta*⁶⁶ that

54 *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Advisory Opinion) [1951] ICJ Rep 15, p. 23.

55 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar) (Order of 23 January 2020) [2020] ICJ Rep 3, para. 41.

56 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (The Gambia v. Myanmar) (Order of 23 January 2020) [2020] ICJ Rep 3, para. 42.

57 Christian J. Tams and Antonios Tzanakopoulos, ‘Barcelona Traction at 40: The ICJ as an Agent of Legal Development’ (2010) 23 *Leiden Journal of International Law* 781, p. 792.

58 *South West Africa (Liberia v. South Africa)* (Judgment) [1966] ICJ Rep 6, para 1.

59 Priya Urs, ‘Obligations erga omnes and the question of standing before the International Court of Justice’ (2021) 34 *Leiden Journal of International Law* 505, p. 510.

60 “The Mandatory agrees that, if any dispute whatever should arise between the Mandatory and another Member of the League of Nations relating to the interpretation or the application of the provisions of the Mandate, such dispute, if it cannot be settled by negotiation, shall be submitted to the Permanent Court of International Justice provided for by Article 14 of the Covenant of the League of Nations.”

61 *South West Africa (Liberia v. South Africa)* (Judgment) [1966] ICJ Rep 6, para 66.

62 *South West Africa (Liberia v. South Africa)* (Judgment) [1962] ICJ Rep 319, p. 343.

63 *South West Africa (Liberia v. South Africa)* (Judgment) [1966] ICJ Rep 6, para 69.

64 Giorgio Gaja, ‘Standing: International Court of Justice’, *Max Planck Encyclopedias of International Procedural Law* (Oxford Public International Law 2018), para. 6.

65 *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)* (New Application: 1962) (Judgment) [1970] ICJ Rep 3, para. 32.

66 Akanksha Dubey, ‘Revisiting the Relevance of Barcelona Traction’ (2019) 14 *Supremo*

“an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-a-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature, the former are obligations that concern all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations *erga omnes*.”⁶⁷

Notably, according to the Court, “[s]uch obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination”⁶⁸.

While defining the concept of obligations *erga omnes*, the Court also referred to its Advisory Opinion on *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, taking note of their presence in general international law⁶⁹. Additionally, international instruments of universal or quasi-universal character were said to safeguard the rights of protection from which derive obligations *erga omnes*⁷⁰. For the Court, this demonstrates the expansion of the protection of community obligations under international law⁷¹.

The *Nuclear Tests* cases also dealt with *erga omnes* obligations⁷². Australia and New Zealand requested the Court to prohibit France from carrying out any further atmospheric nuclear weapon tests in the South Pacific Ocean because it was allegedly not consistent with applicable rules of international law⁷³. New Zealand highlighted that the French nuclear tests violated the rights of all members of the international community that no nuclear tests that give rise to radioactive fallout be conducted⁷⁴. In this instance, Australia emphasized its special interest (and rights) in the subject matter⁷⁵ — more specifically, the alleged effects of France’s

Amicus Journal 1, p. 1; Christian J. Tams and Antonios Tzanakopoulos, ‘Barcelona Traction at 40: The ICJ as an Agent of Legal Development’ (2010) 23 *Leiden Journal of International Law* 781, p. 797.

67 *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (New Application: 1962) (Judgment)* [1970] ICJ Rep 3, para. 33.

68 *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (New Application: 1962) (Judgment)* [1970] ICJ Rep 3, para. 34.

69 *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (New Application: 1962) (Judgment)* [1970] ICJ Rep 3, para. 34.

70 *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (New Application: 1962) (Judgment)* [1970] ICJ Rep 3, para. 34.

71 Christian J. Tams and Antonios Tzanakopoulos, ‘Barcelona Traction at 40: The ICJ as an Agent of Legal Development’ (2010) 23 *Leiden Journal of International Law* 781, p. 792.

72 *Nuclear Tests (Australia v. France)* (Judgement) [1974] ICJ Rep 253.

73 *Nuclear Tests (Australia v. France)* (Judgement) [1974] ICJ Rep 253, para. 11; *Nuclear Tests (New Zealand v. France)* (Judgement) [1974] ICJ Rep 457, para. 11.

74 *Nuclear Tests (New Zealand v. France)* (Application Instituting Proceedings) [1973], para. 28.

75 Christian J. Tams and Antonios Tzanakopoulos, ‘Barcelona Traction at 40: The ICJ as an

conduct in the Australian territory⁷⁶, thus seeking the welfare of the people of Australia in accordance with international law⁷⁷. Despite the Court's majority not having addressed Australia's standing, Judge Barwick considered that Australia "speaks of its right as being a right along with all other States"⁷⁸ of the international community as a whole⁷⁹. Consequently, if the Court were to adopt the same understanding of obligations *erga omnes* as it did in *Barcelona Traction*, there would exist, in principle, a duty for each state to observe the prohibition regarding nuclear tests, thereby grating Australia *locus standi*⁸⁰. Nevertheless, Judge de Castro stated that the latter judgement should be taken *cum grano salis*, and emphasized the need for the Applicant to demonstrate the violation of a right of its own.⁸¹

Finally, in both judgments of 1964, the object of New Zealand's and Australia's claims disappeared⁸². Thus, the Court was no longer called upon to decide, missing the opportunity to further develop the concept of *erga omnes* obligations.

Moreover, in the *East Timor* case⁸³, the Court made an important differentiation between the *erga omnes* character of a norm and the rule of consent to jurisdiction⁸⁴. In this case, Portugal accused Australia of having *inter alia* failed to respect the rights of the people of East Timor to self-determination⁸⁵. Two main issues were discussed. Firstly, the jurisdiction of the Court, because it could not entertain a dispute without the consent of the States parties to the proceedings⁸⁶. Indonesia was not a party, but a decision from the ICJ would require assessing the lawfulness of the 1989 Treaty⁸⁷ signed by Australia and Indonesia, regarding the creation of a Zone of Cooperation in an area between the Indonesian Province of East Timor and Northern Australia⁸⁸. Secondly, the *erga omnes* character of the obligation to observe the rights to self-determination. The Court understood that even though the nature of these rights is irreproachably *erga omnes*,

Agent of Legal Development' (2010) 23 *Leiden Journal of International Law* 781, p. 793.

76 Christian J. Tams and Antonios Tzanakopoulos, 'Barcelona Traction at 40: The ICJ as an Agent of Legal Development' (2010) 23 *Leiden Journal of International Law* 781, p. 793.

77 *Nuclear Tests (Australia v. France)* (Application Instituting Proceedings) [1973], para. 19.

78 *Nuclear Tests (Australia v. France)* (Judgement: Dissenting Opinion of Judge Sir Garfield Barwick) [1974] ICJ Rep 391, p. 436.

79 Antônio Augusto Cançado Trindade, 'The Illegality under Contemporary International Law of all Weapons of Mass Destruction' (2005) 6 *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos* 11, p. 17.

80 *Nuclear Tests (Australia v. France)* (Judgement: Dissenting Opinion of Judge Sir Garfield Barwick) [1974] ICJ Rep 391, p. 437.

81 *Nuclear Tests (Australia v. France)* (Judgement: Dissenting Opinion of Judge de Castro) [1974] ICJ Rep 372, p. 387.

82 *Nuclear Tests (Australia v. France)* (Judgement) [1974] ICJ Rep 253, para. 62; *Nuclear Tests (New Zealand v. France)* (Judgement) [1974] ICJ Rep 457, para. 65.

83 *East Timor (Portugal v. Australia)* (Judgment) [1995] ICJ Rep 90

84 *East Timor (Portugal v. Australia)* (Judgment) [1995] ICJ Rep 90, para. 29.

85 *East Timor (Portugal v. Australia)* (Judgment) [1995] ICJ Rep 90, para. 1.

86 *East Timor (Portugal v. Australia)* (Judgment) [1995] ICJ Rep 90, para. 26.

87 *East Timor (Portugal v. Australia)* (Judgment) [1995] ICJ Rep 90, para. 28.

88 *East Timor (Portugal v. Australia)* (Judgment) [1995] ICJ Rep 90, para. 18.

such character does not overrule the necessity of consent from Indonesia in order to rule on the 1989 Treaty⁸⁹. Judge Weeramantry, nonetheless, demonstrated a concern about the practical operation of *erga omnes* obligations when consent is conditional, granting the non-consenting State the possibility of depriving them of effectiveness by keeping *in casu* the situation in East Timor away from the courts⁹⁰.

In 1996, in *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*⁹¹ — the first case in which a State Party of the Genocide Convention initiated proceedings against another State for the alleged perpetration of acts of genocide — the Court forewent the chance to elaborate more on the topic of *erga omnes* obligations. However, the ICJ did recall its 1951 Advisory Opinion while analysing its jurisdiction over Bosnia and Herzegovina⁹² and restated the *erga omnes* character of the rights and obligations under the Convention⁹³. Most importantly, Judge Oda noted that the Genocide Convention obligations are borne in a general manner *erga omnes* by the Contracting Parties to other Contracting Parties and to the international community as a whole⁹⁴. According to him, they are not owed to a specific State Party and, consequently, a State's responsibility cannot be invoked through inter-State relations before the ICJ⁹⁵. That is because the Court's jurisdiction depends on article IX of the Convention, which means that not only the violation of the obligations under the convention needs to be demonstrated, but also the existence of a dispute between States in relation to the interpretation or application of the treaty⁹⁶. Since these obligations *erga omnes* protect human beings and not States, the occurrence of certain genocidal acts does would not necessarily entail the existence of a dispute between States⁹⁷.

89 *East Timor (Portugal v Australia)* (Judgment) [1995] ICJ Rep 90, para. 29.

90 *East Timor (Portugal v Australia)* (Judgment: Dissenting opinion of Judge Weeramantry) [1995] ICJ Rep 139, p. 172.

91 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* (Judgment) [1996] ICJ Rep 595

92 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* (Judgment) [1996] ICJ Rep 595, para. 22.

93 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* (Judgment) [1996] ICJ Rep 595, para. 31.

94 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* (Judgment: Declaration of Judge Oda) [1996] ICJ Rep 625, para. 4.

95 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* (Judgment: Declaration of Judge Oda) [1996] ICJ Rep 625, para. 4.

96 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* (Judgment: Declaration of Judge Oda) [1996] ICJ Rep 625, paras. 3, 5.

97 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* (Judgment: Declaration of Judge Oda) [1996] ICJ Rep 625, para. 6.

In 2012, the Court issued one of the most emblematic decisions regarding *erga omnes* obligations. In *Belgium v. Senegal*⁹⁸, Belgium instituted proceedings against Senegal regarding Senegal's obligation to prosecute or extradite Hissène Habré for acts of torture committed during its 8-year presidency of Chad⁹⁹. This obligation was allegedly owed under the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment of 10 December 1984 (Convention against Torture) and under customary international law¹⁰⁰. Belgium's claim regarding customary international law was, however, dismissed by the Court. Instead, the ICJ adopted a very formalistic approach¹⁰¹, since at the time of the filing of the Application, there was no dispute between the Parties regarding breaches of this matter¹⁰². With respect to the supposed violations of the Convention against Torture, Belgium based its right to standing on being a party to the Convention and on having a special interest in comparison with other Contracting Parties¹⁰³. The Court firstly analysed whether being a party to the Convention against Torture was enough for Belgium to be entitled to bring a claim before the ICJ¹⁰⁴, and concluded that:

"All the other States parties have a common interest in compliance with these obligations by the State in whose territory the alleged offender is present. That common interest implies that the obligations in question are owed by any State party to all the other States parties to the Convention. All the States parties "have a legal interest" in the protection of the rights involved. (Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 32, para. 33). These obligations may be defined as 'obligations erga omnes partes' in the sense that each State party has an interest in compliance with them in any given case."¹⁰⁵

98 *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)* (Judgment) [2012] ICJ Rep 422

99 *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)* (Judgment) [2012] ICJ Rep 422, para 1.

100 *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)* (Judgment) [2012] ICJ Rep 422, para 1.

101 Raphael Van Steenberghe, 'L'Arret de la Cour Internationale de Justice dans l'Affaire Belgique contre Senegal ou du Principe Aut Dedere Aut Iudicare' (2012) 45 (2) *Belgian Review of International Law* 663, p. 667.

102 *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)* (Judgment) [2012] ICJ Rep 422, para 55.

103 *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)* (Judgment) [2012] ICJ Rep 422, para 66.

104 *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)* (Judgment) [2012] ICJ Rep 422, para 67.

105 *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)* (Judgment) [2012] ICJ Rep 422, para 68.

Therefore, the Court brought to light the discussion concerning the concept of “legal interest in the protection of the rights involved” as it did in *Barcelona Traction*¹⁰⁶. Nonetheless, the Court referred for the first time to obligations *erga omnes partes* – going beyond the general notion of the *erga omnes* character¹⁰⁷. Interestingly, the Court mentioned once again its 1951 Advisory Opinion to highlight the similarities between obligations of the same nature under the Convention against Torture and the Genocide Convention¹⁰⁸. Hence, the Court paved the way for obligations that protect common interests to give rise to a State’s entitlement to bring a case before the Court¹⁰⁹. This was the reason why The Gambia referred to the *mutatis mutandis* applicability of the Genocide Convention in order to determine its legal entitlement to invoke the responsibility of Myanmar¹¹⁰.

Finally, the Court dismissed the need to assess if Belgium had or not a special interest¹¹¹, because:

[I]f [it] were required for that purpose, in many cases no State would be in the position to make such a claim. It follows that any State party to the Convention may invoke the responsibility of another State party with a view to ascertaining the alleged failure to comply with its obligations *erga omnes partes* (...) and to bring that failure to an end.¹¹²

Thus, the Court decided that Belgium had standing to invoke the responsibility of Senegal¹¹³.

More recently, in 2015, the Court rendered its judgment on *Croatia v. Serbia*¹¹⁴. Despite not pertaining specifically to *erga omnes* obligations, its

106 *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)* (New Application: 1962) (Judgment) [1970] ICJ Rep 3, para. 33.

107 Mads Andenas and Thomas Weatherall, ‘International Court of Justice: Questions Relating to the Obligation to Extradite or Prosecute (Belgium v. Senegal) Judgment of 20 July 2012’ (2013) 62 (1) *International and Comparative Law Quarterly* 753, pp. 761-762; Raphael Van Steenberghe, ‘L’Arret de la Cour Internationale de Justice dans l’Affaire Belgique contre Senegal ou du Principe Aut Dedere Aut Iudicare’ (2012) 45 (2) *Belgian Review of International Law* 663, pp. 674-675.

108 *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)* (Judgment) [2012] ICJ Rep 422, para 68.

109 Sangeeta Shah, ‘Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)’ (2013) 13 (2) *Human Rights Law Review* 351, p. 358.

110 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)* (Application instituting proceedings and Request for the indication of provisional measures) [2019], para. 125.

111 *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)* (Judgment) [2012] ICJ Rep 422, para 70.

112 *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)* (Judgment) [2012] ICJ Rep 422, para 69.

113 *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)* (Judgment) [2012] ICJ Rep 422, para 70.

114 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of*

legal basis was also the Genocide Convention. In this context, the Court reiterated once more the *erga omnes* nature of the obligations contained therein¹¹⁵.

Given the absence of a *jurisprudence constante*, the ICJ used the opportunity in *The Gambia v. Myanmar* to firmly establish that the standing of States Parties to the Genocide Convention are also a result of obligations *erga omnes partes*¹¹⁶. Therefore, community interests — especially those related to the protection of human rights — are now more evidently protected by a clearer concept of *erga omnes partes* obligations. As a result, non-injured states may invoke responsibility for the breach of said *erga omnes partes* obligations.

4. THE RIGHT OF NON-INJURED STATES TO INVOKE RESPONSIBILITY FOR *ERGA OMNES PARTES* VIOLATIONS

The Gambia v. Myanmar presents a specially complicated relationship between the States involved. As previously explained, The Gambia initiated proceedings against Myanmar by reason of the alleged genocide of the Rohingya. Nonetheless, the Rohingya are neither Gambian nationals nor inhabitants of the country. As it was brought by Myanmar in the Oral Proceedings, Bangladesh is the State being specially affected in reference to the acts allegedly committed against the Islamic minority¹¹⁷. Therefore, according to Myanmar, it should be Bangladesh to invoke responsibility for the acts discussed *sub judice*¹¹⁸. This was a convenient argument for Myanmar's defense, because Bangladesh, in fact, could not have initiated proceedings the same way The Gambia did. Despite being a party to the Genocide Convention, Bangladesh made a reservation with regards to Article IX of the Convention¹¹⁹, which confers jurisdiction to the Court in the *The Gambia v. Myanmar*.

Since Bangladesh had its hands tied, The Gambia took initiative in order to protect the Rohingya before the ICJ. But why did The Gambia, a country located in another continent, without an expressive number of Rohingya amongst its population, decided to act? Because of the OIC. The

Genocide (Croatia v. Serbia) (Judgment) [2015] ICJ Rep 3.

115 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)* (Judgment) [2015] ICJ Rep 3, para. 87.

116 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)* (Order of 23 January 2020) [2020] ICJ Rep 3, para. 41.

117 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)* (Verbatim record 2019/19) ICJ, para. 56.

118 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)* (Verbatim record 2019/19) ICJ, para. 56.

119 United Nations Treaty Series, 'Treaties and international agreements registered or filed and recorded with the Secretariat of the United Nations', volume 2040 (United Nations 2001), p. 5.

OIC, of which The Gambia and Bangladesh are members of¹²⁰, has as a mission the protection of Islamic people¹²¹, including the Rohingya¹²². Consequently, The Gambia, Bangladesh and the OIC are undeniably interested in a judgment by the Court declaring that Myanmar has breached its obligations under the Genocide Convention and that the persons committing genocide are punished by a competent tribunal¹²³.

In this context, it would be factually incorrect to defend that The Gambia is a specially affected State by the acts supposedly committed against the Rohingya. Nevertheless, the Applicant argues that the *erga omnes* character of the obligations under the Genocide Convention, as discussed in the previous section, confers upon all State Parties the right to guarantee that the prohibition of genocide is complied with¹²⁴. For that, The Gambia Brought to light the *Belgium v. Senegal* 2012 case¹²⁵ before the ICJ¹²⁶, in which, when discussing the Convention against Torture, the *erga omnes* nature of the obligation to prosecute or to extradite, gave Belgium standing to invoke the responsibility of Senegal¹²⁷.

On the other hand, Myanmar states that not being specially affected prohibits The Gambia from invoking responsibility in this case:

“However, even if The Gambia has an interest in Myanmar’s compliance with *erga omnes* partes obligations under that Convention, it does not follow without more that The Gambia also has standing to bring a case before the Court in respect of a claimed breach by Myanmar, without being specially affected.”¹²⁸

120 Organisation of Islamic Cooperation, ‘Member States’ <<https://www.oic-oci.org/states/?lan=en>> accessed 1 August 2021

121 OIC Journal, ‘About OIC’, Issue 64 (Organisation for Islamic Cooperation January-April 2021).

122 OIC Journal, ‘Rohingya Suffer More in the Troubled Myanmar’, Issue 64 (Organisation for Islamic Cooperation January-April 2021), p. 10; Organisation of Islamic Cooperation, ‘OIC raises plight of the Rohingya at the United Nations’ (25 September 2018) <https://www.oic-oci.org/topic/?t_id=20032&ref=11484&lan=en> accessed 9 April 2021.

123 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)* (Application instituting proceedings and Request for the indication of provisional measures) [2019], para. 112.

124 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)* (Application instituting proceedings and Request for the indication of provisional measures) [2019], para. 15.

125 *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)* (Judgment) [2012] ICJ Rep 422.

126 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)* (Application instituting proceedings and Request for the indication of provisional measures) [2019], paras. 124-127.

127 *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)* (Judgment) [2012] ICJ Rep 422, para 68.

128 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)* (Verbatim record 2019/19) ICJ, para. 55.

According to Myanmar, despite the *Belgium v. Senegal* case, The Gambia would still lack standing. Firstly, one single case before the ICJ — *Belgium v. Senegal* — cannot be understood as established jurisprudence in the sense of the existence of *erga omnes partes* obligations directly guaranteeing a States' standing¹²⁹. In a way, this argument could be entertained if we consider that, as mentioned in the previous section, in *Belgium v. Senegal* the Court did not analyse if Belgium had or not a special interest¹³⁰. Nonetheless, the basis for the *erga omnes partes* obligations of the Genocide Convention are the result of a historical effort of the ICJ in building through various cases the concepts of standing and *erga omnes* and *erga omnes partes* obligations. Thus, *Belgium v. Senegal* is not alone in the Court's jurisprudence.

Moreover, Myanmar asserts that Belgium argued that it was an injured State according to the definition of article 42(b)(i) of the International Law Commission (ILC) Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001)¹³¹. Which is correct¹³². The Gambia did not claim it was specially affected by Myanmar's alleged breach of obligations, since it has not suffered particular adverse effects¹³³ because of it. Nonetheless, article 48 of the ILC Articles recognizes that a State may have an interest in compliance with obligations despite not being specially affected by the breach¹³⁴. Therefore, a non-injured State may invoke¹³⁵ the responsibility for breaches of an obligation *erga omnes partes*¹³⁶ that is “owed to a group of States including that State, and is established for the protection

129 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)* (Verbatim record 2019/19) ICJ, para. 62.

130 *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)* (Judgment) [2012] ICJ Rep 422, para 70.

131 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)* (Verbatim record 2019/19) ICJ, para. 63.

132 *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)* (Verbatim record 2012/6) ICJ, para. 55.

133 Yearbook of the International Law Commission, Volume II, Part Two, 'Report of the Commission to the General Assembly on the work of its fifty-third session' doc. A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (United Nations 2007), p. 119; *Projet d'Articles sur la Responsabilité de l'État pour Fait Internationalement Illicite et Commentaires y Relatifs* p. 317

134 Yearbook of the International Law Commission, Volume II, Part Two, 'Report of the Commission to the General Assembly on the work of its fifty-third session' doc. A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (United Nations 2007), p. 116; Erika de Wet, 'Ch 23 Jus Cogens and Obligations Erga Omnes' in Dinah Shelton (ed), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law, Part IV Normative Evolution* (Oxford Public International Law 2013), pp. 555-556.

135 Invocation refers to measures of formal character, not including informal diplomatic contacts and critiques (Yearbook of the International Law Commission, Volume II, Part Two, 'Report of the Commission to the General Assembly on the work of its fifty-third session' doc. A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (United Nations 2007), p. 117), i.e. submitting a dispute to the International Court of Justice through the commencement of proceedings pursuant to article IX of the Genocide Convention

136 Yearbook of the International Law Commission, Volume II, Part Two, 'Report of the Commission to the General Assembly on the work of its fifty-third session' doc. A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (United Nations 2007), p. 126.

of a collective interest of the group”¹³⁷. Moreover, a non-injured State may invoke the responsibility for breaches of an obligation *erga omnes*¹³⁸ that “is owed to the international community as a whole”¹³⁹. That is an evidence of how the Court’s jurisprudence has influenced the ILC provisions¹⁴⁰. In *Barcelona Traction*, as mentioned in section I.A.1., the ICJ clarified that obligations of a State towards the international community as a whole are the concern of all States, being *erga omnes*¹⁴¹, i.e. the exact same wording of article 48(1)(b).

Finally, it is important to mention Judge Xue’s and Judge Skotnikov’s different understandings of the *Belgium v. Senegal* judgment, as they were cited by Myanmar¹⁴².

Judge Xue has maintained a firm belief that in *Belgium v. Senegal*¹⁴³, as well as in *The Gambia v. Myanmar*¹⁴⁴, the Court has disregarded the important treaty law admissibility distinction between an injured State party and the other State parties¹⁴⁵. Only the former is specially affected by the injury — the breach of obligations¹⁴⁶. In her words:

“(…) it is one thing for each State party to the Convention against Torture [or the Genocide Convention] to have an interest in compliance with the obligations *erga omnes* partes thereunder, and it is quite another to allow any State

137 Art. 48(1)(a), Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001).

138 Yearbook of the International Law Commission, Volume II, Part Two, ‘Report of the Commission to the General Assembly on the work of its fifty-third session’ doc. A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (United Nations 2007), p. 127; Jochen A Frowein, ‘Obligations *erga omnes*’, *Max Planck Encyclopedias of Public International Law* (Oxford Public International Law 2008), para. 9.

139 Art. 48(1)(b), Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001).

140 Daniel Bodansky and John R. Crook, ‘Symposium: the ILC’s State Responsibility Articles’ (2002) 96 *American Journal of International Law* 773, p. 786; Priya Urs, ‘Obligations *erga omnes* and the question of standing before the International Court of Justice’ (2021) 34 *Leiden Journal of International Law* 505, p. 510.

141 *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)* (New Application: 1962) (Judgment) [1970] ICJ Rep 3, para. 33.

142 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)* (Verbatim record 2019/19) ICJ, para. 62.

143 *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)* (Judgment: Dissenting opinion of Judge Xue) [2012] ICJ Rep 571.

144 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)* (Order of 23 January 2020: Separate opinion of Vice-President Xue) [2020] ICJ Rep 32.

145 *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)* (Judgment: Dissenting opinion of Judge Xue) [2012] ICJ Rep 571, para. 18; Mads Andenas and Thomas Weatherall, ‘International Court of Justice: Questions Relating to the Obligation to Extradite or Prosecute (Belgium v. Senegal) Judgment of 20 July 2012’ (2013) 62 (1) *International and Comparative Law Quarterly* 753, p. 762.

146 *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)* (Judgment: Dissenting opinion of Judge Xue) [2012] ICJ Rep 571, para. 17.

party to institute proceedings in the Court against another State party without any qualification on jurisdiction and admissibility.”¹⁴⁷

Nevertheless, Judge Xue’s opinion has clearly not prevailed, considering that the Order of 23 January 2020 directly quoted the understating previously established in *Belgium v. Senegal*¹⁴⁸.

Additionally, Judge Skotnikov argued that the Court erred as to the grounds on which to base its admissibility finding¹⁴⁹. Instead of analysing Belgium’s conduct in regards to Senegal, the ICJ chose to establish admissibility of Belgium’s claim on the *erga omnes partes* character of the obligations of the Convention Against Torture¹⁵⁰. Therefore, the Court established that Belgium is able to invoke Senegal’s responsibility without necessarily having a special interest¹⁵¹. This brings us the question that was posed by Myanmar during the oral proceedings. How is it possible to reconcile the right of a non-injured state, that was not specially affected by an alleged breach, with the consensual nature of this Court’s jurisdiction?¹⁵²

Interestingly enough, the rectified understanding of the Court in *The Gambia v. Myanmar* is already creating practical challenges. The Netherlands, Canada¹⁵³ and the Maldives¹⁵⁴ have publicly expressed their intention to intervene in *The Gambia v. Myanmar* case. We are, therefore, seeing the first effects of such a broad understanding of *erga omnes partes* obligations that provides for a right of standing to several States in order to invoke Myanmar’s responsibility.

147 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)* (Order of 23 January 2020: Separate opinion of Vice-President Xue) [2020] ICJ Rep 32, para. 5.

148 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)* (Order of 23 January 2020) [2020] ICJ Rep 3, para. 41.

149 *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)* (Judgment: Separate opinion of Judge Skotnikov) [2012] ICJ Rep 481, p. 481.

150 *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)* (Judgment: Separate opinion of Judge Skotnikov) [2012] ICJ Rep 481, p. 481.

151 *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)* (Judgment: Separate opinion of Judge Skotnikov) [2012] ICJ Rep 481, p. 481.

152 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)* (Verbatim record 2019/19) ICJ, para. 56.

153 Government of The Netherlands, ‘Joint statement of Canada and the Kingdom of the Netherlands regarding intention to intervene in The Gambia v. Myanmar case at the International Court of Justice’ (Diplomatic Statement, 2 September 2020) <<https://www.government.nl/documents/diplomatic-statements/2020/09/02/joint-statement-of-canada-and-the-kingdom-of-the-netherlands-regarding-intention-to-intervene-in-the-gambia-v.-myanmar-case-at-the-international-court-of-justice>> accessed 31 March 2021.

154 Ministry of Foreign Affairs Republic of Maldives, ‘The Republic of Maldives to file declaration of intervention in support of the Rohingya people, at the International Court of Justice’ (25 February 2020) <<https://www.foreign.gov.mv/index.php/en/mediacentre/news/5483-the-republic-of-maldives-to-file-declaration-of-intervention-in-support-of-the-rohingya-people-at-the-international-court-of-justice>> accessed 31 March 2021

5. CONCLUSION

The Gambia v. Myanmar case has both merits and procedural importance. In relation to obligations *erga omnes* and obligations *erga omnes partes*, the 2020 Order provided the international community with a very broad weapon to initiate proceedings before the International Court of Justice aiming to protect community interests, the protection against genocide *in casu*. Moreover, there is a crucial procedural consequence because of the Order. That being the possibility of non-injured, and therefore not specially affected, States to intervene in the proceedings. Now, we see that the Netherlands, Canada and the Maldives have expressed their interest in intervening in *The Gambia v. Myanmar* case. In the future, other cases involving *erga omnes partes* violations may expand even more the scope of action of States before the Court.

6. BIBLIOGRAPHY

Books

BERGSMO, M.; STAHN, C. (Eds). **Quality Control in Fact-Finding**. 1st edn. Torkel Opsahl Academic EPublisher Brussels, 2020.

CHEESMAN, N. **Opposing the Rule of Law: How Myanmar's Courts Make Law and Order**. Cambridge University Press, 2015.

CRAWFORD, J. **The International Law Commission's Articles on State Responsibility, Introduction, Text and Commentaries**. Cambridge University Press, 2002.

CROUCH, M.; LINDSEY, T. **Law, Society and Transition in Myanmar**. 1st edn. Hart Publishing, 2014.

CROUCH, M. **The Constitution of Myanmar: A Contextual Analysis**. 1st edn, Hart Publishing, 2019.

DAVID, R.; HOLLIDAY, I. **Liberalism and Democracy in Myanmar**. Oxford University Press, 2018.

HARDING, A.; OO, K.K. *Constitutionalism and Legal Change in Myanmar*. 1st edn. Hart Publishing, 2019.

KNUCKEY, S.; ALSTON, P. (Eds.). **The Transformation of Human Rights Fact-finding**. Oxford Scholarship Online, 2016.

KOLB, R. **The International Court of Justice**. 1st edn. Hart Publishing, 2014.

MILES, C. **Provisional Measures before International Courts and Tribunals**. Cambridge University Press, 2017.

PICONE, P. **Comunità Internazionale e Obblighi "Erga Omnes"**. Jovene Editore, 2013.

TAMS, C. J.; SLOAN, J. **The Development of International Law by the International Court of Justice**. Oxford Scholarship Online, 2014.

TAMS, C. J. **Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law**. Cambridge University Press, 2005.

Book Chapters

BESSON, S. Community Interests in International Law: Whose Interests Are They and How Should We Best Identify Them?. *In*: BENVENISTI, E.; NOLTE, G. (Eds.). **Community Interests Across International Law**. Oxford Scholarship Online, 2018.

CASSESE, A. Fostering Increased Conformity with International Standards: Monitoring and Institutional Fact-Finding'. *In*: CASSESE, A. (Ed.). **Realizing Utopia: The Future of International Law**. Oxford Scholarship Online, 2012.

CRAWFORD, J. State Responsibility. *In*: **Max Planck Encyclopedias of International Procedural Law**. Oxford Public International Law, 2006.

DE WET, E. Ch 23 Jus Cogens and Obligations Erga Omnes. *In*: SHELTON, D. (Ed.). **The Oxford Handbook of International Human Rights Law, Part IV Normative Evolution**. Oxford Public International Law, 2013.

DE WET, E. Ch 29 Sources and the Hierarchy of International Law. *In*: D'ASPREMONT, J.; BESSON, S. (Eds.). **The Oxford Handbook of the Sources of International Law, Part III The Functions of the Sources of International Law, s. XV Sources and the Hierarchy of International Law**. Oxford Public International Law, 2017.

FEICHTNER, I. Community interest, *In*: **Max Planck Encyclopedias of International Procedural Law**. Oxford Public International Law, 2007.

FROWEIN, J. A. Jus Cogens. *In*: **Max Planck Encyclopedias of International Procedural Law**. Oxford Public International Law, 2013.

FROWEIN, J. A. Obligations erga omnes. *In*: **Max Planck Encyclopedias of International Procedural Law**. Oxford Public International Law, 2008.

GAJA, G. Standing: International Court of Justice. *In*: **Max Planck Encyclopedias of International Procedural Law**. Oxford Public International Law, 2018.

KNUCKEY; ALSTON, P. (Eds.). **The Transformation of Human Rights Fact-finding**. Oxford Scholarship Online, 2016.

ORENTLICHER, D. International Norms in Human Rights Fact-Finding. *In*: Sarah

PAPASTAVRIDIS, E. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), 1986'. *In*: PAPASTAVRIDIS, E. (Ed.). **Latin America and the International Court of Justice**. 1st edn. Routledge, 2016.

SELTH, A. Aung San Suu Kyi: Why defend the indefensible? (14:00 AEDT, 12 December 2019). *In*: Andrew SELTH (Ed.). **Interpreting Myanmar: A Decade of Analysis**. 1st edn. ANU Press, 2020.

TAMS, C. J.; ASTERITI, A. *Erga Omnes, Jus Cogens*, and their Impact on the Law of Responsibility. *In*: EVANS, M.; KOUTRAKOS, P. (Eds.). **The International Responsibility of the European Union**. Hart Publishing, 2013.

TAMS, C. J. Countermeasures against Multiple Responsible Actors. *In*: NOLLKAEMPER, A.; PLAKOKEFALOS, I. (Eds.). **Principles of Shared Responsibility**. Cambridge University Press, 2014.

TAMS, C. J. Law-making in complex processes: The World Court and the modern law of State responsibility. *In*: CHINKIN, C.; BAETENS, F. (Eds.). **Sovereignty, Statehood and State Responsibility: Essays in Honour of James Crawford**. Cambridge University Press, 2015.

TAMS, C. J. The “International Community” as a Legal Concept. *In*: D’ASPREMONT, J.; SINGH, S. (Eds.). **Concepts for International Law**. Edward Elgar, 2019.

TAMS, C. J. World Peace through International Adjudication?. *In*: JUSTENHOVEN, H.G.; KRESS, C.; O’CONNELL, M. E. (Eds.). **Peace Through Law: Reflections on Pacem in Terris from Philosophy, Law, Theology, and Political Science**. Nomos/Bloomsbury, 2016.

HIRLWAY, H. Provisional Measures. *In*: SOBENES OBREGON, E.; SAMSON, B. (Eds.). **Nicaragua Before the International Court of Justice**. Springer, 2017.

WOLFRUM, R. Enforcing Community Interests through International Dispute Settlement: Reality or Utopia?. *In*: FASTENRATH, U. et al. (Eds.). **From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Bruno Simma**. Oxford Scholarship Online, 2011.

Articles in Journals

ABDELKADER, E. Myanmar’s Democracy Struggle: The Impact of Communal Violence upon Rohingya Women and Youth. **Pacific Rim Law & Policy Journal Association**, v. 23, n. 3, p. 511, 2014.

ABDELKADER, E. The Rohingya Muslims in Myanmar: Past, Present, and Future. **Oregon Review of International Law**, v. 15, p. 393, 2013.

ACOSTA ESTÉVEZ, J. B. Normas de Jus Cogens, Efecto Erga Omnes, Crimen Internacional y la Teoría de los Círculos Concéntricos. **Anuario Español de Derecho Internacional**, v. 11, p. 3, 1995.

ADAMS, S. “If not now, when?": The Responsibility to Protect, the Fate of the Rohingya and the Future of Human Rights. **Global Centre for the Responsibility to Protect**, 2019.

ADLAWON, A. "Documenting Atrocity Crimes Committed Against the Rohingya, Accountability and Next Steps" — An Overview of the Conference Held by the Public International Law and Policy Group (PILPG). **Amsterdam Law Forum**, v. 11. n. 2, p. 103, 2019.

AHN, A. Influx of Myanmar Refugees Threatens to Strain Schools. **Georgetown Immigration Law Journal**, v. 22, n. 3, p. 565, 2008.

ALAM, M. Enduring Entanglement: The Multi-Sectoral Impact of the Rohingya Crisis on Neighboring Bangladesh. Georgetown University Press, v. 19, p. 20, 2018.

ALAM, M. J. The Rohingya Minority of Myanmar: Surveying Their Status and Protection in International Law. **International Journal of Minority and Group Rights**, v. 25, n. 2, p. 1, 2018.

ALIM, A. The International Humanitarian Law Principles and Its Applicability to Rohingya Situations?. **Indian Journal of Law and Justice**, v. 9, n. 2, 2018.

ALMEIDA, P. W. Enhancing ICJ Procedures for Litigating in the Common Interest: The Role of Third Party Intervention and *amicus curiae* Briefs. **Revista de Direito da Cidade**, v. 11., n. 1, p. 331, 2019.

ALMEIDA, P. W. Enhancing ICJ procedures in order to promote global public goods: Overcoming the prevailing tension between bilateralism and community interests. **European Society of International Law Conference Paper Series**, v. 10, n. 2, p. 1, 2017.

ALMEIDA, P. W. Imunidades jurisdicionais do Estado perante a Corte Internacional de Justiça: uma análise a partir do caso Alemanha vs. Itália. **Revista Direito GV**, v. 12, n. 2, p. 516, 2016.

ALMEIDA, P. W. International procedural regulation in the common interest: the role of fact-finding and evidence before the International Court of Justice. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, p. 517, 2020.

ALMEIDA, P. W.; PORTO, G. H. Is International Adjudication a Global Public Good? Procedure vs. GPG before the ICJ. **Revista de Direito da Cidade**, v. 11, p. 597, 2019.

AMERASINGHE, C. F. The Bosnia Genocide Case. **Leiden Journal of International Law**, v. 21, n. 2, p. 411, 2008.

ANDENAS, M.; WEATHERALL, T. International Court of Justice: Questions Relating to the Obligation to Extradite or Prosecute (Belgium v. Senegal) Judgment of 20 July 2012. **International and Comparative Law Quarterly**, v. 62, n. 1, p. 753, 2013.

ANGGAKARA, A. P. Legal Protection Aspect of Refugees in Indonesia (Case of Rohingya's Refugees). **Journal of Law, Policy and Globalization**, v. 64, p. 24, 2017.

ANWAR, M. Fleeing Myanmar: Anwar's Story. *Human Rights Defender*, v. 28, n. 2, p. 14, 2018.

ARASHPUOR, A.; ROUSTAEI, A. The investigation of committed crimes against "Myanmar's Rohingya" and the invoke necessity to "The theory of responsibility to protect". *Juridical Tribune*, v. 6, n. 2, p. 384, 2016.

ARENSHORST, J. The Dilemma of Non-Interference: Myanmar, Human Rights, and the ASEAN Charter. *Northwestern Journal of International Human Rights*, v. 8, n. 1, p. 102, 2009.

AWAN, S. The Statelessness Problem of the Rohingya Muslims. *Washington University Global Studies Law Review*, v. 19, n. 1, p. 85, 2021.

BANKI, S. Myanmar: The Country that "has it all". *Journal of Southeast Asian Human Rights*, v. 4, n. 1, p. 128, 2020.

BARANY, Z. Where Myanmar Went Wrong, From Democratic Awakening to Ethnic Cleansing. *Foreign Affairs*, p. 141, 2018.

BARBER, R. Accountability for Crimes against the Rohingya: Possibilities for the General Assembly where the Security Council Fails. *Journal of International Criminal Justice*, v. 17, n. 3, p. 557, 2019.

BARRETTO, R. Z. Quando um não sabe, dois não litigam? O caso das Ilhas Marshall contra os Estados detentores de armas nucleares. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, v. 73, p. 605, 2018.

BASSIOUNI, M. C. Appraising UN Justice-Related Fact-Finding Missions. *Washington University Journal of Law & Policy*, v. 5, p. 35, 2001.

BAUER, A. The Hidden Genocide: Humanizing the Struggle of the Muslim Rohingya of Myanmar. *Children's Legal Rights Journal*, v. 35, n. 1, p. 79, 2015.

BAUTISTA FERNANDEZ, G. Revisiting the Concepts of Rights, Obligations, and Injury in the Invocation of State Responsibility in Inter-State Adjudication. *Philippine Law Journal*, v. 91, p. 832, 2018.

BECKER, M. A. The Plight of the Rohingya: Genocide Allegations and Provisional Measures in *The Gambia v Myanmar* at the International Court of Justice. *Melbourne Journal of International Law*, v. 21, n. 2, 2020.

BECKER, M. A.; NOUWEN, S. International Commissions of Inquiry: What Difference Do They Make? Taking an Empirical Approach. *The European Journal of International Law*, v. 30, n. 3, 2019.

BEKKER, P. H. F. Provisional Measures in the Recent Practice of the International Court of Justice. *International Law FORUM Du Droit International*, v. 7, n. 1, p. 24, 2005.

BELL, C. Repatriate, Then Compensate: Why the United States Owes Reparation Payments to Former Guantanamo Detainees. *Loyola of Los Angeles Law Review*, v. 48, n. 3, p. 867, 2015.

BENZING, M. Community Interests in the Procedure of International Courts and Tribunals. **The Law & Practice of International Courts and Tribunals**, v. 5, n. 3, p. 369, 2006.

BHATTACHARYA, S. Elusive Justice: The Rohingya Chronic Crisis and the Responsibility to Protect. **Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review**, v. 42, n. 2, p. 187, 2019.

BIANCHI, A. Human Rights and the Magic of Jus Cogens. **The European Journal of International Law**, v. 19, n. 3, p. 491, 2008.

BILLS, A. The Relationship between Third-party Countermeasures and the Security Council's Chapter VII Powers: Enforcing Obligations *erga omnes* in International Law. **Nordic Journal of International Law**, v. 89, n. 1, p. 117, 2020.

BLANK, L. Finding Facts But Missing the Law: The Goldstone Report, Gaza and Lawfare. **Case Western Reserve Journal of International Law**, v. 43, p. 279, 2010.

BODANSKY, D.; CROOK, J. R., Symposium: the ILC's State Responsibility Articles. **American Journal of International Law**, v. 96, p. 773, 2002.

BORDIN, F. L. Procedural Developments at the International Court of Justice. **Law & Practice of International Courts and Tribunals**, v. 16, n. 2, p. 307, 2017.

BORDIN, F. L. Procedural Developments at the International Court of Justice. **Law and Practice of International Courts and Tribunals**, v. 12, n.1, p. 81, 2013.

BOUTRUCHE, T. Credible Fact-Finding and Allegations of International Humanitarian Law Violations: Challenges in Theory and Practice. **Journal of Conflict & Security Law**, v. 16, n. 1, p. 105, 2011.

CANÇADO TRINDADE, A. A. The Illegality under Contemporary International Law of all Weapons of Mass Destruction. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, v. 11, p. 6, 2005.

CARDONA LLORENS, J. La Responsabilidad Internacional por Violación Grave de Obligaciones Esenciales para la Salvaguarda de Intereses Fundamentales de la Comunidad Internacional (El "Crimen Internacional"). **Anuario Español de Derecho Internacional**, v. 8, p. 265, 1985.

CHEESMAN, N. Routine Impunity as Practice (in Myanmar). **Human Rights Quarterly**, v. 41, n. 4, p. 873, 2019.

CHEESMAN, N.; SAN, K. M. Not just defending; Advocating for Law in Myanmar. **Wisconsin International Law Journal**, v. 31, n. 3, p. 702, 2014.

CHEUNG, S. Migration Control and the Solutions Impasse in South and Southeast Asia: Implications from the Rohingya Experience. **Journal of Refugee Studies**, v. 25, p. 50, 2011.

CHRISTENSEN, D.; NGUYEN, M.; SEXTON, R. Strategic Violence During Democratization: Evidence from Myanmar. **World Politics**, v. 71. n. 2, p. 332, 2019.

CIMIOTTA, E. The Relevance of Erga Omnes Obligations in Prosecuting International Crimes. **Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht**, v. 76, p. 68, 2016.

COFFMAN, P. D. Obligations Erga Omnes and the Absent Third State. **German Yearbook of International Law**, v. 39, p. 285, 1996.

CRNIC-GROTIC, V. Crime of Genocide before the International Court of Justice. **Zbornik Pravnog Fakulteta Sveucilista u Rijeci**, v. 40, n. 3, p. 1033, 2019.

CROUCH, M. Dictators, democrats, and constitutional dialogue: Myanmar's constitutional tribunal. **International Journal of Constitutional Law**, v. 16, n. 2, p. 421, 2018.

CROUCH, M. Pre-emptive Constitution-Making: Authoritarian Constitutionalism and the Military in Myanmar. **Law & Society Review**, v. 54, n. 2, p. 487, 2020.

CROUCH, M. Rediscovering "Law" in Myanmar: A Review of Scholarship on the Legal System of Myanmar. **Pacific Rim Law & Policy Journal Association**, v. 23, n. 3, p. 543, 2014.

DE WET, E. Holding International Institutions Accountable: The Complementary Role of Non-Judicial Oversight Mechanisms and Judicial Review. **German Law Journal**, v. 9. n. 1, 1988.

DE WET, E. Invoking Obligations *erga omnes* in the Twenty-First Century: Progressive Developments Since Barcelona Traction. **South African Yearbook of International Law**, v. 37, 2013.

DEL MAR, K. Weight of Evidence Generated through Intra-Institutional Fact-finding before the International Court of Justice. **Journal of International Dispute Settlement**, v. 2, n. 2, p. 393, 2011.

DEPPERMAN, L. J. F. Increasing the ICJ's Influence as a Court of Human Rights: The Muslim Rohingya as a Case Study. **Chicago Journal of International Law**, v. 14. n. 1, p. 291, 2013.

DEWEESE, G. S. The Failure of the International Court of Justice to Effectively Enforce the Genocide Convention. **Denver Journal of International Law and Policy**, v. 26, n. 4, p. 625, 1998.

DOMINICÉ, C. The International Responsibility of States for Breach of Multilateral Obligations. **European Journal of International Law**, v. 10, p. 353, 1999.

DOUGLAS, S. Preventing Genocide: Reigniting the Staying Power of the Convention. **Dalhousie Journal of Legal Studies**, v. 29, p. 75, 2020.

DUBEY, A. Revisiting the Relevance of Barcelona Traction. **Supremo Amicus Journal**, v. 14, n. 1, 2019.

DUPUY, P-M. A General Stocktaking of the Connections between the Multilateral Dimension of Obligations and Codification of the Law of Responsibility. **European Journal of International Law**, v. 13, n. 5, p. 1053, 2002.

ESPALIÙ BERDUD, C. *Locus Standi* de los Estados y Obligaciones *Erga Omnes* en la Jurisdicción Contenciosa de la Corte Internacional de Justicia. **Revista Española de Derecho Internacional**, v. 72, n. 2, p. 33, 2020.

FERRER-MONFORT, A. Revisiting the Interpretation of the Protected Groups of the Genocide Convention in light of the Rohingya Case. *Trinity College Law Review*, v. 22, p. 78, 2019.

FRANCK, T.; FARLEY, S. Procedural Due Process in Human Rights Fact-Finding by International Agencies. **American Journal of International Law**, v. 74, n. 2, p. 308, 1980.

FRULLI, M. Fact-Finding or Paving the Road to Criminal Justice: Some Reflections on United Nations Commissions of Inquiry. **Journal of International Criminal Justice**, v. 10, n. 5, p. 1323, 2012.

GANGULY, M. Engaging in “Whataboutery” Instead of Protecting Rights. **Brown Journal of World Affairs**, v. 24, n. 1, p. 39, 2017.

GARROD, M. Unraveling the Confused Relationship Between Treaty Obligations to Extradit or Prosecute and “Universal Jurisdiction” in the Light of the *Habré* Case. **Harvard International Law Journal**, v. 59, n. 1, p. 125, 2018.

GOMEZ, C. E. The International Criminal Court’s Decision on the Rohingya Crisis: The Need for Critical Redefinition of Trans-Border Jurisdiction to Address Human Rights. **California Western International Law Journal**, v. 50, n. 1, p. 177, 2019.

GROOME, D. Adjudicating Genocide: Is the International Court of Justice Capable of Judging State Criminal Responsibility. **Fordham International Law Journal**, v. 31, n. 4, p. 911, 2008.

GUIQUAN, H. An Analysis on Myanmar Government’s Reforms. **China International Studies**, 2012.

GUPTE, P. Child Soldiers in Myanmar: Role of Myanmar Government and Limitations of International Law. **Penn State Journal of Law & International Affairs**, v. 6, n. 1, p. 371, 2018.

HAACKE, J. Myanmar, the Responsibility to Protect, and the Need for Practical Assistance. **Global Responsibility to Protect**, v. 1, n. 2, p. 156, 2009.

HERNÁNDEZ, G. I. A Reluctant Guardian: The International Court of Justice and the Concept of “International Community”. **The British Yearbook of International Law**, v. 83, n.1, p. 13, 2013.

HIGGINS, E. Transitional Justice for the Persecution of the Rohingya. **Fordham International Law Journal**, v. 42, n. 1, p. 101, 2018.

HOQUE, S. Myanmar's Democratic Transition: Opportunity for Transitional Justice to Address the Persecution of the Rohingya. **Emory International Law Review**, v. 32, p. 551, 2018.

HSIEN-LI, T. ASEAN's Impact on Myanmar's Transformation: Human Rights and Beyond. **Proceedings of the ASIL Annual Meeting**, v. 107, p. 293, 2013.

JACOB, S. Fact-Finding in Inter-State Adjudication. **Modern Law Review**, v. 59, n. 2, p. 207, 1996.

JIRAVUTTIPONG, G; JITWARAWONG, J. Introduction to the Evidentiary Principles of the International Court of Justice. **Asian Journal of Legal Studies**, v. 2, p. 51, 2017.

JOHNSTONE, R. L. Invoking Responsibility For Environmental Injury In The Arctic Ocean. **The Yearbook of Polar Law Online**, v. 6, n. 1, p. 3, 2014.

JOHNSTONE, R. L. State Responsibility: A Concerto for Court, Council and Committee. **Denver Journal of International Law and Policy**, v. 37, n. 1, p. 63, 2008.

JOLLIFFE, P. Night-Time and Refugees: Evidence from the Thai-Myanmar Border. **Journal of Refugee Studies**, v. 29, n. 1, p. 1, 2016.

KATTAN, V. The Wall, Obligations *Erga Omnes* and Human Rights: The Case for Withdrawing the European Community's Terms of Preferential Trade with Israel. **Palestine Yearbook of International Law**, v. 13, p. 71, 2004.

KAWANO, M. Standing of a State in the Contentious Proceedings of the International Court of Justice. **Japanese Yearbook of International Law**, v. 55, p. 208, 2012.

KHAN, A.A Textbook Example of Ethnic Cleansing: Photographs of the Rohingya in Myanmar. **Yale Journal of International Affairs** 53, v. 13, 2018.

KINLEY, D.; WILSON, T. Engaging a Pariah: Human Rights Training in Burma/Myanmar. **Human Rights Quarterly**, v. 29, p. 368, 2007.

KNOP, K. Introduction to the Symposium on Prosper Weil, "Towards Relative Normativity in International Law?". **American Journal of International Law**, v. 114, p. 67, 2020.

KOLB, R. Chronique de la Jurisprudence de la Cour Internationale de Justice en 2020. **Swiss Review of International and European Law**, v. 31, n. 1, p. 97, 2021.

KORKEAVI, A. Consequences of "Higher" International Law: Evaluating Crimes of State and *Erga Omnes*. **Journal of International Legal Studies**, v. 2, n. 2, p. 81, 1996.

KORNACKI, W. Z. Legitimizing Humanitarian Intervention Through International Law Breaches Invoking *Erga Omnes* Obligations. **International Law Students Association Quarterly**, v. 13, n. 1, p. 8, 2004.

KOVÁCS-ZSANKÓ, G. Rohingya, a Non-Existing Nation. **Pécs Journal of International and European Law**, v. 1, p. 39, 2017.

KRAAK, L. 'The absence of human rights in heritage practice at Bagan in Myanmar. **Human Rights Defender**, v. 24, n. 2, p. 19, 2015.

KRISS, K. Role of the International Court of Justice: Example of the Genocide Case. **Acta Societatis Martensis**, v. 3, p. 143, 2008.

KRIVENKO, E. Y. The ICJ and *Jus Cogens* through the Lens of Feminist Legal Methods. **The European Journal of International Law**, v. 28, n. 3, p. 959, 2017.

LEKHI, P. The Nuclear Problem: A Communitarian Response. **Netherlands International Law Review**, v. 68, p. 89, 2021.

LEVINE, A. V. A Modern Day Holocaust: The Genocide of the Rohingya Muslims of Myanmar. **Rutgers Journal of Law & Religion**, v. 19, p. 398, 2018.

LEVY, A. Rohingya in Myanmar: The United Nations' Failure to Enforce Violations of Crimes Against Humanity and Genocide. **The Georgetown International Law Review**, v. 57, p. 321-343, 2019.

LINDERFALK, U. International Legal Hierarchy Revisited — The Status of Obligations *Erga Omnes*. **Nordic Journal of International Law**, v. 80, n. 1, p. 1, 2011.

LONGOBARDO, M. The Contribution of International Humanitarian Law to the Development of the Law of International Responsibility Regarding Obligations *Erga Omnes* and *Erga Omnes Partes*. **Journal of Conflict & Security Law**, v. 23, n. 3, p. 383, 2018.

MARTI, G. The Role of the Constitutional Tribunal in Myanmar's Reform Process. **Asian Journal of Comparative Law**, v. 10, p. 153, 2015.

MESSNER, N. et al. Qualitative evidence of crimes against humanity: the August attacks on the Rohingya in northern Rakhine State, Myanmar. **Conflict and Health**, v. 13, n. 41, 2019.

MITCHELL, D.; BROWN-JACKSON, M. Understanding Myanmar: History and Current Perspective: A Conversation with Derek Mitchell. **Fletcher Security Review**, p. 90, 2018.

MITHUN, M. B. Ethnic Conflict and Violence in Myanmar: The Exodus of Stateless Rohingya People. **International Journal on Minority and Group Rights**, v. 25, n. 4, p. 1, 2018.

MOHAMMAD, N. International Refugee Law Standards: Rohingya Refugee Problems in Bangladesh. **ISIL Year Book of International Humanitarian and Refugee Law**, v. 11, p. 401, 2011.

MOHAMMAD, N. The Problem of Rohingya Refugees in Bangladesh: A Critical Analysis. **Kathmandu School of Law Review**, v. 5, n. 2, p. 14, 2017.

MORGAN, A. J. A Remarkable Occurrence: Progress for Civil Society in an "Open" Myanmar. **Pacific Rim Law & Policy Journal Association**, v. 23, n. 3, p. 495, 2014.

NACHRIN, T. Social Media Use by Rohingya Refugees in Bangladesh: A Uses and Gratification Approach. **International Journal of Social Science Studies**, v. 8, n. 1, p. 1, 2020.

NARDI, D. J. Finding Justice Scalia in Burma: Constitutional Interpretation and the Impeachment of Myanmar's Constitutional Tribunal. **Pacific Rim Law & Policy Journal Association**, v. 23, n. 3, p. 633, 2014.

NETH, C. The Issue of Mens Rea in the Crime of Genocide and Why it Needs to be Amended. **Legal Issues Journal**, v. 7, n. 1, p. 15, 2019.

NHAKIM, N. How Social Media Companies Could Be Complicit in Incitement to Genocide. **Chicago Journal of International Law**, v. 21, n. 1, p. 83, 2020.

NOLLKAEMPER, A. International Adjudication of Global Public Goods: The Intersection of Substance and Procedure. **The European Journal of International Law**, v. 23, n. 3, p. 769, 2012.

OELLERS-FRAHM, K. Lawmaking Through Advisory Opinions?. **German Law Journal**, v. 12, n. 5, p. 1033, 2011.

O'KEEFE, R. World Cultural Heritage: Obligations to the International Community as a whole?. **International and Comparative Law Quarterly**, v. 53, p. 189, 2004.

ORAKHELASHVILI, A. Questions of International Judicial Jurisdiction in the LaGrand Case. **Leiden Journal of International Law**, v. 15, n. 1, p. 105-130, 2022.

PALCHETTI, P. Opening the International Court of Justice to Third States: Intervention and Beyond. **Max Planck Yearbook of United Nations Law**, v. 6, n. 1, p. 139, 2002.

PALCHETTI, P. The Power of the International Court of Justice to Indicate Provisional Measures to Prevent the Aggravation of a Disput. **Leiden Journal of International Law**, v. 21, n. 3, p. 623, 2008.

PARK, J. Myanmar's Foreign Strategy toward China since Rohingya Crisis: Changes, Outlook and Implications. **Journal of Liberty and International Affairs**, v. 6, n. 1, p. 10, 2020.

PATNAIK, D. S.; SIDDIQUI, N. A. Problems of Refugee Protection in International Law: An Assessment through the Rohingya Refugee Crisis in India. **Socio-Legal Review**, v. 14, n. 1, p. 1, 2018.

PEDERSEN, M. B. The Roots of the Rohingya Refugee Crisis. **Human Rights Defender**, v. 28, n. 2, p. 16, 2018.

PEGNA, O. L. Counter-claims and Obligations *Erga Omnes* before the International Court of Justice. **European Journal of International Law**, v. 9, p. 724, 1998.

PETERSEN, N. Lawmaking by the International Court of Justice — Factors of Success. **German Law Journal**, v. 12, n. 5, p. 1295, 2011.

PEZZANO, L. Las Obligaciones de los Estados en el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos. **Anuario Español de Derecho Internacional**, v. 30, p. 303, 2014.

PRAGER, D. W. Procedural Developments at the International Court of Justice. **Law and Practice of International Courts and Tribunals**, v. 2, n. 3, p. 551, 2003.

PROULX, V.-J. The Marshall Islands Judgments and Multilateral Disputes at the World Court: Whither Access to International Justice?. **American Journal of International Law**, v. 111, p. 96, 2017.

QUIGLEY, J. International Court of Justice as a Forum for Genocide Cases. **Case Western Reserve Journal of International Law**, v. 40, n. 2, p. 243, 2008.

QUINTANA, J. J. Procedural Developments at the International Court of Justice. **Law and Practice of International Courts and Tribunals**, v. 10, n. 3, p. 507, 2011.

RAJ, V. The Gambia v Myanmar: Paving the Yellow Brick Road to International Accountability for the Crime of Genocide. **De Lege Ferenda**, v. 3, n. 1, p. 42, 2021.

RANA, O. 'Similar Trails: A Comparison of the Legalized Discrimination of Indigenous Communities Paralleling the Rohingya of Myanmar and the Native Americans of the United States. **Rutgers Race and the Law Review**, v. 20, n. 2, p. 175, 2019.

RANA, P. B., An Analysis of Principle of *Erga Omnes Partes* with Special Reference to the Case of Belgium v. Senegal, 2012. **Kathmandu School of Law Review**, v. 6, n. 1, p. 193, 2018.

REICHLER, P. S. The Impact of the Nicaragua Case on Matters of Evidence and Fact-Finding. **Leiden Journal of International Law**, v. 25, n. 1, p. 149, 2012.

RENSHAW, C. Myanmar's Genocide and the Legacy of Forgetting. **Georgia Journal of International and Comparative Law**, v. 48, p. 425, 2020.

REST, A. State Responsibility/Liability: *Erga Omnes* Obligations and Judicial Control. **Environmental Policy and Law**, v. 40, n. 6, p. 298, 2010.

ROBERTSON, G. Human Rights Fact-Finding: Some Legal and Ethical Dilemmas. **UCL Human Rights Review**, v. 3, p. 15, 2010.

SCHARF, M.; WILLIAMS, P., Talking Foreign Policy: The Rohingya Genocide. **Case Western Reserve Journal of International Law**, v. 52, p. 543, 2020.

SCOBIE, I. The Invocation of Responsibility for the Breach of "Obligations under Peremptory Norms of General International Law". **European Journal of International Law**, v. 13, n. 5, p. 1201, 2002.

SHABNAM, S. Victims of Abuse of Power: A Socio-Legal Study of Myanmar's Rohingya Muslims in Jammu and Kashmir. **ISIL Year Book of International Humanitarian and Refugee Law**, p. 237, 2016.

SHAH, R. L. Assessing the Atrocities: Early Indications of Potential International Crimes Stemming from the 2017 Rohingya Humanitarian Crisis. **Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review**, v. 41, n. 2, p. 181, 2018.

SHAH, S. Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v Senegal). **Human Rights Law Review**, v. 13, n. 2, p. 351, 2013.

SHAHABUDDIN, M. Post-colonial Boundaries, International Law, and the Making of the Rohingya Crisis in Myanmar. **Asian Journal of International Law**, v. 9, p. 334, 2019.

SHAW, M. N. The International Court of Justice: A Practical Perspective. **International and Comparative Law Quarterly**, v. 46, n. 4, p. 831, 1997.

SHIGETA, Y. Obligations to Protect the Environment in the ICJ's Practice: To What Extent *Erga Omnes*?. **Japanese Yearbook of International Law**, v. 55, p. 176, 2012.

SICILIANOS, L-A. The Classification of Obligations and the Multilateral Dimension of the Relations of International Responsibility. **European Journal of International Law**, v. 13, n. 5, p. 1127, 2002.

SIMMA, B. From Bilateralism to Community Interest in International Law. **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International**, v. 250, p. 229, 1994.

SIMMA, B. From LaGrand and Avena to Medellín — A Rocky Road toward Implementation. **Tulane Journal of International and Comparative Law**, v. 14, n. 1, p. 7, 2005.

SIMON, D. J. Rwanda and the Rohingya: Learning the Wrong Lesson?. **Journal of International Peacekeeping**, v. 22, p. 199, 2018.

SLEZAK, A. C.; SINGER, T. R.; RAMADURAI, R. Stateless and Fleeing Persecution: The Situation of the Rohingya in Thailand. **Children's Legal Rights Journal**, v. 35, n. 1, p. 44, 2015.

SOBENES OBREGON, E. Non-Compliance of Judgments and the Inherent Jurisdiction of the ICJ. **Journal of Territorial and Maritime Studies**, v. 7, n. 1, p. 53, 2020.

SOUTHWICK, K. G. Myanmar's Democratic Transition: Peril or Promise for the Stateless Rohingya?. **Tilburg Law Review**, v. 19, p. 261, 2014.

STAVROU, K. Civil Society and the IIMM in the Investigation and Prosecution of the Crimes Committed against the Rohingya. **Utrecht Journal of International and European Law**, v. 36, n. 1, p. 95, 2021.

STEINBERG, D. Globalization, Dissent, and Orthodoxy: Burma/Myanmar and the Saffron Revolution. **Georgetown Journal of International Affairs**, v. 9, n. 2, p. 51, 2008.

STIANSEN, Ø. Directing Compliance? Remedial Approach and Compliance with European Court of Human Rights Judgments. **British Journal of Political Science**, v. 51, p. 899, 2021.

SULLIVAN, D. Remarks by Daniel Sullivan. **Proceedings of the ASIL Annual Meeting**, p. 115, 2019.

SUZINEAU, S.; MULLER, D. Droit International Public General: Cour Internationale de Justice. **Revue Quebecoise de Droit International**, v. 19, n. 1, p. 215, 2006.

SWINEHART, M. W. 'Institutionalism, Legitimacy, and Fact-Finding in International Disputes. **Florida State University Law Review**, v. 47, n. 2, p. 279, 2020.

TAMS, C. J.; TZANAKOPOULOS, A. Barcelona Traction at 40: The ICJ as an Agent of Legal Development. **Leiden Journal of International Law**, v. 23, p. 781, 2010.

TAMS, C. J.; TZANAKOPOULOS, A. Introduction: Domestic Courts as Agents of Development of International Law. **Leiden Journal of International Law**, v. 26, n. 3, p. 531, 2013.

TANAKA, Y. Reflections on *Locus Standi* in Response to a Breach of Obligations *Erga Omnes Partes*: A Comparative Analysis of the *Whaling in the Antarctic* and *South China Sea* Cases. **The Law & Practice of International Courts and Tribunals**, v. 17, n. 3, p. 527, 2018.

TEITELBAUM, R. Recent Fact-Finding Developments at the International Court of Justice. **Law and Practice of International Courts and Tribunals**, v. 6, n. 1, p. 119, 2007.

THAMILMARAN, V. T. 'Human Rights and Democracy: The Experience in Myanmar. **Sri Lanka Journal of International Law**, v. 8, p. 205, 1996.

THIELE, L. The Right-To-Work for Rohingya in Thailand. **Notre Dame Journal of International & Comparative Law**, v. 9, n. 1, p. 100, 2019.

THIN, S. Community Interest and the International Public Legal Order. **Netherlands International Law Review**, v. 68, p. 35, 2021.

TOMAR, P.; PANDEY, A. Rohingya's Genocide: Human Rights and Politics. **Kathmandu School of Law Review**, v. 6, n. 1, p. 176, 2018.

TOUFAYAN, M. The World Court's Distress When Facing Genocide: A Critical Commentary on the Application of Genocide Convention Case (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro)). **Texas International Law Journal**, v. 40, n. 2, p. 233, 2005.

TOWADI, M. The Application of Sharia Maqashid on the Protection of the Rights of Minority of Muslim Rohingya in Regional ASEAN (Indonesia-Malaysia). **Journal of Indonesian Legal Studies**, v. 2, n. 1, p. 43, 2017.

TY, R. The Rohingya Refugee Crisis. **International Journal on Human Rights**, v. 16, n. 29, p. 49, 2019.

UCHKUNOVA, I. Provisional Measures before the International Court of Justice. **Law and Practice of International Courts and Tribunals**, v. 12, n. 3, p. 391, 2013.

ULLAH, A. K. M. Ahsan. Rohingya Crisis in Myanmar: Seeking Justice for the "Stateless". **Journal of Contemporary Criminal Justice**, v. 32, n. 3, p. 285-301, 2016.

URS, P. Obligations *erga omnes* and the question of standing before the International Court of Justice. **Leiden Journal of International Law**, v. 34, p. 505, 2021.

VALENCIA-OSPINA, E. Evidence before the International Court of Justice. **International Law FORUM Du Droit International**, v. 1, n. 4, p. 202, 1999.

VAN DEN HERIK, L. An Inquiry into the Role of Commissions of Inquiry in International Law: Navigating the Tensions between Fact-Finding and Application of International Law. **Chinese Journal of International Law**, v. 13, p. 507, 2014.

VAN DEN HERIK, L. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia) (I.C.J.). **International Legal Materials**, v. 54, p. 787, 2015.

VAN SCHAACK, B. Determining the Commission of Genocide in Myanmar: Legal and Policy Considerations. **Stanford Public Law Working Paper**, v. 17, p. 285, 2018.

VAN STEENBERGHE, R. L'Arret de la Cour Internationale de Justice dans l'Affaire Belgique contre Senegal ou du Principe Aut Dedere Aut Iudicare. **Belgian Review of International Law**, v. 42, n. 2, p. 663, 2012.

VENZKE, I. Public Interests in the International Court of Justice — A Comparison between *Nuclear Arms Race* (2016) and *South West Africa* (1996). **American Journal of International Law**, v. 111, p. 68, 2017.

VILLALPANDO, S. The Legal Dimension of the International Community: How Community Interests are Protected in International Law. **European Journal of International Law**, v. 21, p. 387, 2010.

WOUTERS, J.; VERHOEVEN, S. The Prohibition of Genocide as a Norm of *Ius Cogens* and Its Implications for the Enforcement of the Law of Genocide. **International Criminal Law Review**, v. 5, n. 3, p. 401, 2005.

YONGMING, S. The Implications of Myanmar's Democratic Transition. **China International Studies**, p. 37, 2012.

ZARNI, M.; COWLEY, A. The Slow-Burning Genocide of Myanmar's Rohingya. **Pacific Rim Law & Policy Journal Association**, v. 23, n. 3, p. 683, 2014.

ZAWACKI, B. Defining Myanmar's "Rohingya Problem". **Human Rights Brief**, v. 20, n. 3, p. 18, 2013.

ZELMAN, B. A Crime Universally Acknowledged. **Georgetown Journal of International Law**, v. 51, p. 727, 2020.

ZEMANEK, K. New Trends in the Enforcement of *erga omnes* Obligations. **Max Planck Yearbook of United Nations Law**, v. 4, n. 1, p. 1, 2000.

ZEVELEKOS, V. P. Revisiting the Humanisation of International Law: Limits and Potential — Obligations *Erga Omnes*, Hierarchy of Rules and the Principle of Due Diligence as the Basis for Further Humanisation. **Erasmus Law Review**, v. 6, n. 1, p. 62, 2013.

Documents

ADVISORY Commission on Rakhine State. **Towards a Peaceful, Fair and Prosperous Future for the People of Rakhine**, 2017. Disponível em: https://www.rakhinecommission.org/app/uploads/2017/08/FinalReport_Eng.pdf. Acesso em 02 mar. 2021.

GOVERNMENT of The Netherlands, 'Joint statement of Canada and the Kingdom of the Netherlands regarding intention to intervene in The Gambia v. Myanmar case at the International Court of Justice'. **Diplomatic Statement**, 2 set. 2020. Disponível em: <https://www.government.nl/documents/diplomatic-statements/2020/09/02/joint-statement-of-canada-and-the-kingdom-of-the-netherlands-regarding-intention-to-intervene-in-the-gambia-v.-myanmar-case-at-the-international-court-of-justice>. Acesso em 31 mar. 2021.

INTERNATIONAL Center for Transitional Justice. **What is Transitional Justice?**, 2021. Disponível em: <https://www.ictj.org/about/transitional-justice>. Acesso em 15 abr. 2021.

INTERNATIONAL Fact-Finding Mission on Myanmar. DOC. A/HRC/42/CRP.5 (United Nations 2019).

INTERNATIONAL Law Commission. **Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law — Study on the "Function and scope of the *lex specialis* rules and the question of self-contained regimes": Preliminary report by Mr. Martti Koskenniemi, Chairman of the Study Group**. DOC. A/CN.4/ICL(LVI)/SG/FIL/CRD.1 (United Nations 2004).

INTERNATIONAL Law Commission. **Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law — Report of the Study Group of the International Law Commission.** DOC. A/CN.4/L.682 (United Nations 2006).

INTERNATIONAL Law Commission. **Report of the Commission to the General Assembly on the work of its fifty-seventh session Volume II Part Two.** DOC. A/CN.4/SER.A/2005/Add.1 (Part 2) (United Nations 2005).

MINISTRY of Foreign Affairs Republic of Maldives. **The Republic of Maldives to file declaration of intervention in support of the Rohingya people, at the International Court of Justice**, 25 fev. 2020. Disponível em: <https://www.foreign.gov.mv/index.php/en/mediacentre/news/5483-the-republic-of-maldives-to-file-declaration-of-intervention-in-support-of-the-rohingya-people,-at-the-international-court-of-justice>. Acesso em 31 mar. 2021.

OIC Journal, Issue 64 (Organisation for Islamic Cooperation January — April 2021).

RESOLUTION adopted by the Human Rights Council on 24 March 2017. DOC. A/HRC/RES/34/22.

RESOLUTION adopted by the Human Rights Council on 27 September 2018. DOC. A/HRC/RES/39/2.

ROB Grace and Claude Bruderlein. **Building Effective Monitoring, Reporting, and Fact — Finding Mechanisms.** Draft Working Paper. Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, 2012.

ROB Grace. **The Design and Planning of Monitoring, Reporting, and Fact-Finding Missions.** Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, 2013.

UNITED Nations High Commissioner for Human Rights. **Detailed findings of the Independent.**

UNITED Nations High Commissioner for Human Rights. Report of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar. DOC. A/HRC/39/64 (United Nations 2018).

UNITED Nations High Commissioner for Human Rights. Report of the detailed findings of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar. DOC. A/HRC/42/CRP.2 (United Nations 2018).

UNITED Nations High Commissioner for Human Rights. **Sexual and gender-based violence in Myanmar and the gendered impact of its ethnic conflict.** DOC. A/HRC/42/CRP.4 (United Nations 2019).

UNITED Nations High Commissioner for Human Rights. **The economic interests of the Myanmar military.** DOC. A/HRC/42/CRP.3 (United Nations 2019).

UNITED Nations Treaty Series. **Treaties and international agreements registered or filed and recorded with the Secretariat of the United Nations**, volume 2040 (United Nations 2001).

YEARBOOK of the International Law Commission, Volume II, Part Two. **Report of the Commission to the General Assembly on the work of its fifty-third session**. DOC. A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (United Nations 2007).

Articles in Blogs

AHMED, K. Incidental Proceedings Likely to Follow in The Gambia v. Myanmar. **Blog Opinio Juris**, 16 out. 2020, Disponível em: <http://opiniojuris.org/2020/10/16/incidental-proceedings-likely-to-follow-in-the-gambia-v-myanmar/>. Acesso em 31 mar. 2021.

AKANDE, D. Abandoning, Revising or Rethinking the Basis and the Application of the Monetary Gold Doctrine: A Discussion of Zachary Mollengarden & Noam Zamir's AJIL Article. **EjilTalk**, 18 mai. 2021. Disponível em: https://www.ejiltalk.org/abandoning-revising-or-rethinking-the-basis-and-the-application-of-the-monetary-gold-principle-a-discussion-of-zachary-mollengarden-noam-zamirs-the-monetary-gold-principle-back-to-basi/?utm_source=mailpoet&utm_medium=email&utm_campaign=ejil-talk-newsletter-post-%20title_2. Acesso em 20 mai. 2021.

BARBER, R. The General Assembly should provide guidance to the UN system on the question of who gets to represent Myanmar. **EjilTalk**, 07 jun. 2021). Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/the-general-assembly-should-provide-guidance-to-the-un-system-on-the-question-of-who-gets-to-represent-myanmar/>. Acesso em 14 jun. 2021.

BECKER, M. A. Rohingya Symposium: Why So Secret? The Case for Public Access to Myanmar's Reports on Implementation of the ICJ's Provisional Measures Order. **Blog Opinio Juris**, 25 mai. 2020. Disponível em: <http://opiniojuris.org/2020/08/25/rohingya-symposium-why-so-secret-the-case-for-public-access-to-myanmars-reports-on-implementation-of-the-icjs-provisional-measures-order/>. Acesso em 31 mar. 2021.

BECKER, M. A. The Challenges for the ICJ in the Reliance on UN Fact-Finding Reports in the Case against Myanmar. **EjilTalk**, 14 dez. 2019. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/the-challenges-for-the-icj-in-the-reliance-on-un-fact-finding-reports-in-the-case-against-myanmar/>. Acesso em 31 mar. 2021.

BECKER, M. A. The ICJ's Order on Provisional Measures: Why does it matter?. **Blog Prothomalo English**, 25 jan. 2020. Disponível em: <https://en.prothomalo.com/opinion/The-ICJ%E2%80%99s-Order-on-Provisional-Measures-Why-does>. Acesso em 31 mar. 2021.

BECKER, M. A. The Situation of the Rohingya: Is there a role for the International Court of Justice?. **EjilTalk**, 14 nov. 2018. Disponível em: <https://>

www.ejiltalk.org/the-situation-of-the-rohingya-is-there-a-role-for-the-international-court-of-justice/. Acesso em 31 mar. 2021.

DESIERTO, D. Passing the Buck? The UN Security Council's Undue Reliance on ASEAN to Defuse the Myanmar Crisis. **EjilTalk**, 5 abr. 2021. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/passing-the-buck-the-un-security-councils-undue-reliance-on-asean-to-defuse-the-myanmar-crisis/>. Acesso em 8 abr. 2021. accessed 8 April 2021

GRADONI, L. Gli obblighi erga omnes, l'idioma dell'egemone e la ricerca del diritto. Ancora sull'intervento contro l'ISIS e oltre. **SIDIBlog**, 24 set. 2014. Disponível em: <http://www.sidiblog.org/2014/09/24/gli-obblighi-erga-omnes-lidioma-dellegemone-e-la-ricerca-del-diritto/>. Acesso em 09 mai, 2021.

GUILFOYLE, D. Is the International Criminal Court destined to pick fights with non-state parties?. **EjilTalk**, 14 jul. 2020. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/is-the-international-criminal-court-destined-to-pick-fights-with-non-state-parties/>. Acesso em 8 abr. 2021.

KAPOOR, R.; ARAVINDAKSHAN, S. Hate Speech as Persecution: Tackling the Gordian Knot. **EjilTalk**, 12 ago. 2020. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/hate-speech-as-persecution-tackling-the-gordian-knot/>. Acesso em 08 abr. 2021.

KÜÇÜKSU, A. In the Aftermath of a Judgment: Why Human Rights Organisations Should Harness the Potential of Rule 9. **Strasbourg Observers**, 3 mar. 2021. Disponível em: <https://strasbourgobservers.com/2021/03/03/in-the-aftermath-of-a-judgment-why-human-rights-organisations-should-harness-the-potential-of-rule-9/>. Acesso em 15 abr. 2021.

MAHNAD, P. L. An Independent Mechanism for Myanmar: A Turning Point in the Pursuit of Accountability for International Crimes. **EjilTalk**, 01 out. 2018. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/a-turning-point-in-the-pursuit-of-accountability-for-international-crimes/>. Acesso em 31 mar. 2021. 2021

MILANOVIC, M. ICJ Indicates Provisional Measures in the Myanmar Genocide Case. **EjilTalk**, 23 jan. 2020. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/icj-indicates-provisional-measures-in-the-myanmar-genocide-case/>. Acesso em 31 mar. 2021.

MILANOVIC, M. Two Questions on Coups and Representation before International Courts. **EjilTalk**, 12 mai. 2021. Disponível em: https://www.ejiltalk.org/two-questions-on-coups-and-representation-before-international-courts/?utm_source=mailpoet&utm_medium=email&utm_campaign=ejil-talk-newsletter-post-title_2. Acesso em 12 mai. 2021.

PAPARINSKIS, M. Crippling Compensation in the Law of State Responsibility. **EjilTalk**, 17 mai. 2021. Disponível em: https://www.ejiltalk.org/crippling-compensation-in-the-law-of-state-responsibility/?utm_source=

mailpoet&utm_medium=email&utm_campaign=ejil-talk-newsletter-post-title_2. Acesso em 20 mai. 2021.

PAPARINSKIS, M. Crippling Compensation in the Law of State Responsibility. **EjilTalk**, 17 mai. 2021. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/crippling-compensation-in-the-law-of-state-responsibility/>. Acesso em 14 jun. 2021.

PATARROYO, P. Monitoring provisional measures at the International Court of Justice: the recent amendment to the Internal Judicial Practice. **EjilTalk**, 22 jan. 2021. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/monitoring-provisional-measures-at-the-international-court-of-justice-the-recent-amendment-to-the-internal-judicial-practice/>. Acesso em 31 mar. 2021.

PILLAI, P. Canada and The Netherlands: New Intervention in The Gambia Myanmar at the International Court of Justice. **Blog Opinio Juris**, 03 set. 2020. Disponível em: <http://opiniojuris.org/2020/09/03/canada-and-the-netherlands-new-intervention-in-the-gambia-v-myanmar-at-the-international-court-of-justice/>. Acesso em 31 mar. 2021.

PILLAI, P. Human rights impact assessment in Myanmar: Facebook's anodyne report. **Blog Opinio Juris**, 21 nov. 2018. Disponível em: <https://opiniojuris.org/2018/11/21/human-rights-impact-assessment-in-myanmar-facebooks-anodyne-report/>. Acesso em 08 abr. 2021.

PILLAI, P. ICJ Order on Provisional Measures: The Gambia v Myanmar. **Blog Opinio Juris**, 24 jan. 2020. Disponível em: <http://opiniojuris.org/2020/01/24/icj-order-on-provisional-measures-the-gambia-v-myanmar/>. Acesso em 31 mar. 2021.

PILLAI, P. Intervention of the UN High Commissioner for Human Rights at the Indian Supreme Court: International Law and the Citizenship Amendment Act. **Blog Opinio Juris**, 5 mar. 2020. Disponível em: <https://opiniojuris.org/2020/03/05/intervention-of-the-un-high-commissioner-for-human-rights-at-the-indian-supreme-court-international-law-and-the-citizenship-amendment-act/>. Acesso em 08 abr. 2021

PILLAI, P. Myanmar Coup d'état — Implications for International Justice. **Blog Opinio Juris**, 11 fev. 2021. Disponível em: <http://opiniojuris.org/2021/02/11/myanmar-coup-detat-implications-for-international-justice/>. Acesso em 31 mar. 2021.

PILLAI, P. New Mechanism at the International Court of Justice on Implementation of Provisional Measures: Significance for The Gambia v Myanmar. **Blog Opinio Juris**, 22 dez. 2020. Disponível em: <http://opiniojuris.org/2020/12/22/new-mechanism-at-the-international-court-of-justice-on-implementation-of-provisional-measures-significance-for-the-gambia-v-myanmar/>. Acesso em 31 mar. 2021. accessed 31 March 2021

PILLAI, P. Renewed Impetus for Accountability: Implications of the Myanmar Fact-Finding Mission report. **Blog Opinio Juris**, 25 set. 2018. Disponível em: <https://opiniojuris.org/2018/09/25/renewed-impetus-for-accountability-implications-of-the-myanmar-fact-finding-mission-report>. Acesso em 08 abr. 2021.

PILLAI, P. Rohingya Symposium: Concluding Comments — “And Miles to Go...”. **Blog Opinio Juris**, 28 ago. 2020. Disponível em: <http://opiniojuris.org/2020/08/28/rohingya-symposium-concluding-comments-and-miles-to-go>. Acesso em 31 mar. 2021.

PILLAI, P. Symposium on The Impact and Implications of International Law: Myanmar and the Rohingya — An Introduction. **Blog Opinio Juris**, 24 ago. 2020. Disponível em: <http://opiniojuris.org/2020/08/24/symposium-on-the-impact-and-implications-of-international-law-myanmar-and-the-rohingya-an-introduction/>. Acesso em 31 mar. 2021.

PILLAI, P. The Gambia v Myanmar at the International Court of Justice: Points of Interest in the Application. **Blog Opinio Juris**, 13 nov. 2019. Disponível em: <http://opiniojuris.org/2019/11/13/the-gambia-v-myanmar-at-the-international-court-of-justice-points-of-interest-in-the-application/>. Acesso em 31 mar. 2021.

PILLAI, P. The Gambia v Myanmar Provisional Measures ICJ hearings: It's a wrap...for now!. **Blog Opinio Juris**, 13 dez. 2019. Disponível em: <http://opiniojuris.org/2019/12/13/the-gambia-v-myanmar-provisional-measures-icj-hearings-its-a-wrapfor-now/>. Acesso em 31 mar. 2021.

PILLAI, P. The Gambia v Myanmar: Day 1 of the Provisional Measures Hearings at the International Court of Justice. **Blog Opinio Juris**, 11 dez. 2019. Disponível em: <http://opiniojuris.org/2019/12/11/the-gambia-v-myanmar-day-1-of-the-provisional-measures-hearings-at-the-international-court-of-justice/>. Acesso em 31 mar. 2021.

PILLAI, P. The Gambia v Myanmar: Day 2 of the Provisional Measures hearing at the International Court of Justice. **Blog Opinio Juris**, 12 dez. 2019. Disponível em: <http://opiniojuris.org/2019/12/12/the-gambia-v-myanmar-day-2-of-the-provisional-measures-hearing-at-the-international-court-of-justice>. Acesso em 31 mar. 2021.

PILLAI, P. The International Court of Justice and the Rohingya: The Long Road Ahead for Accountability. **Blog Opinio Juris**, 06 nov. 2019. Disponível em: <https://opiniojuris.org/2019/11/06/the-international-court-of-justice-and-the-rohingya-the-long-road-ahead-for-accountability/>. Acesso em 08 abr. 2021.

PILLAI, P. The Republic of The Gambia v Facebook, Inc.: Domestic Proceedings, International Implications. **Blog Opinio Juris**, 08 ago. 2020. Disponível em: <http://opiniojuris.org/2020/08/08/the-republic-of-the-gambia-v-facebook-inc-domestic-proceedings-international-implications/>. Acesso em 31 mar. 2021.

PILLAI, P. Three Complementary Legal Strategies for Accountability: A Momentous Week for the Rohingya. **Blog Opinio Juris**, 19 nov. 2019. Disponível em: <http://opiniojuris.org/2019/11/19/three-complimentary-legal-strategies-for-accountability-a-momentous-week-for-the-rohingya>. Acesso em 31 mar. 2021.

PILLAI, P. Truth Commissions and Colonial Atrocities: Moving the Needle Further Towards State Responsibility?. **Blog Opinio Juris**, 27 abr. 2019. Disponível em: <https://opiniojuris.org/2019/04/27/truth-commissions-and-colonial-atrocities-moving-the-needle-further-towards-state-responsibility/>. Acesso em 08 abr. 2021.

SHAHABUDDIN, M. Development, Peacebuilding, and the Rohingya in Myanmar. **EjilTalk**, 05 out. 2020. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/development-peacebuilding-and-the-rohingya-in-myanmar/>. Acesso em 08 abr. 2021.

THIN, S. The Curious Case of the 'Legal Effect' of ICJ Advisory Opinions in the Mauritius/Maldives Maritime Boundary Dispute. **EjilTalk**, 5 fev. 2021. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/the-curious-case-of-the-legal-effect-of-icj-advisory-opinions-in-the-mauritius-maldives-maritime-boundary-dispute>. Acesso em 08 abr. 2021.

UCHKUNOVA, I. Belgium v. Senegal: Did the Court End the Dispute between the Parties?. **EjilTalk**, 25 jul. 2012. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/belgium-v-senegal-did-the-court-end-the-dispute-between-the-parties/>. Acesso em 6 mai. 2021.

VAN POECKE, T.; HERMEZ, M.; VERNIMMEN, J. The Gambia's gamble, and how jurisdictional limits may keep the ICJ from ruling on Myanmar's alleged genocide against Rohingya. **EjilTalk**, 21 nov. 2019. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/the-gambias-gamble-and-how-jurisdictional-limits-may-keep-the-icj-from-ruling-on-myanmars-alleged-genocide-against-rohingya/>. Acesso em 31 mar. 2021.

YAU, S. S. M. The Decentralisation of International Crimes: A shift from the central criminal apparatus at the ICC?. **EjilTalk**, 27 dez. 2018. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/the-decentralisation-of-international-crimes-a-shift-from-the-central-criminal-apparatus-at-the-icc/>. Acesso em 08 abr. 2021.

News Reports

ARAB News. **OIC human rights delegation urges Myanmar government to end violence against Rohingya population**, 6 jan. 2018. Disponível em: <https://www.arabnews.com/node/1219906/saudi-arabia>. Acesso em 09 abr. 2021.

GLOBAL Citizen. **At Least 20 Killed in Capsized Boat as Ethnic Violence in Myanmar Gets Worse**, 31 ago 2017. Disponível em: <https://www.globalcitizen.org/en/content/rohingya-women-and-children-wash-up-on-bangladesh/>. Acesso em 09 abr. 2021.

GLOBAL Citizen. **Meet the Most Persecuted Minority in the World: Rohingya Muslims**, 10 fev. 2017. Disponível em: <https://www.globalcitizen.org/es/content/recognizing-the-rohingya-and-their-horrifying-pers/>. Acesso em 09 abr. 2021.

HUMAN Rights Watch. **ASEAN: Overhaul Regional Response to Rohingya Crisis**, 26 jun. 2020. Disponível em: <https://www.hrw.org/news/2020/06/26/asean-overhaul-regional-response-rohingya-crisis>. Acesso em 09 abr. 2021.

HUMAN Rights Watch. **Bangladesh: Move Rohingya from Dangerous Silt Island**, 9 jul. 2020. Disponível em: <https://www.hrw.org/news/2020/07/09/bangladesh-move-rohingya-dangerous-silt-island>. Acesso em 09 abr. 2021.

HUMAN Rights Watch. **Giving Gambia a Big Voice on Human Rights**, 26 jun. 2020. Disponível em: <https://www.hrw.org/news/2020/06/26/giving-gambia-big-voice-human-rights>. Acesso em 09 abr. 2021.

HUMAN Rights Watch. **Japan: Cancel Financial Grant to Myanmar Police**, 23 jul. 2020. Disponível em: <https://www.hrw.org/news/2020/07/23/japan-cancel-financial-grant-myanmar-police>. Acesso em 09 abr. 2021.

HUMAN Rights Watch. **Malaysia: Stop Treating Rohingya Refugees as Criminals**, 22 jul. 2020. Disponível em: <https://www.hrw.org/news/2020/07/22/malaysia-stop-treating-rohingya-refugees-criminals>. Acesso em 09 abr. 2021.

HUMAN Rights Watch. **Myanmar Bars Rohingya Candidates from Elections, Again**, 18 ago. 2020. Disponível em: <https://www.hrw.org/news/2020/08/18/myanmar-bars-rohingya-candidates-elections-again>. Acesso em 09 abr. 2021.

HUMAN Rights Watch. **Myanmar Needs to Answer to UN Rights Body**, 20 jul. 2020. Disponível em: <https://www.hrw.org/news/2020/07/20/myanmar-needs-answer-un-rights-body>. Acesso em 09 abr. 2021.

HUMAN Rights Watch. **Myanmar: Court Martial Latest Accountability Sham**, 3 jul. 2020. Disponível em: <https://www.hrw.org/news/2020/07/03/myanmar-court-martial-latest-accountability-sham>. Acesso em 09 abr. 2021.

HUMAN Rights Watch. **Myanmar: Drop Charges Against Free-Speech Activist**, 20 ago. 2020. Disponível em: <https://www.hrw.org/news/2020/08/20/myanmar-drop-charges-against-free-speech-activist>. Acesso em 09 abr. 2021.

HUMAN Rights Watch. **Myanmar: End Harassment of Rakhine Media Outlets**, 01 set. 2020. Disponível em: <https://www.hrw.org/news/2020/09/01/myanmar-end-harassment-rakhine-media-outlets>. Acesso em 09 abr. 2021.

HUMAN Rights Watch. **Myanmar: End Unlawful Internet Restrictions**, 27 jul. 2020. Disponível em: <https://www.hrw.org/news/2020/07/27/myanmar-end-unlawful-internet-restrictions>. Acesso em 09 abr. 2021.

HUMAN Rights Watch. **Myanmar: Imagery Shows 200 Buildings Burned**, 26 mai. 2020. Disponível em: <https://www.hrw.org/news/2020/05/26/myanmar-imagery-shows-200-buildings-burned>. Acesso em 09 abr. 2021.

HUMAN Rights Watch. **Myanmar: Rohingya Await Justice, Safe Return 3 Years On**, 24 ago. 2020. Disponível em: <https://www.hrw.org/news/2020/08/24/myanmar-rohingya-await-justice-safe-return-3-years>. Acesso em 09 abr. 2021.

HUMAN Rights Watch. **Myanmar's Directives Not Enough to Protect Rohingya**, 09 abr. 2021. Disponível em: <https://www.hrw.org/news/2020/04/09/myanmars-directives-not-enough-protect-rohingya>. Acesso em 09 abr. 2021.

HUMAN Rights Watch. **Pandemic Adds New Threat for Rohingyas in Myanmar**, 29 mai. 2020. Disponível em: <https://www.hrw.org/news/2020/05/29/pandemic-adds-new-threat-rohingyas-myanmar>. Acesso em 09 abr. 2021.

HUMAN Rights Watch. **Questions and Answers on Gambia's Genocide Case Against Myanmar before the International Court of Justice**, 05 dez. 2019. Disponível em: <https://www.hrw.org/news/2019/12/05/questions-and-answers-gambias-genocide-case-against-myanmar-international-court>. Acesso em 09 abr. 2021.

HUMAN Rights Watch. **Rohingya Symposium: A Strategy for Strong Security Council Action on Myanmar**, 28 ago. 2020. Disponível em: <https://www.hrw.org/news/2020/08/28/rohingya-symposium-strategy-strong-security-council-action-myanmar>. Acesso em 09 abr. 2021.

HUMAN Rights Watch. **Submission to the Universal Periodic Review of Myanmar**, 09 jul. 2020. Disponível em: <https://www.hrw.org/news/2020/07/09/submission-universal-periodic-review-myanmar>. Acesso em 09 abr. 2021.

HUMAN Rights Watch. **Thailand: Let UN Refugee Agency Screen Rohingya**, 21 mai. 2020. Disponível em: <https://www.hrw.org/news/2020/05/21/thailand-let-un-refugee-agency-screen-rohingya>. Acesso em 09 abr. 2021.

HUMAN Rights Watch. **What Myanmar Is and Is Not Doing to Protect Rohingyas from Genocide**, 23 jul. 2020. Disponível em: <https://www.hrw.org/news/2020/07/23/what-myanmar-and-not-doing-protect-rohingyas-genocide>. Acesso em 09 abr. 2021.

LA VANGUARDIA. **Rohinyás presentan una demanda en Argentina contra Aung San Suu Kyi y otros militares por el genocidio en Birmania**, 14 nov. 2019. Disponível em: <https://www.lavanguardia.com/internacional/20191114/471595883312/rohinyas-demanda-argentina-genocidio-birmania.html>. Acesso em 09 abr. 2021.

ORGANISATION of Islamic Cooperation. **OIC General Secretariat Welcomes the Resolution of Human Rights Council Condemning Violations against Rohingya**, 23 jun. 2020. Disponível em: https://www.oic-oci.org/topic/?t_id=23557&ref=14058&lan=en. Acesso em 09 abr. 2021.

ORGANISATION of Islamic Cooperation. **OIC raises plight of the Rohingya at the United Nations**, 25 set. 2018. Disponível em: https://www.oic-oci.org/topic/?t_id=20032&ref=11484&lan=en. Acesso em 09 abr. 2021.

ORGANISATION of Islamic Cooperation. **Member States**. Disponível em: <https://www.oic-oci.org/states/?lan=en>. Acesso em 01 ago. 2021.

ORGANISATION of Islamic Cooperation. **OIC Contact Group on the Rohingya calls on Myanmar Government to receive an OIC Delegation**, 26 set. 2018. Disponível em: https://www.oic-oci.org/topic/?t_id=20055&ref=11487&lan=en. Acesso em 09 abr. 2021.

THE BUSINESS Standard. **Gambia to file case against Myanmar**, 20 out. 2019. Disponível em: <https://www.tbsnews.net/bangladesh/gambia-file-case-against-myanmar>. Acesso em 25 jul. 2021.

Jurisprudence

ALLEGED Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia) (Judgment: Separate Opinion of Judge Cançado Trindade) [2016] ICJ Rep 3

APPLICATION of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro) (Order of 8 April 1993) [1993] ICJ Rep 3

APPLICATION of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro) (Judgment: Declaration of Judge Oda) [1996] ICJ Rep 625

APPLICATION of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro) (Judgment) [2007] ICJ Rep 43

APPLICATION of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar) (Order of 23 January 2020) [2020] ICJ Rep 3

APPLICATION of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar) (Application instituting proceedings and Request for the indication of provisional measures) [2019]

APPLICATION of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar) (Order of 23 January 2020: Separate opinion of Vice-President Xue) [2020] ICJ Rep 32

APPLICATION of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar) (Order of 23 January 2020: Separate opinion of Judge Cançado Trindade) [2020] ICJ Rep 36

APPLICATION of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar) (Order of 23 January 2020: Declaration of Judge ad hoc Kress) [2020] ICJ Rep 65

APPLICATION of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia) (Judgment) [2015] ICJ Rep 3

APPLICATION of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia) (Judgment: Declaration of Judge Donoghue) [2015] ICJ Rep 390

APPLICATION of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar) (Verbatim record 2019/18) ICJ

APPLICATION of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar) (Verbatim record 2019/19) ICJ

APPLICATION of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar) (Verbatim record 2019/20) ICJ

APPLICATION of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar) (Verbatim record 2019/21) ICJ

APPLICATION of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation) (Order of 19 April 2017) [2017] ICJ Rep 104

APPLICATION of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates) (Order of 23 July 2018) [2018] ICJ Rep 406

ARMED Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda) (Judgment) [2005] ICJ Rep 168

BARCELONA Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (New Application: 1962) (Judgment) [1970] ICJ Rep 3

CERTAIN Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua) (Judgment) [2015] ICJ Rep 665

CORFU Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania) (Judgment) [1949] ICJ Rep 4

EAST Timor (Portugal v Australia) (Judgment) [1995] ICJ Rep 90

EAST Timor (Portugal v Australia) (Judgment: Dissenting opinion of Judge Weeramantry) [1995] ICJ Rep 139

JADHAV (India v. Pakistan) (Order of 18 May 2017) [2017] ICJ Rep 231

LAGRAND (Germany v. United States of America) (Judgment) [2001] ICJ Rep 466

LEGAL Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (Advisory Opinion) [2004] ICJ Rep 136

LEGAL Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965 (Advisory Opinion) [2019] ICJ Rep 95

MILITARY and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) (Judgment) [1986] ICJ Rep 14

NUCLEAR Tests (Australia v. France) (Application Instituting Proceedings) [1973]

NUCLEAR Tests (Australia v. France) (Judgement) [1974] ICJ Rep 253

NUCLEAR Tests (Australia v. France) (Judgement: Dissenting Opinion of Judge de Castro) [1974] ICJ Rep 372

NUCLEAR Tests (Australia v. France) (Judgement: Dissenting Opinion of Judge Sir Garfield Barwick) [1974] ICJ Rep 391

NUCLEAR Tests (New Zealand v. France) (Application Instituting Proceedings) [1973]

NUCLEAR Tests (New Zealand v. France) (Judgement) [1974] ICJ Rep 457

OBLIGATIONS concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. India) (Judgement) [2016] ICJ Rep 255

QUESTIONS relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal) (Judgment) [2012] ICJ Rep 422

QUESTIONS relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal) (Verbatim record 2012/6) ICJ

QUESTIONS relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal) (Judgment: Dissenting opinion of Judge Xue) [2012] ICJ Rep 571

QUESTIONS relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal) (Judgment: Separate opinion of Judge Skotnikov) [2012] ICJ Rep 481

RESERVATIONS to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Advisory Opinion) [1951] ICJ Rep 15

SOUTH West Africa (Liberia v. South Africa) (Judgment) [1962] ICJ Rep 319

SOUTH West Africa (Liberia v. South Africa) (Judgment) [1966] ICJ Rep 6

TERRITORIAL and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras) (Judgment) [2007] ICJ Rep 659

UNITED States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran) (Order of 15 December 1979) [1979] ICJ Rep 7

WHALING in the Antarctic (Australia v Japan: New Zealand intervening) (Judgment) [2014] ICJ Rep 226

7. Annex

Timeline of The *Gambia v. Myanmar* case

xx/06/2012 — Wave of violence at Rakhine State¹⁵⁵

xx/10/2012 — Wave of violence at Rakhine State¹⁵⁶

xx/09/2016 — Advisory Commission on Rakhine State was founded at the behest of the Ministry of the Office of the State Counsellor of the Republic of the Union of Myanmar and in collaboration with the Kofi Annan Foundation¹⁵⁷

xx/10/2016 — “Clearance Operations” in response to the Rohingya resistance organization¹⁵⁸

24/03/2017 — UN Human Rights Council Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar¹⁵⁹ was established (Resolution A/HRC/RES/34/22)¹⁶⁰

xx/08/2017 — Final Report of the Advisory Commission on Rakhine State¹⁶¹

25/08/2017 — “Clearance Operations” in northern Rakhine State¹⁶²

31/05/2018 — Independent Commission of Enquiry for Myanmar was established by Myanmar¹⁶³

27/08/2018 — Report of the UN Human Rights Council Independent International Fact-finding Mission on Myanmar¹⁶⁴

155 Report of the Independent International Fact-finding Mission on Myanmar, 27/08/2018, para. 24, <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/MyanmarFFM/Pages/ReportoftheMyanmarFFM.aspx>.

156 Report of the Independent International Fact-finding Mission on Myanmar, 27/08/2018, para. 24, <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/MyanmarFFM/Pages/ReportoftheMyanmarFFM.aspx>.

157 About the commission. Advisory Commission on Rakhine State, <https://www.rakhine-commission.org/mandate-of-the-commission/>.

158 Report of the Independent International Fact-finding Mission on Myanmar, 27/08/2018, para. 44, <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/MyanmarFFM/Pages/ReportoftheMyanmarFFM.aspx>.

159 Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar. United Nations Human Rights Council, <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/MyanmarFFM/Pages/Index.aspx>.

160 Resolution adopted by the Human Rights Council on 24 March 2017. A/HRC/RES/34/22, <https://undocs.org/A/HRC/res/34/22>.

161 TOWARDS A PEACEFUL, FAIR AND PROSPEROUS FUTURE FOR THE PEOPLE OF RAKHINE. Final Report of the Advisory Commission on Rakhine State, https://www.rakhinecommission.org/app/uploads/2017/08/FinalReport_Eng.pdf.

162 Report of the Independent International Fact-finding Mission on Myanmar, 27/08/2018, para. 31, <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/MyanmarFFM/Pages/ReportoftheMyanmarFFM.aspx>.

163 First Meeting of Independent Commission Of Enquiry. Independent Commission of Enquiry, <https://www.icoe-myanmar.org/post/activities-on-first-meeting-visit-of-the-independent-commission-of-enquiry>.

164 Report of Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar (27 August 2018). United Nations Human Rights Council, <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/MyanmarFFM/Pages/ReportoftheMyanmarFFM.aspx>.

27/09/2018 — UN Human Rights Council Independent investigative mechanism for Myanmar¹⁶⁵ was established (Resolution A/HRC/RES/39/2)¹⁶⁶

04/07/2019 — ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, requested judicial authorisation to commence an investigation into the situation in Bangladesh/Myanmar¹⁶⁷

22/08/2019 — Report of the UN Human Rights Council Independent International Fact-finding Mission on Myanmar on Sexual and gender-based violence¹⁶⁸

16/09/2019 — Report of the UN Human Rights Council Independent International Fact-finding Mission on Myanmar on Economic interests of the Myanmar military¹⁶⁹

16/09/2019 — Report of the UN Human Rights Council Independent International Fact-finding Mission on Myanmar to the 42nd session of the Human Rights Council¹⁷⁰

11/11/2019 — Application instituting proceedings and Request for the indication of provisional measures by The Gambia

14/11/2019 — Pre-Trial Chamber III authorised the commencement of an investigation into the Situation in Bangladesh/Myanmar¹⁷¹

10-12/12/2019 — Public hearings in the case The Gambia v. Myanmar¹⁷²

23/01/2020 — Order on the Request for the indication for provisional measures¹⁷³

18/05/2020 — Order on the Extension of time-limits for the Memorial by The Gambia and Counter-Memorial by Myanmar¹⁷⁴

165 Independent Investigative Mechanism for Myanmar. United Nations, <https://iimm.un.org/>.

166 Resolution adopted by the Human Rights Council on 27 September 2018. A/HRC/RES/39/2, <https://undocs.org/en/A/HRC/RES/39/2>.

167 ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, requests judicial authorisation to commence an investigation into the situation in Bangladesh/Myanmar. ICC, <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1465>.

168 Sexual and gender-based violence (22 Aug 2019). United Nations Human Rights Council, <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/MyanmarFFM/Pages/sexualviolence.aspx>.

169 Economic interests of the Myanmar military (16 Sept 2019). United Nations Human Rights Council, <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/MyanmarFFM/Pages/EconomicInterestsMyanmarMilitary.aspx>.

170 Report to the 42nd session of the Human Rights Council (16 September 2019). United Nations Human Rights Council, <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/MyanmarFFM/Pages/ReportHRC42thSession.aspx>.

171 Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar. ICC, <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-01/19-27>.

172 ICJ, Verbatim Records 2019/18, 2019/19, 2019/20 e 2019/21, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/178/178-20191210-ORA-01-00-BI.pdf>; <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/178/178-20191211-ORA-01-00-BI.pdf>; <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/178/178-20191212-ORA-01-00-BI.pdf>; <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/178/178-20191212-ORA-02-00-BI.pdf>.

173 ICJ, The Gambia v. Myanmar, Order, 23/01/2020.

174 ICJ, The Gambia v. Myanmar, Order, 18/05/2020.

A UTILIZAÇÃO DE TECNOLOGIAS NO ENSINO JURÍDICO: BREVE HISTÓRICO E RECOMENDAÇÕES

Aluno: Fábio Amorim¹

Orientador: Fernando Leal²

Área de concentração: Direito da Regulação

Linha de pesquisa: Economia, Intervenção e Estratégias Regulatórias

Projeto de pesquisa: Educação jurídica no século XXI: dilemas e alternativas

Sumário: 1. Introdução; 2. breve análise histórica; 3. O ensino e a pandemia; 4. Ferramentas e aplicativos; 5. Conclusão; 6. Referências bibliográficas

Resumo

O presente trabalho se propõe a analisar a utilização de tecnologias no ensino jurídico. O escopo do artigo, apesar da abrangência do tema, mais se limita a realizar breve análise histórica e factual, que serve de pano de fundo para recomendações de ferramentas e aplicativos úteis na promoção de um ensino jurídico participativo. Assim, a partir da constatação da crise que assola a educação jurídica brasileira e dos efeitos deletérios decorrentes da pandemia, o artigo sugere a incorporação consciente de tecnologias no ensino como uma das possíveis respostas para o problema.

Palavras-chave

Ensino jurídico; Utilização de Tecnologia.

Abstract

The article endeavors to analyze the use of technologies in legal education. Despite the scope of the aforementioned subject, the article's object is solely to, establishing a foundation through a brief historical and factual analysis, recommend tools and applications useful in promoting a participatory legal education. Thus, upon ascertaining the crisis that besets

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.

Brazilian legal education and deleterious effects arising from the pandemic, the article suggests the conscious incorporation of technologies into teaching as one of the possible answers to the problem.

Keywords

Legal Education; Use of technology.

1. INTRODUÇÃO

Em 1955, o professor Francisco Clementino de San Tiago Dantas (2009, p.16)³ caracterizou o curso jurídico como “um curso de institutos jurídicos, apresentados sob a forma expositiva de tratado teórico-prático”. A afirmação supracitada decorre de uma análise sociocultural que, em função da incapacidade da classe dirigente⁴ de solucionar os problemas existentes e de um ensino burocratizante, tem como efeitos deletérios a decadência cultural e a secessão política, isto é, a ruptura entre aquilo que o professor define como classe dirigente e classe dirigida. A educação jurídica, sob esta perspectiva, fora diagnosticada como problemática, vivendo um cenário de crise. Como bem adverte Joaquim Falcão (2009, p.39)⁵, porém, este entendimento acerca das causas da crise brasileira está longe de ser pacífico — ainda assim, o próprio Joaquim Falcão reconhece que a descrição da crise jurídica realizada por San Tiago Dantas é concorde à realidade. Desse modo, apesar de haver certa discordância a respeito dos fatores que motivaram a crise no ensino jurídico brasileiro, a mesma discordância não existe quanto à descrição factual da crise.

A despeito de uma agenda científica preocupada com a transformação do ensino do Direito, a solução para a crise da educação jurídica parece ainda não ter sido encontrada. Dessa forma, de modo análogo à constatação de San Tiago Dantas realizada no contexto brasileiro em 1955, Mark Cohen, nos Estados Unidos de 2020, acredita que a educação superior, sobretudo a educação jurídica, está passando por uma crise existencial (COHEN, 2020).

Diante de um contexto de crise e de estagnação da educação jurídica, como também dos impactos que a pandemia do Covid-19 teve e ainda tem sob o ensino, o presente trabalho se propõe a analisar aquele que talvez seja o principal motor de transformações e, possivelmente, de transformações não temporárias: o uso de novas tecnologias em práticas de ensino.

3 Publicado originalmente na Revista Forense nº 159, p. 453, 1955.

4 San Tiago Dantas define classe dirigente como a parcela da sociedade a quem compete responder aos problemas físicos ou sociais que podem comprometer a organização social.

5 Publicado originalmente na Revista da Ordem dos Advogados do Brasil, em 1977.

Partindo-se da premissa da inevitabilidade da maior incorporação de tecnologias no ensino jurídico — e, tendo em vista sua aceleração forçada decorrente dos efeitos da pandemia —, buscar-se-á apresentar plataformas e aplicativos que se mostram úteis a fim de reduzir os impactos negativos e de maximizar os pontos positivos do uso de tecnologias na educação. Ressalta-se desde já, contudo, que o presente artigo não possui a pretensão de dar uma resposta à crise do sistema de ensino jurídico, mas tem apenas o objetivo de oferecer um ferramental que auxilie na promoção de um ensino jurídico participativo. Para tanto, o artigo irá se estruturar em três tópicos. Além da presente introdução, no segundo tópico será realizada uma breve análise histórica acerca do uso de tecnologias no ensino jurídico. Assim, tendo assentado o histórico que precede a utilização de tecnologias no ensino, analisar-se-á, no terceiro tópico, o uso das tecnologias durante a pandemia. Por fim, sugerir-se-á algumas ferramentas e aplicativos que se mostram úteis para auxiliar o ensino jurídico e a conclusão sintetizará o exposto nos tópicos anteriores.

2. BREVE ANÁLISE HISTÓRICA

2.1. O modelo americano

Faz-se útil iniciar este tópico analisando o modelo de ensino jurídico estadunidense. Isto não somente se dá em função do maior quantitativo de literatura disponível sobre a educação jurídica nos Estados Unidos, como também em virtude da possibilidade de enxergar a crise do ensino do Direito como um elemento não restrito ao contexto brasileiro, oferecendo, ainda, a oportunidade de comparação entre os dois cenários.

O modelo de ensino jurídico predominante nos Estados Unidos do século XX — e que ainda encontra fortes resquícios no século XXI —, tem seu início com o desenvolvimento do “*case method*” por Christopher Langdell e a posterior implementação desse modelo de ensino pela Universidade de Harvard, na década de 1870 (SHAVERS, 2008, p. 408). Em linhas gerais, o modelo Langdelliano mostrava-se crítico das aulas meramente expositivas e fazia uso do método socrático e da análise de casos para o ensino do direito. Além disso, as aulas, em geral, eram acompanhadas de apostilas (*casebooks*), materiais, muitas vezes, de autoria dos próprios professores. No entanto, a partir do momento em que esse modelo de educação jurídica se tornou dominante, ele também se tornou estático, pouco inventivo e sua utilidade e relevância, cada vez mais distantes da aula — afastando-se das virtudes que originaram a sua criação (BINFORD, 2014, p. 160-161).

Diante desse cenário, a introdução ou o maior enfoque concedido à tecnologia é visto como uma alternativa aos modelos tradicionais de ensino jurídico e como meio de, portanto, modernizá-lo. Nos Estados Unidos, por exemplo, a Thomson Reuters, uma das principais companhias de publicação

de *casebooks* e livros jurídicos, passou, em 2013, a não mais publicar livros de Direito, dando primazia ao desenvolvimento de um *database* jurídico eletrônico (WestlawNext), cursos on-line de gerência de programa (TWEN), cursos on-line de *softwares* jurídicos (Concourse), softwares de aprendizado adaptativo (BarBri's AMP) e plataformas digitais de compartilhamento de currículo (Law School Exchange) (BINFORD, 2014, p. 159). Observa-se, ainda que de maneira incipiente, um movimento de maior inclusão das tecnologias do ensino no Direito anterior a 1992, com o *MacCrate Report*, que obrigava professores a incorporar a tecnologia para promover experiências de aprendizado práticas (SHAVERS, 2008, p. 409). Além disso, é interessante pontuar que, em algumas circunstâncias, o Direito foi pioneiro na educação digital, como na adoção da CALI (Center for Computer-Assisted Legal Instruction) em 1982, pelas Universidades de Harvard e Minnesota que, atualmente, possui mais de 950 tutoriais interativos on-line sobre mais de 35 matérias e a maior parte das faculdades do Estados Unidos como integrantes, apesar de ainda não ser utilizada pela maioria dos professores. Há, também, iniciativas mais recentes como a LegalED, fundada por um pequeno grupo de professores, que objetiva se tornar uma plataforma de ensino on-line por meio de aulas gravadas, inspirando-se na Khan Academy, mas com foco em Direito; e o número crescente de cursos adotando programas de aprendizado adaptativo, como "Core Grammar for Lawyers", e apostilas digitais e interativas (BINFORD, 2014, p. 171-177).

No entanto, em conformidade com o que dizem Thomas L. Shaffer e Robert S. Redmount (1977), "a inovação no ensino jurídico é difícil, tem seu escopo e permissão limitados e, em geral, morre cedo". Há, ainda, uma certa relutância por parte dos professores e profissionais do Direito na adoção de tecnologias no ensino e, inclusive, um certo desinteresse. Esse desinteresse, como explica W. Warren H. Binford (2014, pp. 165-167), se pauta: (i) na tradição e comprometimento com o método socrático e com os valores institucionais do ensino jurídico; e (ii) no receio de a profissão de advogado se tornar obsoleta.

2.2. O modelo brasileiro

Apesar de, no caso brasileiro, o modelo de ensino jurídico predominante não ser o *case method*, o diagnóstico de paralisia e de ausência de inovação se mostra aplicável. Em 1976, Joaquim Falcão (2009, p. 43) afirmava ser o ensino jurídico brasileiro 100% sistemático e expositivo. Tércio Sampaio Ferraz Junior (1994, p. 49), de igual modo, enxerga o ensino jurídico como uma especialização fechada e formalista, em que se dá primazia ao mimetismo e à memorização do conteúdo ensinado. O resultado, como bem sintetiza Álvaro de Mello Filho (1993, p. 9-15) é uma política de ensino jurídico meramente reprodutora, deformadora e insatisfatória, preparando bacharéis para um mercado profissional saturado.

Nesse sentido, importa ressaltar alguns dados fornecidos pelo Ministério da Educação e Cultura que revelam a estagnação do ensino jurídico como reflexo da crise apresentada na introdução. Em 2017, o Censo da Educação Superior, realizado pelo Ministério da Educação e Cultura, constatou que a graduação em Direito é, em número de matrículas, a maior do país (FOLHA OAB, 2020). Ademais, em 2018, de acordo com dados fornecidos pelo INEP, o Brasil contava com 1.502 cursos de Direito, sendo o país com o maior número de faculdades de Direito do mundo. Segundo a OAB, ainda, já são registrados mais de 1,2 milhão de advogados. Nada obstante a numerosa oferta de cursos, a maior parte das instituições de ensino não preenchia os requisitos básicos do MEC, a ponto de, em 2013, o Ministério ter suspenso a criação de novos cursos de Direito pelo país e, em 2014, ter publicado a Portaria Normativa nº 20/2014, exigindo indicadores mais altos e consistentes das instituições de ensino. Por fim, ressalta-se que, em 2018, dos 1.212 cursos verificados pela OAB, apenas 161 foram recomendados e receberam o Selo OAB Recomenda (JOTA INFO, 2020).

Apesar da resistência, o Brasil também parece seguir o mesmo caminho dos Estados Unidos. A Resolução nº 5/2018 do Ministério da Educação, elaborada de acordo com o parecer CNE/CES 635/2018, que reestruturou as diretrizes curriculares dos cursos de Direito, demonstra uma maior preocupação com o uso de tecnologias no ensino jurídico. Nesse sentido, de acordo com o seu art. 4º, XI e XII, o curso de graduação em Direito deverá capacitar o graduando para que este compreenda o impacto das novas tecnologias na área jurídica e possua o domínio dessas tecnologias para compreensão e aplicação do Direito. Além disso, o curso de Direito também deve, de acordo com o art. 5º, oferecer os elementos fundamentais do Direito em diálogo com as novas tecnologias da informação (MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, 2018). O Projeto Tecnologia, Profissões e o Ensino Jurídico do Centro de Ensino e Pesquisa em Inovação da FGV Direito SP — CEPI, ao analisar a maneira pela qual as novas tecnologias computacionais têm impactado a profissão e o ensino jurídico, concluiu que para além de um fenômeno periférico, a utilização de novas tecnologias no Direito perpassa e deverá perpassar uma formação mais consentânea com as exigências da modernidade (FGV DIREITO SP, 2021). Em outras palavras, o ensino do Direito tem de reconhecer não somente que as novas tecnologias são parte integrante das atividades jurídicas, como também que estas demandam o desenvolvimento de novas competências e habilidades.

2.3. A utilização de tecnologias como realidade e necessidade

Segundo pesquisa realizada por Eduardo Escila Ferreira Lopes (2014, p. 164-176), o uso do computador em sala de aula é prática cultural dos universitários no Brasil. Muito além da utilização de computadores por estudantes, porém, em consonância com o que preconizam Alex Sander

Miranda Lobo e Luiz Cláudio Gomes Maia (2015, pp. 16-26), a tecnologia é uma realidade na educação, de modo que pode e deve ser utilizada no processo de ensino-aprendizagem no ensino superior. Embasando-se em estudos e análises anteriores, os autores concluem que, uma vez que as novas tecnologias podem tanto dispersar a atenção de alunos⁶, como auxiliar no processo de aprendizagem⁷, são necessárias mudanças na forma e na qualidade de ensino. Em linhas gerais, propõem-se inovações pedagógicas centradas na conscientização da interdependência das matérias e na elaboração de um planejamento didático organizado com o uso das novas tecnologias e uma metodologia de ensino prática.

A conclusão é bastante similar no que tange à educação jurídica. De acordo com Ponte Junior et al. (2003), as novas tecnologias podem servir como agentes de mudanças para a melhoria do ensino jurídico, o que, contudo, requer docentes com formação e preparo sólidos e o desenvolvimento de práticas pedagógicas que utilizem as novas tecnologias como interfaces que atendam às especificidades das matérias e dos alunos. Nesse sentido, o ensino jurídico, principalmente com a utilização de tecnologias, exige atividades dinâmicas que estimulem o aluno e, para tanto, necessita-se que os professores desenvolvam novas competências e habilidades. Assim sendo, aquilo que se entende como Revolução Digital oferece a oportunidade muito necessária de transformar o ensino jurídico e de explorar novas metodologias de ensino.

3. O ENSINO E A PANDEMIA

Conforme exposto nos tópicos anteriores, as novas tecnologias fornecem meios de se revolucionar o ensino jurídico — tornando-o mais individualizado, relevante e acessível. No entanto, é simplista e oportunista apresentar a tecnologia como remédio pronto e eficaz para a crise do ensino jurídico — a crise, ainda que perpassa a não utilização das tecnologias, não se restringe a este ponto. Segundo Moran, Masetto e Behrens (2013), ainda, se a educação dependesse apenas das tecnologias, as soluções para os problemas que assolam o ensino já teriam sido descobertas. O escopo deste tópico se limita a analisar a mudança do ensino presencial para o on-line e os possíveis impactos futuros que esta mudança terá para a

6 Segundo Pam A. Mueller e Daniel M. Oppenheimer, conforme expõem no artigo “The Pen is Mightier Than the Keyboard: Advantages of Longhand Over Laptop Note Taking”, apesar da percepção, sobretudo dos estudantes, de que o uso de computadores é benéfico para o aprendizado, estudos empíricos atestam que, na realidade, há uma queda no desempenho acadêmico.

7 Um estudo de 2014, organizado por Scott Freeman et al., demonstra que uma melhoria de 6% no desempenho acadêmico dos alunos em matérias que promovem o “aprendizado ativo” (*active learning*), incluindo o uso de computadores e outras mídias digitais, quando comparados ao desempenho de alunos em matérias que empregam modelos mais tradicionais de aprendizado.

educação jurídica, sem realizar um exercício futurista ou demasiadamente otimista quanto às tecnologias.

De acordo com Steven C. Bennet (2014), escrevendo em um contexto pré-pandêmico, o ensino jurídico não poderia continuar resistindo aos esforços da educação a distância para acomodar as necessidades dos alunos imersos em um mundo digital e tecnológico. De fato, o Covid-19 resultou no fechamento de faculdades e universidades e aquilo que antes era uma opção indesejada na educação jurídica, tornou-se, repentinamente, a única opção. É inegável, portanto, que a pandemia acelerou um processo de experimentação no ensino jurídico e de maior incorporação de tecnologias — com aulas mediadas por plataformas digitais, como o Zoom. E, ainda que a educação a distância *per se* não seja algo novíssimo, a forma de ensino remoto promovida pelo contexto da pandemia é inovadora. Inclusive, diversos atores no ramo da *edtech* (educação digital) enxergaram na pandemia uma oportunidade de negócios com consequências longo-prazo, como Google, Microsoft, Amazon e Zoom (WILLIAMSON; EYNON; POTTER, 2020, p. 108).

Nesse sentido, em artigo da revista “Learning, Media and Technology”, expõe-se a tendência de que os sistemas educacionais se tornem cada vez mais descentralizados, ou seja, se expandam para além da universidade (WILLIAMSON; EYNON; POTTER, 2020, p. 109). O que ocorre na pandemia, porém, não é uma descentralização planejada, mas forçada e necessária, penetrando nas casas e escritórios de alunos e professores. Assim, não se pode enxergar a educação durante a pandemia como um protótipo do ensino no futuro, mas, ainda que seja uma oportunidade de experimentação e inovação, é uma oportunidade inicial e decorrente de uma crise — maior do que a do ensino jurídico — e emergencial, isto é, não planejada. Além disso, a transição do presencial para o ambiente on-line é complexa e pode ser problemática, uma vez que envolve a reconfiguração das noções de espaço e tempo de estudo.

Desse modo, cumpre citar pesquisa organizada pela Research, Society and Development, que analisa a evasão de estudantes universitários durante os estudos remotos da pandemia (NUNES, 2021). Em linhas gerais, a conclusão a que se chega é que, além da acentuação das desigualdades financeiras e sociais, houve um acréscimo no percentual de evasão estudantil decorrente de sentimentos como ansiedade, desmotivação, cansaço e estresse, além de uma sensação de menor aprendizado — que, inclusive, segundo Huang et al. (2020), é de difícil mensuração.

A despeito deste cenário desfavorável, todavia, ao aumentar os obstáculos relativos ao modelo de educação jurídica vigente e, por conseguinte, tornar mais evidente a existência de problemas, o ensino remoto se apresentou como uma possibilidade de aprimoramento e experimentação do ensino jurídico. Esta possibilidade, ainda que prejudicada pelas

questões supracitadas, colhe alguns resultados positivos como, em virtude da descentralização do ensino, a oportunidade de assistir aulas de professores-convidados de outras cidades e estados, ou uma maior troca e integração entre cursos da mesma universidade e entre cursos de Direito de universidades diferentes. Além disso, muitas reuniões e eventos relativos a tarefas e atividades da universidade se tornaram mais dinâmicos, sem a necessidade de locomoção entre os espaços físicos.

Sob essa perspectiva, há, na academia, quem entenda a pandemia como um *black swan* (COHEN, 2020), isto é, um evento raro, de impacto expressivo e duradouro e posteriormente naturalizado com o decorrer dos anos. Nesse sentido, existe uma percepção de que o ensino remoto durante a pandemia representa a *Waterloo* do ensino jurídico “tradicional”, como as inovações disruptivas em um contexto empresarial. Assim, em um exercício de imaginação do futuro, afirmam que a educação jurídica irá se revolucionar a partir do contexto pandêmico, adotando diversos ferramentais tecnológicos e melhor adaptando a grade à realidade prática e complexa da profissão jurídica (COHEN, 2020). Porém, independente da forma pela qual a tecnologia irá transformar ou desenvolver o ensino jurídico, é, conforme exposto previamente, indiscutível que o modelo atual não se mostra atinente à realidade do profissional do direito e está em vias de mudança. Portanto, considerando este cenário de provável mudança, é oportuno “participar desta discussão” e compartilhar algumas formas de a tecnologia integrar-se ao ensino jurídico, potencializando os seus melhores atributos.

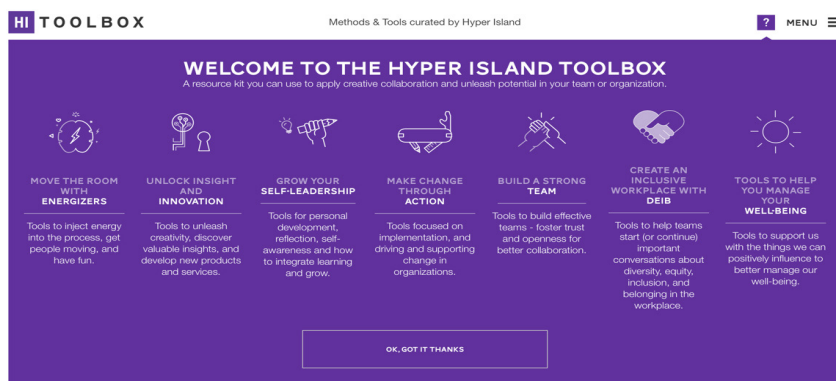
4. FERRAMENTAS E APLICATIVOS

Antes de adentrar às ferramentas e aos aplicativos que, sob uma perspectiva de estímulo à participação e à interação, entendo como úteis e interessantes para o ensino jurídico, cumpre ressaltar que a utilização de tecnologias no ensino jurídico não segue o modelo “tudo ou nada” (BINFORD, 2014, p. 168). Assim, da mesma forma que ocorre com os demais instrumentos pedagógicos, a utilização de tecnologia possui níveis e há de ser pensada e planejada de acordo com a matéria e a metodologia da aula. Propõe-se, portanto, a utilização das tecnologias como forma de promover o aprendizado ativo, ou seja, qualquer atividade relacionada à aula que não se restrinja a assistir, ouvir e anotar. Exemplos interessantes são: simulações e competições simuladas interna ou externamente à universidade, atividades lúdicas e educativas, como também testes e questionários, por exemplo.

Uma plataforma muito interessante, como expõe Elizabeth Anne Kirley (2015, p. 219-241), é o *iclicker*. Essa plataforma permite o engajamento de um número maior de alunos — estimulando, por exemplo, a participação e as virtudes do método Socrático — uma vez que requer que cada

aluno responda cada questão sem precisar falar. Gera-se, em seguida, um gráfico com a distribuição da resposta dos alunos e a resposta correta, possibilitando uma autoavaliação por parte dos alunos e os concedendo maior autonomia. É possível, ainda, realizar um acompanhamento da presença do aluno e um acompanhamento do tempo durante o qual o aluno manteve-se focado na utilização do aplicativo. No artigo “Are we ethically bound to use student engagement technologies for teaching law?”, a autora dá exemplos de professores e de matérias nas quais esta e outras plataformas são utilizadas.

Há, além disso, inúmeros sites e aplicativos que oferecem atividades educacionais lúdicas e por meio das quais é possível construir um diálogo com o ensino jurídico ou com a aula em si. Exemplos interessantes extraídos do curso Metodologias de Ensino e Dimensões da Atuação Docente do doutorado da FGV Direito Rio, coordenado pelo prof. Fernando Leal, em aula ministrada pelas professoras Marina Feferbaum e Clio Radomysler são: *Toolbox* e o *Jamboard*. O Toolbox é como um kit de ferramentas, com diversas dinâmicas e atividades que estimulam a criatividade e a colaboração entre os participantes.



Conforme é possível observar na imagem acima, apesar de não se tratar de uma tecnologia estritamente relacionada ao ensino jurídico, o Toolbox se apresenta como um ferramental útil a fim de se promover atividades e exercícios que envolvam a participação de um grupo e que estimulem uma discussão inicial. Veja-se, nesse sentido, que, dentre as muitas categorias das dinâmicas inclusas, é possível realizar atividades cujo foco é a inovação e a ação *per se*, atributos relacionados ao dia a dia do Direito. Além disso, essa ferramenta é adaptável ao tempo disponível para a dinâmica e para a quantidade de pessoas a serem envolvidas. Ainda, como exposto na imagem abaixo, a plataforma fornece alguns sites e aplicativos úteis para o ensino à distância.

Browse by Category			Time frame (minutes)		Group size		
ENERGIZERS (15)	INNOVATION (19)	SELF-LEADERSHIP (11)	5-30	30-60	2-10	10-40	
ACTION (4)	TEAM (40)	DEIB (3)	60-120	120-240	40+		
WELL-BEING (4)	ALL (106)						

Step 1:

LINKS TO EXPLORE FOR COLLABORATING AND WORKING REMOTELY

- Link to infographic

Video training and meetings: <https://zoom.us> and <https://hangouts.google.com>

Team communication: <https://slack.com>, <https://discordapp.com/>, and Microsoft Teams

File sharing: <https://drive.google.com> and dropbox.com

Whiteboard and post-it notes for collaborative workshops: <https://mural.co> and <https://miro.com>

Work management platform that teams use to stay focused on the goals, projects, and daily tasks that grow business: <https://asana.com/> and <https://trello.com/>

Book meetings easier: <https://doodle.com> and <https://calendly.com>

Design & Collaborate content: <https://canva.com> and <https://docs.google.com>

Time zone check: <https://www.timeanddate.com/> and <https://www.worldtimebuddy.com/>

Proofread your emails and documents: <https://www.grammarly.com> and <https://www.gingersoftware.com/grammarcheck>

Pre-record presentations and instructions: <https://www.loom.com> and <https://snagit.en.softonic.com/>

Visualize audience engagement in real-time to create fun and interactive experiences: <https://www.mentimeter.com/> and <https://www.sil.do/>



O Jamboard, por sua vez, é como se fosse um quadro-negro compartilhado, em que os alunos podem acrescentar palavras e imagens. Trata-se de uma iniciativa do Google for Education, cujo propósito é “dar vida à aprendizagem” e incentivar os alunos a colaborar e a participar de maneira mais ativa nas aulas. Na aula citada acima, utilizou-se o Jamboard para promover o seguinte questionamento: “se o ensino jurídico fosse uma comida, qual seria?” e, a partir disso, os participantes adicionaram imagens de comidas que representassem, na visão de cada um, como é o ensino jurídico, promovendo debates e a participação dos alunos. Percebe-se, assim, que é possível utilizar a tecnologia de forma a assessorar o ensino, como por exemplo, estimulando que, mediante conhecimento prévio, alunos pensem em uma analogia que sirva de ponto de partida para uma discussão mais profunda.

O CEPI da FGV Direito-SP na apresentação “Ensino Participativo On-line: recomendações para o contexto atual”, após diálogo com estudantes e professores e estudos sobre o ensino e a aprendizagem no ambiente on-line, propôs algumas outras ferramentas tecnológicas que privilegiam atividades interativas e de colaboração (CEPI, 2020). Convém citar, por exemplo, a utilização de aplicativos como o Kahoot ou Google Forms como “quebra-gelo” e meio de verificar conhecimentos prévios sobre o tema. Assim, como na imagem abaixo utilizada na

apresentação supracitada, o Kahoot basicamente serve como um quiz interativo, por meio do qual é possível testar o aprendizado dos alunos de maneira lúdica e eficaz.

Kahoot: quiz interativo

Join at **www.kahoot.it** or with the **Kahoot! app**
with Game PIN:



2 - Quiz
Instituições de ensino monitoram o desempenho de estudantes e docentes em sala de aula por câmeras.

- ☐ Mito
- ☒ Verdade

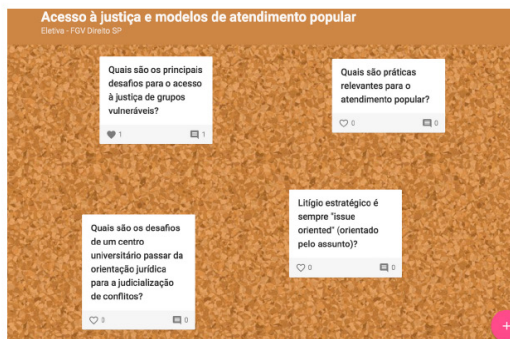


1 - Quiz Quantos % dos grandes escritórios brasileiros (+ de 50 advogados) têm setor de TI Interno? (Fonte: FGV-CEPI)		
☐	Aprox. 60%	✓
☐	Aprox. 40%	✗
☐	Aprox. 20%	✗
☐	Aprox. 90%	✗



Outro aplicativo interessante é o Padlet, um mural de *post its* on-line que, por exemplo, pode servir como uma tela branca em que os alunos, estimulados pelo professor, participem da aula como em um *brainstorming* de perguntas relacionadas com a aula em questão. Além disso, é possível interagir com aquilo que foi postado, curtindo a postagem ou respondendo-a. Promove-se, pois, maior dinamismo na hora de propor questionamentos e de respondê-los — algo que, sem dúvidas, é parte de toda aula de direito. O exemplo utilizado na apresentação do CEPI está ilustrado a seguir.

Padlet: brainstorming



5. CONCLUSÃO

A partir da constatação da crise do ensino jurídico e, com base nas consequências do ensino remoto advindos da pandemia do Coronavírus, buscou-se analisar as tecnologias na educação jurídica e as formas pelas quais elas podem transformá-lo e auxiliá-lo. Nesse sentido, sem atribuir centralidade à tecnologia — ou seja, defini-la como principal agente e vetor de mudança — o presente artigo teceu considerações acerca dos impactos da utilização de novas tecnologias no ensino e aprendizado do Direito.

É uma opinião compartilhada por muitos da academia que o ensino jurídico do século XXI não mais se adequa à realidade complexa das relações sociais atuais, mas, por mais que exista uma resistência quanto à incorporação de novas tecnologias no ensino jurídico, as tecnologias por si só não serão capazes de revolucionar e transformar a educação jurídica. É necessário que se pense e utilize as tecnologias como ferramental capaz de auxiliar na didática do professor e de contribuir para a integração, participação e aprendizado ativo dos alunos. Portanto, apesar de a pandemia ter acelerado o processo de utilização de novas tecnologias no Direito, este se deu em um contexto de urgência e de emergência, carecendo de maior planejamento — algo imprescindível para a mudança ou incorporação do *off-line* ao *on-line*. Levando estes fatores em consideração, buscou-se, ao final deste trabalho, apresentar algumas plataformas e aplicativos úteis para o ensino jurídico não se limitando apenas ao contexto da pandemia, como também ao ensino presencial — que, ainda assim, pode se beneficiar da tecnologia e lançar mão desse ferramental para estimular a participação dos alunos.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENNETT, Steven C. Distance Learning in Law. **Seton Hall Legislative Journal**, v. 38, n. 1, 2014. Disponível em: <https://scholarship.shu.edu/shlj/vol38/iss1/1/>. Acesso em 26 mai. 2021.

BINFORD, W. W. H. Envisioning a Twenty-First Century Legal Education. **Washington University Journal of Law & Policy**, v. 43, n. 1. pp. 160-161, 2014.

BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Educação Superior. **Resolução nº 5, de 17 de dezembro de 2018**. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito e dá outras providências. Brasília, DF: Ministério da Educação, 18 dez. 2018. Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/55640393/do1-2018-12-18-resolucao-n-5-de-17-de-dezembro-de-2018-55640113. Acesso em 24 mai. 2021.

CEPI FGV DIREITO; RADOMYSLER, C. **2020 — Ensino Participativo Online: recomendações para o contexto atual**. CEPI, 2020. Disponível em: <https://>

www.academia.edu/43548051/2020_-_Ensino_Participativo_On-line_recomenda%C3%A7%C3%B5es_para_o_contexto_atual. Acesso em 07 ago. 2021.

COHEN, M. A. Post-Pandemic Legal Education. **Forbes**, 13 ago. 2020. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/markcohen1/2020/08/13/post-pandemic-legal-education/?sh=197e7aea75d2>. Acesso em 06 mai. 2021.

DANTAS, F. C. S. T. A Educação Jurídica e a Crise Brasileira. **Cadernos FGV Direito Rio. Educação e Direito**, v. 3. p. 16, 2009.

FALCÃO, J. Classe Dirigente e Ensino Jurídico: Uma Releitura de San Tiago Dantas. **Cadernos FGV Direito Rio. Educação e Direito**, v. 3. p. 39, 2009.

FERRAZ JUNIOR, T. S. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão e Dominação**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 49.

FOLHA DIRIGIDA. **Número Recorde de Cursos de Direito Não Entrega Qualidade no Ensino**. Disponível em: <https://folhadirigida.com.br/oab/noticias/estatisticas-oab/ensino-juridico-no-brasil>. Acesso em 25 mai. 2021.

FREEMAN, S. et al. Active Learning Increases Student Performance in Science, Engineering, and Mathematics. **Proceedings of the US National Academy of Sciences (PNAS)**, v. 111, n. 23, 2014.

FREITAS, H. Brasil Tem Mais de 1.500 Cursos de Direito, Mas Só 232 Têm Desempenho Satisfatório. **Jota**, 14 abr. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/carreira/brasil-tem-mais-de-1-500-cursos-de-direito-mas-so-232-tem-desempenho-satisfatorio-14042020>. Acesso em 23 mai. 2021.

HUANG, R. et al. **Handbook on Facilitating Flexible Learning During Educational Disruption: The Chinese Experience in Maintaining Undisrupted Learning in Covid-19 Outbreak**. Pequim: Smart Learning Institute of Beijing Normal University, 2020.

KIRLEY, E. A. Are We Ethically Bound to Use Student Engagement Technologies for Teaching Law?. **The Law Teacher**, v. 49, n. 2. p. 219-241, 2015.

LOBO, A. S. M.; Maia, GOMES, L. C. O Uso das Tics Como Ferramenta de Ensino-Aprendizagem no Ensino Superior. Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. **Caderno de Geografia**, v. 25, n. 44, p. 16-26, 2015.

LOPES, E. E. F. O Uso do Computador em Sala de Aula Como Prática Cultural dos Universitários. Araraquara. **Revista Ibero-Americana de Estudos em Educação**, v. 9, n. 1, p. 164-176, 2014. DOI: 10.21723/riaee.v9i1.6866. Disponível em: <https://periodicos.fclar.unesp.br/iberoamericana/article/view/6866>. Acesso em 26 mai. 2021.

MELO FILHO, A. Por Uma Revolução no Ensino Jurídico. Rio de Janeiro. **Revista Forense**, v. 322, ano 89, p. 9-151993 *Apud* PORTUGAL, H. H. A.

O Ensino do Direito Internacional no Brasil: Gênese, Exílio e Retorno Premiado aos Currículos das Faculdades de Direito. **ARGUMENTUM — Revista de Direito**, n. 13, 2012.

MORAN, J. M.; MASETTO, M. T.; BEHRENS, M. A. (Ed.). **Novas Tecnologias e Mediações Pedagógicas**. 13 ed. São Paulo: Papirus, 2007 *apud* LOBO, Alex Sander Miranda et al. *Op. cit*, p. 17.

MUELLER, Pam A; OPPENHEIMER, Daniel M. The Pen is Mightier Than the Keyboard: Advantages of Longhand Over Laptop Note Taking. **Psychological Science**, v. 25, n. 6, p. 1159-1168, 2014.

NUNES, R. C. Um Olhar Sobre a Evasão de Estudantes Universitários Durante os Estudos Remotos Provocados pela Pandemia do Covid-19. **Research, Society and Development**, v. 10, n. 3, 2021.

PONTE JUNIOR, J. P. et al. O Contributo das Tecnologias de Informação e Comunicação Para o Desenvolvimento do Conhecimento e da Identidade Profissional. *In*: FIORENTINI, D. (Org.) **Formação de Professores de Matemática: Explorando Novos Caminhos com Outros Olhares**. Campinas: Mercado das Letras, 2003 *Apud* MERCADO, L. P. L. Metodologias de ensino com tecnologias da informação e comunicação no ensino jurídico. **Avaliação**, v. 21, n. 1, p. 263-299, 2016.

SHAFFER, T.; REDMOUNT, R. S. **Lawyers, Law Students, and People**. Colorado Springs: Shepards, McGraw-Hill. *Apud* SHAVERS, p. 409.

SHAVERS, A. W. The Impact of Technology on Legal Education. **Journal of Legal Education**, v. 31, n. 3, p. 408, 2001.

WILLIAMSON, B.; EYNON, R.; POTTER, J. Pandemic Politics, Pedagogies and Practices: Digital Technologies and Distance Education During the Coronavirus Emergency. **Learning, Media and Technology**, v. 45, n. 2, p. 107-114, 2020. Informação disponível em: < <https://direitosp.fgv.br/node/135125>>. Acesso em: 13. 07. 2021

OS REFLEXOS DA PANDEMIA DA COVID-19 NA GOVERNANÇA EM SAÚDE GLOBAL

Aluno: Gabriel Rogenfisch Quintans¹

Orientadora: Paula Wojcikiewicz Almeida²

Área de concentração: Direito Internacional Público

Linha de pesquisa: Regulação Internacional

Projeto de pesquisa: Covid: *Enforcement* de Órgãos Reguladores Internacionais

Sumário: 1. Introdução; 2. A estrutura da Governança em Saúde Global e o fundamental papel dos atores da saúde; 3. Conclusão; 4. Referências bibliográficas.

Resumo

O presente artigo tem como objetivo analisar a Governança em Saúde Global, sob o contexto da Covid-19. Nesse sentido, serão analisados os impactos da pandemia na ordem jurídica internacional, perpassando o design institucional vigente da Organização Mundial da Saúde, as relações entre os atores estatais e não estatais com a instituição multilateral e as possíveis falhas estruturais que contribuíram para a disseminação do coronavírus. Por fim, os diagnósticos realizados ao longo do artigo serão reunidos, de modo a indicar mudanças necessárias para o aprimoramento da Governança em Saúde Global.

1 Graduando em Direito na FGV Direito Rio.

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 Comité 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).

Palavras-chave

Organização Mundial da Saúde; Governança em Saúde Global; Regulação Internacional; Regulamento Sanitário Internacional; compliance; enforcement; monitoring; Covid-19; pandemia.

Abstract

This article aims to analyse Global Health Governance, in the context of the Covid-19 pandemic. In this sense, the impacts of the pandemic on the international legal order will be evaluated, considering the current institutional design of the World Health Organization, the relations between state and non-state actors with the multilateral institution and the structural failures that may have contributed to the spread of the coronavirus. Lastly, the diagnoses made throughout this article will be summarized, in order to identify necessary changes for the improvement of Global Health Governance.

Keywords

World Health Organization; Global Health Governance; International Regulation; International Health Regulations; Compliance; Enforcement; Monitoring; Covid-19; Pandemic.

1. INTRODUÇÃO

O termo “pandemia” vem da língua grega e é uma junção de duas palavras: *pan* e *dêmos*, que significam respectivamente “todos” e “pessoas”. Atualmente, o fenômeno que está afetando todos ao redor do globo é uma doença infecciosa, o novo Coronavírus (Covid-19).³

Embora a atual crise sanitária pareça ter causado mais impacto — nas esferas social, econômica e política — do que crises anteriores, a sociedade humana já enfrentou outras pandemias ao longo da História. Cólera, Influenza e AIDS⁴ são exemplos de viroses que desafiaram as autoridades nacionais e internacionais a darem uma resposta adequada para conter a propagação da doença.

Na realidade, uma nova pandemia já era esperada — a “Doença X”⁵. Ainda que a previsão viesse a se concretizar, os líderes globais e as orga-

3 WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Coronavirus**. 2021. Disponível em: https://www.who.int/health-topics/coronavirus#tab=tab_1. Acesso em 14 jul. 2021.

4 MORENS, D. M.; FOLKERS, G. K.; FAUCI, A. S. What Is a Pandemic?. **The Journal of Infectious Diseases**, v. 200, n. 7, p. 1018-1021, out. 2009. Disponível em: <https://academic.oup.com/jid/article/200/7/1018/903237>. Acesso em 14 jul. 2021. p.1019.

5 “Disease X represents the knowledge that a serious international epidemic could be caused by a pathogen currently unknown to cause human disease. The R&D Blueprint explicitly seeks to enable early cross-cutting R&D preparedness that is also relevant for an unknown ‘Disease X’.” WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Prioritizing diseases for research and development in emergency contexts**. Disponível em: <https://www.who.int/>

nizações internacionais não foram capazes de fornecer uma resposta suficiente — refletida na desordem no cenário internacional. Uma das razões para tanto pode ser a forma como os surtos de doenças são combatidos: as autoridades nacionais buscam superar a doença dentro dos limites do próprio território, ao invés de investirem no desenvolvimento de novos mecanismos eficazes de cooperação.⁶

Nesse contexto, é possível entender a correlação entre o comportamento humano e a proliferação de doenças. Isto se justifica porque o objetivo principal de um organismo patogênico, como os vírus, é se replicar. Para isso, o vírus infecta um hospedeiro e começa a causar sintomas, como espirros e tosse, permitindo que se dissemine para outros hospedeiros.⁷ No contexto contemporâneo, com a crescente globalização do comércio e da circulação de pessoas, junto com a degradação ambiental, a preocupação de pandemias serem mais frequentes deve ser levada a sério. Portanto, não somente as doenças fazem parte da história, mas também se devem ao comportamento humano.⁸

Com o objetivo de mitigar esse cenário e promover uma mudança no racional da Saúde Global, recentemente foi levantado um debate em torno da 'One Health Approach'. O Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (UNEP), no relatório "Preventing the Next Pandemic", definiu a One Health como "o esforço colaborativo em várias disciplinas para atingir a saúde ideal para as pessoas, animais e meio ambiente. Esta abordagem surgiu como uma ferramenta chave para prevenir e controlar doenças que ocorrem na interface da saúde humana, animal e ambiental".⁹ No final de 2020, os chefes da Organização Mundial da Saúde (OMS), da Organização Mundial da Saúde Animal (OIE), da Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura (FAO) e do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) concordaram em fortalecer a colaboração no enfrentamento dos riscos nas interseções entre a interface humano-animal-ambiente.¹⁰

activities/prioritizing-diseases-for-research-and-development-in-emergency-contexts. Acesso em 20 ago. 2021.

- 6 DASZAK, P. We Knew Disease X Was Coming. It's Here Now. **The New York Times**, 27 fev. 2020. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2020/02/27/opinion/coronavirus-pandemics.html>. Acesso em 14 jul. 2021.
- 7 WALSH, B. Covid-19: The History of Pandemics. **BBC**, 25 mar. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/future/article/20200325-Covid-19-the-history-of-pandemics>. Acesso em 14 jul. 2021.
- 8 DASZAK, P. We Knew Disease X Was Coming. It's Here Now. **The New York Times**, 27 fev. 2020. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2020/02/27/opinion/coronavirus-pandemics.html>. Acesso em 14 jul. 2021.
- 9 UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. **Preventing the next pandemic – Zoonotic diseases and how to break the chain of transmission**, 6 de jul. de 2020. Disponível em: <https://www.unep.org/resources/report/preventing-future-zoonotic-disease-outbreaks-protecting-environment-animals-and>. Acesso 14 jul. 2021. p. 39.
- 10 UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. **UNEP joins three international organizations in expert panel to improve One Health**, 12 nov. 2020. Disponível em: <https://>

Além disso, para haver uma mudança paradigmática, é necessário que os Estados acolham verdadeiramente o princípio da solidariedade. Durante a pandemia, embora a OMS tenha desempenhado papel relevante, não é incomum ler notícias de Estados que não seguiram as recomendações da agência, ou ainda aqueles que adotaram medidas adicionais — mesmo que sem amparo legal ou científico. Ainda mais dramático é o “nacionalismo da vacina” que evidencia como países são afetados de maneiras desiguais: enquanto os desenvolvidos garantem doses mais do que suficientes para suas populações, as nações subdesenvolvidas ficaram à margem das negociações.¹¹

Apesar de algumas iniciativas como o GAVI (The Global Alliance for Vaccines and Immunizations) ou a *Covax Facility*, o que se observou até agora é a prioridade que os Estados desenvolvidos estão recebendo no processo de vacinação. Ultimamente, um lema tem sido constantemente reafirmado pelo Diretor-Geral (D.G) da OMS, Tedros Adhanom: “Ninguém está seguro até que todos estejam seguros”. No entanto, contrariando essa lógica, os Estados optaram por priorizar sua própria população ao invés de colaborar com um programa de vacinação global.

Essa crise é uma oportunidade para reavaliar os arranjos do ordenamento jurídico internacional, uma vez que a pandemia testa os limites do atual sistema de saúde global e expõe as falhas do arcabouço institucional elaborado. Tendo isso em mente, algumas questões guiarão a discussão deste artigo: os mecanismos existentes foram suficientes para garantir uma resposta eficiente ao novo coronavírus? Caso a OMS e os Estados tivessem agido de forma diferente, seria possível evitar a pandemia da Covid-19? O que pode ser feito para prevenir a ocorrência de outro surto de doença?

2. A ESTRUTURA DA GOVERNANÇA EM SAÚDE GLOBAL E O FUNDAMENTAL PAPEL DOS ATORES DA SAÚDE

A governança global pode ser entendida como uma resposta ao fato de não existir um governo formal, nos moldes dos Estados nacionais, no plano internacional. De modo a suprir essa lacuna, é necessário buscar outros modelos para coordenar as relações entre os atores, estatais e não estatais, envolvidos em temas de interesse público.¹²

www.unep.org/news-and-stories/story/unep-joins-three-international-organizations-expert-panel-improve-one-health. Acesso de 14 jul. 2020.

11 ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL. Unequal Vaccine Distribution Self-Defeating, World Health Organization Chief Tells Economic and Social Council's Special Ministerial Meeting. **United Nations**, 16 abr. 2021. Disponível em: <https://www.un.org/press/en/2021/ecosoc7039.doc.htm>. Acesso em 14 jul. 2021.

12 LIZÁRRAGA, P. A. V. **Pandemias y derecho: una perspectiva de gobernanza global**. 2019. 305 f. Tese de Doutorado —Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Disponível em: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/5641-pandemias-y-derecho-una-perspectiva-de-gobernanza-global>. p. 78.

Seguindo essa lógica, o campo da Governança em Saúde Global é descentralizado e fragmentado¹³ — contando com a participação de Organizações Internacionais (OI's), Estados, das Organizações Não Governamentais (ONG's) e do setor privado.¹⁴ Em razão da diversidade da natureza jurídica de cada ator, diferentes mecanismos normativos podem ser utilizados: tanto os instrumentos vinculantes do Direito Internacional quanto as normas não vinculantes.¹⁵ Nesse contexto, a OMS tem primazia quanto à função de coordenação desses atores, em razão da autoridade pública exercida pela Agência.¹⁶

Contudo, durante a pandemia da Covid-19 percebeu-se o desalinhamento entre as diretrizes da agência e as atitudes adotadas pelos países. Adiante, será realizado um diagnóstico do que pode ter contribuído para essa não conformidade dos *players*, questionando o real poder de *enforcement* das diretrizes da OMS (2.1) e a análise das falhas do arcabouço institucional que governam a Saúde Global (2.2).

2.1. Governança da saúde: global ou local? Como a atuação da OMS e dos Estados afetou a pandemia da Covid-19?

O artigo 2º da Constituição da OMS ('Constituição') estabelece as funções e as extensas responsabilidades que se enquadram no escopo da agência para definir padrões uniformes em questões de sanitárias.¹⁷ Em linhas gerais, a função da OMS é ser a autoridade dirigente e coordenadora do trabalho internacional de saúde.¹⁸

13 LIZÁRRAGA, P. A. V. **Pandemias y derecho: una perspectiva de gobernanza global**. 2019. 305 f. Tese de Doutorado —Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Disponível em: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/5641-pandemias-y-derecho-una-perspectiva-de-gobernanza-global>. p. 72.

14 BURCI, G. L.; CASSELS, A. Health. In: COGAN, J. K.; HURD, I.; JOHNSTONE, I. (Org.). **The Oxford Handbook of International Organizations**. Oxford University Press, 2016. cap.21, p.447-471. p.455

15 VILLAREAL, P. A. Pandemic Declarations of the World Health Organization as an Exercise of International Public Authority: The Possible Legal Answers to Frictions Between Legitimacies. **Goettingen Journal of International Law**, v. 7, n. 1, p.95-129, set. 2016. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2840128. p. 99.

16 VILLAREAL, P. A. Pandemic Declarations of the World Health Organization as an Exercise of International Public Authority: The Possible Legal Answers to Frictions Between Legitimacies. **Goettingen Journal of International Law**, v. 7, n. 1, p.95-129, set. 2016. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2840128. p.100.

17 BURCI, G. L.; CASSELS, A. Health. In: COGAN, J. K.; HURD, I.; JOHNSTONE, I. (Org.). **The Oxford Handbook of International Organizations**. Oxford University Press, 2016. cap.21, p.447-471. p.456

18 BOGDANDY, A. V.; VILLARREAL, P. Critical Features of International Authority in Pandemic Response: The WHO in the Covid-19 Crisis, Human Rights and the Changing World Order. **MPIL —Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law**, Research Paper, n. 2020-18, p.1-33, mai. 2020. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3600058>. Acesso em 08 dez. 2020. p. 2.

Nesse sentido, a Assembleia Mundial da Saúde ('AMS') é o órgão de governança plenária da agência¹⁹, composto por delegados que representam os Membros da OMS — consoante com o artigo 10, Constituição. Uma das disposições mais importantes quanto à competência da Assembleia é o poder para adotar regulamentos, de modo a prevenir a propagação internacional de doença²⁰, conforme consagrado no artigo 21 da Constituição.

Também merece destaque o artigo 22 da Constituição. O dispositivo afirma que os Regulamentos do artigo anterior entram em vigor para todos os membros por uma maioria de 2/3 na AMS (artigo 60 (a), Constituição), exceto para aqueles que '*opt out*'.²¹ Em vista dessas especificidades, o Regulamento da Saúde²² Internacional ('RSI') é uma relevante ferramenta para coordenar a resposta durante uma pandemia, estabelecendo padrões e uniformizando-os à escala global.²³

Esse regulamento foi adotado pela primeira vez pela OMS em 1969 e revisado em 2005. O processo de reforma ocorreu devido a alegações de má gestão após a resposta insuficiente durante a crise da SARS em 2003 e a evidência da omissão dos Estados em reportar o surto da doença.²⁴

19 HABIBI, R. et al. The Stellenbosch Consensus on Legal National Responses to Public Health Risks: Clarifying Article 43 of the International Health Regulations. **International Organizations Law Review**, v. 1, n. aop, p. 1-68, dez. 2020. Disponível em: <https://brill.com/view/journals/iolr/aop/article-10.1163-15723747-2020023/article-10.1163-15723747-2020023.xml?language=en>. Acesso em 23 mar. 2021. p.5.

20 VILLARREAL, P. Public International Law and the 2018-2019 Ebola Outbreak in the Democratic Republic of Congo. **EJIL: Talk! — Blog of the European Journal of International Law**, 01 ago. 2019. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/public-international-law-and-the-2018-2019-ebola-outbreak-in-the-democratic-republic-of-congo/#:~:text=The%202018%2D2019%20Ebola%20Outbreak%20in%20the%20DRC%20as%20a,lies%20in%20the%20country's%20Northwest>. Acesso em 02 abr. 2021.

21 BEIGBEDER, Y. World Health Organization (WHO). **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, jul. 2013. Disponível em: <https://opil.ouplaw.com/home/mpi>. Acesso em 02 abr. 2021. p. 6.

22 Apesar de constar em traduções o termo "Sanitário" para referir-se ao Regulamento, adota-se nesse artigo o uso de "da Saúde". Isto porque, anteriormente, a perspectiva da cooperação no campo sanitário tratava-se de garantir a segurança da Europa contra epidemias estrangeiras. Contudo, o Regulamento da Saúde Internacional de 1969 mudou esse paradigma ao lastrear-se na ideia de proteger a comunidade internacional de doenças de relevância global. Dessa maneira, substitui-se o termo previamente utilizado, a fim de garantir um novo panorama na cooperação para controle de doenças entre Estados. Para mais detalhes vide: MBENGUE, M. M. Public Health, International Cooperation. **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**. OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2010. 13 p. 8.

23 BURCI, G. L.; CASSELS, A. Health. In: COGAN, J. K.; HURD, I.; JOHNSTONE, I. (Org.). **The Oxford Handbook of International Organizations**. Oxford University Press, 2016. cap.21, p.447-471. p. 456.

24 BOGDANDY, A. V.; VILLARREAL, P. International Law on Pandemic Response: A First Stocktaking in Light of the Coronavirus Crisis. **MPIL — Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law**, Research Paper, n. 2020-07, 26 mar. 2020. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3561650. Acesso em 08 dez. 2020. p. 5.

Uma das mudanças mais expressivas do RSI em relação à versão anterior é a valorização da colaboração entre os Estados que devem observância aos princípios de boa-fé, cooperação²⁵ e solidariedade²⁶, em detrimento de medidas nacionais isoladas. Nessa perspectiva, superou-se o modelo *Westphaliano* do RSI — marcado por fronteiras, soberania e uma lista restrita de doenças que estavam inseridas no escopo de Regulamento — para uma abordagem “*all hazards*”²⁷ e que permite atores não estatais notificarem casos suspeitos à OMS.²⁸

Na concepção do RSI de 2005, o papel a ser desempenhado pela OMS é coordenar os Estados, monitorando-os e ajudando-os a desenvolver sistemas de vigilância²⁹, a fazer avaliações de risco, a responder prontamente e a evitar interferências desnecessárias no tráfego e comércio³⁰, sempre respeitando os direitos humanos. A adição da necessidade de respeito aos direitos humanos é igualmente significativa. Esse mandamento, entretanto, encontra dificuldades no seu *enforcement*. Isto porque não existem proteções aos atores não estatais que notifiquem sobre os surtos, não há detalhadas obrigações de assistência entre Estados e não se

-
- 25 BURCI, G. L. The Outbreak of Covid-19 Coronavirus: Are the International Health Regulations fit for purpose?. **EJIL: Talk! —Blog of the European Journal of International Law**, 27 de fev. de 2020. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/the-outbreak-of-Covid-19-coronavirus-are-the-international-health-regulations-fit-for-purpose/>. Acesso em 10 dez 2020.
 - 26 PETERS, A. Covid-19 As A Catalyst For The (Re-)Constitutionalisation Of International Law: One Health —One Welfare. **MPIL —Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law**, Research Paper Series No. 2020-44, p.1-14, nov. 2020. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3729488. Acesso em 14 jul. 2021. p. 8.
 - 27 SEKALALA, S.; HARRINGTON, J. Communicable Diseases, Health Security, and Human Rights: From AIDS to Ebola. In: GOSTIN, L. O; MEIER, B. M (Eds.) **Foundations of Global Health & Human Rights**. Oxford University Press, p.221-242, dez. 2020. p.221-242. Disponível em: <https://oxford.universitypressscholarship.com/view/10.1093/oso/9780197528297.001.0001/oso-9780197528297-chapter-11>. Acesso em 20 ago. 2021. p. 229.
 - 28 WORSNOP, C. Z. Provoking Barriers: The 2014 Ebola Outbreak and Unintended Consequences of WHO's Power to Declare a Public Health Emergency. **Global Health Governance**, v. 11, n. 1, p.7-26, 2017. Disponível em: <http://blogs.shu.edu/ghg/files/2017/05/GHG-Special-Issue-Reform-of-the-World-Health-Organization.pdf#page=8>. Acesso em 20 ago. 2021. p. 10.
 - 29 SEKALALA, S.; HARRINGTON, J. Communicable Diseases, Health Security, and Human Rights: From AIDS to Ebola. In: GOSTIN, L. O; MEIER, B. M (Eds.) **Foundations of Global Health & Human Rights**. Oxford University Press, p.221-242, dez. 2020. p.221-242. Disponível em: <https://oxford.universitypressscholarship.com/view/10.1093/oso/9780197528297.001.0001/oso-9780197528297-chapter-11>. Acesso em 20 ago. 2021. p. 229.
 - 30 BURCI, G. L. The Outbreak of Covid-19 Coronavirus: Are the International Health Regulations fit for purpose?. **EJIL: Talk! —Blog of the European Journal of International Law**, 27 de fev. de 2020. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/the-outbreak-of-Covid-19-coronavirus-are-the-international-health-regulations-fit-for-purpose/>. Acesso em 10 dez 2020.

verificam mecanismos suficientes para que os Membros atuem em conformidade com as recomendações do D.G.³¹

Além disso, pretendia-se que a OMS fosse estabelecida como a autoridade na Governança em Saúde Global.³² Para tanto, esse diploma normativo permite que o Diretor- Geral emita medidas temporárias no caso de uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII), prescrita no art.12 do RSI. Com esse fim, é necessário que o D.G ouça o Comitê de Emergência (art.48, RSI). Mesmo não havendo a obrigação de seguir o ponto de vista do Comitê, percebe-se que há deferência do Diretor quanto à recomendação do corpo técnico.³³

A esse respeito é necessário observar que uma ESPII — limitada a uma região — não se confunde com a Declaração de Pandemia, na qual há considerável risco de contágio multirregional.³⁴ Outrossim, a ESPII está prevista no âmbito do RSI, instrumento com força vinculante, enquanto a Declaração é feita com base nas *guidelines* emitidas pela própria OMS.

Tendo em vista essas diferenças, existe controvérsia quanto à natureza jurídica — vinculante ou não — das recomendações no âmbito de uma Declaração de Pandemia.³⁵

Apesar de não se enquadrar estritamente no artigo 38(1) do Estatuto da Corte Internacional de Justiça³⁶, as recomendações da OMS exercem

31 SEKALALA, S.; HARRINGTON, J. Communicable Diseases, Health Security, and Human Rights: From AIDS to Ebola. In: GOSTIN, L. O; MEIER, B. M (Eds.) **Foundations of Global Health & Human Rights**. Oxford University Press, p.221-242, dez. 2020. p.221-242. Disponível em: <https://oxford.universitypressscholarship.com/view/10.1093/oso/9780197528297.001.0001/oso-9780197528297-chapter-11>. Acesso em 20 ago. 2021. p.229-230.

32 SEKALALA, S.; HARRINGTON, J. Communicable Diseases, Health Security, and Human Rights: From AIDS to Ebola. In: GOSTIN, L. O; MEIER, B. M (Eds.) **Foundations of Global Health & Human Rights**. Oxford University Press, p.221-242, dez. 2020. p.221-242. Disponível em: <https://oxford.universitypressscholarship.com/view/10.1093/oso/9780197528297.001.0001/oso-9780197528297-chapter-11>. Acesso em 20 ago. 2021. p.229.

33 ALMEIDA, P. W. O Direito Internacional frente à pandemia Covid-19. **Jota — Jornalismo e tecnologia para tomadores de decisão**. 09 abr. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-direito-internacional-frente-a-pandemia-Covid-19-09042020>. Acesso em 28 jul. 2021.

34 VILLAREAL, P. A. Pandemic Declarations of the World Health Organization as an Exercise of International Public Authority: The Possible Legal Answers to Frictions Between Legitimacies. **Goettingen Journal of International Law**, v. 7, n. 1, p.95-129, set. 2016. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2840128. p. 106.

35 VILLAREAL, P. A. Pandemic Declarations of the World Health Organization as an Exercise of International Public Authority: The Possible Legal Answers to Frictions Between Legitimacies. **Goettingen Journal of International Law**, v. 7, n. 1, p.95-129, set. 2016. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2840128. p. 110-111.

36 “Article 38(1). The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:
a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;
b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law;
c. the general principles of law recognized by civilized nations;

grande força autoritativa. Nesse contexto, pelo fato de a OMS ser a mais relevante autoridade pública no cenário da Governança em Saúde Global, a mera declaração de pandemia pode gerar respostas locais imediatas dos Estados-Membros e a inconformidade com as orientações emitidas pode gerar custos reputacionais.³⁷

Nessa toada, a revisão do Regulamento em 2005 aumentou os custos do desrespeito aos compromissos firmados com a OMS, ao permitir o monitoramento da conformidade dos Estados com relação às recomendações emitidas pela Agência.³⁸

Sob essa ótica, caso seja notada prática negativa por parte dos Membros, a OMS pode publicizar esse comportamento contraproducente. Tal realidade pode afetar os Estados de três formas: (i) prejudicar a reputação internacional do país, (ii) legitimar punições bilaterais pelas nações que sofreram danos excessivos decorrentes de restrições ao comércio e ao tráfego e (iii) estimular grupos domésticos, lesados pela incongruência às normas da OMS, a pressionarem o governo local a agir em conformidade com as orientações.³⁹

Portanto, em última instância, a ferramenta disponível para instar os membros da Organização a cumprirem as recomendações é a estratégia de *'naming and shaming'*.⁴⁰

Necessário pontuar, entretanto, que esse método é pouco utilizado por não fazer parte do design do RSI — lastreado na cooperação e assistência —, nem da tradição da OMS.⁴¹

d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law."

37 VILLAREAL, P. A. Pandemic Declarations of the World Health Organization as an Exercise of International Public Authority: The Possible Legal Answers to Frictions Between Legitimacies. *Goettingen Journal of International Law*, v. 7, n. 1, p.95-129, set. 2016. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2840128. p. 110-111.

38 WORSNOP, C. Z. Provoking Barriers: The 2014 Ebola Outbreak and Unintended Consequences of WHO's Power to Declare a Public Health Emergency. *Global Health Governance*, v. 11, n. 1, p.7-26, 2017. Disponível em: <http://blogs.shu.edu/ghg/files/2017/05/GHG-Special-Issue-Reform-of-the-World-Health-Organization.pdf#page=8>. Acesso em 20 ago. 2021 p.11.

39 WORSNOP, C. Z. Provoking Barriers: The 2014 Ebola Outbreak and Unintended Consequences of WHO's Power to Declare a Public Health Emergency. *Global Health Governance*, v. 11, n. 1, p.7-26, 2017. Disponível em: <http://blogs.shu.edu/ghg/files/2017/05/GHG-Special-Issue-Reform-of-the-World-Health-Organization.pdf#page=8>. Acesso em 20 ago. 2021. p. 11.

40 VILLAREAL, P. A. Pandemic Declarations of the World Health Organization as an Exercise of International Public Authority: The Possible Legal Answers to Frictions Between Legitimacies. *Goettingen Journal of International Law*, v. 7, n. 1, p.95-129, set. 2016. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2840128. p. 99, pp.110-113.

41 BURCI, G. L. The Outbreak of Covid-19 Coronavirus: Are the International Health Regulations fit for purpose?. *EJIL: Talk! —Blog of the European Journal of International Law*, 27 de fev. de 2020. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/the-outbreak-of-Covid-19-coronavirus-are-the-international-health-regulations-fit-for-purpose/>. Acesso em 10 dez

A razão para a inaplicabilidade desse método perpassa os diferentes modos que os Estados-Membros têm de repreender a Organização. Em primeiro lugar, o financiamento da Agência depende fortemente do apoio financeiro e da cooperação dos Estados, haja vista a composição orçamentária, que é majoritariamente constituída por contribuições voluntárias.⁴²

Além de possíveis sanções orçamentárias, os Membros, por serem os dirigentes da OI, têm o poder de remodelar o design institucional, de mudar o rol de funções atribuídas e de alterar a autonomia da Organização.⁴³ Desse modo, a OMS é cautelosa quanto ao *naming and shaming*, pois é necessário refletir sobre possíveis custos — tanto no financiamento quanto na estrutura da Agência — envolvendo a exposição de Estados desconformes com as recomendações.

Dois episódios interligados que ilustram o dilema enfrentado pela OMS são o da pandemia do *influenza* H1N1 e o surto causado pela doença por vírus Ebola (EVD). No contexto do EVD, a Organização recomendou que não fossem impostas barreiras ao comércio internacional, nem ao tráfego de pessoas.⁴⁴ Apesar disso, diversos Estados restringiram a livre circulação⁴⁵, em desacordo com a orientação da autoridade sanitária internacional. Diante desses Estados desconformes, a OMS não se utilizou do *naming and shaming*.⁴⁶

O motivo para a falta de iniciativa em expor os Estados que atuaram em dissonância às instruções da OMS no episódio do EVD está relacionado às críticas enfrentadas pela OI durante a pandemia da H1N1. Naquele momento, houve uma percepção de que a Agência havia exagerado

2020.

42 WORSNOP, C. Z. Provoking Barriers: The 2014 Ebola Outbreak and Unintended Consequences of WHO's Power to Declare a Public Health Emergency. **Global Health Governance**, v. 11, n. 1, p.7-26, 2017. Disponível em: <http://blogs.shu.edu/ghg/files/2017/05/GHG-Special-Issue-Reform-of-the-World-Health-Organization.pdf#page=8>. Acesso em 20 ago. 2021.p. 11.

43 KAMRADT-SCOTT, A. WHO's to blame? The World Health Organization and the 2014 Ebola outbreak in West Africa. **Third World Quarterly**, v. 37, n. 3, p.401-418, jan. 2016). Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/01436597.2015.1112232?scroll=top&needAccess=true>. Acesso em 20 ago. 2021. p. 410.

44 "WHO does not recommend any ban on international travel or trade, in accordance with advice from the WHO Ebola Emergency Committee." WORLD HEALTH ORGANIZATION. Statement on travel and transport in relation to Ebola virus disease (EVD) outbreak. **WHO**. 2014. Disponível em: <https://www.afro.who.int/media-centre/statements-commentaries/statement-travel-and-transport-relation-ebola-virus-disease>. Acesso em 20 ago. 2021.

45 THOMPSON, N; TORRE, I. Ebola virus: Countries with travel restrictions in place. **CNN**. 4 nov. 2014. Disponível em: <http://edition.cnn.com/2014/11/04/world/ebola-virus-restrictions-map/index.html>Acesso em 20 ago. 2021.

46 WORSNOP, C. Z. Domestic politics and the WHO's International Health Regulations: Explaining the use of trade and travel barriers during disease outbreaks. **The Review of International Organizations**, n. 12, p.365-395, 2017. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s11558-016-9260-1#citeas>. Acesso em 20 de ago. 2021. p. 390.

quanto à gravidade da pandemia, de que teriam sido soados falsos alarmes (*"crying wolf"*).⁴⁷

Seguindo essa lógica, o reconhecimento técnico da OMS por parte dos atores internacionais — isto é, a reputação da Agência como autoridade pública da saúde global — é ferramenta essencial para que os Estados sigam as diretrizes da Organização.⁴⁸ Nessa ótica, os desgastes gerados pelas críticas na condução da pandemia de 2009 pode ter feito com que a OMS tenha, em 2014, atuado de maneira mais cautelosa, apenas intensificando o discurso na medida em que a situação se desenvolvia.⁴⁹

Apesar do receio da OMS em apontar os Estados que não agem em conformidade com as recomendações emitidas, há uma outra dimensão do *naming and shaming* que pode ser utilizada: os outros Estados-Membros — que estão respeitando as orientações — podem apontar os países que estejam operando em dissonância com as recomendações da OMS, impondo restrições ao comércio e ao tráfego não recomendadas pela autoridade da saúde global.⁵⁰

Tendo em vista o panorama teórico das regras que podem ou devem ser respeitadas pelos Membros quanto às regulações da OMS, é necessário observar como se deu a atuação da Agência e dos Estados durante a pandemia da Covid-19.

Em primeiro lugar, é possível traçar a violação inicial praticada pela China ao não notificar prontamente um evento que possa constituir uma ESPII, mesmo após tomar conhecimento de surtos que foram identificados no território chinês, como impõem os artigos 6º e 7º do RSI.⁵¹ Outrossim, há ponderações quanto à retenção de relatórios médicos — que levaram a OMS a acreditar que não havia transmissão da doença entre humanos — e

47 CARNEY, T.; BENNETT, B. Framing Pandemic Management: New governance, science or culture?. *Health Sociology Review*, v. 23, n. 2, p. 136-147, jun. 2014. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/260985726_Framing_Pandemic_Management_New_governance_science_or_culture. Acesso em 20 de ago. de 2021. p. 145.

48 KAMRADT-SCOTT, A. WHO's to blame? The World Health Organization and the 2014 Ebola outbreak in West Africa. *Third World Quarterly*, v. 37, n. 3, p. 401-418, jan. 2016. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/01436597.2015.1112232?scroll=top&needAccess=true>. Acesso em 20 ago. 2021. p. 410.

49 KAMRADT-SCOTT, A. WHO's to blame? The World Health Organization and the 2014 Ebola outbreak in West Africa. *Third World Quarterly*, v. 37, n. 3, p. 401-418, jan. 2016. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/01436597.2015.1112232?scroll=top&needAccess=true>. Acesso em 20 ago. 2021. p. 410.

50 WORSNOP, C. Z. Domestic politics and the WHO's International Health Regulations: Explaining the use of trade and travel barriers during disease outbreaks. *The Review of International Organizations*, n. 12, p.365-395, 2017. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s11558-016-9260-1#citeas>. Acesso em 20 ago. 2021. p. 390.

51 DIAS, T. S.; COCO, A. Part III: Due Diligence and Covid-19: States' Duties to Prevent and Halt the Coronavirus Outbreak. *EJIL: Talk! —Blog of the European Journal of International Law*, 25 mar. 2020. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/part-iii-due-diligence-and-Covid-19-states-duties-to-prevent-and-halt-the-coronavirus-outbreak/>. Acesso em 10 dez. 2020.

à falta de transparência quanto ao número de pacientes assintomáticos, dado essencial para entender o quão contagiosa é a enfermidade.⁵²

Tal realidade teve consequências no adiamento da declaração da ESPII. O Diretor-geral convocou o Comitê de Emergência no dia 22 de janeiro de 2020 para avaliar se a situação poderia ser considerada como uma ESPII. Por falta de informações, não se chegou a uma conclusão unânime na data.⁵³ Somente no dia 30 de janeiro Tedros Adhanom declarou a Covid-19 como uma ESPII, quando já havia 98 casos fora da China, em dezoito países.⁵⁴

Menos de dois meses após essa declaração, a OMS entendeu que o vírus havia se disseminado suficientemente para ser considerado uma pandemia.⁵⁵

Apesar das possíveis violações por parte da China, o Estado não foi o único a descumprir com os mandamentos do RSI. Durante a expansão do vírus para a escala mundial, houve uma reação generalizada entre os países de tomarem medidas desproporcionais quanto ao tráfego internacional, às liberdades individuais e ao comércio global.⁵⁶ O fato é que mesmo com o atraso na notificação dos casos pela China, o RSI foi incapaz de promover outros mecanismos que possibilitassem a pronta declaração de uma ESPII pela OMS. Essa falha, consequentemente, atrasou a preparação global para responder à pandemia de maneira efetiva.⁵⁷

52 TZENG, P. Taking China to the International Court of Justice over Covid-19. **EJIL: Talk! — Blog of the European Journal of International Law**, 02 de abr. de 2020. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/taking-china-to-the-international-court-of-justice-over-Covid-19/>. Acesso em 07 fev. 2021.

53 EMERGENCY COMMITTEE. Statement on the first meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee regarding the outbreak of novel coronavirus (2019-nCoV). **United Nations**. 23 de jan. de 2020. Disponível em: [https://www.who.int/news/item/23-01-2020-statement-on-the-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/news/item/23-01-2020-statement-on-the-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov)). Acesso em 14 jul. 2021.

54 WORLD HEALTH ORGANIZATION. WHO Director-General's statement on IHR Emergency Committee on Novel Coronavirus (2019-nCoV). **WHO**. 30 jan. 2020. Disponível em: [https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-statement-on-ihr-emergency-committee-on-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-statement-on-ihr-emergency-committee-on-novel-coronavirus-(2019-ncov)). Acesso em 14 jul. 2021.

55 WORLD HEALTH ORGANIZATION. WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on Covid-19. **WHO**. 11 mar. 2020. Disponível em: <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-Covid-19---11-march-2020>. Acesso em 14 jul. 2021.

56 GOSTIN, L.; HABIBI, R.; MEIER, B. Has Global Health Law Risen to Meet the Covid-19 Challenge? Revisiting the International Health Regulations to Prepare for Future Threats. **Journal of Law, Medicine & Ethics**, v. 48, n. 2, p.376-381, jan. 2021. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/journal-of-law-medicine-and-ethics/article/abs/has-global-health-law-risen-to-meet-the-covid19-challenge-revisiting-the-international-health-regulations-to-prepare-for-future-threats/3907D01F5709F9F34213985E-6314ACE6>. Acesso em 02 abr. 2021. p. 3.

57 GOSTIN, L.; HABIBI, R.; MEIER, B. Has Global Health Law Risen to Meet the Covid-19 Challenge? Revisiting the International Health Regulations to Prepare for Future

Nessa esteira, o sentimento nacionalista teve como resultado o abandono dos preceitos de colaboração e assistência — nos ditames do artigo 44 do RSI. A redação desse dispositivo é aberta, propositadamente, para promover diferentes meios de cooperação. Ocorre, no entanto, que os Estados se utilizaram dessa cláusula geral a fim de limitar as ações aos limites nacionais e renegar a própria responsabilidade na ordem internacional.⁵⁸

Além disso, noticiou-se a adoção de medidas adicionais àquelas emitidas pela OMS. A esse respeito, o artigo 43 do RSI permite a implementação desses critérios desde que eles sejam de igual ou maior eficiência aos definidos pela Organização — em respeito ao princípio da soberania dos Estados.⁵⁹ Contudo, para que sejam válidas é necessária que elas atendam quatro condições⁶⁰: (i) estar de acordo com a lei nacional do Estado e com suas obrigações no Direito Internacional, (ii) funcionar como resposta a uma ameaça à saúde pública específica ou a uma ESPII, (iii) estar em consonância com as normas do RSI e (iv) não ser mais restritiva ao tráfego internacional, nem mais invasiva do que alternativas que atingem o mesmo nível de proteção sanitária.

Por fim, de modo a se atingir uma análise completa das falhas de atuação dos atores da Saúde Global, é preciso reparar que faltam mecanismos para garantir o *compliance* das orientações emitidas pela OMS, bem como o respeito ao cumprimento das obrigações da Constituição e do RSI.

2.2. Como chegamos até aqui? Duas dimensões de problemas no design estratégico da governança da saúde global

Analisando o funcionamento da OMS é possível traçar dois problemas estruturantes que contribuem para a falta de *compliance* e *enforcement* das

Threats. **Journal of Law, Medicine & Ethics**, v. 48, n. 2, p.376-381, jan. 2021. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/journal-of-law-medicine-and-ethics/article/abs/has-global-health-law-risen-to-meet-the-covid19-challenge-revisiting-the-international-health-regulations-to-prepare-for-future-threats/3907D01F5709F9F34213985E6314ACE6>. Acesso em 02 abr. 2021. p. 3.

58 GOSTIN, L.; HABIBI, R.; MEIER, B. Has Global Health Law Risen to Meet the Covid-19 Challenge? Revisiting the International Health Regulations to Prepare for Future Threats. **Journal of Law, Medicine & Ethics**, v. 48, n. 2, p.376-381, jan. 2021. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/journal-of-law-medicine-and-ethics/article/abs/has-global-health-law-risen-to-meet-the-covid19-challenge-revisiting-the-international-health-regulations-to-prepare-for-future-threats/3907D01F5709F9F34213985E6314ACE6>. Acesso em 02 abr. 2021. p. 3.

59 HABIBI, R. et al. The Stellenbosch Consensus on Legal National Responses to Public Health Risks: Clarifying Article 43 of the International Health Regulations. **International Organizations Law Review**, v. 1, n. aop, p. 1-68, dez. 2020. Disponível em: https://brill.com/view/journals/iolr/19/1/article-p90_005.xml. Acesso em 23 mar. 2021. p. 14.

60 HABIBI, R. et al. The Stellenbosch Consensus on Legal National Responses to Public Health Risks: Clarifying Article 43 of the International Health Regulations. **International Organizations Law Review**, v. 1, n. aop, p. 1-68, dez. 2020. Disponível em: https://brill.com/view/journals/iolr/19/1/article-p90_005.xml. Acesso em 23 mar. 2021. p. 20.

decisões da agência por parte de seus membros: as frágeis obrigações atribuídas aos Estados e falhas estratégicas no uso dos sistemas de monitoramento.

Em primeiro lugar, cabe explicar o que são as “*core capacities*”. Para tanto, é necessário observar dois dispositivos do RSI, o artigo 5(1)⁶¹ e o artigo 13(1).⁶² Realizando a interpretação conjunta dos mandamentos dessas normas, entende-se que os Estados devem desenvolver, fortalecer e manter as capacidades de avaliar, de notificar, de reportar e de responder prontamente e efetivamente⁶³ aos eventos que constituam um risco à saúde pública ou a uma emergência de saúde pública de importância internacional — observando o Anexo 1 do Regulamento.

Essas obrigações, contudo, não são autoexecutáveis, justamente pela vagueza dos termos. De modo a possibilitar a aplicação delas, o Anexo 1 do RSI funciona como guia para operacionalização e inserção das regras nos sistemas de saúde públicas dos Estados-Membros, especialmente na seção A do anexo. Diante disso, as normas incluídas no Anexo 1 visam a habilitar os Estados a contribuírem com o objetivo descrito no Artigo 2 do RSI⁶⁴, por meio de obrigações relacionadas à infraestrutura do sistema de saúde e às “*capacity-building measures*”.⁶⁵ Desse modo, a seção A do Anexo 1 busca funcionar como mecanismo de estímulo de *compliance*⁶⁶ dos Membros com as normas do RSI, ao estabelecer requisitos mínimos das *core capacities* de vigilância e resposta.

61 “Each State Party shall develop, strengthen and maintain, as soon as possible but no later than five years from the entry into force of these Regulations for that State Party, the capacity to detect, assess, notify and report events in accordance with these Regulations, as specified in Annex 1”.

62 “Each State Party shall develop, strengthen and maintain, as soon as possible but no later than five years from the entry into force of these Regulations for that State Party, the capacity to respond promptly and effectively to public health risks and public health emergencies of international concern as set out in Annex 1. WHO shall publish, in consultation with Member States, guidelines to support States Parties in the development of public health response capacities.”

63 De forma mais taxativa, a OMS, por meio do IHR Core Capacity Index, definiu 13 core capacities: “(1) National legislation, policy and financing; (2) Coordination and National Focal Point communications; (3) Surveillance; (4) Response; (5) Preparedness; (6) Risk communication; (7) Human resources; (8) Laboratory; (9) Points of entry; (10) Zoonotic events; (11) Food safety; (12) Chemical events; (13) Radionuclear emergencies.” Disponível em: <https://www.who.int/data/gho/indicator-metadata-registry/imr-details/4824>.

64 “The purpose and scope of these Regulations are to prevent, protect against, control and provide a public health response to the international spread of disease in ways that are commensurate with and restricted to public health risks, and which avoid unnecessary interference with international traffic and trade.”

65 BARTOLINI, G. The Failure of ‘Core Capacities’ Under the WHO International Health Regulations. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 70, n. 1, p. 233-250, jan. 2021. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/international-and-comparative-law-quarterly/article/failure-of-core-capacities-under-the-who-international-health-regulations/D00B890119F5145D8E41731F3D912744>. Acesso em 16 ago. 2021. p. 235.

66 BARTOLINI, G. The Failure of ‘Core Capacities’ Under the WHO International Health Regulations. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 70, n. 1, p. 233-250, jan. 2021. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/international-and-comparative-law-quarterly/article/failure-of-core-capacities-under-the-who-international-health-regulations/D00B890119F5145D8E41731F3D912744>. Acesso em 16 ago. 2021. p. 236.

Em vista do papel fundamental que essas obrigações desempenham no fortalecimento e construção da Saúde Global, o RSI estipulou datas-limite para que as obrigações previstas fossem implementadas pelos Estados. Esse prazo, no entanto, encerrou-se em 2016. À época, o D.G reconheceu o avanço no desenvolvimento das “*core capacities*”, porém reconheceu também que em muitos países elas ainda não tinham sido estabelecidas.⁶⁷ Portanto, apesar de o RSI buscar a colaboração dos Estados, o Regulamento parece ter falhado em estimular a execução dessas regras.

Sob essa perspectiva, há duas razões que podem ser elencadas para explicar a falta de *compliance* com as *core capacities*: (i) a falta de desenvolvimento na aplicabilidade das obrigações⁶⁸ e (ii) as *weak obligations*.⁶⁹ A primeira decorre do condicionamento do RSI a uma boa infraestrutura de saúde local. Isto porque, para a construção de sistemas nacionais de saúde eficientes, é necessário que sejam alocados recursos financeiros. Ocorre que o Regulamento não definiu detalhadamente como construí-las — apenas delimitou prazos. Ademais, o RSI, não definiu um fundo específico para o financiamento e, ao exigir dos outros Membros o apoio pecuniário e técnico, utilizou-se do termo “*to the extent possible*”⁷⁰, criando “*weak obligations*” que não estimulam o *compliance*.

Plataformas de monitoramento da própria OMS que parecem comprovar essas falhas estratégicas do RSI são a Joint External Evaluation (JEE)⁷¹ e a IHR State Parties Annual Reporting (SPAR) — essa última consoante com o artigo 54 do RSI que prevê a submissão anual de relatórios sobre a implementação das capacidades.

67 BARTOLINI, G. Are You Ready for a Pandemic? The International Health Regulations Put to the Test of Their ‘Core Capacity Requirements’. **EJIL: Talk! —Blog of the European Journal of International Law**. 1 jun 2020. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/are-you-ready-for-a-pandemic-the-international-health-regulations-put-to-the-test-of-their-core-capacity-requirements/>. Acesso em: 10 dez 2020.

68 GOSTIN, L. O. **Global Health Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2014. Disponível em: <https://www.hup.harvard.edu/catalog.php?isbn=9780674728844>. Acesso em 15 ago. 2021. p. 188.

69 FIDLER, D. P. From International Sanitary Conventions to Global Health Security: The New International Health Regulations. **Chinese Journal of International Law**, v. 4, n. 2, p.325-329, nov. 2005. Disponível em: <https://academic.oup.com/chinesejil/article/4/2/325/490058>. Acesso em 15 de ago. 2021. p. 374.

70 Consoante com o artigo 13(5) e o artigo 44(1) do RSI.

71 O JEE diferencia-se do SPAR por ser baseado em uma autoavaliação preliminar, seguida por visitas locais e revisado por especialistas estrangeiros, que avaliam dezenove áreas técnicas, de maneira a avaliar as capacidades de prevenção, resposta e detecção. Além disso, o JEE é voluntário e precisa da aprovação do Estado para diversos procedimentos da avaliação. Mais detalhes em: BARTOLINI, G. The Failure of ‘Core Capacities’ Under the WHO International Health Regulations. **International and Comparative Law Quarterly**, v. 70, n. 1, p.233-250, jan. 2021. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/international-and-comparative-law-quarterly/article/failure-of-core-capacities-under-the-who-international-health-regulations/D00B890119F5145D8E41731F3D912744>. Acesso em 16 de ago. de 2021. p. 244.

No que tange à ferramenta virtual do SPAR (e-SPAR)⁷², o objetivo dela é estimular a transparência e a responsabilidade mútua entre os Estados. Nesse sentido, através de questionário disponibilizado pela própria OMS, os Estados devem responder aos 24 indicadores que correspondem às treze capacidades previamente referenciadas.

Um ponto que merece atenção quanto à ferramenta é o alto nível de adesão dos Estados, que demonstra a conformidade deles com as normas vinculantes — tangentes à supervisão do desenvolvimento das *core capacities* — dispostas no Regulamento. Quanto a esse aspecto, há críticas com relação a ausência de consequências previstas caso os Estados enviem com atraso, enviem de forma incompleta ou simplesmente não enviem.⁷³ A imagem a seguir oferece uma boa visão acerca da deferência dos países com relação à obrigação de envio dos relatórios:



Figura 1. Mapa da submissão anual do relatório⁷⁴

Noutro giro, contudo, é possível perceber, por meio de gráfico disponibilizado pela ferramenta, que a categoria que atingiu maior porcentagem de *score* foi a C6 — de vigilância —, na região do Pacífico Ocidental (WPRO).⁷⁵ Todavia, é necessário atentar a um detalhe: a região teve omissão de 22% do total quanto à obrigação do art. 54 do RSI. Portanto, esse alto *score*, na prática, pode gerar distorções quanto ao real preparo da região na implementação e efetivação das *core capacities*, visto que Estados com baixas pontuações podem não ter submetido o relatório.

72 WORLD HEALTH ORGANIZATION. **e-SPAR**. 2019. Disponível em: <https://extranet.who.int/e-spar#about>. Acesso em 20 de ago. de 2021.

73 BARTOLINI, G. The Failure of 'Core Capacities' Under the WHO International Health Regulations. **International and Comparative Law Quarterly**, v. 70, n. 1, p. 233-250, jan. 2021. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/international-and-comparative-law-quarterly/article/failure-of-core-capacities-under-the-who-international-health-regulations/D00B890119F5145D8E41731F3D912744>. Acesso em 16 ago. 2021. p. 240.

74 WORLD HEALTH ORGANIZATION. **e-SPAR**. 2019. Disponível em: <https://extranet.who.int/e-spar#about>. Acesso em 20 de ago. de 2021.

75 Os Escritórios Regionais da OMS operam com as seguintes siglas: AFRO (Regional Office for Africa), AMRO (Regional Office for the Americas), EMRO (Regional Office for the Eastern Mediterranean), EURO (Regional Office for Europe), SEARO (Regional Office for South-East-Asia) e WPRO (Regional Office for Western Pacific)

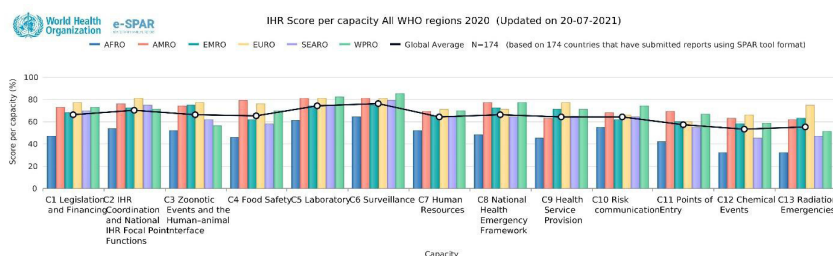


Figura 2. Scores de cada core capacity por Escritório Regional⁷⁶

Ainda que a análise desses números seja relevante para entender a avaliação da OMS quanto ao preparo dos Estados, é preciso voltar-se à realidade. Isso porque, apesar dos altos scores das regiões, a verdade é que os países — em sua grande maioria — foram incapazes de reagir prontamente e com diligência quanto à pandemia do Covid-19.

Um ponto interessante, e que merece atenção, é o que tange aos epicentros da pandemia. Inicialmente, o surto de coronavírus esteve presente na Ásia, em seguida na Europa e posteriormente na América do Norte. Todos esses continentes pontuam melhor que África nessas categorias de *core capacities*. No entanto, em nenhum momento o continente africano se tornou o epicentro da pandemia, nem houve relatos de grandes perdas humanas em decorrência da Covid-19.⁷⁷

Ainda, é significativo observar a escassez de espírito cooperativo entre Estados, percebido pela falta de assistência financeira entre as nações. Nesse ponto, é necessário entender o orçamento da OMS. Conforme a imagem abaixo demonstra, as contribuições obrigatórias não correspondem à maior parcela do orçamento. Aquelas que são responsáveis por mais da metade do orçamento são as contribuições voluntárias com destinação específica.⁷⁸ Tal realidade gera dois problemas: (i) o engessamento dos recursos financeiros e como podem ser gastos e (ii) a dependência da OMS com as contribuições não obrigatórias.

76 WORLD HEALTH ORGANIZATION. **e-SPAR**. 2019. Disponível em: <https://extranet.who.int/e-spar#about>. Acesso em 20 de ago. de 2021.

77 Mesmo que a variante surgida na África do Sul tenha causado grande preocupação ao redor do mundo, os efeitos gerados por ela não se assemelham ao da variante delta, nem parecem ter afetado significativamente o decurso da pandemia.

78 "The core voluntary contributions account (CVCA) includes funds received to support the Programme budget as a whole, considered fully or highly flexible; and funds that are earmarked only at the level of the category. Voluntary contributions —core includes funds that are earmarked for purposes within the Programme budget, considered designated, or of a medium level of flexibility. Designated funds, earmarked at the level of programme area or major office, are not as tightly specified for detailed activity or expenditure line reporting as voluntary contributions —specified, yet are still earmarked rather than highly flexible so are categorized as voluntary contributions". WORLD HEALTH ORGANIZATION, "**Seventy-Third World Health Assembly**", documento A73/INF./3, 29 junho. 2020. p. 2.

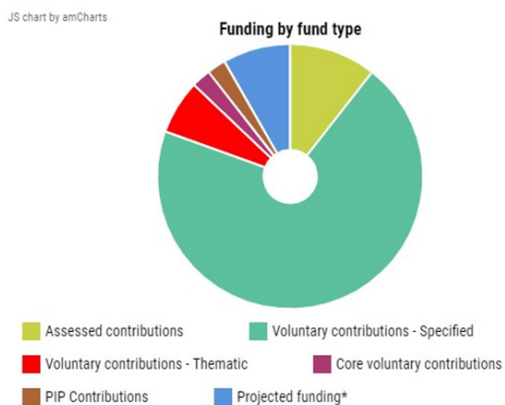


Figura 3. Fundos da OMS classificados pela forma de financiamento⁷⁹

Outrossim, as “*core voluntary contributions*” — aquelas que apoiam o orçamento da OMS independentemente da destinação — são consideravelmente pequenas.⁸⁰ Esse quadro todo parece demonstrar dois aspectos das relações internacionais da Governança em Saúde Global: a disposição dos doadores em contribuir apenas com projetos específicos e a falta de confiança no julgamento de despesas de recursos da própria agência.⁸¹

Sob essa ótica, o próprio caráter multilateral da OMS é questionado. Isto porque uma OI que conta primariamente com contribuições voluntárias perde o modo de atuação de uma instituição multilateral, já que passa a depender de relações bilaterais com doadores específicos.⁸² Nessa esteira, é interessante trazer o conceito de multilateralismo troiano, utilizado para expressar a errônea percepção de que o aumento no financiamento de instituições multilaterais necessariamente significa o fortalecimento do multilateralismo.⁸³

79 WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Contributors**. Disponível em: <http://open.who.int/2020-21/contributors/contributor>. Acesso em 20 ago. 2020.

80 DAUGIRDAS, K.; BURCI, G. L. Financing the World Health Organization: What Lessons for Multilateralism? **International Organizations Law Review**, v. 16, n. 2, p.299-338, ago. 2019. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3434603. Acesso em 20 ago. 2021. p. 326.

81 DAUGIRDAS, K.; BURCI, G. L. Financing the World Health Organization: What Lessons for Multilateralism? **International Organizations Law Review**, v. 16, n. 2, p.299-338, ago. 2019. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3434603. Acesso em 20 ago. 2021. p. 326.

82 COGAN, J. K. Financing and Budgets. In: COGAN, J. K.; HURD, I.; JOHNSTONE, I. (Org.). **The Oxford Handbook of International Organizations**. Oxford University Press, 2016. cap.42, p.903-919. p. 910.

83 “What we call Trojan multilateralism whereby increased funding to multilateral institutions is creating the illusion of multilateral intent, whereas it is covertly introducing bilateral goals and interests into multilateral institutions. These overlap with vertical initiatives and have the potential to corrode multilateralism” SRIDHAR, D.; WOODS, N. Trojan

Segundo essa ideia, ocorre justamente o contrário, haja vista a permeabilidade de interesses bilaterais nessas OI, que vai de encontro com a concepção de multilateralismo — descrito pela atuação de Estados, coordenando suas políticas ou trabalhando em conjunto, visando a atingir um objetivo específico que não conseguiriam individualmente. O papel das instituições internacionais, nesse ângulo, é o de diminuir os custos de transação.⁸⁴

Disso decorre a falta de cooperação, visto que os Estados e atores não estatais podem influenciar a alocação de investimentos, funcionando a OMS como mero meio para operacionalizar as doações. Essa dinâmica política deve ser entendida dentro da ideia de que a OMS não é apenas um organismo puramente tecnocrático, mas também é um ambiente que sofre influências de interesses privados. Desse modo, a agência — ao invés de analisar o panorama global sob a égide da Governança em Saúde Global — pode apenas limitar-se a cumprir as destinações específicas dos doadores.

Nessa perspectiva, ainda que o auxílio possa ser suficiente para alguns países melhorarem a infraestrutura — em razão das preferências dos doadores — outros deixarão de ser contemplados em vista da escassez de recursos. Outro ponto de preocupação com as contribuições voluntárias dirigidas a causas específicas, é o aparelhamento da OMS pelas vontades privadas, pois, ao invés de existir uma política (*policy*) harmônica, têm-se apenas o acumulado de escolhas privadas. Esse risco, portanto, afeta o processo de *decisionmaking* da Organização.⁸⁵

3. CONCLUSÃO

Diante do exposto, sem dúvida, a cooperação entre Estados é fundamental para a Governança em Saúde Global. No entanto, durante a pandemia, não faltam exemplos de respostas unilaterais e nacionalistas à crise, em franca oposição aos postulados de uma resposta multilateral. Nada obstante, é seguro afirmar que a falta de coordenação internacional, de cooperação entre Estados — antes e durante a pandemia — e de solidariedade global foram substancialmente relevantes para os sucessivos fracassos na resolução da pandemia.

Multilateralism: Global Cooperation in Health. **Global Policy**, v. 4, n. 4, p.325-335, nov. 2013. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/1758-5899.12066>. Acesso em 20 ago. 2021. p. 326.

84 SRIDHAR, D.; WOODS, N. Trojan Multilateralism: Global Cooperation in Health. **Global Policy**, v. 4, n. 4, p.325-335, nov. 2013. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/1758-5899.12066>. Acesso em 20 ago. 2021. p. 326.

85 DAUGIRDAS, K.; BURCI, G. L. Financing the World Health Organization: What Lessons for Multilateralism? **International Organizations Law Review**, v. 16, n. 2, p.299-338, ago. 2019. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3434603. Acesso em 20 de ago. de 2021. p. 305.

Desse modo, com base nas reflexões trazidas, é preciso que as autoridades sanitárias globais repensem se os critérios de avaliação das capacidades são realizados seguindo padrões rígidos de prevenção a crises de saúde e se os *scores* estabelecidos efetivamente são suficientes e necessários para auferir o nível de preparo dos países.

Nesse sentido, também é preciso que haja um escrutínio subsequente à submissão dos relatórios, de forma a submetê-los a uma análise crítica entre pares. Iniciativas que podem estimular esse cenário são debates quanto aos resultados registrados, visitas presenciais e engajamento direto dos Estados.⁸⁶

Ademais, o modo de financiamento da agência deve ser repensado, visando a garantir uma perspectiva programática dentro da Governança em Saúde Global. Por fim, o caráter não combativo utilizado pela OMS acerca dos relatórios gera questionamentos quanto o real valor transformativo dos relatórios.⁸⁷

4. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, P. W. O Direito Internacional Frente à Pandemia Covid-19. **Jota — Jornalismo e tecnologia para tomadores de decisão**. 09 abr. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-direito-internacional-frente-a-pandemia-Covid-19-09042020>. Acesso em 28 jul. de 2021.

BARTOLINI, G. Are You Ready for a Pandemic? The International Health Regulations Put to the Test of Their 'Core Capacity Requirements'. **EJIL: Talk! — Blog of the European Journal of International Law**. 01 jun. 2020. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/are-you-ready-for-a-pandemic-the-international-health-regulations-put-to-the-test-of-their-core-capacity-requirements/>. Acesso em 10 dez. 2020.

BARTOLINI, G. The Failure of 'Core Capacities' Under the WHO International Health Regulations. **International and Comparative Law Quarterly**, v. 70, n. 1, p.233-250, jan. 2021. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/international-and-comparative-law-quarterly/article/failure-of-core-capacities-under-the-who-international-health-regulations/D00B890119F5145D8E41731F3D912744>. Acesso em 16 ago. 2021.

86 BARTOLINI, G. The Failure of 'Core Capacities' Under the WHO International Health Regulations. **International and Comparative Law Quarterly**, v. 70, n. 1, p.233-250, jan. 2021. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/international-and-comparative-law-quarterly/article/failure-of-core-capacities-under-the-who-international-health-regulations/D00B890119F5145D8E41731F3D912744>. Acesso em 16 ago. 2021. p. 240.

87 BARTOLINI, G. The Failure of 'Core Capacities' Under the WHO International Health Regulations. **International and Comparative Law Quarterly**, v. 70, n. 1, p.233-250, jan. 2021. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/international-and-comparative-law-quarterly/article/failure-of-core-capacities-under-the-who-international-health-regulations/D00B890119F5145D8E41731F3D912744>. Acesso em 16 ago. 2021. p. 241.

BEIGBEDER, Y. World Health Organization (WHO). **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, jul. 2013. Disponível em: <https://opil.ouplaw.com/home/mpi%3E>. Acesso em 02 abr. 2021.

BOGDANDY, A. V.; VILLARREAL, P. Critical Features of International Authority in Pandemic Response: The WHO in the Covid-19 Crisis, Human Rights and the Changing World Order. **MPIL –Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law**, Research Paper, n. 2020-18, p.1-33, mai. 2020. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3600058. Acesso em 08 dez. 2020.

BOGDANDY, A. V.; VILLARREAL, P. International Law on Pandemic Response: a First Stocktaking in Light of the Coronavirus Crisis. **MPIL –Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law**, Research Paper, n. 2020-07, 26 mar. 2020. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3561650. Acesso em 08 dez. 2020.

BURCI, G. L. The Outbreak of Covid-19 Coronavirus: Are the International Health Regulations Fit for Purpose?. **EJIL: Talk! –Blog of the European Journal of International Law**, 27 de fev. de 2020. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/the-outbreak-of-Covid-19-coronavirus-are-the-international-health-regulations-fit-for-purpose/>. Acesso em 10 dez 2020.

BURCI, G. L.; CASSELS, A. Health. *In*: COGAN, J. K.; HURD, I.; JOHNSTONE, I. (Org.). **The Oxford Handbook of International Organizations**. Oxford University Press, 2016. cap.21, p.447-471.

CARNEY, T.; BENNETT, B. Framing Pandemic Management: New Governance, Science or Culture?. **Health Sociology Review**, v. 23, n. 2, p.136-147, jun. 2014. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/260985726_Framing_Pandemic_Management_New_governance_science_or_culture. Acesso em 20 ago. 2021.

COGAN, J. K. Financing and Budgets. *In*: COGAN, J. K.; HURD, I.; JOHNSTONE, I. (Org.). **The Oxford Handbook of International Organizations**. Oxford University Press, 2016. cap.42, p.903-919.

DASZAK, P. We Knew Disease X Was Coming. It's Here Now. **The New York Times**, 27 fev. 2020. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2020/02/27/opinion/coronavirus-pandemics.html>. Acesso em 14 jul. 2021.

DAUGIRDAS, K.; BURCI, G. L. Financing the World Health Organization: What Lessons for Multilateralism? **International Organizations Law Review**, v. 16, n. 2, p.299-338, ago. 2019. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3434603. Acesso em 20 ago. 2021.

DIAS, T. S.; COCO, A. Part III: Due Diligence and Covid-19: States' Duties to Prevent and Halt the Coronavirus Outbreak. **EJIL: Talk! –Blog of the European Journal of International Law**, 25 mar. 2020. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/part-iii-due-diligence-and-Covid-19-states-duties-to-prevent-and-halt-the-coronavirus-outbreak>. Acesso em 10 dez. 2020.

ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL. Unequal Vaccine Distribution Self-Defeating, World Health Organization Chief Tells Economic and Social Council's Special Ministerial Meeting. **United Nations**, 16 abr. 2021. Disponível em: <https://press.un.org/en/2021/ecosoc7039.doc.htm>. Acesso em 14 jul. 2021.

EMERGENCY COMMITTEE. Statement on the first meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee regarding the outbreak of novel coronavirus (2019-nCoV). **United Nations**. 23 de jan. de 2020. Disponível em: [https://www.who.int/news/item/23-01-2020-statement-on-the-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/news/item/23-01-2020-statement-on-the-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov)). Acesso em 14 jul. 2021.

FIDLER, D. P. From International Sanitary Conventions to Global Health Security: The New International Health Regulations. **Chinese Journal of International Law**, v. 4, n. 2, p.325-329, nov. 2005. Disponível em: <https://academic.oup.com/chinesejil/article/4/2/325/490058>. Acesso em 15 ago. 2021.

GOSTIN, L. O. **Global Health Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2014. Disponível em: <https://www.hup.harvard.edu/catalog.php?isbn=9780674728844>. Acesso em 15 ago. 2021.

GOSTIN, L.; HABIBI, R.; MEIER, B. Has Global Health Law Risen to Meet the Covid-19 Challenge? Revisiting the International Health Regulations to Prepare for Future Threats. **Journal of Law, Medicine & Ethics**, v. 48, n. 2, p.376-381, jan. 2021. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/journal-of-law-medicine-and-ethics/article/abs/has-global-health-law-risen-to-meet-the-covid19-challenge-revisiting-the-international-health-regulations-to-prepare-for-future-threats/3907D01F5709F9F34213985E-6314ACE6>. Acesso em 02 abr. 2021.

KAMRADT-SCOTT, A. WHO's to blame? The World Health Organization and the 2014 Ebola Outbreak in West Africa. **Third World Quarterly**, v. 37, n. 3, p.401-418, jan. 2016). Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/01436597.2015.1112232?scroll=top&needAccess=true>. Acesso em 20 ago. 2021.

HABIBI, R. et al. The Stellenbosch Consensus on Legal National Responses to Public Health Risks: Clarifying Article 43 of the International Health Regulations. **International Organizations Law Review**, v. 1, n. aop, p. 1-68, dez. 2020. Disponível em: https://brill.com/view/journals/iolr/19/1/article-p90_005.xml. Acesso em 23 mar. 2021.

LIZÁRRAGA, P. A. V. **Pandemias y Derecho: Una Perspectiva de Gobernanza Global**. 2019. 305 f. Tese de Doutorado —Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Disponível em: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/5641-pandemias-y-derecho-una-perspectiva-de-gobernanza-global>.

MBENGUE, M. M. Public Health, International Cooperation. **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**. OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2010.

MORENS, D. M; FOLKERS, G. K.; FAUCI, A. S. What Is a Pandemic?. **The Journal of Infectious Diseases**, v. 200, n. 7, p.1018-1021, out. 2009. Disponível em: <https://academic.oup.com/jid/article/200/7/1018/903237>. Acesso em 14 jul. 2021.

PETERS, A. Covid-19 as a Catalyst For The (Re-)Constitutionalisation Of International Law: One Health —One Welfare. **MPIL —Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law**, Research Paper Series No. 2020-44, p.1-14, nov. 2020. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3729488. Acesso em 14 de jul. de 2021.

SEKALALA, S. HARRINGTON, J. Communicable Diseases, Health Security, and Human Rights: From AIDS to Ebola. *In*: GOSTIN, L. O; MEIER, B. M (Eds.) **Foundations of Global Health & Human Rights**. Oxford University Press, p.221-242, dez. 2020. p.221-242. Disponível em: <https://oxford.universitypressscholarship.com/view/10.1093/oso/9780197528297.001.0001/oso-9780197528297-chapter-11>. Acesso em 20 ago. 2021.

SRIDHAR, D.; WOODS, N. Trojan Multilateralism: Global Cooperation in Health. **Global Policy**, v. 4, n. 4, p.325-335, nov. 2013. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/1758-5899.12066>. Acesso em 20 ago. 2021.

THOMPSON, N; TORRE, I. Ebola Virus: Countries with Travel Restrictions in Place. **CNN**. 04 nov. 2014. Disponível em: <http://edition.cnn.com/2014/11/04/world/ebola-virus-restrictions-map/index.html>. Acesso em 20 ago. 2021.

TZENG, P. Taking China to the International Court of Justice over Covid-19. **EJIL: Talk! —Blog of the European Journal of International Law**, 02 abr. 2020. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/taking-china-to-the-international-court-of-justice-over-Covid-19/>. Acesso em 07 fev. 2021.

VILLAREAL, P. A. Pandemic Declarations of the World Health Organization as an Exercise of International Public Authority: The Possible Legal Answers to Frictions Between Legitimacies. **Goettingen Journal of International Law**, v. 7, n. 1, p.95-129, set. 2016. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2840128.

VILLARREAL, P. Public International Law and the 2018-2019 Ebola Outbreak in the Democratic Republic of Congo. **EJIL: Talk! —Blog of the European Journal of International Law**. 01 ago. 2019. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/public-international-law-and-the-2018-2019-ebola-outbreak-in-the-democratic-republic-of-congo/#:~:text=The%202018%2D2019%20Ebola%20Outbreak%20in%20the%20DRC%20as%20%20a,lies%20in%20the%20country's%20Northwest>. Acesso em 02 abr. 2021.

UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. **Preventing the next pandemic —Zoonotic diseases and how to break the chain of transmission**, 06 jul. 2020. Disponível em: <https://www.unep.org/resources/report/preventing-future-zoonotic-disease-outbreaks-protecting-environment-animals-and>. Acesso em 14 jul. 2021.

UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. **UNEP Joins Three International Organizations in Expert Panel to Improve One Health**. UNEP, 12 nov. 2020. Disponível em: <https://www.unep.org/news-and-stories/story/unep-joins-three-international-organizations-expert-panel-improve-one-health>. Acesso em 14 jul. 2020.

WALSH, B. Covid-19: The History of Pandemics. **BBC**, 25 de mar. de 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/future/article/20200325-covid19-the-history-of-pandemics>. Acesso em 14 de jul. de 2021.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Contributors**. Disponível em: <http://open.who.int/2020-21/contributors/contributor>. Acesso em 20 ago. 2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Coronavirus**. 2021. Disponível em: https://www.who.int/health-topics/coronavirus#tab=tab_1. Acesso em 14 jul. 2021.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **e-SPAR**. 2019. Disponível em: <https://extranet.who.int/e-spar#about>. Acesso em 20 ago. 2021.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Prioritizing Diseases for Research and Development in Emergency Contexts**. Disponível em: <https://www.who.int/activities/prioritizing-diseases-for-research-and-development-in-emergency-contexts>. Acesso em 20 ago. 2021.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. Statement on Travel and Transport in Relation to Ebola Virus Disease (EVD) Outbreak. **WHO**. 2014. Disponível em: <https://www.afro.who.int/media-centre/statements-commentaries/statement-travel-and-transport-relation-ebola-virus-disease>. Acesso em 20 ago. 2021.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. WHO Director-General's Opening Remarks at the Media Briefing on Covid-19. **WHO**, 11 mar. 2020. Disponível em: <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-Covid-19---11-march-2020>. Acesso em 14 de jul de 2021.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. WHO Director-General's Statement on IHR Emergency Committee on Novel Coronavirus (2019-nCoV). **WHO**, 30 jan. 2020. Disponível em: [https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-statement-on-ihc-emergency-committee-on-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-statement-on-ihc-emergency-committee-on-novel-coronavirus-(2019-ncov)). Acesso em 14 jul. 2021.

WORSNOP, C. Z. Domestic Politics and the WHO's International Health Regulations: Explaining the Use of Trade and Travel Barriers During Disease Outbreaks. **The Review of International Organizations**, n. 12, p.365-395, 2017. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s11558-016-9260-1#citeas>. Acesso em 20 ago. 2021.

WORSNOP, C. Z. Provoking Barriers: The 2014 Ebola Outbreak and Unintended Consequences of WHO's Power to Declare a Public Health Emergency. **Global Health Governance**, v. 11, n. 1, p.7-26, 2017. Disponível em: <http://blogs.shu.edu/ghg/files/2017/05/GHG-Special-Issue-Reform-of-the-World-Health-Organization.pdf#page=8>. Acesso em 20 ago. 2021.

POSTCAST — CONVERSA COM INTÉRPRETES DO BRASIL

Aluno: Guilherme Soares Rodrigues da Silva¹

Orientador: Thiago Bottino²

Área de concentração: Sociologia Jurídica

Linha de pesquisa: Interpretações do Brasil

Projeto de pesquisa: A interpretação da sociedade brasileira na obra de Nelson Rodrigues

Sumário: 1. Introdução; 2. Metodologia; 2.1. Metodologia pretendida; 2.2. Metodologia empregada; 3. A vida e o pensamento de Nelson Rodrigues a partir da sua biografia e da pesquisa empírica; 4. Esboço do roteiro; 5. Referências bibliográficas

Resumo

Trata-se da segunda edição do projeto “Postcast — Conversas com Intérpretes do Brasil”, cujo objetivo é de apresentar de uma maneira inovadora e interativa ao público leigo e acadêmico o pensamento de um autor de relevância sobre o Brasil, tratando de aspectos sociais, culturais, políticos e econômicos, com enfoque em temas polêmicos da atualidade. O projeto é desenvolvido pela coleta de material audiovisual do autor em questão, etapa necessária à posterior elaboração de um roteiro com perguntas a serem feitas a esse autor a partir dos recortes desse material, cujas respostas serão reproduzidas por meios tecnológicos em um seminário presencial em auditório. O projeto em questão visa abordar a visão de Nelson Rodrigues, uma figura contraditória e polêmica — por vezes tida como um grande reacionário — sobre o Brasil de sua época e relacioná-la, por meio de perguntas direcionadas, ao Brasil da atualidade, revelando suas posições em temas como reacionarismo, disputas políticas entre direita e esquerda, conservadorismo, religião e amor, revelando aspectos privados da sua vida e aspectos privados da vida das pessoas de sua época, elementos que cunham o seu pensamento e suas obras. O projeto já possui uma

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 Professor Associado de Direito Penal e Processual Penal da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Membro efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB) desde 2008 e integrante da Comissão Permanente de Direito Penal e da Comissão de Direitos Humanos.

edição anterior, na qual apresentou um seminário sobre Gilberto Freyre na Academia Brasileira de Letras e na Fundação Joaquim Nabuco, ocasiões nas quais teve a sua metodologia testada e aprovada.

Palavras-chave

Nelson Rodrigues; seminário; podcast; crítica; audiovisual;

Abstract

This work presents the preliminary results and research for the second edition of the project “Postcast — Conversas com Intérpretes do Brasil” (“Postcast — Conversations with Interpreters of Brazil”). Its objective is to present in an innovative and interactive way, directed to the general audiences, the thoughts of a relevant thinker/author about Brazil and Brazilian reality, dealing with social aspects, cultural, political, and economic, focusing on current controversial issues. The project is developed by gathering audiovisual material in which the author in question is present or takes part (such as interviews, films, radiograms, and others), a necessary step for the subsequent elaboration of a script with questions to be asked to this author from the clips and selection of this material, whose answers will be reproduced by technological means in a seminar in an auditorium. The project in question aims to address the vision of Nelson Rodrigues, a contradictory and controversial figure — sometimes seen as a great reactionary — about the Brazilian society of his time and relate it, through targeted questions, to the Brazilian society of today, revealing his positions on themes such as reactionarism, political disputes between right and left wings, conservatism, religion and love, revealing private aspects of his life and private aspects of the lives of people of his time, elements that shape his thinking and his works. The project already has a previous edition, in which it presented a seminar on the visions of Gilberto Freyre at the Academia Brasileira de Letras (ABL) and at the Joaquim Nabuco Foundation, occasions in which the methodology thought for this project now and then was tested and approved.

Keywords

Nelson Rodrigues; seminar; podcast; critics; audiovisual.

1. INTRODUÇÃO

Poucas figuras são tão controversas e paradoxais na sociedade brasileira quanto o teatrólogo Nelson Rodrigues. Para alguns, um gênio, para outros um reacionário. Mas, afinal, quem era Nelson Rodrigues?

Não há ninguém melhor para responder a essa pergunta do que o próprio. Nelson, dotado de sua aura de genialidade, certamente não deixaria

uma oportunidade de autodescrição passar — como raramente deixava. E se Nelson Rodrigues pudesse retornar do além para mais uma entrevista? É o que este projeto se propõe a fazer. Em sua segunda edição, o projeto “Postcast — Conversas com Intérpretes do Brasil” buscou a visão de Nelson Rodrigues, um inusitado contribuinte ao pensamento social e político brasileiro, oferecedor de uma riquíssima descrição das contradições vividas dentro da sociedade do seu tempo (e dele próprio), sobre o Brasil atual. Procura-se responder: para além dos sociólogos e antropólogos, que tipo de contribuições de um teatrólogo que tão bem dissecou a sociedade e a vida privada das pessoas de seu tempo podem agregar no pensamento do Brasil atual?

Assim como na primeira edição do projeto, ocasião em que se buscou o pensamento de Gilberto Freyre de maneira bem-sucedida, buscou-se confrontar Nelson com os problemas da atualidade, em uma tentativa de saber quais seriam as suas respostas criativas, num exercício de imaginação balizada, embasada e ancorada em sua vida e obra e suas falas. Buscou-se a indagação a Nelson sobre temas relacionados a si próprio, a fim de apresentar o autor às audiências, bem como as suas controvérsias, a sua visão sobre política, disputas partidárias, reacionarismo e ideologias, projetos de Brasil, ideais de brasilidade, amor, inteligência e velhice. A ideia era obter as respostas de uma maneira natural e despojada, como em uma conversa informal, levando a plateia a realmente poder crer na volta de Nelson Rodrigues para a entrevista. Propõe-se, assim, uma difusão integrativa da informação, de maneira inovadora para o público em geral e não apenas o acadêmico.

Para fazê-lo, assim como no primeiro projeto, elaborou-se um esboço de roteiro (que se encontra ao final do presente artigo) destinado a uma possível apresentação do seminário, que ainda é incerta no momento por conta do cenário atual de pandemia.

O presente artigo discorrerá, portanto, sobre o processo de elaboração desse esboço, bem como a pesquisa empírica levantada sobre a vida e obra de Nelson que podem vir a se relacionar com temas da atualidade que serão, por fim, tratados no roteiro.

2. METODOLOGIA

Neste tópico, será apresentada a metodologia do projeto. Optou-se por uma subdivisão do tópico por conta de uma mudança de metodologia, que foi imposta pela situação fática da crise gerada pelo coronavírus e que acarretou grandes restrições à realização da metodologia originalmente pensada para o presente trabalho em virtude do fechamento de acervos documentais audiovisuais essenciais à realização deste trabalho em sua completude. Discorrer-se-á sobre essas barreiras enfrentadas abaixo.

2.1. Da metodologia pretendida

A metodologia que se empregaria, tal como foi pensada e atestada como bem-sucedida no projeto anterior, na ocasião da elaboração do seminário de *“Postcast — Conversas com Intérpretes do Brasil: Gilberto Freyre”*, evento apresentado na Academia Brasileira de Letras e na Fundação Joaquim Nabuco em dezembro de 2019, embasava-se em duas dimensões: (i) pesquisa qualitativa realizada em arquivo; (ii) proposta de metodologia de comunicação de dados. Na primeira fase, pretendia-se realizar levantamentos e análise de material audiovisual presente em arquivos disponíveis: arquivos privados, como, por exemplo, o Centro de Documentação da Rede Globo de Televisão e arquivos disponíveis em plataformas virtuais, como o YouTube. No entanto, como será discorrido abaixo, por conta de impossibilidades fáticas, apenas foi possível a busca no último acervo: o disponível no YouTube.

Na segunda fase, diante do material selecionado e editado, seria produzido um roteiro de entrevistas a fim de simular uma conversa, no tempo presente, entre o pesquisador e o intérprete: o que chamamos de um *postcast*, como se este estivesse vivo, respondendo a questões do tempo presente a ele confrontadas.

2.2. Da metodologia empregada

Foi desenvolvido o trabalho metodológico bidividido, conforme pretendido, em que uma pesquisa qualitativa foi realizada e um roteiro foi produzido. No entanto, ao contrário do que se pretendia inicialmente, a primeira parte da metodologia, que compreendia uma pesquisa em arquivos de pesquisa e documentação, compreendeu somente um levantamento e catalogação de entrevistas e discursos de Nelson Rodrigues gravados em mídia audiovisual disponibilizada na internet, apenas no YouTube.

A escolha da plataforma se justificou por ser aquela que podia prover o **melhor acervo possível diante do fechamento dos centros de pesquisa e documentação durante toda a duração da pesquisa em virtude da pandemia de Covid-19**, o que impossibilitou a obtenção de outras fontes mais variadas e imprescindíveis à riqueza de informações e possibilidades pretendida, tal qual foi feito no projeto anterior de *Postcast*, daquela vez focado na interpretação de Gilberto Freyre — ocasião na qual se pôde obter materiais audiovisuais dos centros de documentação da Rede Globo de Televisões, da Fundação Joaquim Nabuco e de outros centros de pesquisa e documentação, detentores de um amplo acervo audiovisual das personalidades. Esperava-se a abertura dos centros de pesquisa e documentação ainda em 2020, no entanto, com o desenrolar do cenário da pandemia e as incertezas em termos de reabertura e segurança sanitária que se viveram naquele período, bem como as que se viveram desde então até agora, isso não ocorreu.

A necessidade do acervo audiovisual amplo e múltiplo — a partir de múltiplas plataformas —, justifica-se pelo modelo do projeto, que é focado na apresentação ao **público leigo e acadêmico** do pensamento de um desses intérpretes de maneira inovadora e interativa: por meio do recorte de trechos de falas dos pensadores que são reproduzidos mediante perguntas direcionadas feitas pelo apresentador “à *personalidade*” e que são por ela respondidas (pelas gravações). O apresentador segue um roteiro predeterminado que vai revelando aspectos do pensamento do intelectual conforme o desenrolar da apresentação. Quanto maior a limitação do acervo, maior a limitação da capacidade de demonstrar ao público o pensamento do autor e de correlacioná-lo a temas da atualidade.

Ainda com a limitação, optou-se por seguir na obtenção de todo material possível e disponível na internet. Alguns resultados valiosos foram encontrados no material levantado, sendo possível o começo de um esboço. No entanto, em vista da amplitude do material necessário para fazer a apresentação, tal como a experiência anterior mostrou — em que foi necessário assistir múltiplas dezenas de horas de entrevistas e discursos da personalidade em questão para selecionar os trechos mais contundentes —, o material disponível logo se mostrou escasso, porquanto não somava nem sequer meia dezena de horas. Dos vídeos encontrados e assistidos, somente alguns eram capazes de prover material aproveitável e original (muitos continham repetições uns dos outros, como trechos iguais das mesmas entrevistas que Nelson havia dado, mas que circularam em diversos meios midiáticos — mesmas entrevistas em meios diferentes, o que contabilizava horas de material idêntico), o que reuniu cerca de setenta minutos de material trabalhável e transcrevível, o que é uma quantidade relativamente baixa para a proposta do projeto. Além disso, mesmo quando não eram trechos repetidos dos mesmos vídeos em vídeos diferentes, as perguntas respondidas por Nelson ou suas falas eram também similares, variando pouco entre os temas. Por exemplo, Nelson trata do tema de feminismo muito frequentemente em suas colocações, o que resulta no fato de uma ampla gama desse material ter relação com esse tema em específico. No entanto, como o objetivo do seminário não é apresentar o pensamento do autor sobre o feminismo — ainda que seja um tema em que sua visão se mostre bastante polêmica e se possa tocar nesse ponto —, uma concentração muito grande de falas sobre um mesmo tema se torna prejudicial ao projeto, porquanto se propunha fazer um panorama geral do pensamento do autor sobre questões sociais diversas e não apenas com relação a uma especificamente. Contudo, o material disponível nas plataformas digitais amplamente restringe-se a esses temas mais polêmicos com os quais Nelson era confrontado e oferecia respostas ainda mais polêmicas, motivo pelo qual tantos sobreviveram a atualidade à revelia de outros temas menos polêmicos

nos quais a opinião do autor não era capaz de gerar tamanha comoção. Há de se destacar que apenas com a pesquisa nos acervos de pesquisa e documentação seria possível declarar ou não a existência do material alternativo, mais alinhado ao que a pesquisa buscava, revelando a opinião do autor sobre outros temas sociais.

Aqui, vale ressaltar a experiência com o seminário de Gilberto Freyre, cuja pesquisa nos centros de documentação mostrou, na prática, que havia muito material além daquele disponível nas plataformas abertas de vídeos na internet, sendo um material em **maior quantidade e de melhor qualidade**, tornando tanto o levantamento de dados e a pesquisa quanto a realização do seminário em si não apenas possíveis como também bem-sucedidos. Pretendia-se a replicação, neste projeto, do método testado e aprovado naquela ocasião, todavia, isso não foi possível diante dessas limitações impostas pelo atual cenário de pandemia.

Diante dessa barreira, seguiu-se a pesquisa por outros meios disponíveis que pudessem revelar aspectos da personalidade de Nelson Rodrigues relevantes à proposta do projeto, a fim de melhor interpretar o material que tínhamos para trabalhar e que acabáramos de reunir. Assim, realizou-se uma revisão bibliográfica, partindo da biografia de Nelson Rodrigues — de autoria de Ruy Castro — às suas obras propriamente ditas (tais como “Vestido de Noiva”, “Álbum de Família” e “O Beijo no Asfalto”, a fim de buscar os aspectos históricos, sociais e psicológicos nelas imbuídos. A partir disso, foi possível o levantamento de determinadas “interpretações” de Nelson Rodrigues com relação ao Brasil de sua época, sobretudo no que se refere a temas polêmicos, delicados ou pouco evidentes, revelando aspectos relevantes da vida privada e íntima das pessoas de seu tempo, o pensamento social e político contemporâneo, bem como as diversas críticas trazidas consigo àquela sociedade em seus trabalhos teatrais — por vezes chocantes e irreverentes na sociedade conservadora na qual estavam inseridos.

Como não se pôde encontrar material audiovisual em quantidade suficiente nas plataformas digitais disponíveis (reiterando o exposto anteriormente) e como não houve abertura dos centros de pesquisa e documentação nos quais a pesquisa majoritariamente se apoiaria até um prazo hábil de coleta e trabalho dos dados e pela incapacidade da realização do projeto sem o material audiovisual — por conta da sua própria natureza — optou-se por seguir os trabalhos da pesquisa bibliográfica na espera da abertura dos centros e da então possibilidade de coleta do material para a realização futura do projeto tal qual concebido. No mais, o projeto seria apresentado no auditório da Academia Brasileira de Letras, presencialmente, e em outros auditórios pelo Brasil, na proposta de ser um projeto que apresentaria o pensador, de maneira inclusiva e interativa, ao público leigo e acadêmico, tal qual foi feito nas apresentações de Gilberto Freyre

na última edição do projeto, em dezembro de 2019, que foi de grande sucesso e repercussão, rendendo até mesmo aparições em colunas de jornais de grande circulação.³

Assim, em virtude das barreiras fáticas e dificuldades trazidas pelo advento da pandemia causada pelo Covid-19, que levou ao fechamento dos acervos úteis ao projeto e impossibilitou as apresentações previamente pensadas e ensaiadas, e considerando a natureza do trabalho pretendido — a apresentação de maneira interativa e inovadora, audiovisual e multimídia que extrapole o ambiente da academia e seja recepcionada pelo público tanto acadêmico quanto (e principalmente) leigo —, faz-se necessária a realização, assim que suprimirem-se as barreiras, de um futuro projeto que possa efetivar o propósito pretendido neste em sua completude.

Apesar disso, tentou-se, ainda assim, confeccionar um esboço de roteiro com o material disponível, que se encontra no último título do presente artigo em sua completude.

3. A VIDA E O PENSAMENTO DE NELSON RODRIGUES A PARTIR DA SUA BIOGRAFIA E DA PESQUISA EMPÍRICA

Quanto aos resultados, esses não foram nulos. Apresentarei aqui, sucintamente, o levantamento e correlação das fontes audiovisuais e bibliográficas utilizadas. Ao final, será anexado o esboço do roteiro preparado.

A partir da seleção de conteúdo aproveitável, foi possível a extração de, pelo menos, setenta “respostas” (isto é, trechos utilizáveis na realização de perguntas hipotéticas para o autor) para o esboço de um primeiro roteiro. Enfatiza-se que, diante da já apontada escassez de materiais audiovisuais, foi necessário que se fizesse o esboço a partir de, virtualmente, os mesmos vídeos, aproveitando ao máximo o que cada fonte tinha a oferecer dentro daquilo que fosse pertinente.

Para a elaboração do roteiro, a biografia de Nelson Rodrigues, “O Anjo Pornográfico”, de autoria de Ruy Castro, foi lida e usada como base para a interpretação de sua vida e do seu pensamento. A partir da leitura do texto, observou-se que, desde novo, Nelson teve uma vida marcada por tristezas e na qual a literatura e a escrita já estariam presentes desde cedo, mostrando uma vocação prematura do autor a esse campo.

3 ANCELMO, Gois. Gilberto Freyre, Joaquim Falcão e a arrojada entrevista na ABL. **O Globo**, [S. l.], p. 1-1, 7 dez. 2019. Disponível em: <https://blogs.oglobo.globo.com/ancelmo/post/gilberto-freyre-joaquim-falcao-e-arrojada-entrevista-na-abl.html>. Acesso em: 24 ago. 2021.

Seu pai, Mário Rodrigues, foi um conhecido e polêmico jornalista de seu tempo, tendo passado por vários jornais de relevância desde que se mudou com toda família para a Zona Norte do Rio de Janeiro. Quando seu pai funda o jornal “A Crítica”, Nelson o convenceu a deixá-lo trabalhar como repórter de polícia. Nelson ganhava 30 mil réis como salário no jornal de seu pai. Comprou calças para impor respeito aos colegas (CASTRO, 1997, p. 45). Já naquela ocasião, Nelson revelava ampla intimidade com as palavras e as descrições das banalidades de forma dramática, sendo reconhecido por colocar emoção até mesmo nos relatórios policiais mais insossos (CASTRO, 1997, p. 47).

Nelson tinha fixação por escrever sobre os pactos de morte entre os jovens — suicídios em conjunto motivados pela impossibilidade de viver o amor — e os romances proibidos entre namorados da sua época e desenvolvia subtramas independentes dos fatos, com base em sua imaginação, construindo clímax sobre clímax nas edições diárias do jornal (CASTRO, 1997, p. 48). Talvez tenha sido o contato com essas notícias e com as tragédias sobre as quais escrevia que tenham começado a desenvolver uma certa “morbidez” que pairava sobre sua vida, desenvolvida e aumentada por toda a quantidade de tragédias e doenças que ele e sua família foram acometidos. Relata-se que, ainda em Recife, Nelson tinha algumas brincadeiras mórbidas, tais como deitar-se na rua e fingir-se de um corpo atropelado (CASTRO, 1997, p. 72). Nelson muito reflete sobre a morte em suas obras e chegou até mesmo a falar:

“Dizia o Otto Lara Rezende: ‘o homem é triste porque morre’. Eu digo: não, o homem é triste porque vive. A morte talvez seja — digo, eu acredito nisso — o nosso grande despertar. Você sente que precisa morrer para despertar.”⁴

O jornal “A Manhã”, no qual escrevia, era recoberto por uma grande ironia fática: mostrava-se relativamente progressista enquanto Mário Rodrigues era um conservador. Ruy Castro chegou a colocar:

“[O Jornal] chegou a ser, por exemplo, quase um porta-voz do profeminismo daquele tempo. Abriu suas páginas a colaboradoras como a jovem Nise da Silveira e apoiou a causa do voto feminino, do direito da mulher ao trabalho, a andar na rua e a se vestir como quisesse. Enfim, a tudo que ele não concedia a Maria Esther.” (CASTRO, 1997, p. 53)

Mais tarde na vida, Nelson apresentaria um traço desse progressismo dentro do mar de conservadorismo que ele também demonstrava. O interessante é ver a sua contradição entre as pautas sociais. Ao passo que diria

4 NELSON, R. A morte talvez seja o nosso grande despertar”. [S. l.]: TV Brasil, 2017. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?app=desktop&v=uX5zMCPkPqY>. Acesso em 24 ago. 2021.

que a situação do negro no Brasil era pior do que nos EUA — ao contrário do discurso que vingava à época, nos tempos áureos da ideia de “democracia racial” —, pois aqui “o negro era humilhado até as últimas consequências” (CASTRO, 1997, p. 203), Nelson não se apresentava favorável a ideias feministas, por exemplo, tampouco a ideias marxistas.

Sobre o feminismo, Nelson ainda diria diversas das suas falas reacionárias históricas, dentre as quais podemos destacar, por exemplo:

“Eu acho que o feminismo não tem sentido [...] Antigamente a mulher não dizia palavrão em hipótese nenhuma, a não ser no sigilo da alcova ou do túmulo. Hoje ela diz quase tranquilamente, na mesa, na sala de visita conversando com um homem que foi apresentado para ela naquele momento. Ela diz os palavrões...

Qual a liberdade que ela pleiteia? Econômica? Ela trabalha tanto quanto o homem, ela faz concorrência ao homem, desbanca o homem e tá querendo mais o quê? Eu não entendo que o feminismo tenha algum sentido. Há oitenta anos tinha, que a mulher por exemplo não podia chegar no portão depois das sete horas da noite etc. Não podia namorar senão na presença do pai, da mãe ou da irmã mais velha ou da irmã mais moça, mas hoje tá tudo tão risonho, tão franco para a mulher... o que que ela quer mais?”⁵

Sobre o marxismo, Nelson coloca “O negócio que é o seguinte: a partir dos onze anos que nasceu o meu anticomunismo e se desenvolveu”⁶. Não é a única ocasião a colocar-se nesse posicionamento, como se verá mais adiante.

Nelson chegou a abandonar a escola e a fundar um tabloide com seu primo, Augusto Filho Rodrigues, intitulado “Alma Infantil”, no qual, em sua segunda edição, atacou a Academia Brasileira de Letras, a Escola Nacional de Belas Artes e até mesmo Eitácio Pessoa (CASTRO, 1997, p. 61). Isso denota que já apresentava traços daquilo que viria a se tornar — em termos de reacionarismo — e inclinação a questões político-sociais desde jovem, o que é irônico pois, em suas falas, abomina a possibilidade de se levar o jovem a sério. Nelson diz isso em alto e bom tom: “Eu acho que o jovem só pode ser levado a sério quando fica velho”⁷. Sua crítica à

5 NELSON, R. **Feminismo**. [S. l.: s. n.], [198-?]. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Wyk1uBP7QqY>. Acesso em 24 ago. 2021.

6 OTTO Lara entrevista Nelson Rodrigues. [S. l.]: **TV GLOBO**, 1977. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?app=desktop&v=80XIM1yBt3c&t=917s>. Acesso em 24 ago. 2021.

7 OTTO Lara entrevista Nelson Rodrigues. [S. l.]: **TV GLOBO**, 1977. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?app=desktop&v=80XIM1yBt3c&t=917s>. Acesso em 24 ago. 2021.

juventude vai muito além. Coloca Nelson que o jovem é o “cretino fundamental” e que a razão “é um bem laborioso, dilacerado, conquista espiritual”.⁸ Ele acrescenta que “aos dezoito anos o sujeito não sabe como se diz a uma mulher ‘boa noite’ [...] Eu era de uma ignorância enciclopédica”.⁹

Nelson passou a trabalhar n’O Globo, na gestão de Roberto Marinho, que foi determinante para a sua contratação. Ruy Castro coloca que:

“Nelson confessaria depois que, apesar de ser tratado tão cordialmente pelo chefe, estava entre os nostálgicos do falecido Euclides de Matos — que se reuniam no arquivo de ‘O Globo’ para conspirar contra Roberto Marinho, chamando-o de ‘analfabeto’. E logo Nelson, que havia sido recusado em ‘O Globo’ por Euclides de Matos.”¹⁰

Em 1931, com a morte do seu pai e de seu irmão, Nelson passou por grandes dificuldades financeiras, que o fizeram passar fome e renderam-lhe problemas de saúde em decorrência disso, enfraquecendo seu corpo diante de outra infecção que o assombraria pela vida inteira: a tuberculose. Isso o levou, inclusive, a ter que arrancar todos os seus dentes, como era a solução costumeira à época para uma febre insistente (CASTRO, 1996, p. 126).

Com a piora da doença, internou-se num sanatório, onde teve a sua primeira experiência com teatro, a partir da elaboração de um *sketch* com os doentes (CASTRO, 1997, p. 130). Foi em uma das piores da sua doença que Nelson ficou em coma, situação que relata na entrevista que deu a Otto Lara para a TV Globo em 1977. Naquela ocasião, tal como diz na entrevista, Nelson se viu extremamente apegado à religiosidade. Disse ele:

“Eu saí [do coma] com uma única certeza, foi o que eu lucrei com a minha doença: algo é imortal. A partir do momento que eu despertei da inconsciência absoluta, eu passei a ter o maior desprezo por quem não acredita na eternidade da nossa alma.”¹¹

Mesmo assim, nessa situação, não deixou de fazer críticas ácidas e reacionárias àquilo que não suportava:

“Eu estava sendo entrevistado por um colega da última hora. Ele me perguntou: quais seriam suas últimas palavras? Essa

8 *Idem Ibidem.*

9 *Idem Ibidem.*

10 CASTRO, *op. Cit.* p. 121.

11 OTTO Lara entrevista Nelson Rodrigues. [S. l.]: TV GLOBO, 1977. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?app=desktop&v=80XIM1yBt3c&t=917s>. Acesso em: 24 ago. 2021.

piada para um sujeito que está com 40 graus de febre é de uma crueldade total. Eu disse a ele: ‘Que boa besta é o Marx!’ Eu também, sem fazer a menor pose e achando que ia morrer, eu disse quais seriam minhas últimas palavras: ‘O Marx é uma besta’.”¹²

Fica nítido o porquê de Nelson ser uma figura tão controversa: não abandona sua personalidade distinta nem mesmo em momentos oportunos. E ele tem resposta àqueles que o chamam de reacionário:

“O negócio é o seguinte: o reacionário hoje é o que se salva, e se eu digo isso na sua presença e de quaisquer espectadores é porque eu não tenho o menor escrúpulo de me passar por reacionário [...] reacionário no meu caso é reação a tudo aquilo que não presta.”¹³

E sobre o amor, também se apresenta como uma figura controversa, quando ao mesmo tempo que diz “Eu, por exemplo, eu me apaixonei por todas as minhas professoras”, também coloca “o sujeito só devia beijar uma única mulher em toda sua vida e, caso não aparecesse a mulher amada, simplesmente não beijar”¹⁴. Trata-se de uma amostra desse aspecto controverso de Nelson Rodrigues, discutido amiúde entre os leitores e críticos de sua obra e conhecedores de suas ideias. Ao mesmo tempo que era conservador, escrevia cenas completamente sem pudor para as suas peças teatrais, o que causava escândalo à época. Ruy Castro, em sua obra, ainda aponta esse lado do autor, que se apaixonava o tempo inteiro por mulheres diferentes ao mesmo tempo que pregava, em suas falas, essas visões virtualmente castas sobre o amor, de maneira paradoxal e conflitante. Trata-se de uma figura icônica de seu tempo — e mesmo em seu tempo, já controversa.

Assim, para a elaboração do esboço do roteiro, esses aspectos foram considerados e ponderados na hora de formulação de perguntas que mais pudessem ressaltá-los ao mesmo tempo que trariam a sua visão ao Brasil de hoje. Infelizmente, não foi possível a abordagem de todos os pontos em via da impossibilidade fática de fazê-lo, tal como demonstrou-se na apresentação de Gilberto Freyre. Estima-se que, pela quantidade de perguntas realizadas, se executada, a apresentação demoraria cerca de uma hora, o que é o tempo ideal para o formato pretendido, conforme também já se experimentou na experiência anterior.

É possível encontrar o esboço desse roteiro no anexo abaixo.

12 *Idem Ibidem.*

13 *Idem Ibidem.*

14 *Idem Ibidem.*

4. ESBOÇO DO ROTEIRO

POSTCAST —CONVERSAS COM INTÉRPRETES DO BRASIL

ESBOÇO DO ROTEIRO DO SEMINÁRIO SOBRE O PENSAMENTO DE NELSON RODRIGUES

Bloco 1: Apresentação

Pergunta 1

Boa tarde, Nelson. Em primeiro lugar eu queria agradecer a sua presença aqui hoje..., mas só por curiosidade, eu me surpreendo como conseguiram fazer contato com o senhor mesmo depois de bater as botas. Como o senhor explica a sua presença aqui hoje?

Resposta: “Eu não explico o inexplicável. Deus não me deu esse dom.” (Vídeo “Otto Lara entrevista Nelson Rodrigues”, Youtube; 22min39)

Pergunta 2

Então a gente vai ter que ficar nesse mistério..., mas é uma prova da eternidade da nossa alma, certo?

Resposta: “A partir do momento que eu despertei da inconsciência absoluta, eu passei a ter o maior desprezo por quem não acredita na eternidade da nossa alma.” (Vídeo “Otto Lara entrevista Nelson Rodrigues”, YouTube; 1min57)

Pergunta 3

Mas o que importa é que o senhor levantou do seu descanso para estar aqui hoje...

Resposta: “Sou uma múmia, me considero uma múmia em todos os aches da múmia. Pra ser múmia eu me preparei.” (Vídeo “Otto Lara entrevista Nelson Rodrigues”, YouTube; 5min09)

Pergunta 4:

Nelson, mesmo com essa aura meio espírita que estamos vendo aqui hoje, você ainda se considera um cristão convicto?

Resposta: “Eu sou um Cristão, profundamente um cristão. Agora, comigo, os crentes e o padre é que estragam a missa.” (Vídeo “Otto Lara entrevista Nelson Rodrigues”, YouTube; 22min19)

Pergunta 5

Mas nós o convidamos aqui hoje porque pensamos que apenas um teatrólogo como o senhor poderia nos dar contribuições sobre o Brasil de ultimamente... O senhor acha que é capaz de nos dar boas respostas?

Resposta: “Acho, sinceramente.” (Vídeo “Otto Lara entrevista Nelson Rodrigues”, YouTube; 17min23)

Pergunta 6

Ainda dizem por aqui que o senhor é o maior teatrólogo do Brasil, o senhor gosta de ser lembrado dessa forma?

Resposta: “[...] Eu me sinto de vez em quando um pouco herói porque acho que conquistei esse mínimo de autenticidade... E não tô realmente ligando para o que digam agora de mim e para o que venham a dizer depois. Eu acho que os cretinos contemporâneos e os cretinos do futuro se equivalem, portanto, a posteridade não me interessa em nada. Se eu tiver que ser esquecido — e eu creio que vou ser esquecido — digo, sem charme, que o morto esquecido é o único que realmente descansa em paz.” (Vídeo “Nelson Rodrigues”, YouTube; 6min08)

Pergunta 7

Mas eu confesso que te acho um verdadeiro gênio...

Resposta: “Eu também acho.” (Vídeo “Otto Lara entrevista Nelson Rodrigues”, YouTube; 19min46)

Bloco 2: Jovens

Pergunta 8

Mas essa sua genialidade vem desde jovem, Nelson? Você era um jovem gênio?

Resposta: “Aos 18 anos o sujeito não sabe como se diz a uma mulher ‘boa noite’ [...] “Eu era de uma ignorância enciclopédica.” (Vídeo “Otto Lara entrevista Nelson Rodrigues”, YouTube; 17min23)

Pergunta 9

Então você não era inteligente, Nelson?

Resposta: “Segundo nós dois sabemos, a razão é um bem laborioso, dilacerado, conquista espiritual.” (Vídeo “Otto Lara entrevista Nelson Rodrigues”, YouTube; 8min52)

Pergunta 10

E você acha que os jovens então não têm nada a contribuir?

Resposta: “Eu acho que o jovem só pode ser levado a sério quando fica velho.” (Vídeo “Otto Lara entrevista Nelson Rodrigues”, YouTube; 6min21)

Pergunta 11

Nelson..., mas hoje vemos vários jovens se envolvendo com política e levantando suas pautas, você não acha importante as lideranças jovens?

Resposta: “Me aponte um líder de 17 anos, de 18, de 19, de 20. O único líder juvenil que eu conheço é o Mao-Tsé-Tung.” (Vídeo “Otto Lara entrevista Nelson Rodrigues”, YouTube; 6min32)

Pergunta 12

Nelson, mas nós sabemos que você já tinha opiniões políticas fortes desde bem pequeno...

Resposta: “O negócio que é o seguinte: a partir dos onze anos que nasceu... o meu anticomunismo e se desenvolveu.” (Vídeo “Otto Lara entrevista Nelson Rodrigues”, YouTube; 27min38)

Bloco 3: Política**Pergunta 13**

Então quer dizer que você é anticomunista! Não gosta das ideias de Marx?

Resposta: “Eu estava sendo entrevistado por um colega da última hora. Ele me perguntou: quais seriam suas últimas palavras? Essa piada para um sujeito que está com 40 graus de febre é de uma crueldade total. Eu disse a ele: ‘Que boa besta é o Marx!’”. (Vídeo “Otto Lara entrevista Nelson Rodrigues”, YouTube; 3min04)

Pergunta 14

Então quer dizer que se você pudesse ter escolhido as suas últimas palavras, elas seriam essas?

Resposta: “O Marx é uma besta.” (Vídeo “Otto Lara entrevista Nelson Rodrigues”, YouTube; 3min50)

Pergunta 15

Mas falando assim... Você se considera um reacionário, Nelson?

Resposta: “O negócio é o seguinte: o reacionário hoje é o que se salva, e se eu digo isso na sua presença e de quaisquer espectadores é porque eu não tenho o menor escrúpulo de me passar por reacionário [...] reacionário no meu caso é reação a tudo aquilo que não presta.” (Vídeo “Otto Lara entrevista Nelson Rodrigues”, YouTube; 29min37)

Pergunta 16

E você acha que o Brasil tem jeito?

Resposta: “O brasileiro vai conquistar a vida. Por enquanto ele anda por aí babando na gravata.” (Vídeo “Otto Lara entrevista Nelson Rodrigues”, YouTube; 18min30)

Pergunta 17

E o que o brasileiro tem de especial para conquistar a vida?

Resposta: “Você olha em todos os povos das outras terras, nenhum consegue ser cafajeste e o brasileiro é cafajeste.” (Vídeo “Otto Lara entrevista Nelson Rodrigues”, YouTube; 17min58)

Pergunta 18

Então você acha que é o brasileiro que tem jeito?

Resposta: “Acho o brasileiro um sujeito formidável, é um sujeito que faz piada. Nenhum povo faz piada. Só o Brasil. Acontece qualquer coisa, seja uma catástrofe, seja uma chanchada, o brasileiro inventa uma piada na hora.” (Vídeo “Otto Lara entrevista Nelson Rodrigues”, YouTube; 18min30)

Pergunta 19

E o brasileiro sabe do seu potencial?

Resposta: “Sabe e despreza o Brasil,” (Vídeo “Otto Lara entrevista Nelson Rodrigues”, YouTube; 17min01)

Pergunta 20

E quem despreza o Brasil?

Resposta: “Você nunca viu o desprezo de uma grã-fina pelo Brasil? Uma delas me dizia: o Brasil é um país de quinta ordem.” (Vídeo “Otto Lara entrevista Nelson Rodrigues”, YouTube; 16min21)

Pergunta 21

Então tem a ver com classe esse desprezo?

Resposta: “Os cretinos fundamentais desprezam o Brasil e eu conheço pessoas tidas como inteligentes que desprezam o Brasil. E o Brasil vai substituir os EUA, a Rússia, vai dizer a grande palavra nova. É o Brasil que vai dizer isso.” (Vídeo “Otto Lara entrevista Nelson Rodrigues”, YouTube; 17min04)

Pergunta 22

E o que está impedindo o Brasil de dizer essa grande palavra nova?

Resposta: “Claro que é a burrice. Qual é o maior acontecimento do século XX? É a rebelião dos cretinos fundamentais. Antes ó, o cretino fundamental raspava a parede da sua humildade, da sua consciência, da sua inépcia, mas agora e agora conseguiram finalmente pela superioridade numérica, separa um gênio a 10 milhões de imbecis.” (Vídeo “Otto Lara entrevista Nelson Rodrigues”, YouTube; 13min30)

Pergunta 23

Então o pior problema do Brasil é o cretino fundamental?

Resposta: “É o cretino fundamental porque, ponha o cretino fundamental em cima dessa mesa ou em cima de um caixote de querosene e jacaré e você o manda falar: ele dá um berro. Imediatamente, milhares de cretinos fundamentais se organizam, se arregimentam se aglutinam.” (Vídeo “Otto Lara entrevista Nelson Rodrigues”, YouTube; 13min58)

Pergunta 24

E como você vê a polarização da política no Brasil?

Resposta: “A esquerda tomou o lugar da direita.” (Vídeo “Otto Lara entrevista Nelson Rodrigues”, YouTube; 28min39)

Pergunta 25

E aos militares, o que diria?

Resposta: “Vai lavar um bom tanque.” (Vídeo “Otto Lara entrevista Nelson Rodrigues”, YouTube; 16min50)

Bloco 4: Amor**Pergunta 26**

Alguns diriam que o dinheiro é o verdadeiro problema do Brasil...

Resposta: “Olha, disse um amigo meu [...] que dinheiro compra até o amor verdadeiro. O sujeito encontra uma mulher muito mais doce, muito mais macia com dinheiro.” (Vídeo “Provocações - Nelson Rodrigues.wmv”, YouTube; 1min10)

Pergunta 27

Olha... Há quem discorde, viu? É isso que você pensa sobre o amor?

Resposta: “Eu acho que o amor não deve ser realizado, eu acho que compromete e atrapalha a convivência.” (Vídeo “Otto Lara entrevista Nelson Rodrigues”, YouTube; 22min46)

Pergunta 28

Mesmo quando é a pessoa certa?

Resposta: “O sujeito só devia beijar uma única mulher em toda sua vida e, caso não aparecesse a mulher amada, simplesmente não beijar.” (Vídeo “Otto Lara entrevista Nelson Rodrigues”, YouTube; 23min10)

Pergunta 29

Então deveríamos parar no beijo?

Resposta: “Eu digo que o sexo atrapalha o amor. Eu não tô fazendo piada, nem tô insultando ninguém, embora isso vá atingir muita gente. Tudo que se diz atinge inesperado. O negócio é o seguinte: o amor é eterno. Porque eu digo que o amor ou é eterno ou não é amor. O homem de hoje, a mulher de hoje não leva isso a sério.” (Vídeo “Otto Lara entrevista Nelson Rodrigues”, YouTube; 28min39)

Pergunta 30

E precisa do que para levarem a sério?

Resposta: “Eu tenho a maior admiração pelo homem fiel. O homem e a mulher deveriam ser fiéis. Toda vez que alguém trai alguém há um choque no universo.” (Vídeo “Provocações - Nelson Rodrigues.wmv”, YouTube; 0min45)

Bloco 5: Encerramento

Pergunta 31

Nelson, estamos chegando ao fim da entrevista. E como estamos falando sobre finais, minha penúltima pergunta a você é sobre o fim da vida... Quais foram as suas reflexões depois de deixar esse mundo?

Resposta: “Dizia o Otto Lara Rezende: ‘o homem é triste porque morre’. Eu digo: não, o homem é triste porque vive. A morte talvez seja — digo, eu acredito nisso — o nosso grande despertar. Você sente que precisa morrer para despertar.” (Vídeo “Nelson Rodrigues: ‘A morte talvez seja o nosso grande despertar’”, YouTube; 0min5)

Pergunta 32

Então o que você diz para esses jovens de hoje?

Resposta: “Aos jovens, de ambos os sexos: envelheçam depressa, com toda urgência, envelheçam!” (Vídeo “Otto Lara entrevista Nelson Rodrigues”, YouTube; 30min36)

5. REFERÊNCIAS

CASTRO, Ruy. **O anjo pornográfico: a vida e obra de nelson rodrigues**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

RODRIGUES, Nelson. **A vida como ela é**. 1ª ed.: Agir, 2006.

RODRIGUES, Nelson. **Beijo no asfalto**. Nova Fronteira, 2019.

RODRIGUES, Nelson. **Vestido de Noiva**. 14ª ed.: Nova Fronteira, 2019.

Vídeos

FRAGMENTOS de dois escritores. Direção: João Bethencourt. [S. l.: s. n.], [197-?]. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?app=desktop&v=TIOBVe6yE80>. Acesso em 24 ago. 2021.

NELSON, R. **Feminismo**. [S. l.: s. n.], [198-?]. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Wyk1uBP7QqY>. Acesso em: 24 ago. 2021.

NELSON, R. A Morte Talvez Seja o Nosso Grande Despertar. [S. l.]: **TV Brasil**, 2017. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?app=desktop&v=uX5zMCPkPqY>. Acesso em 24 ago. 2021.

OTTO Lara entrevista Nelson Rodrigues. [S. l.]: **TV GLOBO**, 1977. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?app=desktop&v=80XIM1yBt-3c&t=917s>. Acesso em 24 ago. 2021.

PROVOCAÇÕES. Produção: Antônio Abujamra. [S. l.: s. n.], 2011. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=x605XothGo8>. Acesso em 24 ago. 2021.

MELHORES PRÁTICAS PARA A REGULAÇÃO DE PLATAFORMAS — ANÁLISE DO PROJETO DE LEI 2.630 DE 2020

Aluno: Henrique Torres Pitanga Miguel¹

Orientadores: Luca Belli² e Yasmin Curzi³

Área de concentração: Regulação de conteúdo on-line

Linha de pesquisa: Inteligência artificial, tomada de decisão automatizada e mecanismos alternativos de resolução de controvérsias

Projeto de pesquisa: Diante do cenário de crescimento de plataformas digitais como locais de manifestações diversas, com dimensão capaz de impactar a formação de opinião e o debate público contemporâneo, a pesquisa objetiva compreender como adequar as necessidades de moderação eficiente de conteúdo em plataformas virtuais ao marco regulatório brasileiro — abrangendo questões como a autorregulação, a moderação algorítmica, o emprego de inteligência artificial e a solução alternativa de controvérsias.

Sumário: 1. Introdução; 2. Legislação Internacional sobre moderação de conteúdo; 3. O projeto de Lei 2630 de 2020; 4. Críticas ao PL; 5. Conclusão; 6. Referências bibliográficas

Resumo

Nos dias atuais, a internet possibilita que atores privados criem espaços extremamente importantes para a coletividade e que, por consequência, sua organização interna tenha significativo impacto no bem comum. Em especial, as redes sociais permitem que o debate público seja endereçado de maneira ostensiva e, assim como pode ser um catalizador da democracia, pode ser perverso instrumento de desinformação e perpetuação de

1 Henrique Torres Pitanga Miguel é pesquisador do Centro de Tecnologia e Sociedade ("CTS") da FGV Direito Rio. Foi diretor Jurídico-Financeiro da FGV Jr. Consultoria e Finanças por um ano.

2 Doutor em Direito Público - Université Panthéon-Assas (2014) e mestre em direito pela Università degli Studi di Torino. Professor Pesquisador em Tempo Integral da FGV Direito Rio. Coordenador do Centro de Tecnologia e Sociedade e do projeto CyberBRICS.

3 Advogada e doutoranda no IESP-UERJ, com bolsa CAPES. Pesquisadora no Centro de Tecnologia e Sociedade da FGV Direito Rio e membro do Advisory Board do projeto CyberBRICS. Mestre em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), com bolsa CAPES. Graduada em Direito e Ciências Sociais pela FGV.

impunidade de ilícitos. Nesse sentido, o poder público tem cada vez mais tentado se imiscuir nesse espaço pela regulação da moderação de conteúdo. No Brasil, o Projeto de Lei nº 2.630 de 2020 está tramitando no Congresso Nacional, com grande inspiração na legislação internacional. Ocorre que há diversas críticas a serem feitas sobre esse projeto de lei para que, durante sua tramitação, pontos específicos sejam corrigidos e o produto final possa assegurar melhores práticas para a regulação de plataformas.

Palavras-chave

Regulação; Internet; Moderação; Conteúdo; Congresso; Projeto; Lei; Transparência; Prestação de contas.

Abstract

Nowadays, the Internet allows private actors to create extremely important spaces for society and, consequently, its internal organization has a significant impact on the common good. In particular, social networks allow public debate to be addressed in an ostensible way and, just as it can be a catalyst for democracy, it can be a perverse instrument for misinformation and perpetuation of impunity for illegal acts. Thus, public institutions have increasingly tried to meddle in this space by regulating content moderation. In Brazil, the Draft Bill 2.630 of 2020 is being discussed in the National Congress, with great inspiration from international legislation. However, there are several criticisms to be made about this draft bill so that, during the process of its deliberation, specific points may be corrected and the final product ensures the best practices of platform regulation.

Keywords

Regulation; Internet; Moderation; Content; Congress; Project; Law; Transparency; Accountability.

1. INTRODUÇÃO

O advento da *internet* e, principalmente, das redes sociais, criou um nível de tensão entre as fronteiras da regulação pública sobre o espaço privado. Pela natureza destes, a sua estrutura interna e maneira de auto-organização possuíam claros limites de até onde a discricionariedade privada poderia afetar de maneira significativa o bem comum e a ordem pública.

O debate, portanto, se dava em torno de situações em que donos de determinados espaços físicos tomavam atitudes negativas o suficiente para que a coletividade os obrigasse a cessar práticas privadas: pode um particular ter símbolos nazistas em casa? Podem pessoas, sem tomar atitudes externas, praticarem rituais que atentem contra os valores que a coletividade julga mais relevantes?

As perguntas possuem sua importância, mas por mais invasiva que seja a visão política de alguém, dificilmente esses atos influenciarão substancialmente a esfera pública. Ocorre que, hoje, o principal espaço de debate público está na rede de computadores, sob propriedade de sociedades empresárias — que, por definição, visam o lucro — e, se não compelidas a fazerem diferente, regularão com base em seus próprios interesses a maior parte da discussão política internacional.

Disso, surgem duas esferas de situação, com gradativa problematidade: (i) quando plataformas, moderando o conteúdo nela compartilhado, *ignoram* questões sociais relevantes por não estarem obrigadas a fazê-lo; (ii) quando plataformas, moderando o conteúdo nela compartilhado, *propositalmente* agem de maneira danosa a questões sociais relevantes, por não estarem obrigadas a fazer diferente.⁴

Nesse contexto, surgiram diversas leis no mundo tentando regular essa esfera privada tão cara à vida pública que são as redes sociais. Um dos exemplos mais famosos é a NetzDG, lei alemã feita para combater, principalmente, desinformação nas redes sociais. Baseada nela, o Brasil está em debate legislativo sobre o Projeto de Lei nº 2.630 de 2020, conhecida como “Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet” ou, por alguns, como “Lei das *fake news*”. Veja-se sua ementa, segundo o *site* do Senado Federal:

“Estabelece normas relativas à transparência de redes sociais e de serviços de mensagens privadas, sobretudo no tocante à responsabilidade dos provedores pelo combate à desinformação e pelo aumento da transparência na internet, à transparência em relação a conteúdos patrocinados e à atuação do poder público, bem como estabelece sanções para o descumprimento da lei.”⁵

O artigo, dessa maneira, pretende (i) analisar descritivamente a forma com que a legislação internacional lida com o problema, com a seguinte (ii) comparação com o PL nº 2.630/2020 para, por último, (iii) concluir com análise normativa da proposta de legislação nacional com o que as melhores práticas de regulação de plataforma sugerem.

4 Na perspectiva de privacidade de dados é, por exemplo, há problemática parecida no escândalo da Cambridge Analytica: “Christopher Wylie afirma que os dados vendidos à Cambridge Analytica teriam sido usados para catalogar o perfil das pessoas e, então, direcionar, de forma mais personalizada, materiais pró-Trump e mensagens contrárias à adversária dele, a democrata Hillary Clinton.” Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/entenda-o-escandalo-de-uso-politico-de-dados-que-derrubou-valor-do-facebook-e-o-colocou-na-mira-de-autoridades.ghml>. Ver mais em JOANNE (2020, p. 102498).

5 Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141944>. Acesso em 22 ago. 2021.

2. LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL SOBRE MODERAÇÃO DE CONTEÚDO

O primeiro artigo, seção 1.1, da NetzDG define como seu âmbito de incidência os “prestadores de serviço de telemídia que, para fins lucrativos, operam plataformas de internet que são designadas para permitir usuários a compartilharem qualquer conteúdo com outros usuários ou fazer o conteúdo disponível para o público (redes sociais)”. Continua o ato aduzindo que “[p]lataformas oferecendo conteúdo jornalístico ou editorial, a responsabilidade para o prestador de serviço em si não irá estar dentro do conceito de rede social dentro da lei. O mesmo se aplica para plataformas que são designadas a permitir comunicação individual ou disseminação de conteúdo específico”.⁶

A lei alemã, portanto, põe como critério distintivo para vinculação à legislação a permissão de existência de usuários que possam compartilhar o conteúdo para o público ou outros usuários.

Além disso, a lei estabelece obrigações de transparência da plataforma ao lidar com reclamação sobre conteúdo ilegal (seção 3), de maneira a certificar que a rede social remova o conteúdo em até vinte e quatro horas (seção 3.2). Os deveres de transparência, se violados, geram altíssimas multas e abarcam relatórios públicos a serem divulgados sobre a atividade de moderação de conteúdo interna.

A União Europeia, por sua vez, está desenvolvendo a Lei de Serviços Digitais que “inclui regras para os serviços de intermediação em linha, que são utilizados diariamente por milhões de cidadãos”. A legislação aduz que “[a]s obrigações dos diferentes operadores em linha corresponderão ao seu papel, dimensão e impacto no ecossistema digital”.⁷

A proposta legislativa traz obrigações gradativas para cada plataforma. Veja-se na tabela a seguir:⁸

6 Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken, in the version of 1 Septiembre 2017 (Federal Law Gazette I, p. 3352 ff. Valid as from 1 October 2017)

7 Disponível em: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-services-act-ensuring-safe-and-accountable-online-environment_pt. Acesso em 22 ago. 2021.

8 Tabela disponível em *ibidem*.

Obrigações	Serviços Intermediários	Serviços de Alojamento	Plataformas on-line não muito grandes	Plataformas muito grandes
Transparência				
Requisitos nos termos de serviço que considerem direitos fundamentais				
Cooperação com autoridades nacionais				
Pontos de contato e, se necessário, representante legal				
Notificação e ação necessárias e prestação de informações aos usuários				
Mecanismo de reclamações e recursos e resolução extrajudicial de litígio				
Sinalizadores de confiança				
Medidas contra notificações abusivas				
Verificação de credenciais de fornecedores terceirizados				
Transparência para o usuário de propaganda on-line				
Reportar crimes				
Escritório de <i>compliance</i>				
Audição de riscos externa e pública <i>accountability</i>				
Transparência de sistemas de recomendação e escolha do usuário para acesso à informação				
Compartilhamento de dados com autoridades e pesquisadores				
Códigos de Conduta				
Cooperação à resposta de crises				

O projeto, no entanto, ainda está em tramitação. A União Europeia propõe, com essas medidas, (i) combater bens, serviços ou conteúdo on-line, (ii) criar novas obrigações de rastreamento de usuários pessoas jurídicas em lojas on-line, ajudando a identificar vendedores ou bens ilegais; (iii) efetivar salvaguardas para usuários, (iv) criar medidas de transparência para plataformas on-line; (v) criar obrigações específicas para plataformas muito grandes; (vi) dar acesso para dados chave para pesquisadores; (vii) vigiar estruturas para endereçar a complexidade do espaço on-line.⁹

A Índia, por sua vez, avançou com legislação que cria regulação para mídias digitais e responsabilidade civil para elas.¹⁰ A lei proposta (i) garante a rastreabilidade de conteúdo criptografado; (ii) exige a remoção de conteúdo em até 24 horas após notificação quando trata de conteúdo sexual não consensual explícito; (iii) impõe a identificação do usuário; (iv) dá poder às agências reguladoras de derrubar conteúdo diretamente.

3. O PROJETO DE LEI 2.630 DE 2020

O Brasil não poderia estar separado do debate mundial de regulação das plataformas. Nesse sentido, ao longo dos últimos anos foram protocolados no Congresso Nacional diversos projetos de lei que visam alterar dispositivos do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) e atribuir novas responsabilidades às plataformas de redes sociais. Possui maior destaque o Projeto de Lei nº 2.630 de 2020, que agregou diversos projetos com teor similar e, de tramitação bicameral, foi protocolado no Senado Federal e enviado à Câmara dos Deputados, em comissão especial que discute o tema desde 07 de julho de 2020. A versão aprovada no Senado do PL nº 2.630/2020 já havia sofrido alterações bastante significativas — caíram previsões de punição penal à distribuição de notícias falsas, bem como outras disposições bastante criticadas por setores da sociedade civil e especialistas, como a vedação de contas inautênticas. Ainda assim, na Câmara, há um intenso debate sobre o que deve permanecer ou ser incluído ao PL. Audiências públicas foram convocadas para tratar o tema com especialistas, dado o tamanho de sua complexidade e dos efeitos perversos que podem advir de uma tramitação apressada. Mesmo após a aprovação de uma versão final na Câmara, será necessária sanção presidencial para entrar em vigor.

⁹ Ibidem.

¹⁰ Como se vê na crítica disponível em <https://blog.mozilla.org/netpolicy/2021/03/02/indias-new-intermediary-liability-and-digital-media-regulations-will-harm-the-open-internet/>. Acesso em 22 ago. 2021.

Em seu artigo 1º, §1º, define que estão excluídos do seu âmbito de incidência “provedor de aplicação que oferte serviço de rede social ao público brasileiro com menos de dois milhões de usuários registrados”, estando a lei como “parâmetro de boas práticas”. Seus objetivos, por sua vez, estão definidos no artigo 3º:

“(…) I - o fortalecimento do processo democrático por meio do combate à desinformação e do fomento à diversidade de informações na internet no Brasil;

II - a busca por maior transparência sobre conteúdos pagos disponibilizados para o usuário;

III - desencorajar o uso de contas inautênticas para disseminar desinformação nas aplicações de internet.”

Em taxativa regra, o artigo 5º da lei veda [I] “contas inautênticas; [II] disseminadores artificiais não rotulados (...); [III] disseminação de desinformação; [IV] conteúdos patrocinados não rotulados”.

A proposta traz ainda o dever de transparência às plataformas, estimulando a publicidade de dados como número de postagens removidas, a motivação por trás e remoções revertidas, com atualização semanal (§3º, art. 6º). Além disso, relatórios ainda mais detalhados devem ser publicados trimestralmente, com frequência escalonada para semanalmente em períodos eleitorais.

Também é mandatória a disponibilidade de recurso contra decisão que deferiu ou indeferiu denúncia sobre remoção de conteúdo (art. 12, *caput*). Há seção específica regulando serviços de mensageria privada, criando inclusive uma suposição de falseamento nas mensagens por lá compartilhadas ao limitar o número de mensagens encaminhadas e número de membros por grupos, superdimensionados em eleições (art. 13).

Além da específica preocupação do legislador com o período eleitoral, também há diversas medidas sobre patrocínio de conteúdo, com obrigações de transparência (art. 19). A lei prevê penalidades que vão de advertência à proibição de exercício de atividades no país (art. 28).

Uma comparação da legislação proposta aqui mostra o seguinte panorama, sendo verde a União Europeia e azul os pontos em comum:

Obrigações	Serviços Intermediários	Serviços de Alojamento	Plataformas on-line não muito grandes	Plataformas muito grandes
Transparência				
Requisitos nos termos de serviço que considerem direitos fundamentais				
Cooperação com autoridades nacionais				
Pontos de contato e, se necessário, representante legal				
Notificação e ação necessárias e prestação de informações aos usuários				
Mecanismo de reclamações e recursos e resolução extrajudicial de litígio				
Sinalizadores de confiança				
Medidas contra notificações abusivas				
Verificação de credenciais de fornecedores terceirizados				
Transparência para o usuário de propaganda on-line				
Reportar crimes				
Escritório de <i>compliance</i>				
Audição de riscos externa e publica <i>accountability</i>				
Transparência de sistemas de recomendação e escolha do usuário para acesso à informação				
Compartilhamento de dados com autoridades e pesquisadores				
Códigos de Conduta				
Cooperação à resposta de crises				

4. CRÍTICAS AO PL 2630/2020

A legislação não é imune a críticas. Existe, em alguma medida, um *tradeoff* entre garantia de liberdades individuais e a moderação de conteúdo ótima de plataformas. É que um sistema repressivo, que crie grandes punições para quem não conseguir remover adequadamente todos os conteúdos considerados ilegais, pode criar perversos incentivos para que as redes suprimam excessivamente discursos, de maneira a intervir numa zona cinzenta entre o que está dentro da liberdade de expressão e o que não está.

Além disso, há certa resistência constitucional e doutrinária sobre se é (possível, do ponto de vista constitucional) recomendável intervir na esfera privada por lei. O contraponto seria a violação ao direito de propriedade, previsto na Carta Magna. As legislações, nesse sentido, têm exigido “mínimos procedimentais” ao estabelecer regulações sobre como entes privados devem resolver disputas (SCHWARTZ, 2009 *apud* LOO, 2020).

Nesse sentido, Loo (2020) destaca a visão da Suprema Corte estadounidense sobre o que é necessário para que o governo prive o particular de liberdade ou propriedade. Três aspectos devem ser levados em consideração:

“First, the private interest that will be affected by the official action; second, the risk of an erroneous deprivation of such interest through the procedures used, and the probable value, if any, of additional or substitute procedural safeguards; and finally, the Government’s interest, including the function involved and the fiscal and administrative burdens that the additional or substitute procedural requirement would entail” (Mathews v. Eldridge, 424 U.S. 319, 335 (1976) *apud* LOO, 2020).

Em resumo, “a extensão do procedimento adotado deve crescer mediante a gravidade da injustiça potencial, desde que o custo para implementação do procedimento não seja muito alto” (LOO, 2020, p. 28).

O interesse particular da rede é sua legítima busca por lucros. Como qualquer sociedade empresária, as companhias empregam, movimentam a economia e exercem atividades gastando dinheiro para ter os melhores profissionais e o melhor aconselhamento de como organizar seu próprio negócio. O risco da regulação errônea, a depender do caso, pode modificar toda a estratégia corporativa utilizada.¹¹ O último fator seria o interesse do governo, aqui defendida a democracia, a garantia do honesto debate público e da liberdade de expressão, entre outros.

¹¹ Como se verá mais a frente, há proposta de limitar o número de participantes em grupo de *Whatsapp* —intromissão totalmente indevida, ao nosso ver.

Dado o tamanho do interesse público em jogo, parece-nos legítimo, portanto, que algum grau de interferência regulatória seja utilizado. A todo momento, no entanto, o legislador deve estar ciente e vigilante de que está interferindo numa esfera que, geralmente, é autônoma e merece sua individualidade respeitada.

Da mesma forma, como sugeriu Loo (2020, p. 28), o custo de implementação não deve ser exacerbado; esse custo se materializa tanto em sentido estrito, com medidas de diligência impostas ao particular ou ao ente público, quanto em sentido amplo, entendido como lesões colaterais a direitos — como, por exemplo, liberdade de expressão, autonomia privada e economia.

Passemos, agora, a alguns pontos específicos que o projeto de lei poderia melhorar, seja para maior eficiência, seja para equilibrar melhor os bens jurídicos que merecem tutela.

4.1. Recursos e precedentes

O projeto de lei estabelece deveres de transparência sobre a motivação das decisões, mas não endereça diretamente sobre a formação de precedentes. Isso pode gerar uma perda grande em segurança jurídica e estabilidade de como a plataforma deve moderar seu conteúdo: pior, pode causar proibição de o precedente ser o motivo da decisão em si e, dessa forma, ter papel apenas persuasivo — deixando de ser, conceitualmente, um precedente (SCHAUER, 2009).

É que, ao estabelecer que uma decisão recursal tomada com algum grau de legitimidade elevada (como, por exemplo, por um órgão colegiado) irá vincular decisões futuras, o usuário saberá como agir sem estar sujeito às impressões individuais de cada julgador ou órgão.

Além disso, cria-se uma canalização de utilização do judiciário: se, por exemplo, um usuário se sentir insatisfeito com a maneira pela qual a plataforma resolveu um conflito, ele poderá acionar a Justiça comum. Infrutífera sua insurgência, a decisão será paradigma para as demais que não precisarão enfrentar o polêmico e pesado tema de disputa entre liberdade de expressão e discurso indevido — abarcados, aqui, motivos comerciais, éticos ou legais. Loo (2020, p. 30) recomenda a utilização do modelo de precedentes de cortes em *common law*.

Para além de um forte sistema de precedentes, os recursos não podem ser exigidos tão generalizante como hoje o são. Quantas instâncias devem ser promovidas pela plataforma? Qual o grau de motivação de uma decisão recursal suficiente para que seu dever procedimental se entenda satisfeito? A ausência de respostas para essas perguntas pelo projeto promove de maneira não excludente (i) ou a má-fé de usuários que buscarão

reparações indevidas, explorando a pouca jurisprudência sobre o assunto ou (ii) a burocratização da norma por parte das plataformas, que criarão um sistema recursal sem efetividade.

4.2. Lacunas e especificidade

Além disso, a lei não pode ser tão inespecífica como hoje o é. Tal como a lei alemã dá prazo de um dia para remoção de conteúdos “manifestamente ilegais” — existindo um grande problema de textura aberta da linguagem (HART, 1961) —, o projeto brasileiro propõe punir quem deixar de remover “contas inautênticas”, podendo impor um custo de diligência excessivo às plataformas que, quando insuficiente, trará sanções monetárias, inclusive. O único caminho razoável a ser seguido por esses agentes se torna, infelizmente, a adoção de remoções sem muitos critérios, prezando demais pela não omissão.

A problemática aqui pode ser tão grande a ponto de incentivar as plataformas a retirarem contas com nome social, por exemplo. O dano em direitos humanos de comunidades LGBTQIA+, nesse caso, seria imensurável. A punição em contrapartida — para quando a plataforma punir em excesso — também não parece ser a prática mais recomendada: apenas trará incertezas e multas sem consequências práticas positivas. A teleologia do artigo 19 da Lei nº 12.965 de 2014 (“Marco Civil da Internet”), dessa forma, restará perdida.

Não paradoxalmente, a especificidade excessiva também é problemática. A lei, ao delimitar o que deve ser feito pelas plataformas, pode coibir soluções privadas criativas que, talvez, sejam melhores do que o previsto pelo legislador. Não é espaço do legislativo definir quantas pessoas no máximo um grupo de *WhatsApp* deve abrigar. Há diversas outras formas que a própria plataforma pode estipular para, dentro desses espaços, coibir discursos de ódio, *fake news*, desinformação ou outro tipo de conteúdo ilegal.

Hartmann (2019, p. 8), por exemplo, sugere que seja criado um sistema hierarquizado de autorregulação, no qual as redes sociais consigam identificar quais usuários contribuem mais e de maneira mais qualificada em determinados temas e, por isso, tenham mais peso em moderações autônomas de conteúdo.

4.3. Transparência e *accountability*

Os deveres de transparência exigidos pela lei também não possuem melhor sorte. Pesquisas já revelaram que a legislação alemã trouxe relatórios genéricos e não tão úteis para a accountability (HELDT, 2019 *apud* CURZI et. al., 2021) necessária. Ocorre que a redação nacional é extremamente parecida com a germânica, o que não nos traz boas expectativas.

A publicação de dados numéricos — principal exigência da lei — não garante que haja *accountability* no sistema. É que o número de medidas tomadas não revela, necessariamente, se a moderação seguiu padrões desejáveis. Além disso, os relatórios sem padrões específicos não podem ser comparados adequadamente interplataformas ou intraplataformas em diferentes momentos. Para tanto, Curzi et al. (2021) sugere que a autoridade reguladora elabore formulários que as plataformas possam responder.

Uma das diferenças apontadas entre a legislação brasileira e europeia, o PL trata apenas das decisões tomadas, de maneira a não se debruçar sobre a transparência dos algoritmos. A moderação de conteúdo não se limita à remoção (ou não) de determinada postagem, mas abrange também a maneira com que o usuário é exposto a ela. Regras de preferência, *shadowbanning* e outras técnicas algorítmicas são essenciais no modelo de negócios de uma rede social. Além disso, Curzi et al. (2021) ressalta a dificuldade de motivar uma decisão tomada por algoritmos — o que, como dito, com um sistema de precedentes bem estruturado, poderia ser facilitado.

5. CONCLUSÃO

O Brasil corrobora o esforço internacional de regular a moderação de conteúdo por parte das plataformas. O esforço é louvável e o tema extremamente importante, dada a velocidade com que o espaço de debate público se transferiu de lugares fisicamente abertos para lugares virtuais, com um proprietário privado que o explora para obter lucro.

Como qualquer intervenção na economia, no entanto, a regulação deve ser executada com muita cautela e tendo sempre em vista o que já não deu certo no âmbito internacional. O debate não pode ser centrado em ideias superficiais e meras adequações de legislações estrangeiras, sem levar em conta o contexto nacional e as exigências que o tema traz à tona.

Nessa linha, a legislação acerta ao prever (i) deveres de transparência e (ii) criação de sistemas recursais. A transparência, no entanto, não pode ser um fim em si mesmo, como se fosse uma obrigação lastreada na curiosidade popular, mas deve servir a um propósito de permitir *efetivamente* que autoridades regulatórias, legisladores e pesquisadores avaliem como a moderação de conteúdo está funcionando, evoluindo, dialogando com a legislação e compará-la entre plataformas e na linha do tempo.

Dessa forma, surge a necessidade de que a lei enfrente temas como a transparência não só de resultados e números absolutos, mas padrões de revisões de conteúdo acertadas (ou não) e, mais importante, a forma com que os algoritmos interagem com o que — e quanto — os usuários postam e veem conteúdo de terceiros.

Nessa esteira, a lei precisa explicar se os decisores de conteúdo devem seguir precedentes e garantir que um órgão superior legitimamente qualificado emita decisões vinculantes que facilitem a motivação de revisões de moderação de conteúdo feitas por algoritmos — do contrário, as motivações podem ser tanto insuficientes, se os algoritmos derem explicações substantivas básicas, quanto excessivamente custosas, se for exigido que seres humanos, a todo tempo, revisem o que um algoritmo havia decidido em “primeira instância”.

Além de suprir lacunas, a lei precisa se atentar para não invadir o espaço criativo privado do moderador. A autorregulação não deve ser proibida, desde que atenda padrões procedimentais mínimos previamente estipulados. No fim, os mecanismos que a lei traz não podem, em hipótese alguma, sob pena de desvirtuamento de todo o esforço, ser fins em si mesmos, mas mecanismos para um sistema cooperativo, justo, de boa-fé e eficiente.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CURZI, Y. *et al.* Responsabilidade e Transparência na Prática: Aprimoramentos Necessários do PL 2630/2020, 2021. Portal FGV, 16 jun. 2021. Disponível em: https://portal.fgv.br/artigos/responsabilidade-e-transparencia-pratica-aprimoramentos-necessarios-ao-pl-26302020#_ftnref7.

HARTMANN, I. A. **A New Framework for Online Content Moderation**. Rio de Janeiro: Center for Technology & Society (CTS) at FGV Law School, 2019.

HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. Fundação Calouste Gulbenkian, 1961.

HINDS, J.; WILLIAMS, E. J.; JOINSON, A. N. “It Wouldn’t Happen to Me”: Privacy Concerns and Perspectives Following the Cambridge Analytica scandal. **International Journal of Human-Computer Studies**, v. 143, p. 102498, 2020.

SCHWARCZ, D. “Redesigning Consumer Dispute Resolution:” A Case Study of the British and American Approaches to Insurance Claims Conflict, **83 TUL. L. REV.** 735, 761 (2009) (“[M]ost states mandate relatively well-developed internal grievance processes for health insurers.”); 14 C.F.R. § 250.9 (requiring airlines to provide written explanations for denying a passenger from boarding).

LOO, R. V. Federal Roles of Platform Procedure. **University of Chicago Law Review**, 2020.

HELDT, A. P. Reading Between the Lines and the Numbers: An Analysis of the First NetzDG Reports. **Internet Policy Review**, v. 8, n. 2, 2019.

SCHAUER, F. **“Thinking like a Lawyer”: A New Introduction to Legal Reasoning**. Harvard University Press, 2009.

METODOLOGIA SOCRÁTICA: CRÍTICAS E VANTAGENS

Aluno: João Pedro Verbicario¹

Orientador: Fernando Leal²

Área de concentração: Metodologia socrática

Linha de pesquisa: Metodologias de ensino jurídico no século XXI

Projeto de pesquisa: Educação Jurídica no Século XXI — dilemas e alternativas

Sumário: 1. Introdução; 2. Um resumo da metodologia socrática e sua história; 3. Metodologia socrática no Brasil; 4. Críticas à metodologia; 5. Vantagens do método; 6. Conclusão.

Resumo

A função desse artigo é explicar brevemente o que é o Método Socrático de ensino nas faculdades de Direito e analisar os lados positivos e negativos dessa metodologia de ensino. Esse trabalho foi feito como peça final de uma pesquisa para o projeto institucional de bolsa de iniciação científica (PIBIC) e levou-se pouco mais de um ano para chegar à sua versão final. O artigo não procura uma conclusão, mas sim analisa e pondera os lados positivos e negativos, deixando para o leitor decidir se valeria a implementação ou não da metodologia.

Palavras-chave

Metodologia; Método Socrático; Lados positivos; Lados negativos.

Abstract

The purpose of this article is to briefly explain what the Socratic Method of teaching in law schools is and to analyze the positive and negative sides of this teaching methodology. This work was written as the final piece of research for the institutional scientific initiation scholarship project (PIBIC),

1 Graduando em Direito e pesquisador pela Fundação Getúlio Vargas - Direito Rio (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. Professor convidado do LL.M. em Direito da Infraestrutura e da Regulação do FGV Law Program.

and it took a little more than a year to reach the final version of it. The article does not seek a conclusion, but rather analyzes the positive and negative sides of it, leaving it to the reader to decide whether implementing the methodology or not would be worthwhile.

Keywords

Methodology; Socratic Method; Positive sides; Negative sides.

1. INTRODUÇÃO

O método socrático por anos foi conhecido como um dos métodos mais famosos e usados no ensino jurídico. Mesmo durante a queda do seu uso, filmes e séries ainda retratavam salas de aula dos cursos de Direito utilizando a metodologia socrática. Muitos professores e instituições ainda consideram o método socrático como um rito de passagem para alunos entrarem ou se formarem nas faculdades de Direito. Todavia, como se verá à frente, o uso dessa metodologia se reduziu drasticamente.³

Mesmo após significativa redução de sua utilização, o método socrático influenciou e, atualmente, ainda influencia as metodologias mais utilizadas. Portanto, o motivo deste artigo é explorar um pouco os argumentos, críticas e vantagens desse método. Este trabalho é escrito em seis partes: primeiramente, temos a introdução. Já a segunda faz uma contextualização histórica, tratando do surgimento da metodologia e como isso ocorreu, bem como explica brevemente o que é e a forma de aplicá-la. Em seguida é uma análise da utilização do método socrático no ensino jurídico brasileiro. O quarto tópico trata das maiores críticas à metodologia e, por fim, o último tópico trata dos lados positivos de sua implementação. Por fim, o artigo termina com uma breve conclusão, falando rapidamente sobre sua implementação e utilização no ensino jurídico no Século XX e XXI.

2. UM RESUMO DA METODOLOGIA SOCRÁTICA E SUA HISTÓRIA

O método socrático de ensino é, de forma geral, uma técnica para se ensinar, na qual se estabelece um diálogo constante entre o professor e os alunos dentro da sala de aula, voltado a estimular a investigação, o pensamento e a análise independentes. A primeira referência a esse modelo de ensino foi descrita em um dos diálogos de Platão, chamado *Mênon*, no qual uma das principais preocupações do autor é a investigação da

3 BYSE, Clark. Fifty Years of Legal Education. *Iowa L. Rev.*, v.71, p.1063-1064, 1985-1986. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/ilr71&div=35&id=&page=>. Acesso em 01 ago. 2021.

natureza do conhecimento, ainda que o foco principal do diálogo fosse tratar da virtude. O debate Socrático clássico se utilizava de diversas perguntas, muitas vezes carregadas de ironia e da maiêutica socrática (uma forma de construir conhecimento que se baseia em fazer o interlocutor duvidar de si mesmo, ou questionar o que sabe, para aí sim começar a ensinar os conceitos que seriam verdade por meio de um diálogo ou debate), com o intuito de fazer a outra pessoa do debate entrar em contradição. Porém, essa técnica somente funcionava quando ou o questionador ou o questionado não sabia a resposta da pergunta antes dela ser feita.

O modelo socrático somente ganhou verdadeiro espaço para debate nas Américas quando professores (aqui vale ressaltar os trabalhos e artigos escritos pelo professor Langdell nos anos de 1870, que foram e são até hoje muito influentes para a discussão sobre o método socrático no ensino jurídico), dentro da faculdade de Havard, começaram a debater, construir diálogos e artigos e, posteriormente, adotar a metodologia de ensino. Porém, após mais de dois milênios (a data especulada do Diálogo de Platão Mênon é de 385 a. C.), o método socrático foi alterado de diversas maneiras para se adequar às demandas do ensino. Jeffrey D. Jackson define o método socrático da seguinte maneira:

“O cerne do método socrático está na interação professor-aluno. No sentido mais tradicional, o professor chama um aluno e o engaja em uma conversa, seja sobre um caso ou sobre algum outro problema. À medida que o aluno responde, o professor cria outros questionamentos na tentativa de fazer com que o aluno se aprofunde no problema com mais detalhes. O professor pode continuar com um aluno de cada vez ou fazer perguntas a vários alunos. É esperado que os alunos que não estão respondendo ativamente à pergunta acompanhem e considerem os problemas e as respostas do que foi perguntado caso sejam chamados em seguida.”⁴

Essa citação resume, de uma forma básica, o que é e como é utilizado o método socrático no ensino jurídico. Não obstante, como veremos a seguir, existem diversos aspectos e peculiaridades que deixaram de ser mencionados ou o foram indiretamente, por exemplo: a necessidade da

4 “the heart of the Socratic method lies in professor student interaction. In the most traditional sense, the professor calls upon a student and engages that student in a colloquy, either about a case or about some other problem. As the student answers, the professor poses other questions in an attempt to get the student to delve into the problem in more detail. The professor may continue with one student for a time or pose questions to a number of students. The students who are not actively answering the question are expected to be following along and considering the problems and answers in case they are called upon next.” JACKSON, J. D. Socrates and Langdell in Legal Writing: Is the Socratic Method a Proper Tool for Legal Writing Courses?. **California Western Law Review**, v. 43, n. 2, p. 7-8, 2007. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.cwsl.edu/cwlr/vol43/iss2/2>. Acesso em 23 jun. 2021. Tradução nossa.

leitura de textos e artigos previamente às aulas, visto que seriam questionados sobre esses temas e, portanto, deveriam comparecer às aulas sabendo minimamente o tópico ou sobre o *cold-calling* (quando o professor escolhe um aluno pelos métodos que ele definir e o questiona sobre determinado tópico mesmo que esse aluno não tenha levantado qualquer dúvida ou realizado qualquer outro tipo de participação em sala de aula). Outros aspectos que eram utilizados constantemente no método socrático tradicional ocorriam durante os debates, nos quais os professores da faculdade de Direito desafiavam, investigavam, interrogavam e, algumas vezes, até humilhavam ou denegriam os alunos despreparados em frente aos outros em sala de aula.⁵

Ademais, por mais que a forma originária e tradicional do método socrático no ensino jurídico tenha sido rudimentar e com diversos problemas graves e claros, o método trouxe algumas revoluções que ficaram marcadas e, de certa forma, influenciam no ensino jurídico no século XXI. Como diria Jeannie Suk Gersen em uma palestra debatendo sobre o método socrático, a ideia principal da metodologia, e o que gerou grande controvérsias quando começou a ser implementado, era mudar o sistema de aula tradicional. Com o método socrático a experiência tradicional de absorção passiva de conhecimento foi trocada por uma ativa participação dos alunos dentro das salas ⁶(o sistema tradicional de ensino consiste em o professor proferir o conhecimento em um auditório ou sala de aula para um grupo de alunos que deveriam anotar tudo o que o professor diz. É possível ainda observar essa metodologia no ensino fundamental brasileiro).⁷

Por muitos anos, diversas faculdades ao redor do mundo (mais precisamente nos Estados Unidos) consideravam, como um rito de passagem, que os alunos do curso de Direito frequentassem, pelo menos em um período de suas faculdades, aulas que utilizassem o método socrático.⁸ Porém, por mais que isso tenha sido um rito muito comum entre os anos de 1950 e 1960, o método socrático tradicional em faculdades de Direito se reduziu drasticamente, estando nas palavras de Orin S. Kerr, quase extinto.⁹ Porém, por mais que a implementação desse método varie

5 OSBORN JR., J. J. **The Paper Chase**. Albany, NY: Whitston Publishing; MACKINNON, C. A. Mainstreaming Feminism in Legal Education. **Journal of Legal Education**, v. 53, n. 2, p. 199-212, 2003.

6 Palestra proferida pelos professores GERSEN, J. S.; WATSON JR., J. H. **Why the Socratic Method?**. Harvard Law School Alumni Center. Disponível em: <https://hls.harvard.edu/why-the-socratic-method/>. Acesso em 13 jul. 2021.

7 ANASTASIOU, L. G. C. Metodologia de ensino: primeiras aproximações... Curitiba: **Educar**, v. 13, p. 93-100, 1997. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0104-4060.174>. Acesso em: 01 ago. 2021.

8 AREEDA, P. E. The Socratic Method (SM) (Lecture at Puget Sound, 1/31/90). **Harvard Law Review**, v. 109, n. 5, p. 911-922, 1996.

9 KERR, S. O. The Decline of the Socratic Method at Harvard. **Neb. L. Rev.**, v. 78, p. 114-130, 1999. Disponível em: <https://digitalcommons.unl.edu/nlr/vol78/iss1/6/>. Acesso em

de faculdade para faculdade, alguns de seus problemas e benefícios ainda se perpetuam, como veremos nos próximos tópicos.

3. METODOLOGIA SOCRÁTICA NO BRASIL

Por mais que, como será visto nos próximos tópicos, o método socrático tenha seus lados positivos e negativos, a sua utilização no ensino superior brasileiro (não somente no ensino jurídico) sempre foi quase ínfima em comparação aos Estados Unidos. Por mais que o Brasil possua **mais do que metade** de todas as faculdades de Direito do planeta¹⁰, somente poucas faculdades, como por exemplo a FGV-Direito Rio e FGV-Direito SP utilizam a metodologia socrática no ensino jurídico.¹¹

No Brasil, as faculdades de Direito tendem a utilizar a metodologia tradicional e clássica de ensino. Em resumo, a metodologia utilizada é o professor como o foco da sala de aula, visto como a pessoa que sabe sobre a matéria e deve ensinar para os alunos o que é ou não é correto juridicamente. Os alunos assumem uma posição de absorção passiva de conhecimento enquanto o professor assume uma posição ativa, tendo sua função principal propagar o conhecimento.¹²

Por mais que o Brasil não possua muitas faculdades que utilizam o método socrático, faculdades como a FGV estudam, utilizam e contribuem para o debate do método participativo no ensino jurídico; além de ter um de seus principais objetivos influenciar outras faculdades a adotarem o método participativo nas faculdades de Direito do Brasil.¹³

4. CRÍTICAS À METODOLOGIA

Após breve análise tanto sobre o método socrático, como sua história e criação, agora devemos falar de suas críticas. Autores como Joseph A. Dickinson, Orin S. Kerr e Christopher M. Ford, provavelmente iriam concordar

26 jun. 2021.

10 GUIA DO ESTUDANTE. **Brasil Tem Mais Cursos de Direito do que Todos os Outros Países do Mundo Juntos**, 16 mai. 2017. Disponível em: <https://guiadoestudante.abril.com.br/universidades/brasil-tem-mais-cursos-de-direito-do-que-todos-os-outros-paises-do-mundo-juntos/>. Acesso em 21 ago. 2021.

11 Neste link é possível observar uma breve entrevista com o professor Oscar Vilhena Vieira, onde ele descreve como é o método participativo na FGV-Direito SP e explica como a FGV se utiliza da metodologia socrática no ensino jurídico da faculdade. Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/inovacao>. Acesso em 24 ago. 2021.

12 SARDAS, V. O Método Socrático e a Sala de Aula Invertida no Ensino das Ciências Jurídicas. Centro Universitário Augusto Motta, p. 2. CORE. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/229106047.pdf>. Acesso em 24 ago. 2021.

13 GHIRARDI, J. G. **O instante do encontro**: questões fundamentais para o ensino jurídico. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2012. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10303/O%20instante%20do%20encontro.pdf?sequence=1>. Acesso em 24 ago. de 2021.

que, de forma simples, todas as críticas giram em torno de três características, sendo elas: (i) abuso psicológico, sua (ii) ineficiência em enfrentar problemas reais e (iii) efeito danoso a minorias. Logo, iremos passar por cada um desses pontos pela ordem aqui demonstrada.

4.1. Abuso psicológico

Duncan Kennedy (que trata exaustivamente do possível abuso psicológico do método socrático) era um estudante da faculdade de Harvard na época em que escreveu o artigo “How the Law School Fails: A polemic”. Nele, o autor argumentava que a metodologia socrática era abusiva e se comparava a um ataque. Os estudantes das disciplinas respondiam mais física e emocionalmente às perguntas feitas pelo professor como se estivessem agindo por reflexo do que verdadeiramente pensando sobre o assunto e ponderando suas respostas. Além disso, também argumentou que os alunos viam os professores como pessoas cujas funções seria machucá-los.

“Essa percepção é mais forte entre os alunos do primeiro ano e mais fraca em seminários do que em turmas grandes, mas essas diferenças são apenas questões de quantidade. A hostilidade às vezes é vista como materializada nas palavras reais de um professor. Muitos alunos, de todos os níveis de competência acadêmica e de muitas variedades de personalidades sentem o método socrático (a pergunta básica e a resposta, a sugestão e a crítica, a abordagem, em vez da versão mais rígida, em vez de popular, agora somente é praticada por apenas alguns professores) é um ataque. A observação de que os alunos muitas vezes respondem física e emocionalmente ao questionamento como se estivessem diante de um perigo profundo é simplesmente verdade.”¹⁴

Posteriormente, Kennedy escreveu um livro dando continuidade ao seu artigo chamado “Legal Education and the Reproduction of Hierarchy” onde descreve como os alunos se sentem atacados e o quão humilhante é quando o professor faz um processo investigativo e interrogativo com o aluno dentro de sala de aula

14 “This perception is strongest among first year students, and is weaker in seminars than in large classes, but these differences are only quantitative. Hostility is sometimes seen as embodied in a teacher’s actual words. A great many students, of all levels of academic competence and of many varieties of personality, feel the socratic method (the basic question and answer, suggestion and criticism, approach, rather than the stricter version once popular and now practiced by only a few teachers) is an assault. The observation that students often respond physically and emotionally to questioning as though they were in the presence of a profound danger is simply true.”. KENNEDY, D. How the Law School Fails: A Polemic. *Yale Rev. L. & Soc. Action*, v. 1, 1971. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/yrlsa/vol1/iss1/7>. Acesso em 19 jul. de 2021. Tradução nossa.

“(…) mas ainda é humilhante ficar com medo e inseguro de si mesmo, especialmente quando o que nos deixa inseguros é um arranjo de sala de aula que sugere ao mesmo tempo uma mistura de família patriarcal e uma espécie de enigma de Kafka. A sala de aula da faculdade de Direito no início do primeiro ano é culturalmente reacionária.”¹⁵

Além disso, também vale reiterar o que um grupo mais novo, criado há menos de dez anos, que lida com assédio dentro das faculdades de Direito, fala sobre o método socrático, comparando-o a uma sala de aula extremamente agressiva, podendo provocar reações de estresse pós-traumático nos alunos:

“Os professores podem beneficiar os alunos com PTSD, diminuindo o uso do método socrático adversarial, no qual os professores chamam os alunos de maneira não solicitada. Um tom agressivo dentro da sala de aula... submete os alunos ao pânico que ser os centros das atenções pode trazer, junto com o medo de saber que uma *cold call* é iminente. Isso pode provocar uma reação de fuga ou luta, fazendo com que o aluno desligue, congele, se dissocie e/ou experimente um flashback ou ataques de pânico. Dispensar as formas mais agressivas do método socrático, portanto tornando as salas de aula menos adversárias, iria levar em consideração de uma maneira melhor as necessidades dos alunos traumatizados.”¹⁶

Colocar um aluno que ainda está aprendendo os básicos do Direito no centro das atenções da classe para debater com um professor que estudou intensivamente essa matéria específica por anos é, de fato, injusto. Além disso, o professor ainda utiliza de técnicas que muitas vezes humilham,

15 “(…) but it is still humiliating to be frightened and unsure of oneself, especially when what renders one unsure is a classroom arrangement that suggests at once the patriarchal family and a Kafka-like riddle-state. The law-school classroom at the beginning of the first year is culturally reactionary.” KENNEDY, D. **Legal Education as Training for Hierarchy**. p. 56. Disponível em: https://duncankennedy.net/documents/Legal%20Education%20as%20Training%20for%20Hierarchy_Politics%20of%20Law.pdf. Acesso em 17 jul. de 2021. Tradução nossa.

16 “Professors can benefit students with PTSD by decreasing their use of the adversarial Socratic method, in which professors cold-call students. An aggressive classroom tone... subjects students to the panic that suddenly being put on the spot can invoke, along with the fear of knowing a cold call is imminent. This can prompt a flight or fight reaction, causing the student to shut down, freeze, dissociate, and/or experience a flashback or panic attack. Dispensing with the most confrontational forms of the Socratic method, thereby making classrooms less adversarial, would better account for traumatized students' needs.”. Why Alter the Socratic Method?, **Harvard Law School Halt**. Disponível em: <https://orgs.law.harvard.edu/halt/trauma-recognition-in-law-schools/why-alter-the-socratic-method/>. Acesso em 12 mar. 2021. Tradução nossa.

envergonham e deixam o aluno sobe estresse e pressão constante para que ele possa achar uma resposta correta é cruel.

4.2. Ineficiência da metodologia

Ademais, falando sobre a ineficiência do método, há de se ponderar os próximos argumentos. Se a função principal de uma aula é transmitir e passar conhecimentos, utilizar uma técnica que obrigatoriamente necessita provocar os alunos até que eles digam a resposta correta é, no mínimo, desgastante e ineficiente. Somado a isso, o método aparenta ser ainda mais ineficiente quando lembramos que o professor já sabe a resposta correta e, mesmo assim, opta por não a informar de uma vez.

“Como o professor Agreed a afirma: “Os críticos apontam corretamente que questionar alunos é uma forma muito ineficiente de comunicar informações que o instrutor possui, mas dificilmente revelam... Afinal, a física [Departamento] não pede a você que deduza a existência ou a natureza da gravidade forçando você a se sentar debaixo de uma árvore até que uma maçã caia na sua cabeça. Eles falam diretamente sobre a gravidade.”¹⁷

Além do mais, o método socrático em essência somente ensina a habilidade de raciocínio jurídico quando direcionado a casos específicos. Peca por não ensinar a resolver problemas reais de pessoas reais (o que alguns, como o professor Jerome Frank, argumentariam ser a função principal do advogado)¹⁸, a cooperar e como representar um cliente. Outros autores afirmam que, quando um aluno é acostumado a somente receber informações de uma forma passiva, irá sair da faculdade recebendo um enorme choque quando perceber que deve agir ativamente para conseguir as informações. Por fim, alguns autores também argumentaram que alunos que somente foram ensinados pelo método socrático tradicional não possuem habilidades básicas para serem advogados bons ou eficazes.¹⁹

17 “As Professor Agreed notes: ‘Critics correctly point out that questioning students is a very inefficient way to communicate information which the instructor possesses but does not reveal... after all, the Physics [Department] does not ask you to deduce the existence or nature of gravity by sitting under a tree until an apple falls on your head. They tell you straight out about gravity.’”. **The Socratic Method in the 21st Century. Center of Teaching Excellence**, Unites States, Military Academy, West Point, NY, p.3, 2008. Disponível em: https://www.westpoint.edu/sites/default/files/online-images/centers_research/center_for_teaching_excellence/PDFs/mtp_project_papers/Ford_08.pdf. Acesso em 08 out. 2020.

18 FRANK, J. Why Not a Clinical Lawyer-School?. **University of Pennsylvania Law Review and American Law Register**, v. 81, n. , p. 907-908, 1933..

19 Ibid. 9; MCKAY B., R. Legal Education: Some Compliments and Some Complaints. **Mercer L. Rev.**, v. 35, p. 789-797, 1984; EDWARDS, H. T. The Growing Disjunction Between Legal Education and the Legal Profession. **Mich. L. Rev.**, v. 91, p. 34. 1992; MCKAY, R. B. Legal

4.3 Danoso às minorias

De todas as críticas aqui já descritas, esse tópico talvez seja um dos mais novos, visto que suas manifestações começaram somente quando as mulheres foram permitidas a cursar as faculdades de Direito. Aqui vale ressaltar que os debates sobre a utilização ou não do método socrático em Harvard começaram nos anos de 1860 e somente entre anos entre 1837 e 1970 começou-se a aceitar mulheres na faculdade de Direito nos Estados Unidos e no Brasil (vale ressaltar que no Brasil somente se aceitou mulheres nas faculdades em 1879, porém com a aprovação do pai ou do marido).²⁰ Infelizmente, muitas de suas críticas e artigos eram ou ignorados, ou ridicularizados, ou ditos sem valor. Somente entre os anos de 1940 e 1970 as mulheres conseguiram conquistar o devido respeito que mereciam no mundo acadêmico.²¹ Por consequência, essa linha de crítica é conhecida como a mais recente das três principais críticas a metodologia.

Claro que uma parte dessas críticas poderia ser feita a diversas faculdades ou às instituições de ensino que, de uma forma geral, segregaram as mulheres e negaram grupos minoritários por tanto tempo que ainda estão aprendendo a lidar com pessoas que não sejam somente homens brancos cisgênero (nas palavras de Jeannie Suk, o estilo profissional no qual os alunos estão aprendendo a assimilar informações na faculdade de Direito é possível de se identificar como sendo branco, homem e de meia-classe).²² Diversas dessas críticas são problemas estruturais e é função da faculdade de Direito resolvê-los, independentemente de suas origens ou motivos.²³ Orin Kerr resume os problemas sofridos pelas mulheres dentro das salas de aula que se apoiam no método socrático:

“As salas de aula socráticas são ambientes competitivos e orientados para os homens, que “empilham” contra as mulheres mais dificuldades do que já existem, além disso vai contra o estilo de aprendizagem mais cooperativo e comunitário. Porque as mulheres se sentem ameaçadas e alienadas nas salas de aula socráticas patriarcais e hierárquicas, elas muitas

Education: Some Compliments and Some Complaints, **Mercer L. Rev.**, v. 35, 1984.

20 ARAÚJO, C. A História das Mulheres Cientistas no Brasil. **MultiRio**, 11 fev. 2020. Disponível em: <http://www.multirio.rj.gov.br/index.php/reportagens/15510-a-hist%C3%B3ria-das-mulheres-cientistas-no-brasil>. Acesso em: 22 ago. 2021.

21 Ibid. 20.

22 Ibid. 6 (Nessa palestra, a partir do nono minuto e quarenta segundos, a professora descreve com maestria como as salas de aulas de Harvard eram machistas, assim relembrando alguns incidentes que eu pontuei aqui e outros que deixei de mencionar, como os “Ladies Days” de Harvard, inclusive descrevendo que as mulheres, durante esses dias, se sentiam como animais enjaulados enquanto eram objeto de risadas por seus colegas homens da sala de aula).

23 LANI, G. et al. Becoming Gentlemen: Women's Experiences at One Ivy League Law School. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 143, n. 1, p. 1-110, 1994. DOI:10.2307/3312516. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/3312516>. Acesso em 20 jul. 2021.

vezes sentem que não têm nada a contribuir e suas vozes são excluídas do debate. Isso fomenta um sentimento de inadequação entre as alunas, o que pode fazer com que tenham um desempenho inferior nos exames que tardiamente determinam as perspectivas de carreira dos alunos.”²⁴

Esse sentimento que Orin Kerr descreve, na verdade, é uma tendência de autossabotagem chamada de Síndrome do Impostor, onde a pessoa pode duvidar de suas próprias capacidades e, consequentemente, se sente como um impostor que não devia ou não merece estar onde está.²⁵ Alguns estudos demonstram que a utilização agressiva do método socrático pode provocar um aumento do número normal de alunos com essa síndrome (por mais que todos os grupos sofram com o problema, é visto que grupos minoritários e as mulheres tendem a sofrer mais com a utilização da metodologia socrática).²⁶

5. VANTAGENS DO MÉTODO

Neste momento serão apontados os lados positivos da adoção do método socrático. Diferentemente do tópico anterior, é difícil a separação em subgrupos das vantagens da metodologia, devido à grande pluralidade de argumentos favoráveis. Porém, entre elas, algumas podem ser observadas com mais frequência em diversos artigos. O primeiro ponto positivo muito forte ao método é: a metodologia socrática é extremamente eficaz em ensinar o raciocínio jurídico²⁷ para um grande grupo de pessoas (inclusive alguns autores aqui já citados que criticam o método concordam com esse ponto). Outro argumento muito importante é sobre a necessidade de se criar uma independência do aluno, fazê-lo pensar por si próprio,

24 “Socratic classrooms are male-oriented, competitive environments that ‘stack the deck’ against women and their more cooperative and communal styles of learning. Because women feel threatened and alienated in patriarchal and hierarchical Socratic classrooms, women often feel they have nothing to contribute and their voices are excluded from the debate. This fosters a sense of inadequacy among women students, which may cause them to underperform on the examinations that later determine career prospects”. Ibid. 9. Tradução nossa.

25 SONSIN, J. Síndrome do Impostor: O Transtorno de quem se Acha uma Fraude. **Tela-vita**. Disponível em: <https://www.telavita.com.br/blog/sindrome-do-impostor/>. Acesso em 23 ago. 2021.

26 GRENARDO, D. The Phantom Menace to Professional Identity Formation and Law School Success: Impostor Syndrom. Universidade de Daytona, **Law Review**, v. 47, n. 3, 2021. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3899332. Acesso em: 23 ago. 2021; WALDO, H. Wondering if You “Belong” in Law School? Feeling Like na Imposter? Part 2. **Atlanta’s John Marshall Law School**, 14 out. de 2020. Disponível em: <https://www.johnmarshall.edu/tag/imposter-syndrome/>. Acesso em: 23 ago. 2021.

27 Para mais informações sobre o que é e se de fato existe um pensar jurídico recomendamos a leitura de todo o livro, porém para entender sobre o tema somente a introdução será suficiente: SCHAUER, F. **Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2009. Disponível em: https://codolc.com/books/Thinking_Like_a_Lawyer.pdf. Acesso em: 27 jul. 2021

independentemente de ele estar dentro de uma sala de aula ou na presença de um professor para questioná-lo e forçá-lo a pensar, o que leva, quase inevitavelmente, o aluno a analisar criticamente seus trabalhos, leis e até seus próprios preconceitos.²⁸ Nas palavras de Philip Areeda:

“O aluno vê que ele poderia ter feito essas perguntas a si mesmo antes da aula; que os tipos de perguntas que o instrutor fez podem ser feitas por conta própria após a aula. A internalização desse processo de questionamento não é uma ilusão. É a essência do raciocínio jurídico e o prêmio do [método socrático].”²⁹

O modelo socrático também ensina os alunos a perceber presunções e argumentos que não somente foram mencionados, porém também aqueles que deixaram de ser ditos ou que foram mencionados indiretamente. Outros pontos que são observados também por outros autores estão relacionados a questões morais e éticas. Novamente, nas palavras de Philip Areeda:

“De acordo com essa visão, os alunos que aprendem a lei por meio do diálogo socrático tendem a apreciar a construção social da lei e, portanto, sentem uma forte responsabilidade moral por garantir que a lei seja usada com sabedoria.”³⁰

Além disso, o professor Christopher M. Ford também argumenta que o método socrático é uma excelente metodologia para analisar pontos fortes e fracos de cada argumento, incluindo aqueles utilizados contra o aluno, o que é crucial para a prática jurídica (um dos pontos mais criticados no último tópico).

“Citando o professor Philip Areeda, Orin Kerr descreve essa força do método. “Ao fazer perguntas aos alunos que os forcem a confrontar as fraquezas de cada posição, o professor socrático acaba os treinando para avaliarem por conta própria a força dos argumentos jurídicos por conta própria”. Isso, por sua vez, ajuda a desenvolver forças analíticas, forçando os alunos a articular logicamente suas respostas. Além disso, o aspecto público desse intercâmbio incentiva dois

28 COLE, J. O. The Socratic Method in Legal Education: Moral Discourse and Accommodation. *Mercer L. Rev.* v.3 5, 867, p. 869-73, 1984. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/mercer35&div=56&id=&page=>.

29 The student sees that he could have asked himself those questions before class; that the kinds of questions the instructor asked can be self-posed after class. The internalization of that questioning process is not an illusion. It is the essence of legal reasoning and the prize of the [Socratic method]. *Ibid.* 7.

30 “According to this view, students who learn the law via Socratic dialogue are likely to appreciate the socialconstruction of law, and thus feel a strong moral responsibility for making sure that the law is used wisely.”. *Ibid.* 28.

benefícios adicionais. A técnica força os alunos a se prepararem para a aula; para que não sejam envergonhados publicamente por não terem se preparado. Em segundo lugar, o debate em público os auxilia no desenvolvimento de suas habilidades retóricas.”³¹

O método socrático desenvolve a retórica com seus debates em público, sendo válido que com sua prática constante e o estudo anterior dos casos, com o passar do tempo, o aluno comece a desenvolver a capacidade de tirar conclusões válidas e julgar a validade de inferências ou interromper o debate.³² Por mais que existam mais argumentos e outros autores que elogiem demais aspectos ou resultados do método socrático, os citados neste texto são os mais debatidos.

6. CONCLUSÃO

O método socrático não é mais utilizado como nos anos de 1880 a 1950. Tanto sua criação quanto sua implementação aos cursos de Direito foram muito criticadas, tendo sido recebido com grande resistência.³³ Porém, mesmo assim, esse método se tornou tão respeitado que diversas faculdades de Direito o consideravam como uma espécie de ritual para que os alunos passassem por, pelo menos, um período sendo orientados por essa metodologia. Todavia, após sua implementação, por mais que este método possuía seus lados e prejudiciais, ajudou diretamente a moldar o ensino jurídico que conhecemos nos dias atuais.

Atualmente a metodologia ainda não foi abandonada e diversas faculdades se utilizam do método socrático. Normalmente os cursos que utilizam da metodologia são os cursos de Direito e de Medicina, onde a metodologia pode ser utilizada para explicar conceitos, princípios ou matérias que são consideradas mais difíceis de se compreender.³⁴ Porém, as faculdades que ainda utilizam do método socrático muitas vezes utilizam e

31 “Quoting Professor Philip Areeda, Orin Kerr describes this strength of the method. ‘By posing questions to students that force them to confront the weaknesses of each position, the Socratic professor ultimately trains students to assess the strength of legal arguments on their own.’ This in turn helps develop analytic strengths, forcing students to logically articulate their answers. Furthermore, the public aspect of this interchange encourages two additional benefits. The technique forces students to prepare for class; lest they be publically shamed for not having prepared. Secondly, the public exchange assists students in developing their rhetorical skills.”. Ibid. 15.

32 BATEMAN, P. Toward Diversity in Teaching Methods in Law Schools: Five Suggestions from the Back Row. *Quinnipiac Law Review*, v. 17, n. 397, 1997. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/qlr17&div=23&id=&page=>. Acesso em: 03 ago. de 2021.

33 Ibid. 6.

34 SCHOLLE, C. Understanding the Socratic Method of Teaching. *Abraham Lincoln University*, 10 fev. 2020. Disponível em: <https://www.alu.edu/alublog/understanding-the-socratic-method-of-teaching/>. Acesso em 04 ago. 2021.

integram ele a escrita jurídica³⁵ (a escrita jurídica é basicamente qualquer documento ou artigo que se deve utilizar da mesma linguagem pedida em petições, réplicas, contestações ou qualquer documento jurídico), o que é uma alternativa para minimizar os lados negativos da metodologia, já que diversas críticas giram ao redor de como o método pode ser danoso aos alunos que estão dentro das salas de aula (sem deixar de utilizar os lados positivos do método).

35 Para entender melhor como utilizar do método socrático para melhorar e desenvolver a escrita jurídica, o artigo a seguir pode ajudar drasticamente a compreender os lados positivos de que essa junção pode fazer, além de explicar extensivamente o que é a escrita jurídica e como podemos adaptar o método socrático nela. BEAZLEY, M.; KEARNEY, Mary. Teaching Students How to “Think like Lawyers”: Integrating Socratic Method with Writing Process. UNLV, Scholarship works, **Temple L. Rev.** 885, v. 64, p. 907-908, 1991. Disponível em: <https://scholars.law.unlv.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2097&context=facpub>. Acesso em: 21 mar. 2021.

JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL

Alunos: João Vitor Antunes dos Santos¹, Laura Fonseca Leite da Silva², Ana Clara Xavier do Carmo³, Bernardo Andreiuolo Tagliabue⁴, Catarina Pereira Lopes⁵, Daniel Fizspan Alonso⁶, Giovanna Tavares Nery⁷, Isa Mota Rangel⁸, Isabella Markendorf Marins⁹, Pedro Henrique Ribeiro de Freitas¹⁰, Tadeu Emilio de Oliveira Cavaliere Sartorio¹¹

Colaboradores: Nicole Antunes Costa Feitosa¹², Lucas Ramos Krause dos Santos Rocha¹³

Orientador: Thiago Bottino do Amaral¹⁴

Área de concentração: Direito da Regulação

Linha de pesquisa: Governança Regulatória, Instituições e Justiça

Projeto de pesquisa: Justiça Penal Consensual

Sumário: 1. Introdução; 2. Desenvolvimento da pesquisa; 3. Referências bibliográficas.

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* pelo Poder Judiciário. 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

1 Bolsista PIBIC. Aluno de Graduação pela FGV Direito Rio.

2 Bolsista PIBIC. Aluna de Graduação pela FGV Direito Rio.

3 Aluna de Graduação pela FGV Direito Rio.

4 Aluno de Graduação pela FGV Direito Rio.

5 Aluna de Graduação pela FGV Direito Rio.

6 Aluno de Graduação pela FGV Direito Rio.

7 Aluna de Graduação pela FGV Direito Rio.

8 Aluna de Graduação pela FGV Direito Rio.

9 Aluna de Graduação pela FGV Direito Rio.

10 Aluno de Graduação pela FGV Direito Rio.

11 Aluno de Graduação pela FGV Direito Rio.

12 Pós-Graduada em Direito Criminal Contemporâneo pela FGV Direito Rio. Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie-SP (2020).

13 Doutorando em Direito da Regulação pela FGV Direito Rio. Mestre em Direito pela UFRJ (2020). Bacharel em Direito pela UFRJ (2017). Pesquisador da FGV DIREITO RIO.

14 Pós-Doutor pela Columbia Law School (2014). Doutor (2008) e Mestre (2004) em Direito Constitucional pela PUC-Rio. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (1999). Professor do Corpo Docente Permanente do Mestrado e do Doutorado em Direito e Regulação e Coordenador do Curso de Graduação em Direito da FGV DIREITO RIO. Professor associado da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO).

sofra *rejeição* pelos tribunais. Acredita-se que o trabalho produzido será capaz de fornecer subsídios para o aprimoramento da legislação brasileira consistindo em um estudo capaz de indicar as vantagens e riscos dos diferentes tipos de arranjos institucionais que os diferentes modelos de justiça negocial são capazes de determinar. Da mesma forma, 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

Direito Comparado; Direito Penal; Justiça Penal Negociada; Acordos Penais.

Abstract

The primary purpose of this project is to research consensual mechanisms in the Criminal Law area, based on the dogmatic analysis of the institutes, comparative law and its *acceptance* in the Judiciary. As it involves the incorporation of procedural instruments from another legal culture (Common Law, distinct from the Brazilian Civil Law tradition), a critical examination is necessary so that the *legal transplant* is not *rejected* by the courts. It is believed that the work produced will be able to provide material for the improvement of Brazilian legislation, consisting in a study capable of indicating the advantages and risks of the different types of institutional arrangements that the various models of consensual justice are able to determine. Likewise, it is intended to propose a wide system of legislative rearrangement of this new legal category, since all institutes were introduced by different laws, without the necessary systematization in order to contribute to the improvement of jurisdictional activity.

Keywords

Comparative law; Criminal Law; Negotiated Criminal Justice; Criminal Agreements.

1. INTRODUÇÃO

Considerando que os instrumentos da justiça negocial têm ganhado cada vez mais relevância no debate legislativo e jurisprudencial brasileiro, a presente pesquisa busca examinar como a temática dos acordos penais tem sido incorporada no ordenamento jurídico nacional, com a finalidade de mapear suas particularidades normativas e seus efeitos práticos.

Nos últimos trinta anos, a composição de interesses e a cooperação entre as partes no âmbito criminal foram estimuladas por meio da

introdução de métodos alternativos ao processo judicial *tradicional*, a partir de experiências estrangeiras. Nessa perspectiva, os institutos de cooperação são categorizados como parte do *Direito premial*, ramo este que visa fornecer incentivos aos acusados para que, em contrapartida, colaborem com a investigação do Estado.

Ao tratar desses mecanismos alternativos, abrange-se, portanto, os institutos em que parte do processo penal é suprimido mediante um consenso entre as partes, ou em que as penas cominadas sejam diminuídas em troca de alguma cooperação do acusado, o qual, por sua vez, abdica de determinada garantia. Sendo assim, os institutos analisados são: (i) acordo de leniência; (ii) acordo de não persecução penal; (iii) colaboração premiada; (iv) suspensão condicional da pena; (v) suspensão condicional do processo; e (vi) transação penal.

Para tanto, a metodologia adotada segue a seguinte ordem: em um primeiro momento, explora-se como esses institutos estão positivados no ordenamento jurídico brasileiro, categorizando e comparando seus contornos legais; em seguida, promove-se um aprofundamento teórico sobre os entendimentos da doutrina moderna; e, por fim, examina-se o tratamento dado pela jurisprudência, delineando-se as principais controvérsias sobre a sua aplicação e impulsionando-se, assim, o debate quanto às críticas acerca do seu uso no atual contexto brasileiro.

2. DESENVOLVIMENTO DA PESQUISA

a) Fichamentos

- Acordo de Leniência

ADAMS, L. Acordo de leniência e a cooperação entre os órgãos públicos. **Revista Consultor Jurídico**, 17 ago. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-17/publico-privado-acordo-leniencia-cooperacao-entre-orgaos-publicos>

PIMENTA, G. Desafio do Cade é coordenar leniência com outros órgãos, diz presidente. **JOTA**, 11 dez. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/concorrenca/cade-leniencia-outros-orgaos-presidente-11122019>.

YASSER, G. Cooperação dos controles em acordo de leniência. **JOTA**, 12 ago. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/cooperacao-dos-controles-em-acordo-de-leniencia-12082020>.

YASSER, G. Novo regulamento do TCU sobre acordos de leniência: algo mudou?. **JOTA**, 01 mai. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/novo-regulamento-do-tcu-sobre-acordos-de-leniencia-algo-mudou-01052019>.

ALVES, M; ROS, L. Comunicação e previsibilidade: pilares dos acordos de leniência. **JOTA**, 25 jun. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/comunicacao-e-previsibilidade-pilares-dos-acordos-de-leniencia-25062020>.

- Acordo de Não Persecução Penal

MOREIRA, R. A. O acordo de não persecução penal. **LEX**, 22 out. 2020. Disponível em: https://www.lex.com.br/doutrina_27974797_O_ACORDO_DE_NAO_PERSECUCAO_PENAL

MOREIRA, L. G. O acordo de não persecução penal com o advento da lei 13.964/19. **Migalhas**, 11 mar. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/321444/o-acordo-de-nao-persecucao-penal-com-o-advento-da-lei-13-964-19>.

ROSA, L. W. Negociando no processo penal após a “Lei Anticrime”: acordo de não persecução penal. **Jusbrasil**, 21 out. 2020. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/803743872/negociando-no-processo-penal-apos-a-lei-anticrime-acordo-de-nao-persecucao-penal>.

GOMES, J. J. Acordo de não persecução penal e sua aplicação a processos em curso. **GEN Jurídico**, 29 abr. 2020. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/04/29/acordo-de-nao-persecucao-penal-processos/>.

MONTEIRO, P. Justiça Penal negociada: o ‘novo’ acordo de não persecução penal. **Consultor Jurídico**, 5 de agosto de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-05/pedro-monteiro-acordo-nao-persecucao-penal>.

- Colaboração Premiada

LAMY, A; DAVID, D. A adoção de programas de criminal compliance em acordos de colaboração premiada como ferramenta de enforcement. **IBC-CRIM**, Ano 27, n. 327, fev. 2020. ANO 27 — Nº 327 — FEVEREIRO/2020 — ISSN 1676-3661.

SOARES, R; BORRI, L. A legitimidade do terceiro delatado para discutir o acordo de colaboração premiada em face da concessão de benefícios extrapenais. **IBCCRIM**, ANO 27 — Nº 316 — MARÇO/2019 — ISSN 1676-3661.

BITTAR, W; BORRI, L; SOARES, R. *A questão da natureza jurídica e a possibilidade legal de impugnação do acordo de colaboração premiada pelo delatado*. **IBCCRIM**, ANO 27 — Nº 322 — SETEMBRO/2019 — ISSN 1676-3661.

CALLEGARI, A. Acordodecolaboraçãopremiada:pontosparareflexão. **JOTA**, 02 abr. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/acordo-de-colaboracao-premiada-pontos-para-reflexao-02042019>.

MAIA, A. Delação/colaboração premiada: breves considerações sobre a aproximação entre o Direito Contratual e o Direito Penal. **Migalhas**, 19 nov. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/315463/delacao-colaboracao-premiada--breves-consideracoes-sobre-a-aproximacao-entre-o-direito-contratual-e-o-direito-penal>.

- Suspensão Condicional do Processo e Suspensão Condicional da Pena

AARÃO, N. Até onde a suspensão condicional da pena é benéfica ao sentenciado?. **Migalhas**, 19 mar. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/322095/ate-onde-a-suspensao-condicional-da-pena-e-benefica-ao-sentenciado>

SCANDELARI, G. Os estrangeiros não residente tem direito ao sursis?. **Migalhas**, 7 ago. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/308109/o-estrangeiro-nao-residente-tem-direito-ao-sursis>.

SANTOS, J. Entenda como funciona a suspensão condicional da pena (sursis). **CANAL CIÊNCIAS**, 03 jun. 2019. Disponível em: <https://canalciencias-criminais.jusbrasil.com.br/artigos/716493321/entenda-como-funciona-a-suspensao-condicional-da-pena-sursis>.

TOGNOLLI, C. Pesquisador mapeia a história do sursis no Direito Penal. **CONJUR**, 27 jan. 2006. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2006-jan-27/pesquisador_mapeia_historia_sursis_direito_penal.

BARROS, R. Suspensão condicional do processo: o que é e como aplicar. **Jusbrasil**, 30 out. 2019. Disponível em: <https://ebradi.jusbrasil.com.br/artigos/608929949/quando-pode-ser-proposta-a-suspensao-condicional-do-processo>.

- Transação Penal.

BATICH, F; RAFITH, R. Entre acordos, penas e dilemas. **Migalhas**, 05 mai. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/326135/entre-acordos--penas-e-dilemas>.

CARNEIRO, L. STF decide que transação penal não é condenação. **JOTA**, 28 mai. 2015. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/stf-decide-que-transacao-penal-nao-e-condenacao-28052015>.

FISCHER, D. Não cabe acordo de não persecução em ações penais. **JOTA**, 11 jun. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/nao-cabe-acordo-de-nao-persecucao-em-acoes-penais-11062020>.

MALAN, D. Advocacia criminal e a arte da negociação. **CONJUR**, 21 out. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-21/dio-go-malan-advocacia-criminal-arte-negociacao>.

b) Organização de Webinar sobre Justiça Penal Consensual, tendo como convidados:

- i. Isabel Franco¹⁵;
- ii. Marcelo Cavali¹⁶;
- iii. Rodrigo de Grandis¹⁷;
- iv. Giovanni Paolo Falcetta¹⁸.

c) Elaboração de artigo sobre o tema (em vias de submissão):

- “Uma possível conclusão acerca da (des)necessidade da confissão no acordo de não persecução penal”.

d) Elaboração de livro sobre o tema (em andamento):

- Capítulo 1: Transação Penal;
- Capítulo 2: Suspensão Condicional;
- Capítulo 3: Colaboração Premiada;
- Capítulo 4: Acordo de Leniência;
- Capítulo 5: Acordo de Não Persecução Penal.

e) Reuniões com o grupo de pesquisa

- Reuniões feitas pelo coordenador da pesquisa Prof. Thiago Bottino e com o colaborador Lucas Krause com o objetivo de alinhar a equipe, acompanhar o andamento das pesquisas e distribuir novas atividades para os bolsistas e voluntários.

3. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AARÃO, N. Até Onde a Suspensão Condicional da Pena é Benéfica ao Sentenciado?. **MIGALHAS**, 19 mar. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br>.

15 Sôcia do escritório Azevedo Sette Advogados, responsável pela área de Anticorrupção, Compliance & Investigações, sendo especialista em legislação anticorrupção. Kursou o Programa de Formação para Advogados da Harvard Law School e completou seu mestrado na Fordham University (NY). Foi presidente da Seção de Direito Internacional da NYSBA (New York State Bar Association), vice-presidente da Comissão de Anticorrupção Empresarial da IBA (International Bar Association), Relatora do Tribunal de Ética da OAB-SP e *reporteur* da Transparency International.

16 Professor de Direito Penal da FGV-SP. Doutor em Direito Penal (USP). Visiting Scholar (Columbia Law School). Juiz Federal Instrutor no STF.

17 Procurador da república. Doutor e Mestre em Direito Penal (USP). Professor no curso de pós-graduação da FGV/SP.

18 Sócio da área de Compliance e Investigação de TozziniFreire e assessor de conselhos de administração, companhias e comitês independentes na prevenção, detecção, resposta e mediação de questões de alta complexidade relacionadas a compliance, anticorrupção e crises corporativas. Atua também na análise de riscos, *due diligence* de M&A, bem como a criação/revisão de programas de prevenção em empresas e estruturação de planos de treinamento para públicos específicos.

com.br/depeso/322095/ate-onde-a-suspensao-condicional-da-pena-e-benefica-ao-sentenciado.

ADAMS, L. Acordo de Leniência e a Cooperação Entre os Órgãos Públicos. **Revista Consultor Jurídico**, 17 ago. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-17/publico-privado-acordo-leniencia-cooperacao-entre-orgaos-publicos>.

ALVES, M; ROS, L. Comunicação e Previsibilidade: Pilares dos Acordos de Leniência. **JOTA**, 25 jun. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/comunicacao-e-previsibilidade-pilares-dos-acordos-de-leniencia-25062020>.

BARROS, R. Suspensão Condicional do Processo: O Que é e Como Aplicar. **Jusbrasil**, 30 out. 2019. Disponível em: <https://ebradi.jusbrasil.com.br/artigos/608929949/quando-pode-ser-proposta-a-suspensao-condicional-do-processo>.

BATICH, F; RAFITH, R. Entre Acordos, Penas e Dilemas. **MIGALHAS**, 05 mai. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/326135/entres-acordos--penas-e-dilemas>.

BITTAR, W; BORRI, L; SOARES, R. A Questão da Natureza Jurídica e a Possibilidade Legal de Impugnação do Acordo de Colaboração Premiada pelo Delatado. **IBCCRIM**, ano 27, n. 322, 2019.

CALLEGARI, A. Acordo de Colaboração Premiada: Pontos para Reflexão. **JOTA**, 02 abr. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/acordo-de-colaboracao-premiada-pontos-para-reflexao-02042019>.

CARNEIRO, L. STF Decide que Transação Penal Não é Condenação. **JOTA**, 28 mai. 2015. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/stf-decide-que-transacao-penal-nao-e-condenacao-28052015>.

FISCHER, D. Não Cabe Acordo de Não Persecução em Ações Penais. **JOTA**, 11 jun. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/nao-cabe-acordo-de-nao-persecucao-em-acoes-penais-11062020>.

GOMES, J. J. Acordo de Não Persecução Penal e sua Aplicação a Processos em Curso. **GEN Jurídico**, 29 de abril de 2020. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/04/29/acordo-de-nao-persecucao-penal-processos/>.

LAMY, A; DAVID, D. A Adoção de Programas de Criminal Compliance em Acordos de Colaboração Premiada como Ferramenta de Enforcement. **IBCCRIM**, ano 27, n. 327, fev. 2020.

MAIA, A. Delação/Colaboração Premiada: Breves Considerações Sobre a Aproximação Entre o Direito Contratual e o Direito Penal. **MIGALHAS**, 19 nov. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/315463/delacao-colaboracao-premiada--breves-consideracoes-sobre-a-aproximacao-entre-o-direito-contratual-e-o-direito-penal>.

MALAN, D. Advocacia Criminal e a Arte da Negociação. **CONJUR**, 21 out. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-21/diogo-malan-advocacia-criminal-arte-negociacao>.

MONTEIRO, P. Justiça Penal Negociada: O 'Novo' Acordo de Não Persecução Penal. **Consultor Jurídico**, 5 de agosto de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-05/pedro-monteiro-acordo-nao-persecucao-penal>.

MOREIRA, L. G. O Acordo de Não Persecução Penal Com o Advento da Lei 13.964/19. **Migalhas**, 11 mar. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/321444/o-acordo-de-nao-persecucao-penal-com-o-advento-da-lei-13-964-19>.

MOREIRA, R. A. O Acordo de Não Persecução Penal. **LEX**, 22 out. 2020. Disponível em: https://www.lex.com.br/doutrina_27974797_O_ACORDO_DE_NAO_PERSECUCAO_PENAL.

PIMENTA, G. Desafio do Cade é Coordenar Leniência Com Outros Órgãos, Diz Presidente. **JOTA**, 11 dez. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/concorrenca/cade-leniencia-outros-orgaos-presidente-11122019>.

ROSA, L. W. Negociando no Processo Penal Após a “Lei Anticrime”: Acordo de Não Persecução Ppenal. **Jusbrasil**, 21 out. 2020. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/803743872/negociando-no-processo-penal-apos-a-lei-anticrime-acordo-de-nao-persecucao-penal>.

SANTOS, J. Entenda Como Funciona a Suspensão Condicional da Pena (sursis). **CANAL CIÊNCIAS**, 03 jun. 2019. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/716493321/entenda-como-funciona-a-suspensao-condicional-da-pena-sursis>.

SCANDELARI, G. O Estrangeiro Não Residente Tem Direito ao Sursis?. **MIGALHAS**, 7 ago. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/308109/o-estrangeiro-nao-residente-tem-direito-ao-sursis>.

SOARES, R; BORRI, L. A Legitimidade do Terceiro Delatado Para Discutir o Acordo de Colaboração Premiada em Face da Concessão de Benefícios Extrapenais. **IBCCRIM**, ano 27, n. 316, mar. 2019.

TOGNOLLI, C. Pesquisador Mapeia a História do Sursis no Direito Penal. **CONJUR**, 27 jan. 2006. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2006-jan-27/pesquisador_mapeia_historia_sursis_direito_penal.

YASSER, G. Cooperação dos Controles em Acordo de Leniência. **JOTA**, 12 ago. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/cooperacao-dos-controles-em-acordo-de-leniencia-12082020>.

YASSER, G. Novo Regulamento do TCU Sobre Acordos de Leniência: Algo Mudou?. **JOTA**, 01 mai. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/novo-regulamento-do-tcu-sobre-acordos-de-leniencia-algo-mudou-01052019>.

CAMINHOS REGULATÓRIOS PARA O *MOBILE PAYMENT* NO BRASIL

REGULATORY PATHS FOR THE MOBILE PAYMENT'S IN BRAZIL

Alunos: Júlia Arruda Chagas e Vinicius Bertolini Casaca¹

Orientador: Carlos Ragazzo²

Área de concentração: Direito da Regulação

Linha de pesquisa: Regulação de Meios de Pagamento

Sumário: 1. Introdução; 2. Difusão dos *mobile payments* pelo mundo; 3. Plataformas do *mobile payment* e suas funcionalidades; 4. Regulações; 5. Conclusão.

Resumo

O projeto de pesquisa “Caminhos regulatórios para o *mobile payment* no Brasil” surge da necessidade de acompanhar a transição do mercado de pagamentos tradicional para a modalidade de pagamento mobile (“*mobile payment*”). É preciso analisar de que forma essa inovação tecnológica no mercado de pagamentos, que começa a dar seus primeiros passos no Brasil, afetará as empresas e os consumidores, bem como entender o que o Poder Público tem feito para combater os efeitos negativos e fragilidades trazidas por essa mudança. Todavia, o papel do presente projeto não se restringe a somente identificar eventuais falhas ou lacunas regulatórias: uma vez que tais problemas forem identificados com precisão, o projeto buscará encontrar alternativas para corrigi-los ou amenizá-los. Com fim a atingir esse objetivo, serão feitos estudos de casos, pesquisas na literatura especializada sobre mercado de pagamentos, análises das normas regulatórias vigentes, debates com *stakeholders* e estudos do *benchmarking* internacional, procurando extrair soluções a partir da doutrina e das boas práticas utilizadas no exterior.

1 Graduandos da FGV Direito Rio.

2 Doutor em direito da cidade pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ). Pós-Doutor em direito pela University of California (Berkeley). Mestre em direito civil pela UERJ. Mestre em direito da concorrência e regulação de mercados (LL.M) pela New York University School of Law (NYU). Bacharel em direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ). Professor da graduação em direito e membro do corpo docente permanente do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito da Regulação da FGV Direito Rio. Professor convidado do LL.M. em Direito e Compliance do FGV Law Program. Foi o primeiro Superintendente Geral do CADE (2012 a 2014) e Conselheiro do CADE (2008 a 2012).

Palavras-chave

Regulação; mobile payments; mercados de pagamento; direito bancário; direito regulatório.

Abstract

The research project “Regulatory Paths for Mobile Payment in Brazil” arises from the need to monitor the transition from the traditional payment market to the mobile payment modality. It is necessary to analyze how this technological innovation in the payment market, which is starting to take its first steps in Brazil, will affect companies and consumers, as well as to understand what the government has been doing to combat the negative effects and vulnerabilities brought about by this change. However, the role of this project is not limited to only identifying possible regulatory failures or gaps: once such problems are accurately identified, the project will seek to find alternatives to correct or mitigate them. In order to achieve this goal, case studies, research on specialized literature on payment markets, analyses of current regulatory norms, debates with stakeholders, and international benchmarking studies will be conducted, seeking to extract solutions from doctrine and best practices used abroad.

Keywords

Regulation; mobile payments; payment markets; banking law; regulatory law.

1. INTRODUÇÃO

Com a intenção de expor em um relatório final o resultado da pesquisa Caminhos Regulatórios para o *mobile payment* no Brasil, é entregue este Relatório Final em que serão destacados os pontos mais relevantes de forma detalhada em relação à pesquisa de iniciação científica. O documento objetiva destacar os desafios e o andamento atual da regulação do *mobile payment*, tanto no Brasil, quanto internacionalmente. Por fim, é necessário evidenciar que a pesquisa se dará por meio de uma grande exposição de dados, tendo em vista que a regulação ainda se encontra em debate.

Cabe ressaltar que o projeto de iniciação científica contou com a reunião de um escopo maior de doutrina e dados. Contudo, este relatório final se restringe aos principais achados da pesquisa.

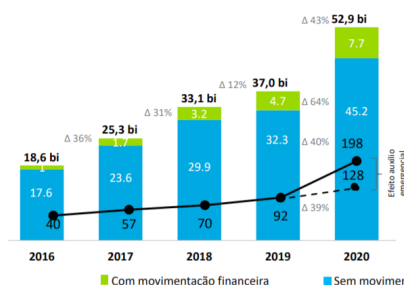
2. DIFUSÃO DO *MOBILE PAYMENTS* PELO MUNDO

Nesse momento serão expostos os dados divididos por continentes, a fim de apresentar os índices de utilização e as previsões para o *mobile payment* em diversos países.

Américas:

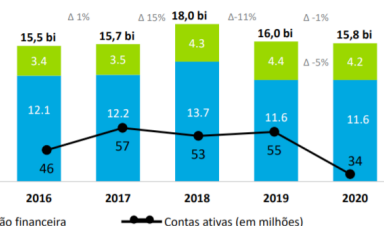
As transações com movimentação financeira no mobile tiveram um salto de 64% em 2020, impulsionadas pelo contexto da pandemia e do auxílio emergencial

Mobile banking
em bilhões de transações



© 2021. Para mais informações, consulte a Deloitte Touche Tohmatsu Limited.

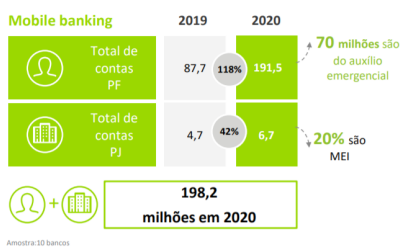
Internet banking
em bilhões de transações



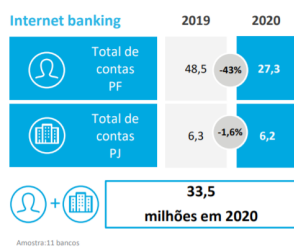
Pesquisa FEBRABAN de Tecnologia Bancária 2021 26

O total de contas ativas no mobile banking mais que dobrou; mesmo sem considerar o efeito do auxílio emergencial, o crescimento teria sido de 39%

Total de contas ativas¹ por canal
Em milhões



Amostra: 10 bancos

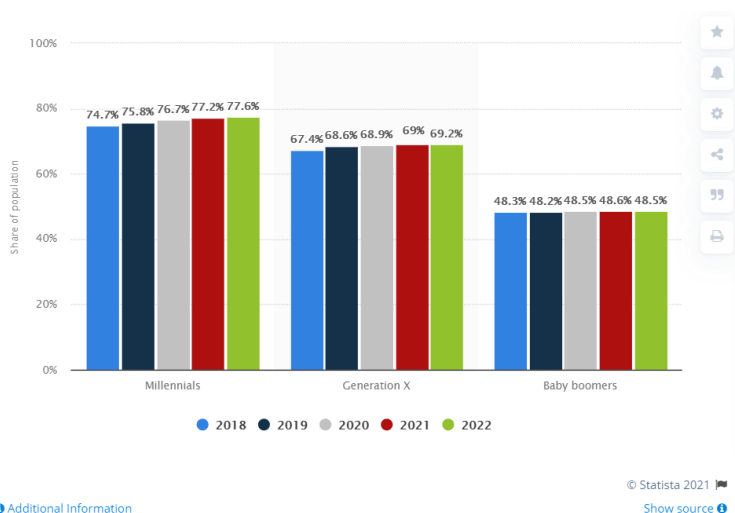


Amostra: 11 bancos

¹Total de clientes com contas ativas, ou seja, com alguma movimentação nos últimos 6 meses
© 2021. Para mais informações, consulte a Deloitte Touche Tohmatsu Limited.

Pesquisa FEBRABAN de Tecnologia Bancária 2021 40

3 Pesquisa FEBRABAN de Tecnologia Bancária. Acesso em: 15 ago. 2021. Disponível em: <https://www2.deloitte.com/br/pt/pages/financial-services/articles/pesquisa-febraban-tecnologia-bancaria.html>.

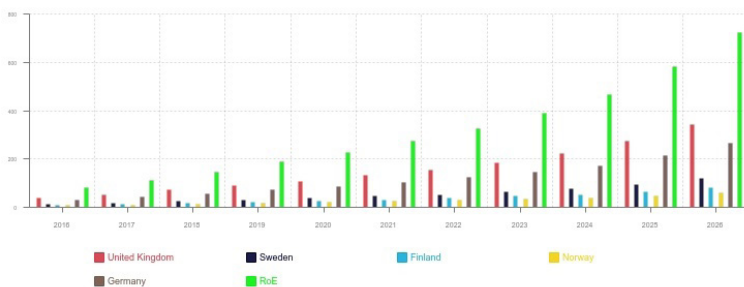


4

Europa:

EUROPE MOBILE PAYMENT MARKET

Europe Mobile Payment Market, By Country (in \$ millions)



Source: Inkwood Research

5

- 4 Share of population using digital banking in the United States from 2018 to 2022, by Generation. **Statista**. Disponível em: <https://www.statista.com/statistics/946104/digital-banking-users-by-generation-usa/>. Acesso em 18 ago. 2021.
- 5 Europe Mobile Payment Market Forecast 2018-2026. **INKWOOD**. Disponível em: <https://inkwoodresearch.com/reports/europe-mobile-payment-market/>. Acesso em 17 ago. 2021.

Ásia:

MOBILE PAYMENTS IN ASIA

A snapshot of mobile payments readiness in select Asian countries



Sources: World Bank, Ericsson mobility report, central bank reports, PwC analysis

PwC Consulting | www.pwc.com/asia | Twitter: @PwCConsult | +44 (0) 20 706 0001 | info@pwcconsulting.co.uk

© PwC Consulting Ltd. 2017

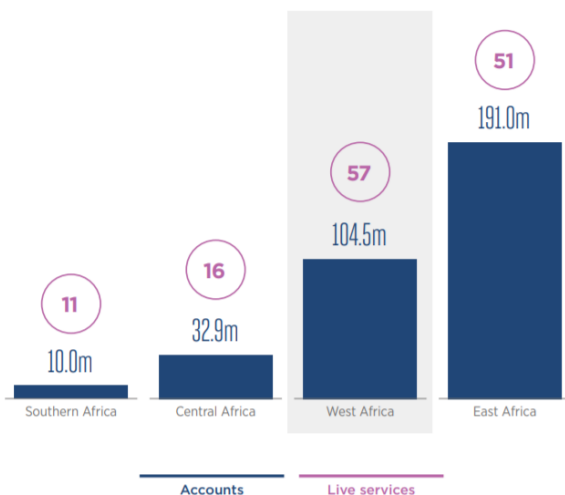
6 A fresh look at Asia's payment landscape. **Mobile Payments World**. Disponível em: <https://www.mobilepaymentsworld.com/fresh-look-asias-payment-landscape/>. Acesso em 17 ago. 2021.

África:

Figure 12

Source: GSMA

Mobile money: number of registered accounts and live services, 2017



7

Com os dados expostos, podemos aferir que o uso dos *mobile payments* é uma tendência em diversos países do mundo. Sem dúvida, incentivado pela digitalização da população em geral e pela bancarização. Basicamente, o acesso tem se tornado mais democrático, alcançando diversas parcelas da população. Tanto o acesso a eletrônicos móveis quanto à internet. No que tange ao acesso a contas bancárias, parte desse movimento se dá pelo crescimento de bancos digitais, em particular devido às baixas taxas e de estratégias voltadas a alcançar um público mais jovem e pessoas com baixa renda.

Em adição, em um dos gráficos podemos observar um dos efeitos da pandemia do coronavírus impactando o setor. O segundo gráfico representa, de forma clara, que diversos indivíduos brasileiros aderiram ao *mobile banking* por conta do auxílio emergencial oferecido pelo governo brasileiro para conter os danos da crise financeira gerada pelo coronavírus, direcionado a pessoas desempregadas e funcionários liberais.

7 West Africa: A Paradise for digital payments & mobile finance opportunities. **Peerbits**. Disponível em: <https://www.peerbits.com/blog/west-africa-paradise-for-digital-payments-mobile-finance.html>. Acesso em:

3. PLATAFORMAS DO *MOBILE PAYMENT* E SUAS FUNCIONALIDADES

Este capítulo teve por finalidade mapear as funcionalidades dos principais aplicativos de *mobile payments* do mundo, conferindo maior materialidade à análise de suas respectivas atuações:

Pic Pay

Funcionalidades da Plataforma:

- Repasse de valores;
- Permite fazer compras em estabelecimentos;
- Obter créditos em serviços como Google Play e Uber;
- Pagar boletos;
- Recarregar celulares;
- Renda extra (Por um sistema de indicação de amigos; *cashback*);
- Parcelamento de conta;
- O aplicativo oferece o parcelamento de contas em até doze vezes, de acordo com o cartão de crédito cadastrado. Todo pagamento realizado pelo cartão de crédito tem uma taxa de 2,99%. No caso do parcelamento, incidem também 3,49% sobre cada parcela;
- Investimento.

Países de Atuação:

- Brasil: O PicPay funciona apenas com a moeda brasileira real e, para criar a conta, é necessário um número de celular com o DDD brasileiro e um CPF regularizado na Receita Federal, ou seja, funciona apenas para empresas no Brasil. É possível usar o aplicativo de outros países.

Questões Problemáticas:

- O aplicativo não conta com proteção do Fundo Garantidor de Créditos (FGC). Essa cobertura protege usuários de riscos como uma falência do empreendimento que hospeda o dinheiro dessas pessoas. O FGC ressarcir até R\$ 250 mil por instituição (como o PicPay).⁸

8 SIQUEIRA, A. Tem curiosidade de saber como funciona o PicPay? Veja aqui!. **Magnetis Gestora de Investimentos**. Disponível em: <https://blog.magnetis.com.br/como-funciona-o-picpay/#:-:text=O%20PicPay%20permite%20a%20transfer%C3%Aancia,apenas%20sobre%20o%20valor%20excedido>. Acesso em: 25 abr. 2021.

Benefícios:

- PicPay não cobra pela abertura da conta e nem tem anuidades;
- Em termos de privacidade, afirma que os dados são criptografados e armazenados em servidores que seguem o padrão de segurança do PCI Security Standards Council. Esse fórum aberto global implementa medidas que protegem informações de contas;
- O PicPay também diz estar de acordo com a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD);⁹
- O dinheiro que fica parado na conta do PicPay rende 150% do CDI;¹⁰
- Habilitado para pessoas físicas e jurídicas, e e-commerce;
- É possível transferir o dinheiro do aplicativo para outra conta;

Parcelamento de boletos;

- Oferece cartão de crédito.

AME

Funcionalidades da Plataforma:

- Permite fazer compras em estabelecimentos;
- Oferecem *cashback*;
- Pague e parcele boletos pelo aplicativo;
- Recarregar celulares;
- Transferência do saldo para outras contas Ame Digital;
- Solicite empréstimo pessoal ou cartão pré-pago pelo App;¹¹

Países de Atuação:

- Brasil: O AME funciona apenas com a moeda brasileira real e, para criar a conta, é necessário um número de celular com o DDD brasileiro e um CPF regularizado na Receita Federal, ou seja, funciona apenas para empresas no Brasil. É possível usar o aplicativo de outros países.

Questões problemáticas:

- Com essa conta não é possível sacar ou transferir o dinheiro para outras contas bancárias;
- O dinheiro não é liberado imediatamente após a compra;

9 PICPAY. **Privacidade**. Disponível em: <https://picpay.com.br/site/privacidade>. Acesso em: 29 abr. 2021.

10 PICPAY. **Colocou seu dinheiro no Picpay: Agora é só ver seu saldo crescer!**. Disponível em: <https://picpay.com.br/site/privacidade>. Acesso em: 26 abr. 2021.

11 AME DIGITAL. **Somos Revolucionários**. Disponível em: <https://www.amedigital.com/sobre/>. Acesso em: 28 abr. 2021.

- É uma conta digital que não permite depósitos ou saques;
- Os dados são acessíveis a todas as dez empresas do Universo Americanas.¹²

Benefícios:

- Aplicativo da Ame é totalmente gratuito, não tem anuidade e nem taxa de manutenção;
- Oferece cartão de crédito;¹³

WhatsApp

Funcionalidades da Plataforma:

- Adicione uma única vez um cartão de débito, um cartão múltiplo com função débito ou um cartão pré-pago emitido por um dos bancos participantes para enviar e receber dinheiro.¹⁴

Países de funcionamento:

- Brasil;
- Índia;
- Indonésia;
- México;
- Alguns países da Europa.

Questões problemáticas:

- O app cobra uma taxa de processamento por vendas, que é fixada em 3,99%.

Benefícios:

- As transferências entre contas bancárias são feitas com segurança. O serviço de pagamentos no WhatsApp é habilitado pelo Facebook Pay e pelo Facebook Pagamentos (entidade autorizada pelo Banco Central), e processado pela Cielo no Brasil;¹⁵
- Um PIN ou biometria é utilizado para fazer a verificação;

12 AME DIGITAL. **Política de Privacidade**. Disponível em: <https://www.amedigital.com/politica-de-privacidade>. Acesso em: 28 abr. 2021.

13 AME DIGITAL. **Somos Revolucionários**. Disponível em: <https://www.amedigital.com/sobre/>. Acesso em: 28 abr. 2021.

14 WHATSAPP. **Envie e receba dinheiro nas suas conversas**. Disponível em: https://www.whatsapp.com/payments/br?lang=pt_br. Acesso em: 26 abr. 2021.

15 LIMA, L. 10 perguntas e respostas sobre pagamentos no WhatsApp Pay. **Tecnoblog**. Disponível em: <https://tecnoblog.net/440111/10-perguntas-e-respostas-sobre-pagamentos-no-whatsapp-pay/>. Acesso em: 27 abr. 2021.

- O WhatsApp garante que todos os dados fornecidos são armazenados de forma completamente segura e todas as informações concedidas ao WhatsApp possuem criptografia entre os servidores do aplicativo e o celular do usuário;
- Seguem a LGPD.

Apple Pay:

- Método de pagamento por aproximação de celulares e relógios da Apple por meio da tecnologia NFC (Near Field Communication) e MST (Magnetic Secure Transmission);
- Serviço de pagamentos oficial da Apple é integrado aos iPhones e aos demais dispositivos da empresa;
- A plataforma é compatível com cartões de crédito e débito de Banco do Brasil, Bradesco e Itaú;
- Por meio do aplicativo Wallet é possível realizar pagamentos em lojas, restaurantes, e em outros estabelecimentos apenas com a autenticação do Touch ID ou do Face ID, sem precisar do seu cartão físico;
- Possível de usar em sites, transporte público, entre outros.

Países de atuação:

- Canadá;
- Estados Unidos;
- Arábia Saudita;
- Emirados Árabes Unidos;
- Brasil;
- México;
- Europa;
- Rússia;
- San Marino;
- Sérvia;
- Eslováquia;
- Eslovênia;
- China continental;
- Hong Kong;
- Japão;
- Cazaquistão;
- Macau;
- Oceania;
- África do Sul.

Questões problemáticas:

- Não aceita diversos cartões como de alguns bancos digitais;¹⁶

Benefícios:

- Em caso de perda do aparelho, através de outro você pode desativar todos os métodos de pagamento para que não sofra roubos por meio do aplicativo;
- Não há necessidade de utilizar cartão físico para as transações.

Samsung Pay

Funcionalidades da Plataforma:

- Método de pagamento por aproximação de celulares e relógios da Samsung;
- Funciona dos modelos mais modernos que usam sistema IOS;
- O Samsung Pay pode ser usado com cartões de crédito, débito e de serviços das principais emissoras do país, com as bandeiras MasterCard e Visa: Bradesco, Banco do Brasil, Inter, Itaú, Neon, Bancoob, Banrisul, Brasil Pré-Pagos, Caixa Econômica Federal, Next, Porto Seguro, Santander, Trigg, Uniprime Norte do Paraná e de benefícios Ticket.¹⁷ Porém não são todos os cartões que são aceitos;
- Capaz de fazer transferências;
- Impressão de boletos;
- Possível sacar em lotéricas.

Países da atuação:

- Estados Unidos;
- Coréia do Sul;
- Brasil.¹⁸

Questões Problemáticas:

- Não aceita todos os bancos e cartões.

16 FRANCO, M. O que é Apple Pay? Saiba como funciona para usar e pagar com o serviço. **Techmundo**. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/noticias/2019/08/o-que-e-apple-pay-saiba-como-funciona-para-usar-e-pagar-com-o-servico.ghtml>. Acesso em: 21 abr. 2021.

17 LIMA, L. 10 perguntas e respostas sobre pagamentos no WhatsApp Pay. **Tecnoblog**. Disponível em: <https://tecnoblog.net/440111/10-perguntas-e-respostas-sobre-pagamentos-no-whatsapp-pay/>. Acesso em: 27 abr. 2021.

18 VISA. **Samsung Pay**. Disponível em: <https://www.visa.com.br/pague-com-visa/tecnologias-em-destaque/samsung-pay-para-consumidores.html#:~:text=Atualmente%2C%20o%20Samsung%20Pay%20est%C3%A1,do%20Sul%20e%20no%20Brasil>. Acesso em: 25 abr. 2021.

Benefícios:

- Quem usa o Samsung Pay acumula pontos no programa de fidelidade, o Samsung Rewards;
- Os pontos podem ser usados para trocar por serviços como milhas, descontos em estabelecimentos e produtos;
- Transferências gratuitas;
- Ambiente protegido por criptografia e pela Knox;
- O usuário pode transferir dinheiro para qualquer número de celular ou smartphone com sistema operacional Android, bastando ter uma conta com saldo num banco parceiro da Samsung Pay Conta Digital. Caso a transferência não seja concretizada em 48h, o valor volta para a conta bancária de quem enviou;¹⁹
- É possível bloquear em caso de roubo.

Alipay

Funcionalidades da Plataforma:

- O Alipay é o provedor de serviços de pagamento online;
- Seu principal produto é um *wallet* digital — Alipay Wallet — que também inclui um aplicativo móvel que permite aos clientes realizar transações diretamente em seus dispositivos móveis;²⁰
- O Alipay é um método de pagamento obrigatório para qualquer empresa que pretenda alcançar uma quantidade significativa de consumidores chineses, tanto na China quanto no exterior;
- Este método de pagamento está disponível em setenta mercados, e já foi adotado por mais de 80 mil varejistas em todo o mundo;
- O Alipay também serve para receber reembolsos de pagamentos feitos tanto com transferência bancária quanto com boleto;
- Não poder gastar esse dinheiro com nada além do AliExpress;
- Você pode depositar dinheiro através de cartão ou boleto bancário, entre outros métodos para ao utilizar o Alipay.

Países de Atuação:

- Moedas: USD, EUR, JPY, GBP, CAD, AUD, SGD, CHF, SEK, DEK, DKK, NOK, NZD, THB, HKD
Ecommerce: CNY, USD, EUR, JPY, GBP, CAD, AUD, SGD, CHF, SEK, DEK, DKK, NOK, NZD, THB, HKD

19 SAMSUNG. **O que é a Samsung Pay Conta Digital?**. Disponível em: <https://www.samsung.com.br/samsungpay/contas-digitais>. Acesso em: 26 abr. 2021.

20 ADYEN. **Métodos de Pagamento**. Disponível em: https://www.adyen.com/pt_BR/metodos-pagamento/alipay. Acesso em: 25 abr. 2021.

Questões problemáticas

- Possuem taxa de processamento;
- Possuem taxa do método de pagamento;
- O dinheiro não pode ser transferido.

Benefícios:

- Uma solução com a mais avançada tecnologia de criptografia para transações seguras, apesar de ser oriundo de um país que não possui leis muito rigorosas em relação a proteção de dados;
- Disponível para mais de 80 mil varejistas;
- Método mais utilizado na maior economia do mundo.

4. REGULAÇÕES

Feito o mapeamento das principais empresas de *mobile payments* em diversos países do mundo, bem como de suas respectivas funcionalidades, pode-se, a partir de agora, entender os estágios de regulação sobre o tema em que cada região se encontra. Para isso, abordar-se-á a situação do Brasil, União Europeia, Estados Unidos e Ásia, respectivamente. Em cada uma dessas regiões, o Relatório Final pretende apresentar legislações sobre o assunto, possíveis divergências ou complementações entre diferentes regulações de um mesmo país, e diferentes práticas adotadas por cada um deles para o incentivo à inovação de empresas de pagamentos digitais.

4.1. Brasil

No Brasil, destaca-se a existência de diferentes legislações e comandos estatais sobre o tema. Regulações como a Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013; Resolução CMN nº 4.656 de 26/4/2018; e Resolução CMN nº 4.657 de 26/4/2018 são algumas das normas que regem o assunto. Isso, de alguma forma, tende a ser positivo para o país. Como trouxe o Banco Central:

“De acordo com as estatísticas divulgadas pelo Banco Central do Brasil (BCB), entre 2005 e 2017 a quantidade anual de transações com cheques caiu de 2,5 bilhões para 731 milhões de transações. No mesmo período, o número de transações de débito direto e transferências de crédito cresceram de 5,6 bilhões para 15,9 bilhões. Enquanto isso, o número de transações com cartões de débito e crédito que estavam em torno de 2,6 bilhões em 2005 passaram para cerca de 14,3 bilhões em 2017. (...). Espera-se que os pagamentos instantâneos se tornem o substituto mais próximo do dinheiro, diminuindo a quantidade de papel-moeda em circulação, que tem custo muito alto para a sociedade. Acredita-se, portanto, que os pagamentos instantâneos têm o potencial de se tornarem

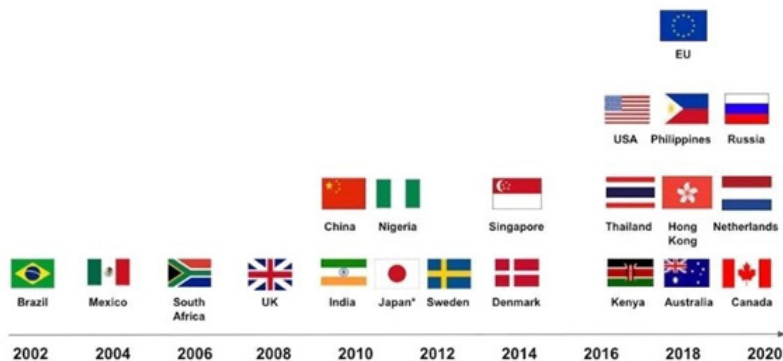
o “novo normal” em opções de pagamento eletrônico no médio prazo, contribuindo para o aumento da eficiência e da segurança no mercado de pagamentos de varejo e induzindo a ampliação do acesso a serviços de pagamento.”²¹

O Sistema Brasileiro de Pagamentos (SBP), parte do Sistema Financeiro Nacional, é composto por diversos órgãos e pelas regulações já citadas. A Lei considerada como mais inovadora e “precursora (...) [foi a] Lei nº 12.865/13, a qual integrou os arranjos e instituições de pagamento ao Sistema de Pagamentos (SPB) já existente, permitindo, assim, a criação de novas modalidades de contas e, consequentemente, a aceleração das inovações no mercado de meios de pagamento, buscando o incentivo à competição no setor bancário. (...). Apesar das limitações impostas pelo Banco Central, a fim de impedir interferências consideráveis na economia, a operacionalização dessas *fintechs* ‘reguladas’ propõe maior credibilidade e fomenta a competitividade do mercado financeiro”.²²

Como já apresentou a FEBRABAN, o Brasil foi o primeiro país a desenvolver um sistema de pagamentos online:

Faster payments in key markets

Timeline of when instant payments offerings have come online



Source: FXC Intelligence Analysis

*6th generation Zengin system was launched in 2011

FXCintelligence

23

Atualmente, o Brasil realiza a Agenda BC+, capitaneada pelo Banco Central, com o objetivo de instituir medidas para aumentar a eficiência do

21 BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Serviços de Pagamento Eletrônico no Brasil: Ações Recentes Do BCB.** Disponível em: https://www.bcb.gov.br/Nor/relcidfin/docs/art3_servicos_pagamento_eletronico_no_brasil.pdf. Acesso em: 31 mai. 2021.

22 CANESIN, G. T. T. O desafio regulatório das fintechs. **Migalhas**, 3 abr. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/299254/o-desafio-regulatorio-das-fintechs>. Acesso em: 21 mai. 2021.

23 DINIZ, B. Regulamentação e infraestrutura: novos desafios e oportunidades no mercado fintech brasileiro. **Noobis FEBRABANTECH**, 26 ago. 2019. Disponível em: <https://noobis.febraban.org.br/especialista/bruno-diniz/regulamentacao-e-infraestrutura-novos-desafios-e-oportunidades-no-mercado-fintech-brasileiro>. Acesso em 21 mai. 2021.

Sistema Financeiro Nacional. O ex-Presidente do Banco Central, Ilan Goldfajn, já afirmou que:

“a qualidade do serviço prestado ainda está muito aquém do que poderia ser. Ainda é pouco tecnológico, muito caro e muito burocrático. A descentralização ajuda a resolver essa questão em diversas camadas e relacionamentos diferentes. Antes enxergávamos a descentralização como a abertura das bandeiras para novas adquirentes. Hoje, já temos pessoas fazendo transação financeira sem um banco e realizando empréstimo sem a necessidade de um intermediador.”²⁴

Isso demonstra, mais uma vez, como a agenda pela digitalização do Sistema Financeiro no Brasil é liderada e pretende alcançar objetivos.

4.2. União Europeia

Considerando o número de países da União Europeia e as diferentes regulações no bloco europeu sobre *mobile payments*, escolheram-se aqui os países de Portugal e Reino Unido para serem abordados como exemplos de legislações incentivadoras de *fintechs* e *mobile payments*, além do Regulamento da União Europeia que aborda pagamentos on-line.

Em Portugal, a legislação se destaca com a especificidade sobre *mobile payments*, não vista em outros países no âmbito desta pesquisa. No país, existem limitações de valores para pagamentos via *mobile*, limite de transações consecutivas, além de exigência da tecnologia 3D-Secure, que exige uma senha adicional dinâmica para o cliente efetuar compras, na sua própria legislação.

“[Sobre pagamentos contactless], nestas situações, sujeitas à aplicação dos requisitos previstos no artigo 2.º, que regula os requisitos gerais de autenticação, a autenticação de pagamento estrita do ordenante deixará de ser exigida se a transação eletrônica de pagamento sem contato não for superior a 50 euros, referindo-nos a o valor individual do pagamento, e o valor cumulativo desses pagamentos, anteriormente efetuados a partir da data da última aplicação de autenticação estrita, não exceda 150 euros.

No entanto, conforme estipulado pela legislação europeia, o número máximo de operações envolvendo pagamento sem contato não pode exceder 5 transações consecutivas. O regulamento não estipula expressamente o montante dos

24 MIRANDA, J. Regulação, IPOs e os ganhos para o mercado de meios de pagamento em 2019. *CIO from IDG*. Disponível em: <https://cio.com.br/tendencias/regulacao-ipos-e-os-ganhos-para-o-mercado-de-meios-de-pagamento-em-2019/>. Acesso em 21 mai. 2021.

pagamentos individuais efetuados na segunda situação, mas em relação à primeira modalidade deduz-se que todas as 5 execuções podem ter um valor igual ou inferior a 150 euros.

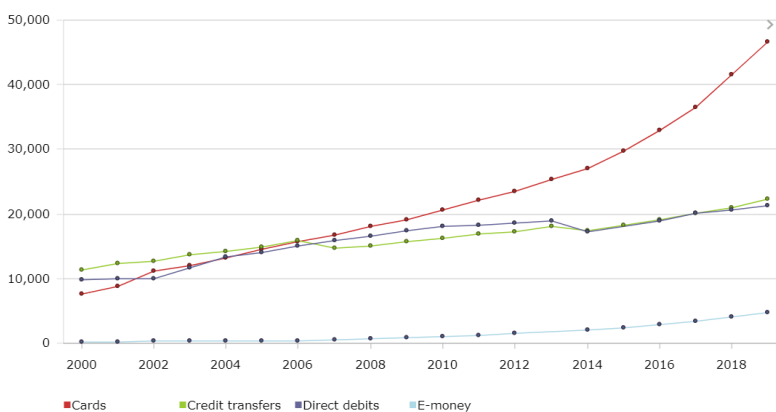
Além disso, o Regulamento da UE prevê a possibilidade de pagamentos remotos (online) nas mesmas condições que os apresentados acima, sem a necessidade de autenticação estrita do cliente, sendo a diferença o valor do pagamento individual ou cumulativo. Assim, no caso de pagamentos individuais, o montante não deve exceder 30 euros, e o valor acumulado das operações remotas efetivas anteriormente iniciadas desde a última aplicação das regras de autenticação estritas, não deve ultrapassar 100 euros”.²⁵

Na Zona do Euro, a realização de pagamentos via *mobile* teve forte aumento a partir de 2014.²⁶

Chart 1

Use of electronic payment instruments in the euro area

(number of transactions per year, in millions)



Observando agora o Reino Unido, é destacável a mudança de postura no país nos últimos anos observando em relação ao *mobile payment*:

“Um obstáculo ao caminho da inovação eram os projetos de normas para autenticação de clientes elaborados pela Autoridade Bancária Europeia (EBA), que não eram baseados no

25 NICOLAE & ASOCIATII. New changes in payments, 27 out. 2019. Disponível em: <https://www.nlaw.ro/new-changes-payments>. Acesso em 11 abr. 2021.

26 BANCO CENTRAL EUROPEU. What are retail payments? Disponível em: <https://www.ecb.europa.eu/paym/integration/retail/html/index.pt.html>. Acesso em 31 mai. 2021.

risco, tinham um limite de 10 euros e proibiam efetivamente os pagamentos com um clique. Eles receberam uma reação significativa e os padrões finais, que foram publicados em fevereiro de 2017, são melhores. A EBA tentou avançar para uma abordagem baseada no risco para permitir soluções de pagamento amigáveis, acessíveis e convenientes para o cliente e fazer uso dos avanços na biometria para permitir que a inovação continue. Incluem uma isenção para transações de baixo valor inferior a 30 euros, bem como uma isenção baseada na análise de risco da transação, onde a taxa de fraude para um determinado instrumento de pagamento deve ter uma taxa de fraude inferior ou igual à referenciada na PSD2. Essas isenções significam que provedores de pagamento como Amazon e PayPal ainda poderão usar pagamentos com um clique e não estão completamente inibidos em termos de inovação.”²⁷

Além disso, uma postura adotada no país que pode ser reforçada em outros é a dos *sandboxes* regulatórios. Neles, *fintechs* podem ser criadas e se desenvolver em um ambiente com licença provisória, com regimes legislatórios flexíveis. A ausência de sanção punitiva permitiu o desenvolvimento de novas empresas, sendo adequadas pelo regulador de forma próxima a elas.²⁸ Esta estratégia regulatória foi utilizada em outros seis países da União Europeia, além da Noruega.²⁹

4.3. Estados Unidos

Nos Estados Unidos, algo que se destaca é como as legislações surgiram de forma espaçada. Em um primeiro momento, como será exposto, houve a permissão para que as *fintechs* operem sem estarem vinculadas a um banco; em seguida, as legislações sobre meios de pagamentos virtuais.

O OCC (Office of the Comptroller of the Currency) dos Estados Unidos, afirmou, sobre a necessidade de atualizações no sistema, que “o sistema bancário federal precisava se modernizar para “permanecer relevante e vibrante”, que necessitava de “inovação responsável” no espaço

27 HATFIELD, J. Comments: Innovation in payments and the revised Payments Services Directive. **Journal of Payments Strategy & Systems**, [s. l.], p. 78-80, 2017. Disponível em: <https://search-ebscohost-com.sbproxy.fgv.br/login.aspx?direct=true&db=bth&AN=123480744&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 26/05/2021.

28 FERREIRA, Alexandre Rebêlo. **Desenvolvimento entre garantia e elasticidade: a regulação das Fintechs de crédito no Brasil**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Financeiro) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. DOI:10.11606/D.2.2019.tde-02072020-151528. Acesso em 15 mai. 2021.

29 EUROPEAN PARLIAMENT. **Regulatory Sandboxes and Innovation Hubs for FinTech**, 2020. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/652752/IPOL_STU\(2020\)652752_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/652752/IPOL_STU(2020)652752_EN.pdf). Acesso em 18 mai. 2021.

bancário; e que as *fintechs* iriam “promover a consistência na aplicação de leis e regulamentos” e “promover a escolha do consumidor, o crescimento econômico, a modernização e a concorrência”.³⁰

Sobre o alto número de legislações existente no país, destaca-se que:

“No nível federal, os pagamentos afetam uma série de estatutos e regulamentos do setor financeiro, incluindo a Lei de Proteção ao Crédito ao Consumidor, Lei de Sigilo Bancário, Lei Gramm-Leach-Bliley, Lei de Transferência Eletrônica de Fundos e Reg. E, Lei Dodd-Frank, Lei de Disponibilidade de Fundos Acelerados, Reg. CC, Reg. J, Reg. II, e o Código Comercial Uniforme. No nível estadual, os pagamentos são geralmente cobertos por leis de transmissão de dinheiro, renovação automática, sobretaxa e acesso pré-pago. Os regimes estatutários federal e estadual que regem os pagamentos são apoiados por normas e orientações periódicas emitidas pelos reguladores.

Além da supervisão governamental, o setor de pagamentos desenvolveu certos padrões que os participantes devem obedecer. Por exemplo, o Payment Card Industry Security Standards Council administra e mantém os padrões de segurança de dados da indústria de cartões de pagamento (PCI-DSS) para aqueles que processam, armazenam ou transmitem os dados do portador do cartão. Da mesma forma, a National Automated Clearing House Association (NACHA) emite regras operacionais e diretrizes para câmaras de compensação automatizadas (ACH), enquanto as principais redes de cartões - American Express, Discover, MasterCard - cada uma tem conjuntos de regras que regem os pagamentos com cartão facilitados em seus respectivos trilhos de pagamento.”³¹

4.4. Ásia

Ao analisar a regulação asiática, os autores se depararam com uma realidade totalmente diferente daquela vivida nos outros países apresentados. Os problemas encontrados na China parecem ser consequências de escolhas do país que, por vezes, limita a criação de novas empresas de pagamento direto, sem interferência do agente regulador; enquanto na Índia,

30 HAVARD LAW REVIEW. **Office of the Comptroller of the Currency, Policy Statement on Financial Technology Companies' Eligibility to Apply for National Bank Charters**, 2019, v. 132. Disponível em: https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2019/02/1361-1368_Online.pdf. Acesso em 18 mai. 2021.

31 THE LEGAL 500. **United States: Fintech**. Disponível em: <https://www.legal500.com/guides/chapter/united-states-fintech>. Acesso em 18 mai. 2021.

encontram-se referências de regulações e produtos de *mobile payments* para o Brasil.

Na China, o ponto de atenção principal recai sobre os empréstimos P2P, realizados de forma totalmente digital e apenas entre pessoas físicas (o maior modelo de *fintechs* da China). O principal incentivo para as novas regulações no setor vieram após plataformas fraudulentas se instalarem no ambiente sem controle:

“No entanto, várias plataformas fraudulentas foram descobertas nos últimos dois anos, as negociações das quais infligiram enormes perdas financeiras aos credores e ao público em geral, e levaram a casos de agitação social em certas áreas da China. As novas medidas são um desenvolvimento regulatório bem-vindo para melhor proteger os interesses dos credores e do público em geral, bem como ajudar a indústria P2P a alcançar um crescimento mais sustentável.”³²

No país, um relatório do governo de 2020 já publicou que deveria ser uma prioridade a supervisão de *fintechs*, com novas medidas reguladoras.³³

Ao mesmo tempo, quando se observa a Índia, é nítido o avanço do país sobre pagamentos digitais. Destaca-se, no país, o UPI, sistema de pagamentos similar ao PIX brasileiro. O “Unified Payments Interface (UPI) é um sistema de pagamento instantâneo desenvolvido pela National Payments Corporation of India (NPCI), (...) e permite que você transfira dinheiro instantaneamente entre as contas bancárias de qualquer uma das duas partes”.³⁴ Segundo o Banco Central do país:

“Uma estrutura de governança robusta (...) e padrões mínimos comuns de controles de segurança para produtos e serviços de pagamento digital (...) [são necessários]. As diretrizes são independentes de tecnologia e plataforma e devem criar um ambiente aprimorado e capacitador para que os clientes usem produtos de pagamento digital de maneira mais segura.”³⁵

32 LINKLATERS. **P2P lending in China enters into a regulated era**, 29 ago. 2016. Disponível em: <https://www.linklaters.com/pt-br/insights/publications/asia-news/china-update/2016/p2p-lending-in-china-enters-into-a-regulated-era>. Acesso em 25 mai. 2021.

33 HSU, S. More Fintech Regulation on the Horizon in China. **The Diplomat**, 10 mar. 2021. Disponível em: <https://thediplomat.com/2021/03/more-fintech-regulation-on-the-horizon-in-china/>. Acesso em 18 mai. 2021..

34 Sub Section V. Use of Unified Payments Interface (UPI) with ASBA in public issue processs. Securities and Exchange Board of India. Disponível em: https://www.sebi.gov.in/sebi_data/faqfiles/feb-2021/1612858586666.pdf. Acesso em 18 mai. 2021. .

35 THE ECONOMIC TIMES. **RBI sets rules for digital payments in India**, 19 fev. 2021. Disponível em: <https://economictimes.indiatimes.com/tech/tech-bytes/rbi-tightens-payments-security-norms-for-banks-fintech-apps/articleshow/81094514.cms?from=mdr>. Acesso em 18 mai. 2021.

Além disso, o país instituiu princípios balizadores para o pagamento digital. São eles: a proteção dos fundos dos clientes; serem econômicos; existir a educação dos consumidores; incentivar novos *players* no mercado; e serem tecnologias inovadoras.³⁶

5. CONCLUSÃO

Este Relatório teve por objetivo reunir os principais achados de pesquisa, compostos em particular por: (i) dados empíricos; (ii) estudos doutrinários; (iii) mapeamento de plataformas e identificação de lacunas; e (iii) *benchmarking* da regulação de *mobile payment* no mundo. Ao longo desse processo, foi possível desenvolver habilidades de pesquisa regulatória em diversas jurisdições, bem como de coleta e análise de dados empíricos sobre o recorte estudado.

Como fruto dessa pesquisa, esperamos difundir conhecimento sobre desenho regulatório, bem como propor alternativas para corrigir e amenizar falhas no mercado de *mobile payments*.

36 PwC. **Rapid evolution of digital payment**, 2021. Disponível em: <https://www.pwc.in/consulting/financial-services/fintech/dp/payments-regulations-understanding-the-global-state-of-play.html>. Acesso em 18 mai. 2021.

CONTROLE DO TEMPO E USO ESTRATÉGICO NOS MECANISMOS DE PARTICIPAÇÃO DA ANS

Aluna: Julia Lie Sakashita de Freitas¹

Orientador: Leandro Molhano Ribeiro²

Área de concentração: Direito Regulatório

Linha de pesquisa: Empírica

Projeto de pesquisa: Análise sobre o uso de mecanismos de participação popular na produção normativa das agências.

Sumário: 1. Introdução; 2. Agências reguladoras no Brasil: surgimento da ANS. 3. Regras institucionais; 4. Tese elaborada por Rachel Potter; 5. Conclusão; 6. Referências bibliográficas.

Resumo

O objetivo deste artigo é analisar, em um diálogo com a atual literatura sobre as agências reguladoras brasileiras, as regras que regem os mecanismos de participação pública da ANS, em especial acerca do controle do tempo e da estipulação dos períodos de disponibilidade das consultas. O tempo designado para manifestações públicas nas consultas é considerado uma variável relevante para o uso estratégico de procedimentos administrativos por parte das agências, com o intuito de fazer valer suas preferências no processo de elaboração de normas regulatórias. Por meio do controle do tempo nas consultas, as agências podem usar sua discricionariedade administrativa para mitigar interferências e vetos de atores externos (órgão de controle do Executivo e do Legislativo) e, assim, fazer valer suas preferências. O estudo revela que, além do regramento de tais procedimentos ser lacônico, há uma variação entre o tempo mínimo estipulado pela Lei e o adotado pelas agências. Essa interpretação pode contribuir para os estudos sobre mecanismos de participação nas agências reguladoras, normalmente voltados para questões relacionadas à sua legitimidade e eficácia, ao explorar a hipótese de que as agências são atores interessados e dispõem de recursos para implementar políticas de suas preferências.

1 Graduada do 6º período da FGV Direito Rio.

2 Doutor e Mestre em Ciência Política pelo IUPERJ. Graduado em Ciências Sociais pela UFMG. Professor da Graduação e do Mestrado em Direito da Regulação da FGV DIREITO RIO. Realiza pesquisas na área de Ciência Política, com ênfase em Políticas Públicas, Instituições Políticas e Análise do Processo Decisório.

Palavras-chave

Regulação; Mecanismos de participação; Regras; Agência Nacional de Saúde suplementar (ANS).

Abstract

In a dialogue with the current studies regarding regulatory affairs, I aim to analyze the time control of the participation mechanisms, such as notice-and-comment processes and public hearings, within the ANS' rulemaking process, highlighting the time frame in which those external agents can express their opinions concerning the agency's proposal. The timeframe of the notice-and-comment process is considered a relevant aspect of the strategic use of participation mechanisms, by which the Agencies use their administrative discretion i.e strategically shortening or lengthening the public comment period to mitigate political interference (Legislative or Presidential) in the rulemaking process. The article finds that besides the lack of ruling regarding the participation mechanisms within the ANS, there is a variation of the comment time of the notice-and-comment process. This interpretation amounts to a relevant shift in the perspective of the current studies of mechanisms of participation in the Agency's rulemaking process. Nowadays they are centered in the effectiveness and legitimacy of the process itself, while this thesis recognizes the power and discretion of the Agency and seeks to explore a context in which the agency is an agent with its own preferences and interests and can manipulate its procedures to hinder external interferences in their propositions.

Keywords

Regulatory policies; Participation mechanisms; Rulemaking; National Regulatory Agency for Private Health Insurance and Plans (ANS).

1. INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é se debruçar sobre as regras dos mecanismos de participação social, em especial acerca do controle do tempo de duração do procedimento, no âmbito da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), órgão escolhido por se tratar de uma agência reguladora de caráter híbrido, que regula economicamente o setor privado de saúde suplementar tendo em vista a proteção dos direitos sociais, sendo um campo de disputa de interesses de *players* relevantes no cenário da saúde nacional.

O tempo determinado para manifestações de grupos de interesse e da sociedade civil nas consultas públicas é considerado uma variável relevante no estudo do uso estratégico de procedimentos administrativos por parte da agência para fazer valer suas preferências no processo de elaboração de normas regulatórias.

Por meio da discricionariedade administrativa da agência para determinar o controle do tempo nas consultas, estas podem utilizar o mecanismo de participação social para mitigar interferências e vetos de atores externos (órgão de controle do Executivo e do Legislativo), ao invés de utilizá-lo de forma a objetivar aumentar a legitimidade e transparência do procedimento. Essa interpretação pode contribuir para os estudos sobre mecanismos de participação nas agências reguladoras, que normalmente estão voltados para questões relacionadas à legitimidade, eficácia e transparência dos mecanismos de participação, ao explorar a hipótese de que as agências são atores interessados e dispõe de recursos para implementar políticas de suas preferências.

A atual literatura brasileira acerca dos mecanismos de participação popular nas agências reguladoras, basicamente, busca descrever como, quando e quem participa desses procedimentos.

Um estudo da professora Natasha Salinas e de Fernanda Martins (2018, p.366) sobre a ANS, concluiu que (i) há um uso modesto dos mecanismos de participação pelas agências reguladoras nas suas produções normativas, (ii) há uma concentração da participação nos grupos de interesse mais poderosos: operadoras e prestadores de serviço e (iii) falta transparência da gestão com informações sobre as consultas públicas.

A descrição em si do uso do mecanismo pelas agências, no entanto, pode ser insuficiente para explicar certos fenômenos importantes para o resultado final das normas regulatórias, como a seletividade dos assuntos para o crivo popular e a forma pela qual essas instituições interpretam e aplicam as regras de mecanismo de participação.

Neste artigo, propõe-se uma análise dos mecanismos de participação, observando a dinâmica de interesses envolvidos no setor, os possíveis interesses da burocracia que compõe a agência reguladora e os recursos disponíveis a ela durante o processo de consultas e audiências públicas. Particularmente, o estudo incorpora a hipótese de que os próprios procedimentos de controle administrativos, entre os quais os mecanismos de participação, podem ser operados pelas agências a fim de filtrar as influências de atores externos.

Essa hipótese foi desenvolvida no trabalho da pesquisadora Rachel Potter (2019) sobre comportamento estratégico da burocracia nos Estados Unidos, que aprofunda o debate acerca da finalidade dos procedimentos administrativos como forma de controle das agências, chamando atenção para o fato de que os atores da burocracia, por terem um conhecimento sólido sobre os processos internos de elaboração normativa, tem capacidade de imputar custos à influência de determinados grupos de interesse durante a etapa de participação (consultas e audiências públicas), ao manipular o tempo das participações, o escopo da participação e

o conteúdo discursivo das medidas regulatórias. Ao fazer isso, a burocracia pode direcionar a participação, facilitando a influência de certos atores e dificultado a de outros — principalmente de atores de controle. A manipulação dos mecanismos de participação confere recursos para as agências superarem vetos de atores de controle.

Essa proposição foi defendida em análise trabalho seminal de Rachel Potter, cuja tese central é de que embora, a princípio, tais mecanismos sejam desenhados para controlar as agências, estas, que possuem grande discricionariedade em sua aplicação, assim, utilizam tais meios como forma de retaliação à tal tentativa de controle externo. Um dos mecanismos analisados por Potter é o controle do tempo da participação: agências usam sua discricionariedade para mitigar interferência política no processo de elaboração das normas; ou seja, usam o poder discricionário para determinar, estrategicamente, quanto tempo dura uma participação popular. Assim, quando há divergência entre governo e uma agência, os processos podem ser utilizados de forma a expor a decisão por mais tempo para a consulta popular; quando a agência percebe que suas propostas estão sob “ameaça”, elas limitam as oportunidades de *stakeholders* se manifestarem, diminuindo o tempo de observação da proposta da agência.

O presente estudo busca, inspirando-se na proposição acima, indagar se no cenário brasileiro é possível observar um uso estratégico dos mecanismos de participação, tendo a ANS como estudo de caso, por meio de uma análise sobre como a agência interpreta e aplica as regras institucionais.

A seção seguinte apresenta o contexto de surgimento da ANS, e posteriormente os comandos legais que regulam a realização de audiências e consultas públicas no âmbito das agências — pela Lei geral, Lei nº 13.848 — e no da ANS, que é ordenado por Regulamentos Internos. Em seguida, será apresentada uma análise empírica para explorar como a tese elaborada por Rachel Potter pode se relacionar a conjuntura regulatória brasileira da ANS.

2. AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL: SURGIMENTO DA ANS

Segundo a literatura jurídica, o Estado pluricêntrico (BINENBOJM, 2008) atual distingue as políticas de Estado e de governo, atribuindo às agências reguladoras poderes normativos, fiscais, de incentivo e planejamento³ sobre setores da economia⁴ tais como energia, petróleo, telecomunica-

3 Constituição Federal, Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

4 Art. 2º Consideram-se agências reguladoras, para os fins desta Lei e para os fins da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000: I — a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel); II

ção, vigilância sanitária, saúde suplementar, água, transporte aquaviário e terrestre, cinema, aviação e mineração.

Em 1999 criou-se a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), dentro de um processo mais amplo de regulação do setor de assistência à saúde, que se iniciou com a regulamentação dos planos privados de saúde pela Lei nº 9.656/98. Tal setor engloba a regulação das atividades econômicas relativas aos planos e seguros de saúde, estipulando regras e promovendo um ambiente mais competitivo e eficiente entre empresas, enquanto o lado assistencial do setor diz respeito aos usuários desses serviços, consumidores, em relação à cobertura dos planos e elevação de preços. Passa-se a regular uma atividade privada já existente, e a regulação do mercado não elimina a atuação estatal, uma vez que a criação da ANS coincide com o aparelhamento e institucionalização de uma intervenção direta, por meio do Sistema Único de Saúde (MENICUCCI, 2007, p. 48-49).

Observando o contexto no qual a ANS foi criada, é pertinente analisar outras inovações institucionais de extrema relevância no cenário nacional da saúde, como a criação do Sistema Único de Saúde, com a promulgação da Carta de 1988.

Dando um passo atrás, mais abstratamente, a outorga de poderes à uma agência reguladora ocorreu em um contexto nacional marcado pelo Plano Nacional de Desestatização⁵, na década de 1990, cuja ideia norteadora se relaciona à delegação e descentralização ao ente particular de atividades que não são tipicamente estatais, de modo a realizar uma mudança de paradigma da ideia e função do Estado, que passa de ser um ente eminentemente prestador de serviço para um Estado regulador.

Em linhas gerais, observa-se uma diminuição da participação do Estado como produtor direto de bens e serviços, a partir da ocorrência de privatizações e concessões, e o incremento das atividades de regulação. Assim, a constituição de um aparato institucional voltado para a regulação significa a contrapartida do processo de privatização, de modo que a retração do Estado das funções de prestação de serviço direto é acompanhada da presença de suas atividades regulatórias.

— a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP); III — a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel); IV — a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa); V — a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS); VI — a Agência Nacional de Águas (ANA); VII — a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq); VIII — a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT); IX — a Agência Nacional do Cinema (Ancine); X — a Agência Nacional de Aviação Civil (Anac); XI — a Agência Nacional de Mineração (ANM).

5 Nesse sentido, ver ARAGÃO, A. S. **Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

Marcos Juruena Vilela Souto (2001, p.7) assevera que:

“Os programas de desestatização, capitaneados pelos processos de privatizações e concessões e liquidação de empresas, buscam corrigir tais distorções, repensando o papel do Estado e sua estrutura. Assume, ainda especial relevância a função de fomento, pela qual o Estado incentiva os particulares a desenvolver razões de interesse público ao invés dele próprio incorporar estruturas à Administração para empreendê-las. É a substituição do Estado do Bem-Estar pelo Estado-instrumento, afinal, o Estado moderno é aquele que viabiliza o adequado atendimento dos interesses da sociedade, mas não aquele que necessariamente, os presta diretamente.”

Thelma Menicucci (2007, p. 239) acrescenta, tratando do paradoxo aparente entre tais mudanças institucionais:

“A concatenação de várias estratégias básicas, como a privatização, a liberalização e a desregulação, e a austeridade fiscal, a integração econômica e monetária, tem concorrido para limitar o papel do Estado intervencionista ou positivo ao restringir seu poder de tributar e de gastar, mas, ao mesmo tempo, aumenta seu poder normativo.[...] o paradoxo é mais aparente do que real, na medida em que o que se observa não é um desmantelamento de toda a regulação governamental, mas uma combinação de desregulação e ‘nova’ regulação, esta última abrangendo as relações entre o Estado, prestadores de serviços públicos e usuários, em substituição às funções diretamente produtivas desses serviços pelo Estado.”

No caso da ANS, imersa nesse contexto de alterações profundas no desenho institucional, a política do Estado, ao mesmo tempo que possui um viés assistencial objetivando a garantia do acesso universal à saúde, de forma peculiar em comparação com os demais setores no qual essa atuação direta estava em processo de retração, se tornou reguladora do mercado de assistência privada, com vistas a dar maior eficiência ao setor, e garantir os direitos dos consumidores.

A atuação estatal na saúde assistencial, por isso, é marcada por ser uma intervenção que possui duas facetas, uma direta, por meio da prestação de serviço, e outra por meio da regulação do setor privado, sendo considerada dual:

“[A] ação governamental orienta-se por duas lógicas distintas: a lógica da assistência como um direito de cidadania,

que traz implícitas as ideias de universalidade e igualdade; e a lógica da assistência como um bem oferecido e adquirido em um mercado que, por sua vez, remete à diferenciação por segmentos e produtos, definida com base no poder de compra ou em condições privilegiadas de acesso ao consumo de serviços de saúde. [...] Trata-se de uma dupla dualidade nesse sentido, não apenas em termos da cobertura público/privado, como também em termos da clientela atendida: os setores menos favorecidos de um lado, aglutinados na assistência pública, e os mais privilegiados, no âmbito privado.” (MENICUCCI, 2007, p.16)

Acerca dos fundamentos da regulação, é possível observar que tal mudança foi motivada também pelo fenômeno da despolitização, marcado pela constatação da insuficiência do Poder Legislativo de disciplinar temas altamente técnicos e complexos, que necessitam de uma maior *expertise* em comparação à normatização de demais políticas públicas.

Nesse sentido, almeja-se um meio de interferência mais eficiente, idealizado por instituições extremamente especializadas, e que, por sua autonomia e estabilidade, possuem maior comprometimento com estratégias a longo prazo. Na arena legislativa, de modo contrário, a descontinuidade de políticas públicas é usual.

A ideia de que a livre atuação privada sempre produz os resultados mais eficientes foi questionada por, dentre outras teorias, a teoria econômica da regulação (STINGLER, 1975; PELTZMAN, 1989; BECKER, 1983), que enxerga o papel da regulação nos limites de uma eficiente transação de privados sem interferência, em circunstâncias que envolvem as falhas de mercado.⁶ Para Leila Cuéllar (2001, p.54), as tarefas do poder regulatório envolvem:

“A primeira seria a regulação de monopólios (*regulating monopoly*), a fim de atenuar o efeito das forças do mercado, através de controles de preço e da qualidade do serviço. A segunda, regulação para competição (*regulation for competition*), visaria a criar condições para existência e manutenção da concorrência. E a terceira função, a regulação social (*social regulation*), não possuiria objetivo primariamente econômico, mas estaria vinculada à viabilização da prestação de serviços públicos de caráter universal e à proteção do meio ambiente.”

6 Cita-se à título de exemplo a existência de mercados não competitivos, com a existência de monopólios; a presença de externalidades negativas; bens públicos não rivais e não excludentes; a assimetria de informação entre os agentes. Ver MENICUCCI, 2007, pág. 240.

Sérgio Guerra (2018, p. 277) aduz à uma nova função regulatória das agências, que envolveria a necessidade de um equilíbrio sistêmico e reflexivo, ponderando interesses aparentemente conflitantes do subsistema, como o de usuários e da concessionária. Para o autor:

“Cada sistema – ou subsistema – coloca a si mesmo no papel de outros sistemas para ver, dessa perspectiva, seu próprio papel, institucionalizando mecanismos aptos a viabilizar uma recíproca autolimitação das possibilidades de ação e tendo em vista seus respectivos valores, seus interesses e suas necessidades. A reflexividade caminha no sentido de viabilizar a autonomia regulada dos sistemas, facilitando a maximização de sua racionalidade interna mediante adequados procedimentos de formação do consenso e tomada de decisão coletiva.”

Assim, esse é o contexto e os fundamentos que deram origem à ANS, instituição fruto dessa recente mudança institucional da organização estatal, e que está encarregada de regular em um caráter híbrido o setor de saúde suplementar. A dicotomia público-privada do setor se espelha nos atores interessados, que envolvem desde operadoras, planos de saúde e empresas, aos consumidores, que são, ao menos em tese, o público-alvo dos mecanismos de participação.

2.1. Natureza e função da ANS

A natureza jurídica das agências é de autarquia especial, e conforme preceitua o artigo 3º da Lei Geral das agências Reguladoras, esta é marcada pela (i) ausência de tutela e subordinação hierárquica, (ii) pela autonomia funcional, (iii) administrativa, (iv) financeira, (v) investidura a termo dos seus dirigentes, (vi) e estabilidade durante seus mandatos.

A autonomia e a independência conferida às agências é relevante para que essas desempenhem seu papel regulatório com um risco menor de captura por interesses particularistas (MENICUCCI, 2007).

Em relação aos poderes conferidos às agências, destaca-se o poder normativo, uma vez que tais autarquias vêm nos últimos anos adquirindo um papel praticamente central na edição de atos normativos, sendo superior ao número de leis editadas pelo Congresso Nacional⁷.

Nessa perspectiva, é relevante observar que é exatamente nesse contexto que surge uma indagação relativa à delegação de poderes

7 “Nos últimos 20 anos, ANATEL e ANEEL produziram, sozinhas, 1523 atos normativos.” Ver GUERRA; SALINAS, 2018, p.404.

normativos às agências e um suposto déficit democrático do processo.⁸ O outro lado da moeda, nesse caso, da autonomia e independência das agências, diz respeito à necessidade de existirem mecanismos indiretos de controle, exigências de transparência e profissionalismo para resistir à interferência externa. O caso da ANS em específico possui particularidades a respeito disso por envolver agentes heterogêneos (operadoras, planos de saúde, consumidores) e de interesses muitas vezes conflitantes.

Nas palavras de Natasha Salinas (2018, p. 347):

Do ponto de vista econômico-financeiro, cabe à ANS regular as condições de entrada, permanência e saída das operadoras de planos de saúde neste mercado (e.g. definição dos ativos garantidores das operadoras). Do ponto de vista assistencial, compete à agência estabelecer parâmetros substantivos para a oferta de serviços de saúde suplementar (e.g. definição dos procedimentos que devem obrigatoriamente estar cobertos pelos planos de saúde). Desse modo, diversas das decisões tomadas pela ANS poderão ou não atender de forma equilibrada aos interesses dos agentes econômicos e dos beneficiários da assistência de saúde suplementar. É possível que a ANS regule em prol de determinados atores em detrimento de outros (e.g. operadoras em detrimento dos consumidores), ou mesmo que atue de modo a atender interesses próprios ou organizacionais distantes dos interesses dos demais grupos, sem que isto seja percebido pelos demais atores e instituições envolvidos no espaço regulatório

A delegação normativa⁹, em última instância, significa a transferência do dito poder de um agente político eleito para um burocrata, que fica competente para decidir sobre questões de extrema relevância para políticas públicas.

2.2. Mecanismos de participação

Os mecanismos de participação são instrumentos relevantes pois concretizam a permeabilidade social em um processo decisório marcado pelo risco de insulamento burocrático, preocupante especialmente por não se

⁸ Ver WEBER, 1971.

⁹ Não se trata, de maneira alguma, de uma transferência completa de poder normativo. Trata-se de um processo de degradação normativa, segundo o qual o Legislativo, por meio de lei, edita as leis-quadros que criam a Agência e estabelecem sua respectiva competência regulatória. Essa seria uma norma de alta densidade, que cria a moldura regulatória na qual as agências vão atuar. Estas, por sua vez, são facultadas exercer o poder normativo de baixa densidade, de 2º grau, dentro da moldura estabelecida pela Lei. Ver STF – ADI N°4923 – TV A CABO.

inserir em uma conjuntura de responsabilização tradicional ante eleitores (MENICUCCI, 2007, p. 242).

Assim, além da problemática relativa à legitimidade dos atos, argui-se que a delegação normativa é um processo que pode ser custoso para o Legislativo, que perde a ingerência completa dos resultados da política pública, que podem não atender aos interesses da Casa e de seus eleitores.¹⁰

Pela estabilidade dos dirigentes, a autonomia e a independência decisória para tratar de questões de interesse público, é defendido que essas instituições possuam um sistema de prestação de contas, por meio de transparência dos seus atos e processos, possuindo um canal que permita a participação direta dos setores afetados pela atuação regulatória. Assim:

“Para mitigar tais riscos inerentes à delegação de poderes para as agências, que contribuem para o surgimento de um verdadeiro “Estado Administrativo”, são instituídos mecanismos de participação como forma de suprir o déficit democrático e os riscos de captura destes órgãos reguladores. [...] A introdução de mecanismos de participação nos processos decisórios das agências significa incluir a sociedade no processo regulatório. Os mecanismos de participação consistem, portanto, em arenas formais nas quais é dada a oportunidade aos membros da sociedade de influenciar uma ação regulatória específica adotada pela agência.” (SALINAS, 2018, p.247)

Para Thelma Menicucci (2007, p.243), é possível conciliar a independência das agências com a responsabilização por meio de mecanismos de indiretos de controle:

“[Q]ue incluem normas claras de desempenho, definição clara dos objetivos e limites dentro dos quais se espera que a agência opere e profissionalismo para resistir à interferência externa. Para controle do mérito das decisões ou do desempenho, o contrato de gestão é visto como um dos principais instrumentos.”

Nessa ótica, a ANS iniciou a realização de consultas públicas em 2001 e as audiências públicas apenas em 2014. De 2011 a 2020, a agência utilizou os mecanismos de participação 96 vezes em seus processos de tomada de decisão, dentre eles 81 foram consultas públicas e 15 audiências públicas. A agência adotou esse mecanismo em apenas 10,9% das normas produzidas (SALINAS; MARTINS, 2018, p. 355).

10 Ver HUBER, 2002 *Apud* SALINAS, 2018.

A princípio, é relevante observar a diferença na adoção da consulta pública em relação a audiência. O primeiro mecanismo de participação social é utilizado quase cinco vezes mais que o segundo.

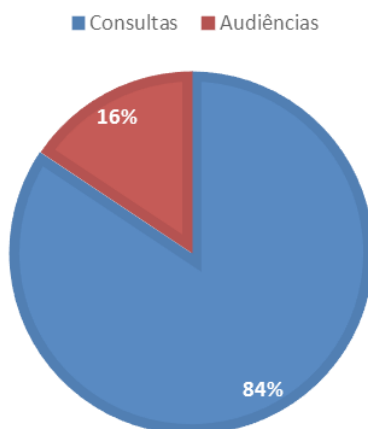


Gráfico 1. Mecanismos de participação

Fonte: elaboração própria a partir das informações disponibilizadas pela ANS, sendo todas referentes até o ano de 2020.

Ao longo desses anos, é possível observar que em 2018 houve um aumento expressivo na quantidade de audiências públicas realizadas, e a partir de 2019 este mecanismo não foi mais utilizado, muito embora, apesar da pandemia da Covid-19, seria possível realizar audiências por ambiente virtual (art. 15, RN nº 242).

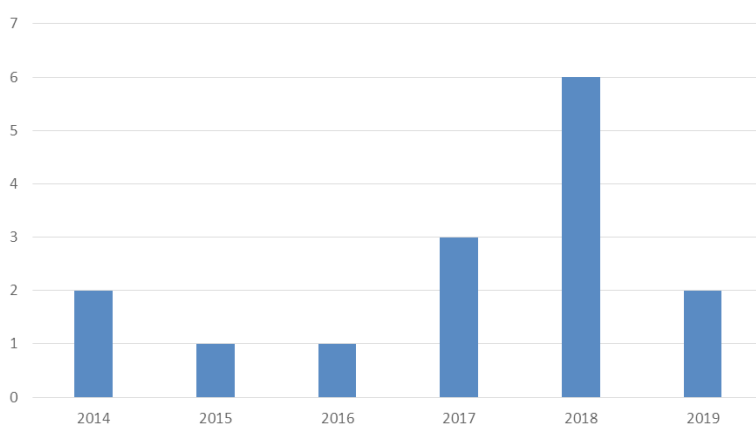


Gráfico 2. Audiências públicas por ano

Fonte: elaboração própria a partir das informações disponibilizadas pela ANS.

As consultas públicas, por sua vez, além de serem muito mais frequentemente utilizadas em comparação às audiências, ainda variam em demasia conforme o ano, e possuem um pico de adoção em 2011. Assim, como é possível inferir pela observação do gráfico, de 2001 até 2020, em média, houve um aumento baixo em sua utilização, apesar das latentes oscilações.

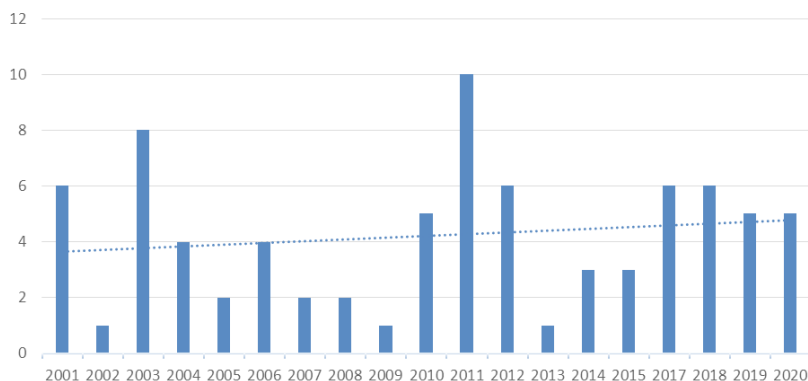


Gráfico 3

Fonte: elaboração própria a partir das informações disponibilizadas pela ANS.

Acerca dos objetos de cada mecanismo, a conjuntura observada é a de que, nas audiências, prevalecem assuntos relacionados às operadoras, pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de plano de saúde. As audiências tratam de temas que variam desde certificação das operadoras, práticas corporativas entre operadoras e prestadores de serviço de saúde, até deveres de transparência.

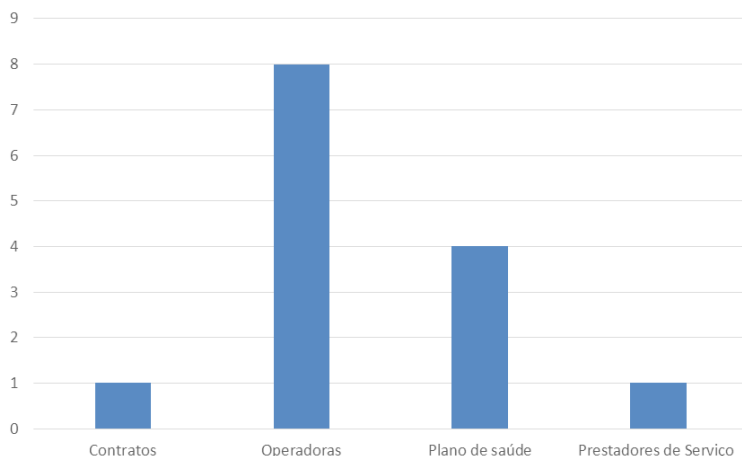


Gráfico 4

Fonte: elaboração própria a partir das informações disponíveis pela ANS.

Para as consultas públicas mais expressivas, a categorização ocorreu entre assuntos sobre (i) a própria ANS; (ii) sobre os beneficiários; (iii) fiscalização; (iv) informação; (v) operadoras; (vi) plano de saúde; (vii) prestadores de serviço, (viii) e SUS.

O primeiro trata de normas que versam sobre a administração, organização e funcionamento interno da ANS, com um enfoque em funcionários, servidores da ANS e diretorias. O segundo diz respeito ao direito e dever dos beneficiários, aqueles que usufruem dos serviços dos prestadores e da operadora.

A terceira representa normas relacionadas ao caráter fiscalizatório da agência, sobre qualquer modalidade de produto, serviço e contrato que apresente, além da garantia de cobertura financeira de riscos de assistência médica, hospitalar e odontológica. Enquanto a quarta trata do caráter informativo da ANS, que busca estimular práticas corporativas que diminuam a assimetria de informação entre os agentes, com o objetivo de munir os beneficiários de informações relativas à prestação de serviço.

As normas cujo tema é operadoras tratam, majoritariamente, de questões financeiras, e de relacionamento com operadoras e beneficiários. Sobre os planos de saúde, as normas versam sobre a extensão da sua cobertura, seus prazos de carência, e questões financeiras dos planos, como preço por faixa etária e reajuste do valor. Por fim, a última trata das regras de ressarcimento dos entes privados ao Sistema Único de Saúde.

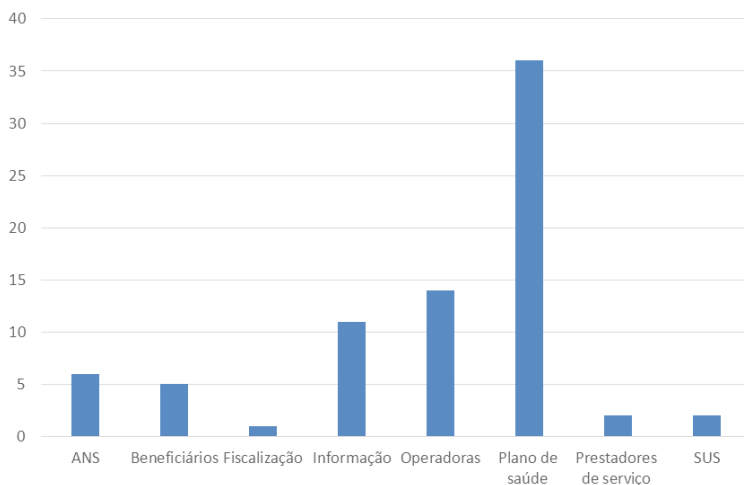


Gráfico 5

Fonte: elaboração própria a partir das informações disponíveis pela ANS.

Em uma perspectiva distinta, o tempo de duração dos mecanismos de participação da ANS é, em média, 32 dias de consulta pública, e as audiências, como já tratado, duram um dia.

Um dado que chamou atenção nessa análise foi o da vigência das normas editadas que passaram pelo mecanismo. Nas consultas públicas é possível verificar que a maioria das normas atualmente se encontra revogada. A exploração desse dado requer mais informações, como, por exemplo, se as normas em geral editadas pela ANS são dinâmicas em regra, sendo frequente que sejam revogadas e substituídas. Observa-se:

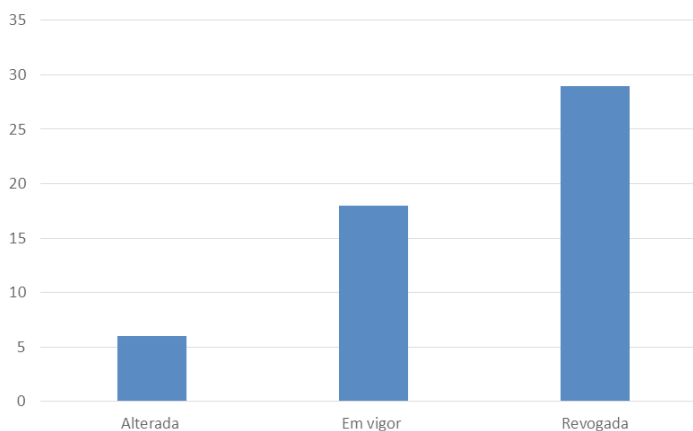


Gráfico 6

Fonte: elaboração própria a partir das informações disponíveis pela ANS.

3. REGRAS INSTITUCIONAIS

Regulando o tema, a Resolução Interna nº 242 de 2010 expõe ser objetivo dos mecanismos de participação social recolher sugestões e contribuições para o processo decisório da ANS e edição de atos normativos, propiciando à sociedade civil e aos agentes regulados a possibilidade de encaminhar sugestões e contribuições; identificar, da forma mais ampla possível, todos os aspectos relevantes à matéria submetida ao processo de participação democrática; dar maior legitimidade aos atos normativos e decisórios emitidos pela ANS; e dar publicidade à ação da ANS (art.2º). Ressaltando, no entanto, o caráter não vinculante das contribuições sociais recebidas, que possuem caráter estritamente consultivo (art.3º).

Esse regramento estabelece que por deliberação da Diretoria Colegiada da ANS, as propostas de atos normativos poderão ser submetidas à consulta pública.¹¹ A consulta deverá ser formalizada no Diário Oficial e no

¹¹ Art. 4º: Por deliberação da Diretoria Colegiada da ANS, as propostas de atos normativos poderão ser submetidas à consulta pública.

site da agência, sinalizando onde se encontra a minuta do objeto da consulta, e todos os demais documentos pertinentes, a forma de encaminhamento das contribuições, e o período que a agência estará aberta a recebê-las.¹² O processo dessa colaboração em si ocorre por meio eletrônico mediante o preenchimento de formulário de sugestão e contribuição, o que difere esse instrumento das audiências públicas, realizadas presencialmente — não sendo possível, virtualmente.

A audiência pública, por sua vez, possui um objeto mais amplo, sendo um mecanismo cujo fim é ouvir e colher subsídios da sociedade civil e dos agentes regulados.¹³ Esta segue, como a consulta, a formalidade da publicação do Diário Oficial e no site da ANS, com o detalhe de que a divulgação deve acompanhar informações relativas à data e o local da audiência, matéria pautada, e o endereço eletrônico por meio do qual os interessados realizam o requerimento de participação.

Ainda que tais comandos descrevam o processo de participação popular na ANS, tanto para audiência como para consulta pública não há um detalhamento de em que circunstâncias a agência *deve* realizar esses procedimentos, se limitando a estabelecer essa prerrogativa como algo que a ANS *pode* fazer.

Para consulta pública, a resolução se restringe a estabelecer que as propostas de atos normativos poderão ser submetidas à consulta pública, de forma estipular que as consultas são apenas uma opção à Diretoria Colegiada, que possui ampla discricionariedade para decidir quais atos normativos irão preceder ou não de consulta popular. Acerca das audiências públicas, há uma certa diferença, pois estipulam um critério genérico de “matéria relevante” para o processo decisório da ANS que será aberto à sociedade.

A Resolução Regimental nº 1 de 2017, responsável por instituir o regimento interno da ANS, de igual maneira, não parece dar resposta satisfatória para tal lacuna normativa, pois se limita a estabelecer, genericamente, que o processo de consulta pública e a audiência pública serão objeto de Resolução Normativa específica, o que não ocorreu até o momento, existindo, sobre o assunto, somente a RN 242.¹⁴

12 Art. 5º: A consulta pública será formalizada por meio de publicação no Diário Oficial da União – D.O.U. e divulgada no sítio da ANS na internet. §1º A publicação de que trata o caput deverá conter: I – o período de recebimento de sugestões e contribuições; II – a forma do encaminhamento das sugestões e contribuições; e III – a indicação do link no sítio da ANS na internet onde se encontra a minuta objeto da consulta pública e os demais documentos importantes para a sua apreciação.

13 Art. 9º: Por deliberação da Diretoria Colegiada, o processo decisório da ANS em matérias relevantes para o setor poderá ser precedido de realização de audiência pública para ouvir e colher subsídios da sociedade civil e dos agentes regulados.

14 Art. 41: O processo de consulta pública e a audiência pública serão objeto de Resolução Normativa específica.

Os mecanismos de participação social foram positivados na Lei Geral das agências, Lei nº 13.848/19, que tratou de uniformizar os comandos legais que anteriormente variam conforme regulamento interno de cada agência.

“Art. 9º Serão objeto de consulta pública, previamente à tomada de decisão pelo conselho diretor ou pela diretoria colegiada, as minutas e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados.

§1º A consulta pública é o instrumento de apoio à tomada de decisão por meio do qual a sociedade é consultada previamente, por meio do envio de críticas, sugestões e contribuições por quaisquer interessados, sobre proposta de norma regulatória aplicável ao setor de atuação da agência reguladora.

(...) Art. 10. A agência reguladora, por decisão colegiada, poderá convocar audiência pública para formação de juízo e tomada de decisão sobre matéria considerada relevante.

§1º A audiência pública é o instrumento de apoio à tomada de decisão por meio do qual é facultada a manifestação oral por quaisquer interessados em sessão pública previamente destinada a debater matéria relevante.”

Para Alexandre Aragão (2020, p. 19), em uma investigação semelhante à proposta, tais dispositivos não foram esclarecedores para que se determinasse um dos fatores mais relevantes do assunto de mecanismos de participação: quando, então, as agências possuem a obrigação de realizá-los?

“a lei também distingue as hipóteses de consulta pública das de audiência pública, estabelecendo que a consulta é cabível para a discussão de atos normativos, enquanto audiência se prestaria a debater matérias consideradas relevantes, o que, por si só, é um conceito jurídico demasiadamente indeterminado. [...] Uma questão que teremos que tratar é: e quando for um ato normativo considerado relevante? Aliás, difícil imaginar um ato normativo que assim não seja considerado, pois, até pelo princípio da essencialidade, se a norma editada fosse desprovida de importância, seria inconstitucional. Destaca-se que a lei não fala em “matéria considerada especialmente relevante”, mas apenas em “matéria relevante”. De qualquer maneira, ainda que se entendesse que a matéria a ser submetida à audiência devesse ser excepcionalmente relevante, permaneceria a dúvida se, sempre que a audiência pública fosse mandatória, seria então suplementar, cumulativa, à consulta pública, ou seria dela substitutiva, quando o ato fosse extraordinariamente relevante?”

Uma vez que os dispositivos que versam sobre os mecanismos de participação no âmbito da ANS não oferecem uma resposta conclusiva sobre critérios que orientam a escolha dos Dirigentes para abrir um ato ou discussão para sociedade é possível inferir que esse processo de deliberação ocorre de forma discricionária.

Isso é relevante pois a participação social no processo decisório das agências, como já discutido, possui um objetivo institucional específico, de conferir maior legitimidade e transparência às decisões da instituição, que estão inevitavelmente suscetíveis a riscos de captura e isolamento burocrático. Desse modo, é pertinente investigar se os mecanismos de participação, como são utilizados pelas agências atualmente, realmente atendem aos propósitos que levaram à sua instituição.

4. TESE ELABORADA POR RACHEL POTTER

Nessa perspectiva de observar como, de fato, as agências interpretam e utilizam os mecanismos de participação, é relevante analisar a tese levantada por Rachel Potter (2019), que se debruçou a desenvolver o argumento de que as agências utilizam sua discricionariedade administrativa nos mecanismos de participação social para mitigar interferência política externa do seu processo decisório. Para a autora, as agências estipulam o período de participação social a depender da postura do Legislativo e da Presidência a respeito do tema da norma: havendo uma ameaça, uma posição contrária aos interesses das agências, estas limitam o período de contribuição social, limitando o acesso das partes à proposta da Agência e as oportunidades de manifestação do público.

Essa tese pressupõe que os interesses dos agentes políticos e burocratas não são sempre convergentes, e estabelece que, pelo procedimento que não ser autoexecutável, os agentes que a regra busca “limitar” são os mesmos que a implementam. Desse modo, para a doutrinadora, as agências utilizam em seu favor seus conhecimentos sobre o procedimento, e sua discricionariedade em aplicar o mecanismo para dificultar interferências externas em seu processo decisório (POTTER, 2019, p.6).

A autora destaca que esses procedimentos não são autoexecutáveis. As agências são responsáveis por realizar inúmeras decisões a respeito do ato normativo que busca implementar, como quando realizar a consulta e audiência e consequentemente quando disponibilizar a norma/ objeto da discussão; qual período de contribuição; se vão ou não estender esse período, avaliando as interações realizadas.

Olhando para o contexto brasileiro, além da supracitada lacuna acerca dos critérios para a realização das consultas e audiências públicas, o que já permite uma tomada de decisão pouco transparente da agência, o art.5º da RN nº 242 estabelece que:

“§ 2º O período de consulta pública terá início 07 (sete) dias após a publicação de que trata o caput e terá duração de, no mínimo, 30 (trinta) dias, podendo ser prorrogado a critério da Diretoria Colegiada da ANS.” (grifou-se)

Ou seja, tal como nos Estados Unidos, cabe à agência — no caso do Brasil —, após o período mínimo, estabelecer por quanto tempo a população poderá realizar proposições acerca de atos da ANS. Não existindo nenhum critério fixado e público para que a ANS respeite o tempo mínimo ou prorrogue.

Nesse caso, à luz do estudo de Rachel Potter, que realizou tal análise em relação as agências americanas, percebe-se que, das 81¹⁵ consultas públicas realizadas até o momento, 35 delas durou menos que o tempo mínimo estipulado pela Resolução, e as 45 restantes perdurou por mais de 30 dias.

Tabela 1. Relação tempo e consultas públicas

	Quantidade	Porcentagem
Maior ou igual a 30	45	56,25%
Menor que 30	35	43,75%

Fonte: elaboração própria a partir de dados disponibilizados pela ANS.

5. CONCLUSÃO

O presente estudo, apesar de se inspirar no trabalho desenvolvido pela pesquisadora Rachel Potter, possui pretensões mais simples¹⁶ de observar, a partir dos parâmetros utilizados pela pesquisadora, como o tempo, como a ANS interpreta e aplica regras institucionais relativas aos mecanismos de participação.

Como foi observado, as normas internas que tratam dos mecanismos de participação da ANS abrem grande margem para que a instituição faça a leitura que lhe seja mais conveniente, uma vez que os comandos, “matérias relevantes” ou “atos normativos de interesse geral” são extremamente vagos.

15 Sendo que uma delas é registrada como “03 - Consulta Pública não existente - erro de numeração”, disponível em <https://www.ans.gov.br/participacao-da-sociedade/consultas-e-participacoes-publicas/consultas-publicas-encerradas>, de modo que somente oitenta são de fato computadas.

16 Para chegar a sua tese conclusiva, a autora analisou a dinâmica entre os Poderes (Legislativo e Judiciário) e as agências, que possuem características peculiares com a existência do órgão OIRA, além de pedidos de extensão e diminuição do tempo depois do início de uma consulta pública, variantes que não foram objeto do presente estudo.

Da mesma forma, como foi apontado pela autora, as agências, não somente a ANS, foco do estudo, possuem significativa discricionariedade não só para decidir quais normas passarão ou não por mecanismos de participação como também por quanto tempo deverá perdurar a apreciação popular. Por mais que nacionalmente, com a edição da Lei Geral das agências Reguladoras, entenda-se que houve um esforço legislativo para suprir essa lacuna, esta ainda persiste, conferindo ampla autonomia para os Dirigentes fazerem escolhas que influem diretamente no funcionamento de institutos centrais, conforme defende a doutrina brasileira majoritária, para a legitimidade do processo decisório das agências.

Tabela 2

	Quantidade	Porcentagem
Maior ou igual a 30	45	56,25%
Menor que 30	35	43,75%

Os temas e assuntos tratados nas audiências e consultas não apontam para uma análise conclusiva, dado que, não obstante dizerem respeito aos *players* mais relevantes do mercado, planos de saúde e operadoras, isso por si só não garante que a escolha de remeter para a apreciação popular não tenha sido visando a uma questão estratégica em relação aos Poderes e que o tempo estipulado para tal não tenha sido escolhido taticamente.

Desse modo, ainda que não seja possível concluir que há um uso estratégico por parte das agências, é fato que estas possuem autonomia e discricionariedade decisória, além de uma *expertise* por ser tratar de normas autoaplicáveis — e muitas vezes, pelos Regulamentos Normativos, as próprias agências editam normas que serão aplicadas executadas no seu próprio âmbito — aliada ao conhecimento interno para manipular seus procedimentos, especialmente os que buscam controlar o funcionamento das instituições.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, A. S. Administração Pública Pluricêntrica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 227, p. 131-150, 2002.

ARAGÃO, A. S. Considerações Iniciais Sobre a Lei Geral das Agências Reguladoras. **R. de Dir. Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p. 9-24, jul./set. 2020.

BECKER, G. S. A Theory of Competition Among Pressure Groups for Political Influence. **Quarterly Journal of Economics**, v. 98, p. 371-400, 1983.

BINENBOJM, G. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CUÉLLAR, L. **As Agências Reguladoras e Seu Poder Normativo**. São Paulo: Dialética, 2001.

GUERRA, S. Discrecionalidade, Regulação e Reflexividade. **Fórum**, 5ª edição, 18 jul. 2018.

GUERRA, S.; SALINAS, N. S. C. Controle Político da Atividade Normativa das Agências Reguladoras no Brasil. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 9, n. 3, p. 402-430, set./dez. 2018. DOI: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v9i3.24570.

HUBER, J. D.; SHIPAN, C. R. Rational Delegation or Helpless Abdication? The Relationship between Bureaucrats and Politicians. *In*: _____. **Deliberate Discretion? The Institutional Foundations of Bureaucratic Autonomy**. Cambridge University Press, 2002.

MENICUCCI, T. M. G. **Público e Privado na Política de Assistência à Saúde no Brasil: Atores, Processos e Trajetória**. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2007. 320 p.

SALINAS, N. S. C.; MARTINS, F. Os Mecanismos de Participação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 3, p. 343-368, dez. 2018. ISSN 2236-1677.

SOUTO, M. J. V. **Desestatização: Privatizações, Concessões, Terceirizações e Regulação**. 4ª ed., ver., atual e ampl. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2001.

STIGLER, G. J. **The Citizen and the State: Essays on Regulation**. Chicago: The University of Chicago Press, 1975.

PELTZMAN, S. The Economic Theory of Regulation After a Decade of Deregulation. **Brookings Papers on Economic Activity**, p. 1-59, 1989.

POTTER, R. A. Bending the Rules: Procedural Politicking in the Bureaucracy. **University of Chicago Press**, jun. 2019.

WEBER, M. **Ensaios de Sociologia**. Tradução: Waltensir Dutra. 2ª ed. São Paulo: Zahar Editor, 1971.

PRINCIPAIS TÓPICOS DO DEBATE SOBRE MODERAÇÃO DE CONTEÚDO

Aluno: Leandro Léo Rebelo¹

Orientadores: Luca Belli² e Yasmin Curzi³

Área de concentração: Regulação de conteúdo online

Linha de pesquisa: Inteligência artificial, tomada de decisão automatizada e mecanismos alternativos de resolução de controvérsias

Projeto de pesquisa: O projeto de pesquisa é o mapeamento dos principais tópicos em torno da moderação de conteúdo online, com base em apanhado da literatura relevante e de entrevistas abertas.

Sumário: 1. Introdução; 2. Regulação e inovação; 3. Liberdade de expressão; 4. Transparência; 5. Instituições reguladoras; 6. Diretrizes para a regulação; 7. Considerações finais; 8. Referências bibliográficas.

Resumo

Com a crescente dependência de muitos aspectos da vida em plataformas digitais, sua regulação se torna questão cada vez mais relevante e controvertida. Um corpo de entrevistas elaborado pelo Centro de Tecnologia e Sociedade (CTS) com pessoas envolvidas nos três poderes estatais, na imprensa e nas próprias plataformas oferece uma visão interessante de quais são os principais tópicos que se pretende regular, e dos limites dessa atividade de normatização. Somando isso a um apanhado da literatura especializada, cinco questões específicas serão analisadas, com o objetivo de entender onde se situa o debate e o que a experiência internacional pode aportar para o cenário brasileiro.

Palavras-chave

Regulação; moderação de conteúdo; liberdade de expressão; plataformas digitais.

1 Graduação da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas. Integrante de grupo de pesquisa de Moderação de Conteúdo ligado ao Centro de Tecnologia e Sociedade da FGV Direito Rio.

2 Doutor em Direito Público - Université Panthéon-Assas (2014) e mestre em Direito pela Università degli Studi di Torino. Professor Pesquisador em Tempo Integral da FGV Direito Rio. Coordenador do Centro de Tecnologia e Sociedade e do projeto CyberBRICS.

3 Advogada e doutoranda no IESP-UERJ, com bolsa CAPES. Pesquisadora no Centro de Tecnologia e Sociedade da FGV Direito Rio e membro do Advisory Board do projeto CyberBRICS. Mestre em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), com bolsa CAPES. Graduada em Direito e Ciências Sociais pela FGV.

Abstract

As daily tasks increasingly depend on digital platforms, the controversial issue of their regulation gains mounting attention. Interviews conducted by the Center for Technology and Society of the FGV Law School (CTS-FGV) offer insight into what different stakeholders, across State branches, tech firms and the press, believe to be the main points of contention and the shortcomings of the current regulatory framework. Five specific topics are drawn from the interviews and compared to current scholarly debate, aiming to further understand the Brazilian regulatory landscape and assess relevant contributions from international experience.

Keywords

Regulation; Content moderation; Freedom of speech; Digital platforms.

1. INTRODUÇÃO

Uma vez que os desafios relacionados às redes sociais, e seus efeitos, são variados, assim também há diversos atores envolvidos no seu desenho normativo. A impressionante difusão global das plataformas digitais significa que inúmeros aspectos de seu funcionamento já foram analisados com grande profundidade por acadêmicos em muitos países (DOUEK, 2021; KELLER, 2020; HARTMANN, 2020; HELDT, 2019; SUZOR, 2019; ZINGALES & BELLI, 2019, entre outros). De textos que investigam de forma geral como o papel das plataformas deve ser interpretado na moderação de conteúdo (KADRI, 2021) a outros que focam em usos para fins específicos de plataformas (JIALUN et al., 2019), o crescente corpo de literatura sobre o tema apresenta suas próprias caracterizações e respostas aos problemas que as plataformas enfrentam.

Nesse cenário, é possível que integrantes de instituições diversas tenham suas próprias visões sobre como a arquitetura normativa deveria ser. A base desse artigo é um corpo de entrevistas conduzidas por Ivar Hartmann e Yasmin Curzi, no âmbito do projeto “Regulação de Conteúdo On-line, Inteligência Artificial e Soluções Alternativas de Controvérsias”, do Centro de Tecnologia e Sociedade da Escola de Direito da FGV (CTS-FGV), que obteve a opinião de 60 (sessenta) integrantes dos três poderes estatais, de entidades da sociedade civil ligadas à tecnologia, da imprensa e das próprias plataformas quanto a alguns tópicos centrais da regulação. Utilizando esse corpo de entrevistas, objetiva-se construir uma perspectiva de quais são as principais perguntas em aberto e fronteiras do debate sobre moderação de conteúdo travado no Brasil. À medida em que isso seja feito, serão oferecidos apontamentos selecionados da literatura, buscando ver em que medida a construção nacional se assemelha ou difere

da produção acadêmica mundial. Por fim, procuramos oferecer possíveis soluções por meio de recomendações multisetoriais.

Cinco temas serão explorados. Primeiro, a relação entre regulação e inovação; mais especificamente, como regular um campo que está em constante mudança sem que isso coíba a inovação, e se esse efeito deletério sempre ocorre. Essa discussão também será retomada brevemente no último tópico. Em segundo lugar, algumas questões relevantes sobre a liberdade de expressão serão discutidas, como os riscos envolvidos em sua regulação e a existência de alternativas regulatórias à mera exclusão de conteúdo.

O terceiro tópico relevante é a transparência. A ausência de transparência nas políticas das plataformas é sempre apontada como fator central na insatisfação do usuário, e por meio de exemplos de políticas, serão discutidos os prejuízos da ausência de transparência significativa (SUZOR et al, 2019). Contudo, como será exposto, muitas vezes a transparência das plataformas deve ser mitigada em nome de outros valores. Em quarto lugar, uma brevíssima discussão sobre qual a instância decisória mais apropriada para debates de moderação de conteúdo deve ser a encaminhada, terminando com um panorama de como os poderes se relacionam no Brasil atualmente. Por último, algumas diretrizes gerais de moderação apontadas pelos entrevistados serão comparadas à literatura.

2. REGULAÇÃO E INOVAÇÃO

Um dos argumentos apresentados pelos *stakeholders* nas entrevistas para justificar a falta de atuação regulatória no âmbito da moderação de conteúdo on-line foi a dificuldade generalizada em “regular inovação”. Neste tópico, pretendo falar sobre como a literatura especializada olha para esta problemática e contrastá-la com a opinião dos grupos de entrevistados.

Patrícia Baptista e Clara Keller (2016, p.145) fazem relevante panorama teórico sobre a regulação de qualquer nova tecnologia. As autoras observam que a regulação das tecnologias não diverge tanto — nem em sua justificação, nem em relação às técnicas legislativas utilizadas para fazê-la — da regulação de outras atividades tradicionais. A diferença, contudo, está no fato de que cada vez mais atividades cotidianas dependem da tecnologia; o seu controle, ou a falta dele, torna-se assunto de impacto para “parte expressiva da vida”.

Em relação ao momento em que a regulação deve ser realizada, as autoras detalham que não há como saber de forma exata: os legisladores devem aguardar uma consolidação maior das ferramentas, ou a regulação deve tentar antecipar ao máximo o desenvolvimento de problemas? Como Bennett Moses (2013) descreve, a regulação pode acabar incorrendo no

“dilema de Collingridge”: a regulação pode buscar se antecipar e remediar aspectos globais —o que pode culminar em travas à inovação e ineficácia da própria legislação em outros aspectos —, ou pode esperar a tecnologia se desenvolver totalmente para remediar aspectos específicos — sob o risco de ser tarde demais para ter uma regulação eficaz sobre a matéria. Em outras palavras, a regulação estaria fadada a estar “desconectada” do objeto que regula, e a própria consciência desse fenômeno pelos atores de regulação já indicaria soluções como o contato permanente com especialistas.

A regulação precoce também poderia inibir aprimoramentos da ferramenta. Um entrevistado que trabalha no Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações (MCTIC) disse mesmo ver uma regra geral segundo a qual a regulação seria intrinsecamente limitadora da capacidade de inovação. As situações ocorridas na internet, assim, simplesmente deveriam ser enquadradas no arcabouço legal já existente.⁴ Dentro desta perspectiva, a imposição de obrigações estatais sobre como as plataformas podem organizar suas operações impediria a busca pelo meio mais eficiente ou proveitoso pelas e para as próprias empresas.

De fato, não podemos dizer que esse argumento está errado. Ele não parece, contudo, ser suficientemente persuasivo para afastar a incidência completa de regulação em abstrato. Qualquer norma regulatória de um setor objetiva precisamente ter influência na escolha de possíveis arranjos por parte das empresas que nele operam, podendo, por exemplo, vedar que as companhias implementem um modelo de negócios específico. Afirmar que a regulação impede a adoção de modelos de negócio mais eficientes economicamente não é um argumento forte o suficiente para concluir que ela deve ser totalmente afastada. Se é certo que a liberdade de iniciativa das plataformas deve ser preservada, e regulações arbitrárias — que serão mais exploradas adiante — devem ser combatidas, pode haver, como há hoje, arranjos mercadológicos que são contrários a outros direitos que também devem ser preservados. Para Souza (2020), por exemplo, defender a inovação sem respeitar a tutela da privacidade e dos dados pessoais equivaleria a interpretar o usuário como “insumo para novas invenções que possam explorar dados pessoais” (p. 61). Não é possível, assim, excluir a possibilidade de regulação em abstrato.

Independentemente da existência ou não de impactos negativos da regulação, como sobre a capacidade de a plataforma inovar, há uma outra dimensão do dilema de Collingridge que é relevante: a inovação por parte das companhias também pode fazer com que as disposições regulatórias se tornem obsoletas, por inúmeros motivos: a ferramenta que se visava regular não funciona mais da forma prevista; o objeto específico da

4 Trecho de entrevista com Diretor do MCTIC.

regulação se expandiu em escala e implementação por outras plataformas, a ponto de ser impossível de regular, etc. Ainda, a existência de mudanças tecnológicas seria por si só desafiadora à regulação, mesmo se a novidade não for, em si, o alvo da regulação, já que muda as formas preestabelecidas para o exercício de outras atividades (BENNETT MOSES, 2013).

Ainda que visse a regulação como algo importante, e acreditasse não haver grandes falhas em sua condução atual, um dos entrevistados do MCTIC ressaltou que o ritmo de inovação legislativa atual simplesmente não tem sido suficiente para atender à evolução de conteúdos on-line. Não bastaria, portanto, atender ao “agora”, ou tentar fornecer respostas a todos os casos já existentes; a regulação teria que começar a olhar para o futuro⁵, se quisesse evitar o processo de obsolescência.

A preocupação com a abrangência e a velocidade da regulação também é espelhada na literatura. Clara Keller e Patrícia Baptista (2016, p. 128), apoiando-se em conceitos desenvolvidos por Schumpeter, afirmam que a regulação estatal deve levar em conta a “destruição criativa”, isto é, o rápido processo de evolução do mercado de tecnologias. Isso não necessariamente implica na completa ineficácia das medidas regulatórias; implica na necessidade de os reguladores adotarem medidas que visem corrigir problemas sistemáticos e estruturais, ao invés de buscarem o governo de práticas individuais. Há formas de conduzir a regulação que promovem mais a observância a princípios do que a imposição de regras que rapidamente tornam-se obsoletas, conceito que será mais explorado adiante.

Complementa outro funcionário do MCTIC que “as leis estão postas”⁶ — haveria, assim, muito que fazer através de mecanismos como cobranças da imprensa e mobilização da sociedade civil. Esses métodos não seriam puramente hipotéticos, e sim já estariam sendo empregados com resultados produtivos, causando mudanças de comportamento das plataformas. Patrícia Baptista e Clara Keller (2016), apoiadas no trabalho de Gutwirth et al. (p. 9), identificam nos operadores do direito e legisladores uma tendência a acreditar que os institutos tradicionais e as práticas existentes são capazes de resolver problemas que não se confirma na realidade. Assim, sem que se desconsidere o que já está posto, não há nenhum óbice em reconhecer que os problemas atuais se beneficiariam de uma legislação mais atualizada.

Discutir como mensurar os impactos da regulação na inovação, vale dizer, pressupõe que os reguladores estarão devidamente informados sobre as possibilidades regulatórias. A sabatina de Mark Zuckerberg pelo Congresso americano, evento do qual certamente é possível tirar muitas

5 Trecho de entrevista com funcionário do MCTIC.

6 Trecho de entrevista com funcionário do MCTIC.

conclusões sobre a regulação, foi vista como indicativa de que os reguladores podem sequer estar falando da mesma coisa. Em outras palavras, os atores podem estar particularmente focados em problemas completamente diferentes, e que pouco se comunicam, de forma que o sistema não é capaz de montar uma resposta combinada. Como afirmaram os jornalistas cobrindo o episódio (STEWART, 2018), todos os presentes na audiência possivelmente diriam que o “maior problema” do Facebook é algo diferente, o que inviabiliza uma discussão efetiva.

A literatura especializada monitora a relação entre inovação tecnológica e regulação, e preocupa-se mais em apresentar perguntas que devem ser observadas pelos reguladores do que respostas aos problemas pré-existentes. Não é possível, de fato, definir de antemão quais são as opções normativas que devem ser feitas, mas a inovação é mais um dos valores a que os reguladores devem se atentar.

3. LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Talvez o tópico mais proeminente no debate mundial sobre moderação de conteúdo seja a liberdade de expressão. O conteúdo circulado nas principais plataformas — que toma a forma de imagens, vídeos, textos — é o mesmo que sempre esteve no centro do debate de liberdade de expressão. Hoje, com a consolidação das plataformas, não apenas produzimos coletivamente muito mais expressão por meios digitais, como expressão de particular relevância, como a agenda cotidiana de chefes de Estado cada vez mais é feita por meio de plataformas. Assim, por mais complexa que seja a questão, vale ver quais são os principais pontos trazidos no corpo de entrevistas, e compará-los com experiências internacionais.

Para um entrevistado com atuação no Comitê Gestor da Internet (CGI) e no Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR (NIC.br), haveria um risco não muito bem definido de regulação excessiva, que poderia levar as plataformas para fora do país, fazendo com que o sistema regulador nacional tivesse ainda menos controle do que quando começou.⁷ O importante, assim, seria buscar seguir tendências adotadas em outros países, para evitar a “fuga”. Uma entrevistada da imprensa fez outra ressalva quanto à interface internacional da regulação: a falta de iniciativas regulatórias pode significar que a atuação das plataformas no Brasil está condicionada à regulação feita em outros países e pelas próprias plataformas, o que seria problemático do ponto de vista de legitimidade democrática.⁸

Já para um terceiro entrevistado, magistrado, as divergências internacionais sobre conteúdo permitido não seriam passíveis de solução no

7 Trecho de entrevista com membro do CGI e integrante do NIC.br.

8 Trecho de entrevista com jornalista.

paradigma atual: seria necessário que os *posts* fossem julgados por organismos internacionais que não existem hoje.⁹ Um assessor do poder Judiciário foi mais radical: sequer seria desejável que o Estado tivesse ingerência sobre as plataformas, que estariam além de sua competência regulatória.¹⁰ Para o entrevistado, os sistemas tendem a evoluir, de forma a resolver os principais problemas, por meio de pressão dos usuários. As normas já existentes, assim, seriam capazes de abarcar novos problemas, assim como a sociedade civil tem poder de elaborar novas regras para a circulação de conteúdo digital.

Parece que há, em certa medida, uma confusão entre a correção do *procedimento* de definição de normas sobre liberdade de expressão e a correção das *próprias normas*. De fato, como será mais explorado adiante, atores têm diferentes capacidades institucionais, e é de grande importância discutir qual é o ator competente para validamente definir normas sobre liberdade de expressão. Contudo, existindo a preocupação de que as decisões tomadas sejam incorretas, seria mais importante discutir quais são os limites substantivos da moderação de expressão. Grande parte dos entrevistados, com atuações no Legislativo, Judiciário, Executivo e imprensa, mencionou de forma geral a necessidade de preservar a liberdade de expressão, mas reconhecendo que há situações de abuso; crimes contra a honra e racismo foram citados diversas vezes. Ainda que, sem dúvidas, seja importante olhar para os limites constitucionais e legais já postos, o nível de abstração desses comentários não possibilita traçar diretrizes muito claras. Assim, vale olhar de forma mais detida para como a literatura caracteriza essa questão.

Essas preocupações se situam em um contexto mais amplo em que se discute qual o nível apropriado de gestão que o Estado e as plataformas podem ter sobre a expressão. Há preocupações válidas a serem levantadas em um cenário em que entidades privadas, que tomam decisões de forma oculta e que estão precipuamente motivadas por ganhar mais dinheiro e expandir sua influência, são capazes de efetivamente controlar a expressão em escala global. Não é possível presumir que as soluções para os problemas globais de expressão são automáticas ou fáceis de encontrar, mas isso também não significa que diferentes atores não devam buscar as soluções mais proporcionais possíveis.

Governos e plataformas têm incentivos totalmente diferentes, e sua participação no desenho de um arranjo regulatório suscita preocupações diferentes. Por exemplo, conteúdo que destoe politicamente de um governo pode ser alvo de sanções ilegítimas por este, enquanto plataformas não necessariamente se oporiam. Já do lado das plataformas, é

9 Trecho de entrevista com desembargador do TJRJ.

10 Trecho de entrevista com assessor do TJRJ.

natural que as companhias imponham termos de uso, cuja violação resulta em punições que chegam à exclusão da plataforma, por expressão que não seria coibida por governos. Um exemplo trazido por Douek (2019) é a pornografia, que, embora lícita (ainda que de forma regulada), frequentemente resulta em sanções quando colocada nas maiores redes sociais.

Zeynep Tufekçi (2017, p. 29) documenta o papel central das redes sociais em uma mudança estrutural no fluxo de informações e notícias em todo o mundo. Se antes a difusão do jornalismo dependia de intermediários que detinham controle editorial sobre os poucos meios de comunicação de massa, como jornais de grande circulação e canais de televisão, não há exagero em dizer que, hoje, qualquer pessoa é capaz de fazer uma publicação viralizar. De fato, é comum que pessoas que presenciem eventos relevantes — intervenções policiais, zonas de guerra, acidentes — muito rapidamente divulguem o acontecimento em suas redes sociais. Com frequência, veículos tradicionais de mídia elaboram artigos com base em informações anteriormente difundidas nas redes sociais.¹¹

A remoção das barreiras à *publicação* de conteúdo não significa, por outro lado, que todo conteúdo será acessado igualmente. Para que as informações que uma publicação contém sejam efetivamente difundidas, é preciso que as plataformas exibam o conteúdo a outros usuários, e possibilitem que ele seja integralmente visualizado e repassado. Isso significa que *intervir* em conteúdo on-line — independentemente de quem esteja intervindo, e da licitude da intervenção — não se limita à remoção de postagens ou de contas. Como diz Tufekçi, o problema hoje não é impedir informações de estarem disponíveis ao público; de um paradigma baseado na *falta* de atenção, chegamos a um em que o problema é o excesso. Há, simplesmente, informação demais disponível na internet, e filtrá-la é muitas vezes desafio muito maior que meramente acessá-la.

Zeynep Tufekçi (2017, p. 233) relata que a censura e o autoritarismo se adaptaram a essa realidade. Através de exemplos de ações do governo chinês, Tufekçi chega à conclusão de que conteúdo abertamente crítico do governo normalmente não era censurado de forma rígida, e críticas ao governo passavam, sem problemas, pelo chamado “Grande Firewall” chinês. O conteúdo censurado foi aquele que incentivava o leitor a *agir* e mobilizar-se politicamente, por exemplo convocando protestos. Para as demais publicações, a censura se daria mobilizando justamente a atenção: através de um grande volume de comentários desconexos e sem relação direta com o tema da crítica (Tufekçi, 2017, p. 237), o governo neutralizava o potencial danoso das publicações, empregando o excesso de informações.

11 Para apenas um exemplo recente, <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2021/08/16/video-aviao-decolando-afeganistao.ghtml>; a notícia explicitamente cita “vídeo que circula nas redes sociais”.

Saindo do universo da censura e de atuações secretas, a percepção de que há formas inteiramente novas de moderar conteúdo também é empregada pelas próprias plataformas, bem como por governos atuando de forma legítima. Em caso recente, o Twitter identificou postagens do então Presidente Donald Trump como potencialmente incorretas, sem removê-las (BBC, 2020). Eric Goldman (2021, p. 31) oferece uma taxonomia dos remédios empregados pelas plataformas que contém cinco categorias: (i) ações contra conteúdo individual; (ii) ações contra contas; (iii) ações que reduzem a visibilidade de violações; (iv) ações que impõem consequências financeiras a violações; e (v) outros. Há dezenas de exemplos específicos que se enquadram nas categorias; sem entrar em análise aprofundada, é importante perceber que as opções que as plataformas alocam para si variam enormemente conforme o modelo de negócios e a finalidade das plataformas.

Atores estatais cada vez se tornam mais versados com diferentes estruturas de moderação, conforme tenham de se envolver com conteúdo digital. Muito recentemente, o TSE emitiu decisão em Inquérito contra desinformação que, sem remover o conteúdo, determinou sua desmonetização e — ainda mais interessante — que as plataformas “se abstenham” de recomendar algoritmicamente o conteúdo.¹² Para o autor da medida, o ministro Luiz Salomão, não haveria “ofensa à garantia constitucional de livre manifestação do pensamento”; os canais atingidos e seus apoiadores, contudo, contam com a concordância de dezenas de milhares de usuários ao chamá-las claramente de “censura”.¹³

Ainda, como detalha Frank Pasquale (2016), há formas de regular a expressão através da *promoção* de mais expressão. Esse direito, para alguns autores (DOUEK, 2019; SCHAUER, 1978), seria particularmente sensível; *incentivá-lo* seria tão ou mais importante do que *protegê-lo* de violações. Ainda que essa visão potencialmente se baseie, em última instância, em conceitos específicos da tradição legal estadunidense, as construções relatadas por Pasquale são interessantes: através do reconhecimento de um “direito a alcançar uma audiência”, incluiríamos nos modelos de expressão não apenas a noção de que a publicação nas plataformas deve ser livre, como também a ideia de que as plataformas não podem arbitrariamente restringir o alcance ou a repercussão de conteúdo digital.

Os meios de moderação de conteúdo para além da simples remoção já estão inteiramente consolidados, e são amplamente empregados. É

12 A íntegra da decisão pode ser encontrada em <https://www.conjur.com.br/dl/correge-dor-tse-suspende-monetizacao.pdf>.

13 Diversos *tweets* conseguiram mais de 15 mil curtidas recentemente sobre o tema. Por exemplo: <https://twitter.com/taoqueil/status/1427436215566016512> (45 mil), <https://twitter.com/alexandregarcia/status/1427740762247254021> (34 mil), <https://twitter.com/filipebarrost/status/1427446166606782466> (32 mil), <https://twitter.com/Biakicis/status/1427454124367486981> (20 mil).

importante, pensando na estrutura regulatória, considerar a visão do *usuário*. Ao acessar uma plataforma que pode acionar contra si inúmeras formas, visíveis ou não, de moderação contra conteúdos postados, frequentemente usuários sentem-se indevidamente moderados. Relevante corpo de estudos, em diferentes ramos, mostra que o fator mais importante para o sentimento de justiça diante de uma decisão contrária não é a capacidade prática de mudar o resultado, e sim a sensação de ter sido ouvido (VACCARO, SANDVIG, KARAHALIOS, 2020). Para que esse comando seja concretizado, dado que muitas vezes o usuário pode sequer saber que houve uma ação contra ele, é fundamental que as plataformas desenvolvam a transparência, conceito que merece análise mais detida.

4. TRANSPARÊNCIA

Diante da gama cada vez maior de opções disponíveis às plataformas e aos Estados, apelos por transparência se intensificam. Uma vez que plataformas possuem à sua disposição formas totalmente silenciosas de agir contra o usuário — modificações ao algoritmo são o exemplo mais relevante hoje —, é fundamental que sejam, em alguma medida, transparentes. Cabe, contudo, entender qual o conteúdo exato dessa transparência, olhando também para casos específicos que ilustram a existência de formas inócuas de transparência, e para os momentos em que a opacidade é preferível.

Evelyn Douek (2019) aponta diferentes motivos pelos quais a transparência das plataformas é relevante. Existe certo debate entre teóricos — principalmente aqueles cujas tradições legais não reconhecem a aplicabilidade de disposições constitucionais para organismos privados — sobre qual o nível de prestação de contas que as plataformas devem à sociedade. Na prática jurídica brasileira, não debateríamos se empresas devem ou não obedecer à Constituição; o que, contudo, não resolve a questão de *quais são* as obrigações das plataformas. Douek ressalta que, mais importante do que teorizar abstratamente sobre dicotomias entre entes privados e públicos, devemos olhar para o papel que essas organizações têm na prática. E, quanto a isso, argumenta a autora que as empresas concretamente ocupam papel central para como o direito à liberdade de expressão é exercido em todo o mundo, criando e aplicando regras sobre isso, diante do controle crucial de canais de informação que detêm.

É importante levar em conta a máxima, atribuída a Lawrence Lessig (1999), que “code is law”: significa dizer que as regras que estruturam uma plataforma digital nem sempre assumem a forma clássica de uma norma legal, sendo fundamental considerar o papel do próprio funcionamento da plataforma. A escolha de como opera um algoritmo de recomendação, por exemplo, sem dúvidas está entre as mais relevantes que uma plataforma pode tomar, e, na maior parte das vezes, esse mecanismo

fica oculto. Não à toa, o apelo por mais transparência sempre é feito por ativistas e estudiosos: os chamados Princípios de Manila e Princípios de Santa Clara, apontamentos gerais sobre normas de conduta de plataformas, ambos incluem apelos claros ao aumento de transparência.

Alerta a literatura, contudo, que a transparência encontra limites, e não podemos acreditar que mais transparência significa necessariamente uma melhora na estrutura normativa. Conforme Evelyn Douek (2019), há a tendência de entender a transparência como uma panaceia: um recurso simples de ser implementado e universalmente benéfico. Douek fala mesmo em uma mentalidade que indica que rejeitar a transparência é equivalente a “ter algo a esconder”. Para a autora, contudo, é fundamental exercer cautela quando falamos da aplicação prática da transparência. O apelo abstrato por transparência não é suficiente para orientar a criação de políticas públicas, assim como exigir mais transparência não é uma solução adequada para qualquer caso.

Há muitas ações de moderação de conteúdo que se pautam justamente na descrição das plataformas, quer por questões ligadas ao conteúdo, quer por questões técnicas. Não faltam exemplos de conteúdo cuja exposição excessiva seria contrária à própria razão de moderá-lo. Por exemplo, no caso de discurso de ódio, vazamento de dados e ameaças, o contato com as postagens removidas exporia a vítima aos danos daquele conteúdo. Outro exemplo é conteúdo de incitação ao crime ou de recrutamento terrorista, que ao ser meramente exposto, já causa seus danos, sem que se possa verdadeiramente falar que os ganhos à transparência compensam isso.

Conteúdo terrorista, ademais, é uma das categorias de violações que vêm cada vez mais sendo moderadas através de *hash*. Muito sinteticamente (GORWA, 2020), as principais plataformas digitais vêm unindo esforços para criar uma base de dados que contém *informações*, chamadas *hash*, sobre imagens e vídeos, e comparar postagens a essa base em busca de conteúdo violador das regras. Por exemplo, é possível registrar na base de dados um logotipo, ou a imagem de uma pessoa nua, e quando um usuário enviar uma foto, as informações desta serão comparadas às informações anteriores, para verificar se há violações às políticas de direito autoral ou nudez. Há, contudo, mais de uma forma de implementar uma tecnologia de *hash*, e os diferentes métodos são suscetíveis a diferentes formas de mascarar as informações da imagem para burlar a verificação. Portanto, se a estrutura exata da comparação de *hashes* for pública, ou os *hashes* de conteúdo proibido, a efetividade dessa política de moderação — que as plataformas já empregaram em dezenas de milhões de publicações¹⁴ — seria drasticamente reduzida.

14 Apenas em 2018, o Facebook sozinho estimou ter feito moderação de *hash* contra aproximadamente 15 milhões de conteúdos individualizados, conforme <https://about.fb.com/news/2018/11/staying-ahead-of-terrorists/>.

Vale dizer, contudo, que a política de moderação por comparação de *hash* recebe críticas em relação ao baixo nível de transparência. O Global Internet Forum to Counter Terrorism (GIFCT), integrado por organizações como Google, Facebook, Twitter e Microsoft, fornece pouquíssimas informações em sua seção de “transparência”: a título de exemplo, as atividades de 2019 e 2020 foram resumidas em, respectivamente, 6 e 7 páginas.¹⁵ As poucas informações que são fornecidas não possibilitam uma compreensão geral do emprego da ferramenta: o GIFCT divulga qual a porcentagem das ações de moderação de conteúdo que se amolda a cada categoria de violação, mas não divulga qual a *quantidade* de ações de moderação.

Outra informação relevante que deveria ser apresentada é o conjunto de esforços empreendidos pelas plataformas para aprimorar seus sistemas, diminuindo a quantidade de falsos positivos (GORWA, BINNS, KATZENBACH, 2020, p. 9). Violações como “glorificar atos terroristas” — que sempre respondem por mais de 70% das ações de moderação por *hash* — dependem integralmente de contexto, já que é possível compartilhar material produzido por terroristas para fins jornalísticos, o que é, em muitos casos, lícito. Assim, sem transparência, não há a garantia de que as plataformas digitais estão empregando essa ferramenta de forma totalmente idônea.

No entanto, é necessário aprofundar o que devemos compreender como transparência. Em sentido crítico, o conceito de transparência *significativa* é desenvolvido por Suzor et al. (2019) com a finalidade de trazer mais substância ao conceito, por vezes generalizado, de transparência, cujos usos são retóricos em projetos legislativos, regulações, relatórios, documentos ou críticas de organizações da sociedade civil. Para Suzor et al. (2019), a transparência não pode ser considerada um fim em si mesmo. A simples obtenção de *dados* por parte das plataformas, sem que consideremos quais são esses dados e a que servem, seria pouco útil — argumento também apresentado por Heldt (2019), ao analisar os relatórios de transparência das plataformas no âmbito da lei alemã de responsabilidade e deveres às plataformas, a Network Enforcement Act (NetzDG). Nesse sentido, qualquer apelo por transparência deveria necessariamente passar pelo questionamento acerca do benefício de se obter aquelas informações específicas, e se haveria informações ou problemas que poderiam ser ocultos por uma divulgação seletiva. A transparência não pode ter como objetivo meramente aumentar a quantidade de informação disponível.

Também seria importante na análise da transparência considerar o público a que as informações se destinam. Não só é importante fornecer a pesquisadores ferramentas para que possam acompanhar o desenvolvimento

15 Os relatórios do GIFCT estão disponíveis em <https://gifct.org/transparency/>.

das políticas das plataformas, como os usuários fazem apelos por receber mais explicações sobre as políticas que os atingem. Para Suzor et al. (2019), o estado atual de divulgação das decisões de moderação de conteúdo é problemático para ambos os públicos. Os dados agregados, que refletem a aplicação em massa das políticas das plataformas, podem fornecer noções de escala, mas normalmente não vêm acompanhado de informações suficientes para entender como essas decisões são de fato tomadas e o que as influencia, como ilustrado no exemplo do *hash*.

Por outro lado, os esclarecimentos prestados pelas plataformas sobre casos individuais são alvo de outra crítica: pesquisadores não seriam capazes de reunir esses relatos de forma a obter um panorama sistêmico das políticas das plataformas. Para os usuários, esse processo não é mais satisfatório: o autor narra, a partir de entrevistas com pessoas que tiveram seu conteúdo moderado, a percepção de inúmeros vieses nas equipes de moderação. A insatisfação com as medidas das plataformas, fomentada pela falta de informações precisas, levou os entrevistados a alegarem que as empresas possuíam vieses contra grupos políticos totalmente opostos (SUZOR et al., 2019, p. 1534).

De fato, a ideia de que transparência nem sempre é desejável não é estranha às plataformas. Para utilizar o exemplo do Facebook, há vários episódios de a companhia especificamente tentar impedir a condução de pesquisas com seu algoritmo, ainda que mediante consentimento dos usuários que cedem sua atividade (MIR, DOCTOROW, 2021; BASTOS, WALKER, 2018). O Twitter igualmente dificulta progressivamente a condução de pesquisas com base no *site* (HEMSLEY, 2019). Casos como esse colocam a válida e necessária proteção dos segredos de mercado das plataformas — os algoritmos de recomendação, afinal, são grande parte do modelo de negócios — em conflito com a liberdade de condução de pesquisas, especialmente diante de apelos por transparência das plataformas.

Realisticamente, só é possível tomar decisões sobre que informações devem ser compartilhadas ou não em posse das ditas informações. Na ausência de obrigações governamentais que toquem particularmente nesse tema, as plataformas são as únicas detentoras das informações, e podem realizar um juízo de conveniência sobre o que querem ou não divulgar. Para mudar esse quadro — ou mesmo institucionalizá-lo de vez — não basta discutir *quais* decisões devem ser feitas, e sim *como* e *por quem*. É fundamental, além de pensar possíveis normas, olhar para o próprio arranjo regulatório.

5. INSTITUIÇÕES REGULADORAS

A questão de qual é o arranjo regulatório apropriado para regular a moderação de conteúdo é tema principal de centenas de textos, baseados

na experiência de diversos países. Não seria possível tratar o tema com a profundidade analítica que ele inspira no presente artigo; o objetivo é apenas traçar breve panorama de quais são as principais preocupações dos atores entrevistados, contrastando isso, quando possível, com experiências internacionais.

Um ator que, por definição, está envolvido no processo estatal de definição de regras é o Legislativo. Contudo, as percepções de como esse poder deve agir, ou age na prática, são incrivelmente variadas. Há aqueles para quem o Legislativo é arena perfeitamente válida de discussão, e o seu funcionamento em matéria de regulação de conteúdo online está se dando de forma saudável e produtiva, ainda que apontem ajustes ou falhas na atuação desse poder.

O deputado Alessandro Molon, relator do Marco Civil da Internet¹⁶, afirma que, ao passo em que a lei foi a melhor solução que poderia ter sido encontrada por ocasião de sua elaboração, os problemas atuais em torno de plataformas são outros, de forma que uma nova arquitetura deve ser construída. Alega ainda que a política de *safe harbor* definida pelo art. 19 é importante para o desenvolvimento de empreendimentos na internet brasileira.

Para uma entrevistada do MCTIC, o ambiente regulatório, por mais que baseado em leis promulgadas há mais de vinte anos, seria “robusto” — o desafio do Legislativo, então, seria o de propiciar sua constante atualização. Continua a entrevistada dizendo que às vezes, motivados pelo anseio de responder a um caso específico de grande monta, o Legislativo acaba introduzindo normas que tem efeitos deletérios, por não serem construídas com uma visão sistêmica.¹⁷ Um entrevistado que trabalha no Judiciário ressaltou que o Legislativo seria o principal poder encarregado de coibir abusos que possam existir na internet, de forma a respeitar a pluralidade de ideias, mas sem *agressão* ou *excesso*. Seria apenas natural que a internet, que é uma invenção relativamente recente, fosse regulada com o passar do tempo.¹⁸

Para outros, o Legislativo, independentemente de sua função precípua de definição de normas, não está apto a liderar a iniciativa da regulação de conteúdo, por uma série de motivos. Uma vez que o processo legislativo é naturalmente demorado, diz uma procuradora¹⁹, o Legislativo leva algum tempo até conseguir alcançar as inovações ocorridas. Para o caso da tecnologia, a entrevistada citou mesmo existir uma barreira geracional: os legisladores, especialmente passados, não teriam noções

16 Trecho de entrevista com Alessandro Molon.

17 Trecho de entrevista com funcionária do MCTIC.

18 Trecho de entrevista com assessor de Juizado Especial Cível.

19 Trecho de entrevista com procuradora do MPE.

essenciais à regulação de tecnologia, de forma que as leis preexistentes não podem ser facilmente aplicadas. O Legislativo estadunidense, quando sabatinou o executivo Mark Zuckerberg, certamente deu indicações desse problema, com legisladores fazendo perguntas primárias e que demonstram mesmo desconhecimento de fatores essenciais das plataformas (ZETLIN, 2018).

Para um assessor do poder Legislativo paulista²⁰, a demora natural do Legislativo para agir, unida a uma certa relutância desse ator de interferir em uma questão ainda tão nova, faria com que o poder público tendesse à inação. O debate público, adiciona, seria importante para direcionar o Legislativo para que atue de forma mais direta, o que seria positivo. Por mais que reconheça que o Legislativo é capaz de impactar a regulação, na visão do entrevistado, a mudança não viria deste poder, e sim de pressões exercidas sobre ele.

Os entrevistados voltaram a divergir sobre qual a abordagem geral que o Judiciário deveria ter diante dos problemas ocorridos em redes sociais. Uma juíza federal ressaltou a semelhança de redes sociais com situações já existentes, indicando que o tratamento dado a situações que ocorrem na internet não necessariamente deve ser diferente simplesmente pela questão ser digital.²¹ Para outros, contudo, a internet é, sim, um meio que demanda tratamento peculiar²², dado que a propagação ocorre de forma muito mais rápida, e essa rapidez é particularmente danosa em casos de pornografia de vingança, discurso de ódio etc. O atraso do direito em relação aos fatos também foi invocado para defender um papel mais “residual” do Judiciário, ficando esse ator atento às mudanças e práticas adotadas²³; para sustentar essa visão, foi mencionada a baixa difusão de especialização em direito e tecnologia entre operadores do direito.²⁴

O Executivo, mencionado mais esporadicamente de forma espontânea, parece ser um ator sobre quem não é depositada muita confiança. Uma desembargadora disse ser um “momento muito complicado” para atribuir ao Executivo esse tipo de ingerência sobre conteúdo.²⁵ Para um assessor do Legislativo, esse tipo de atuação está fora da função institucional do Executivo²⁶. Outro entrevistado, com atuação no Judiciário, vê a atuação do Executivo como necessariamente posterior à atuação do Legislativo, dizendo que só poderia ser regulado algo previamente legislado.²⁷

20 Trecho de entrevista com assessor da Câmara Municipal de São Paulo

21 Trecho de entrevista com juíza federal.

22 Trecho de entrevistas com assessor do TJRJ e assessor de ministro do STJ.

23 Trechos de entrevistas com desembargadores do TJRJ.

24 Trecho de entrevista com assessor de ministro do STJ.

25 Trecho de entrevista com desembargadora.

26 Trecho de entrevista com assessor do Legislativo federal.

27 Trecho de entrevista com assessor de ministro do STJ.

O discurso muda um pouco quando a figura do “Executivo”, mencionado genericamente, dá lugar a uma “agência reguladora”. O que predomina entre os entrevistados é uma ideia vaga de que uma agência reguladora seria benéfica, mas sem que os próprios entrevistados soubessem dizer os motivos. Trechos simbólicos disso são “[n]ão sei se seria uma agência reguladora”²⁸, “agência reguladora [silêncio] Acredito que até possa (...) nunca havia pensado”²⁹ e “talvez pudesse ser também um caminho”.³⁰ Outros mais claramente apontaram que uma agência reguladora poderia minimizar o risco de captura regulatória, aumentando a independência da tomada de decisão³¹, e a possibilidade de separar mais a tomada de decisão técnica do jogo político.

Há mesmo aqueles que desconfiam da eficácia de qualquer forma de intervenção estatal. Para um ministro do STJ, não há muito como progredir através de regulação ou de novas leis; ao invés de eficácia jurídica, o debate deveria ser em torno do amadurecimento social em torno da tecnologia. Os usuários, assim, imporiam a si mesmos e às plataformas limites, utilizando menos — ou mesmo saindo de — plataformas cujas políticas não os agradem, visando diminuir os impactos negativos que percebem que as redes sociais podem ter em sua vida.³²

Por todos os motivos apresentados acima, autores como Evelyn Douek (2019) e Rory van Loo (2020) advogam por um modelo de regulação estatal que priorize a chamada *autorregulação regulada*. É dizer: ao invés de estabelecer as regras que as plataformas devem seguir, caberia ao Estado definir os parâmetros aceitáveis que as regras das plataformas devem respeitar, bem como os valores que devem ser observados por estas. Feito isso, o Estado deveria monitorar a atuação das plataformas, vendo se as instruções colocadas são de fato respeitadas pelo conjunto de medidas de moderação criado pela empresa, e realizando correções em caso contrário.

A ideia da autorregulação também foi trazida por entrevistados. Para um magistrado³³, a velocidade de questões envolvendo a Internet faz com que a autorregulação seja preferível a outros tipos de imposição de normas. Haveria, entretanto, problemas práticos para isso advindos da escala da operação das plataformas, e do fato de que atuam em inúmeros países. Ressalta o entrevistado que os poderes estatais tradicionais estão sempre “atrás” das atuais práticas, e sua percepção profissional indica que há muitos interesses conflitantes a serem tutelados por um arcabouço normativo.

28 Trecho de entrevista com assessor de deputado federal.

29 Trecho de entrevista com assessora da Justiça Federal.

30 Trecho de entrevista com juíza federal.

31 Trecho de entrevista com integrante de organizações da sociedade civil.

32 Trecho de entrevista com ministro do STJ.

33 Trecho de entrevista com desembargador do TJRJ.

Já uma pessoa ligada à ANATEL³⁴ afirmou que a flexibilidade é um valor fundamental para legislar sobre a tecnologia nesse momento, já que as rápidas mudanças tecnológicas poderiam tornar normas impostas a partir de uma concepção específica de tecnologia obsoletas muito rápido. Além disso, seria importante que os reguladores pátrios se atentassem às melhores práticas internacionais.

A experiência dos atores do sistema parece confirmar o alegado pelos textos teóricos sobre a matéria. Para a maioria dos entrevistados, ainda que algum nível de intervenção estatal fosse possível ou desejável, os caminhos regulatórios tradicionais seriam falhos (por mais que o entrevistado não necessariamente tenha sugerido uma alternativa viável). Um ponto muito latente nas entrevistas, trazido por pessoas de diversos setores, foi a falta de especialização dos atores políticos tradicionais para entender as questões específicas às plataformas digitais, e a já mencionada inadequação do tempo do processo legislativo para lidar com a veloz evolução das questões digitais.

Se há, como dito, problemas em deixar que as plataformas sejam os únicos árbitros de suas normas de regulação da expressão, sua *expertise* em lidar com as questões que surgem em seus próprios ambientes não pode ser subestimada (DOUEK, 2019). Não se trata apenas de reconhecer as falhas de intervenções governamentais, mas sim, propriamente, os benefícios da participação da própria plataforma no processo de moderação. Por mais danosas que possam ser as atuais políticas de moderação sob certos prismas, as plataformas enxergam de forma particularmente clara os desafios que certas medidas impõem à escalabilidade da moderação.

Feita essa construção de uma direção que o debate poderia tomar no Brasil, vale também analisar o que está ocorrendo na prática. Como visto, as pessoas envolvidas na regulação de conteúdos têm visões totalmente diferentes de como conjugar os diferentes atores. O Legislativo é, para alguns, o lugar mais legítimo de definição de regras e parâmetros, enquanto outros apontam falhas técnicas e problemas estruturais em sua atuação. Igualmente, o Judiciário oscila entre pioneiro na adaptação das regras existentes à nova realidade e instância que não deve se envolver profundamente nesse processo, respondendo ao determinado por outros atores.

O que ocorre nesse contexto, a despeito das iniciativas que já foram empreendidas pelos entes estatais, é a existência de um certo “vácuo”: o progresso das plataformas não cessa, e as questões de interesse social que surgem a partir daí não encontram intervenção estatal. Não há um ator estatal que inequivocamente tome para si a responsabilidade de ser o “pioneiro”; na prática, isso significa que as decisões tomadas pelas

34 Trecho de entrevista com funcionário da ANATEL.

companhias encontram pouca oposição efetiva, intensificando as críticas já reproduzidas à possível arbitrariedade desse processo.

Assim, presenciamos atualmente uma investida do Executivo federal para ocupar o papel de organizador da regulação. Depois de manifestações do Presidente contrárias à lógica de moderação das plataformas (VIDON, 2021), está mesmo em discussão uma minuta de decreto³⁵ regulamentador do Marco Civil, que altera as regras envolvendo moderação de forma a tornar a *proibição* da remoção de conteúdos por plataformas a regra. É difícil estimar precisamente o impacto dessa mudança: contudo, se o Executivo elabora o decreto depois de oficiais do governo terem conteúdo definido como “desinformação”, podemos imaginar que o combate às *fake news* se tornará mais difícil. Independentemente da valoração que se faça do decreto — que parece ir na contramão das melhores práticas —, o texto aparenta contrariar as disposições do Marco Civil, lei que regulamentaria, sendo inválido (VARGAS, 2021). Isso evidencia que o Executivo está contornando as instâncias apropriadas de diálogo (no caso, o Congresso Nacional), tentando alocar para si um protagonismo na regulação.

Para além da questão de qual é o arranjo ideal para regular, há alguns apontamentos feitos pelos entrevistados sobre *como* a regulação deve ser conduzida, de forma geral. Assim, é importante analisar esse ângulo mais detidamente.

6. DIRETRIZES PARA A REGULAÇÃO

Há alguns pontos centrais para a regulação que dizem respeito a como enfrentar equilíbrios entre valores específicos. Como brevemente mencionado em outras passagens desse texto, os diferentes entes envolvidos na definição de normas têm suas próprias características e incentivos contrastantes. Assim, a presente seção olhará mais detidamente para o papel das plataformas no processo, chegando à ideia de autorregulação regulada, e brevemente mencionando questões de devido processo legal.

Se essa diferença em objetivos e métodos pode indicar um certo descompasso entre entes estatais e plataformas, também ilustra a teia de interesses que há em jogo quando visamos regular a expressão. Sem dúvida, as próprias empresas possuem muito mais *expertise* para a regulação, estando muito mais capacitadas para lidar com a escala das decisões do que os Estados, cujo processo principal de normatização — o processo legislativo — simplesmente não é célere o suficiente para lidar com todas as mudanças à Internet. Para que se tenha uma ideia, ainda em 2017, o Facebook estimava moderar cem milhões de postagens por

35 A minuta pode ser encontrada em https://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2021/05/SEI_53115.012742_2021_90.pdf.

mês (ZUCKERBERG, 2017). Contudo, se a exploração econômica dos algoritmos é algo cujas consequências são de tanto interesse público, também não é desejável que as plataformas sejam totalmente soberanas nas decisões que tomam. Regulá-las nesse aspecto possui suas peculiaridades, mas não é correto analisar a regulação da moderação de conteúdo como totalmente desvinculada de formas pré-existentis de regulação (VAN LOO, 2020).

As plataformas, vistas como um conjunto de atores, são heterogêneas; não é proveitoso, muitas vezes, traçar normas específicas que todas tenham de seguir, já que a realidade tecnológica de cada uma significa que os impactos da regulação variarão significativamente. Via de regra, os agentes estatais que elaboram as normas reguladoras não conhecem as funcionalidades específicas das plataformas que podem afetar as normas, o que pode tornar os controles impostos ineficazes, ou mesmo ter efeitos negativos.

Essa dinâmica foi ilustrada no corpo de entrevistas por uma pessoa ligada ao setor de tecnologia.³⁶ De forma muito reveladora, foi afirmado que há um “limbo” entre a regulamentação e a prática das plataformas. Uma vez que as plataformas seriam movidas pela mentalidade empresarial, existiria mesmo uma certa propensão ao risco: calculando que os custos de implementação da regulação seriam altos, e a probabilidade de detecção do não cumprimento é baixa, devido à falta de conhecimento tecnológico dos fiscalizadores, o mais favorável às plataformas seria descumprir a regulação. Além disso, a defasagem da regulação em relação à tecnologia forneceria brechas para que as empresas não fossem responsabilizadas por violar a lei, mas sem também seguir o seu espírito.

A pessoa entrevistada diz, inclusive, o que acredita ser o principal problema causador desses ruídos: a falta de comunicação entre regulação e tecnologia. Os especialistas em ambas as áreas não trocariam informações de forma efetiva, levando a dois problemas. Primeiro, a elaboração da regulação imporia obrigações inexecutáveis às empresas de tecnologia, e forneceria incentivos ao descumprimento. Segundo, a nível da execução, os conhecedores das leis e os responsáveis técnicos pela sua implementação não travariam um diálogo efetivo, amplificando o problema.

Não podemos acreditar que leis mais rigorosas são, *per se*, a solução para os problemas de moderação. Como dito, a reação das plataformas e demais empresas de tecnologia diante de medidas percebidas como especialmente custosas e disruptivas de suas operações muitas vezes é *ignora-las*, julgando que os custos de uma potencial multa — juntos à pouca probabilidade de que ela seja aplicada — são menores do que os custos da adequação. Querer excluir as plataformas do processo decisório pode

36 Trecho de entrevista com funcionária de plataformas digitais.

levar à elaboração de regras que não podem ser razoavelmente cumpridas — e não o serão.

Isso não quer, contudo, dizer que o *insight* das plataformas deve sempre prevalecer às diretrizes governamentais. Kate Klonick, em um texto sobre iniciativas de moderação do Facebook (2020), reproduz um alerta que chama de “pessimista”: as plataformas frequentemente empregarão iniciativas de moderação como forma de *evitar* a mudança. A lógica é que, ao demonstrarem publicamente que estão cooperando, através de iniciativas inócuas, as plataformas evitam que pressões populares e governamentais sejam direcionadas a medidas que impactariam de forma mais direta os problemas (2020, p. 2488). Também seria veiculada a crítica que, ao estabelecer procedimentos externos de tomada de decisão, as plataformas poderiam isentar-se da responsabilidade ao indicar que estão meramente seguindo as instruções de terceiros.

Aqui, a experiência internacional oferece algumas reflexões que merecem ser reproduzidas (FRANÇA, 2019, p. 2). Primeiro, uma forma de simultaneamente aumentar a eficiência dos regulamentos feitos e facilitar sua elaboração é objetivar que o regulamento abranja variadas plataformas, independentemente do modo de operação de uma delas em específico. Se os princípios forem aplicáveis a plataformas em geral, sem focar em detalhes de operação, será muito mais simples monitorar seu cumprimento. Segundo, os valores norteadores do regulamento, especialmente no que se refere à sua relação com a sociedade civil, devem ser a transparência e a inclusão: é dizer, o público deve estar plenamente informado e ser capaz de interferir de forma significativa no processo de elaboração das regras.

Terceiro, a intervenção por parte das plataformas deveria ser mínima. Por mais que, como já exposto, diferentes tradições jurídicas elaborem reflexões inteiramente diferentes sobre qual o nível de proteção que deve ser destinado à expressão, é certo que a expressão nas plataformas é merecedora de proteção, e não é dado às administradoras da plataforma que livremente decidam censurar expressão. Por último, a instância capacitada para realmente avaliar a *legalidade* de um conteúdo seria o Poder Judiciário, não as plataformas, e essa decisão não pode ser validamente delegada.

O fato de essa ser a experiência europeia, contudo, não impõe que devamos construir um modelo regulatório baseado nas mesmas diretrizes. A principal questão é entender quais são os *tradeoffs* envolvidos e como os diferentes valores que idealmente devem ser preservados pela regulação se relacionam na prática.

Para Evelyn Douek (2019), frequentemente analistas tendem por enfatizar a falta de devido processo legal ou transparência dos processos de moderação adotados pelas plataformas, ao compará-los diretamente

com o nível de garantias presente no sistema Judiciário, por exemplo. Citando a questão da escala — mesmo pequenas perdas de celeridade no processo têm reflexos muito grandes —, Douek opta por uma abordagem mais “realista”: ao passo em que é importante exigir que noções de devido processo sejam incorporadas às ferramentas das plataformas, estabelecer a perfeição como ponto de partida significa que ajustes pequenos, mas significativos, podem ser ignorados. É importante olhar para as regras de procedimento como um sistema, contabilizando os ganhos e perdas que causam sobre valores como a celeridade e o devido processo, que muitas vezes estão em tensão.

Expandindo um pouco o argumento, podemos até mesmo pensar que a busca pela celeridade (e pela chamada “escalabilidade”, isto é, a possibilidade de implantar massivamente um procedimento) às vezes *favorece* noções tradicionais de devido processo. Impedir que todos os casos tenham acesso a um recurso, medida bastante contrária ao devido processo em um contexto estatal, pode acabar por aumentar a consistência das decisões, dependendo menos do sem-número de moderadores das plataformas, que frequentemente não recebem orientações claras e são instruídos a resolverem os casos com grande velocidade.

Esse apelo pela adoção de normativas procedimentais encontra eco na obra de outros autores. Para Roberta Maia (2020, p. 100), a adoção das chamadas cláusulas gerais, que expressam valores a serem observados ao definir as obrigações específicas dos entes regulados, ajuda a conferir unidade ao sistema regulador face a rápidas mudanças tecnológicas. Como Hartmann (2020, p. 9) pontua, o estabelecimento de normativas procedimentais pode ser efetivo no âmbito da regulação de plataformas — como, por exemplo, regras que versem sobre deveres de transparência e responsabilidade. Sem que seja dada diretamente a atores estatais a competência de moderar conteúdo com base no que está sendo dito, seria benéfico um sistema em que o Estado³⁷ fiscaliza como as regras adotadas pelas plataformas incorporam as diretrizes colocadas pela regulação.

Como já dito, a máxima “code is law”, frequentemente repetida no meio acadêmico, impõe o reconhecimento de que as escolhas técnicas de estruturação dos ambientes digitais detêm enorme influência sobre o comportamento dos usuários. No dizer de Keller (2020, p. 3), haveria um foco excessivo da regulação brasileira em conteúdo individual, a partir, por exemplo, da criminalização e da imposição de outras formas de responsabilização. Isso não apenas traria complicações relacionadas a direitos humanos e legitimidade, já que essas medidas poderiam infringir garantias de expressão essenciais, como não resolveria as questões essenciais

37 Para Hartmann, a Administração Pública é agente capacitado para isso, ainda que o argumento não seja necessariamente contingente a esse ponto.

que causam os problemas, razão pela qual mais medidas estruturais vêm sendo recomendadas. Sem deixar de reproduzir o alerta da autora sobre a possibilidade de igualmente violar direitos através de regulação estrutural das plataformas, para os objetivos regulatórios discutidos nesse artigo, as medidas estruturais discutidas por Keller são muito mais aptas à resolução do conflito do que um pensamento individualizado em casos.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No cenário regulatório atualmente existente, não apenas atores estatais podem intervir, como os próprios gestores da rede, motivados ou não por pressão da sociedade civil, por vezes agem sem a existência de obrigações. De fato, uma das principais ideias refletidas na maior parte da literatura é que “code is law”, i.e., as escolhas técnicas que estruturam as plataformas também condicionam a atuação de seus usuários. A regulação, assim, tem de ser feita com base em uma noção clara do papel de cada um dos atores do sistema.

Os problemas delimitados ao longo desse artigo não são de fácil resolução; na realidade, são princípios que devem ser mantidos em mente ao longo do processo de definição de normas. De qualquer forma, há algumas recomendações feitas ao longo do texto que valem ser explicitadas. Se há um vácuo de poder — ou, de forma mais geral, uma situação em que os autores não estão completamente certos de suas competências —, é importante que o papel de cada poder seja claramente definido. A partir das obras apresentadas, o Legislativo poderia ter o papel de definir normas procedimentais, olhando para alterações estruturais (VAN LOO, 2020; KELLER, 2020); o Executivo fiscalizaria como essas normas são interpretadas na prática pelas plataformas (HARTMANN, 2020); e o Judiciário serviria como fiscal da legalidade de publicações e intervenções da plataforma (FRANÇA, 2019). Este é, por óbvio, apenas um arranjo possível.

Acredito que um foco na chamada autorregulação regulada teria muitas vantagens comparativas. Para além da facilidade de elaboração das normas e da desnecessidade de que os reguladores as convertam para o funcionamento específico de cada plataforma, essa abordagem possibilita aos reguladores focar sua atenção no equilíbrio de direitos enfrentado pela regulação. Sendo as plataformas um lugar privilegiado de exercícios de direitos fundamentais como a expressão e a liberdade econômica, podemos pensar que as regras que os tutelam não admitiriam alto grau de flexibilização. Por outro lado, é importante perceber que valores de fundamental importância na organização da legislação processual comum, como a transparência, a celeridade e mais genericamente o devido processo legal, estão inseridos em um paradigma totalmente diferente quando discutimos a moderação de conteúdo online, e uma visão

que não esteja particularmente atenta aos impactos sistêmicos da imposição de uma norma não é adequada para regular esse espaço.

Sendo a evolução do tema constante, a regulação deve também ser capaz de se atualizar, ou não será capaz de atender aos desafios que constantemente surgem.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAPTISTA, P.; KELLER, C. I. Por que, Quando e como regular as novas tecnologias? os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 273, p. 123-163, 2016.

BASTOS, M.; WALKER, S. Facebook's data lockdown is a disaster for academic researchers. **The Conversation**, 11 abr. 2018. Disponível em: <https://theconversation.com/facebook-data-lockdown-is-a-disaster-for-academic-researchers-94533>. Acesso em: 14 de maio de 2021.

BENNETT MOSES, L. How to Think About Law, Regulation and Technology: Problems with 'Technology' as a Regulatory Target Law. **Innovation and Technology**, p. 1-20, 2013.

DOUEK, E. Verified Accountability. Self-Regulation of Content Moderation as an Answer to the Special Problems of Speech Regulation. **Aegis: Security Policy in Depth**, Set. 2019. (28p.) Disponível em: <https://www.lawfareblog.com/verified-accountability-self-regulation-content-moderation-answer-special-problems-speech-0>.

FRANÇA. Creating a French Framework to Make Social Media Platforms More Accountable: Acting in France with a European Vision. **Ministério de Assuntos Digitais**, 2019.

GOLDMAN, E. Content Moderation Remedies. **Michigan Technology Law Review**, 2021. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3810580.

GORWA, R.; BINNS, R.; KATZENBACH, C. Algorithmic Content Moderation: Technical and Political Challenges in the Automation of Platform Governance. **Big Data & Society**, v. 7, n. 1, 15p., 2020. Disponível em: <https://www.hiig.de/wp-content/uploads/2020/03/Algorithmic-content-moderation.pdf>.

HARTMANN, I. A. A New Framework for Online Content Moderation. **Computer Law & Security Review**, v. 36, p. 105376, 2020a.

HARTMANN, I. A Liberdade de Expressão nas Decisões de Primeira Instância do TJ-RJ. **Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)**, Fortaleza, v. 18, n. 27, p. 13-44, fev. 2020b.

HELDT, A. Reading Between the Lines and the Numbers: An Analysis of the First NetzDG Reports. **Internet Policy Review**, v. 8, n. 2, 2019. DOI: 10.14763/2019.2.1398 (22p.).

HEMSLEY, J. Social Media Giants are Restricting Research Vital to Journalism. **Columbia Journalism Review**, 11 jul. 2019. Disponível em: https://www.cjr.org/tow_center/facebook-twitter-api-restrictions.php. Acesso em: 19 ago. 2021.

JIALUN, A. J. et al. Moderation Challenges in Voice-based Online Communities on Discord. **Proceedings of the ACM on Human-Computer Interaction**, v. 3, CSCW 2019, p. 1-23, 2019.

KADRI, T. Digital Gatekeepers. **Texas Law Review**, v. 99, 2021. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3665040>.

KELLER, C. I. Don't Shoot the Message: Regulating Disinformation Beyond Content in Brazil, 2020. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3764499>.

KLONICK, K. The Facebook Oversight Board: Creating an Independent Institution to Adjudicate Online Free Expression. **Yale Law Journal**, v. 129, 2418, 2020. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3639234>.

LESSIG, L. **Code and Other Laws of Cyberspace**. New York: Basic Books, 1999.

MAIA, R. M. M. O Legítimo Interesse do Controlador e o Término do Tratamento de Dados Pessoais. *In*: MULHOLLAND, C. (Org.). **A LGPD e o Novo Marco Normativo no Brasil**, 2020.

MIR, R.; DOCTOROW, C. Facebook's Attack on Research is Everyone's Problem. **Eff**, 12 ago. 2021. Disponível em: <https://www.eff.org/deeplinks/2021/08/facebooks-attack-research-everyones-problem>. Acesso em: 20 de agosto de 2021.

SOUZA, C. A. et al. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: uma transformação na tutela dos dados pessoais. *In*: MULHOLLAND, C. (Org.). **A LGPD e o Novo Marco Normativo no Brasil**, 2020.

STEWART, E. Lawmakers Seem Confused about what Facebook does — and How to Fix it. **Vox**, 10 abr. 2018. Disponível em: <https://www.vox.com/policy-and-politics/2018/4/10/17222062/mark-zuckerberg-testimony-graham-facebook-regulations>. Acesso em 27 de julho de 2021.

SUZOR, N. et al. What Do We Mean When We Talk About Transparency? Toward Meaningful Transparency in Commercial Content Moderation. **International Journal of Communication**, v. 13 (2019), p. 1526-1543. Disponível em: <https://ijoc.org/index.php/ijoc/article/view/9736/2610>.

TUFEÇKI, Z. **Twitter and Tear Gas: The Power and Fragility of Networked Protest**. Yale University Press, 2017. Disponível em: <http://www.twitterandteargas.com>.

TWITTER tags Trump tweet with fact-checking warning. **BBC**, 27 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/technology-52815552>. Acesso em 11 de abril de 2021.

VAN LOO, R. Federal Rules of Platform Procedure. **University of Chicago Law Review**, no prelo. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3576562>.

VARGAS, M. Bolsonaro Prepara Decreto, Considerado Ilegal, para Limitar Retirada de Posts e Perfis das Redes Sociais. **Folha de São Paulo**, 20 mai. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/05/governo-prepara-decreto-para-limitar-retirada-de-posts-e-perfis-das-redes-sociais.shtml>. Acesso em: 12 de julho de 2021.

VIDON, F. Bolsonaro Reclama do Facebook e Defende Aumento de Tributação para Redes Sociais no Brasil. **O GLOBO**, 15 fev. 2021. Disponível em: <https://blogs.oglobo.globo.com/sonar-a-escuta-das-redes/post/bolsonaro-reclama-do-facebook-e-defende-aumento-de-tributacao-para-redes-sociais-no-brasil.html>. Acesso em 10 de agosto de 2021.

ZETLIN, M. The 9 Weirdest and Most Hilarious Questions Congress Asked Mark Zuckerberg. **Inc.** Disponível em: <https://www.inc.com/minda-zetlin/mark-zuckerberg-congress-hearings-funny-stupid-questions.html>. Acesso em: 26 jul. 2021.

ZINGALES, N; BELLI, L. **Platform Value(s): A Multidimensional Framework for Online Responsibility**, 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3488282>.

ZUCKERBERG, M. Building Global Community. **Facebook**, 2017. Disponível em: <https://web.facebook.com/notes/3707971095882612/>. Acesso em: 16 de agosto de 2021.

MECANISMOS DE PARTICIPAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS FEDERAIS: O CASO DA AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL)

Orientadora: Patrícia Regina Pinheiro Sampaio¹

Co-orientadora: Natasha Schmitt Caccia Salinas²

Alunos: Luiz Matheus Tavares Pompeu e Saulo Rodrigues Rocha³

Área de concentração: Economia, Intervenção e Estratégias
Regulatórias

Linha de pesquisa: Regulação, Economia e Mercado

Projeto de pesquisa: Regulação em Números

Sumário: 1. Introdução; 2. Objetivos; 3. Metodologia e atividades desenvolvidas em 2020-2021; 4. Resultados obtidos; 5. Principais achados deste relatório; 6. Referências bibliográficas

Resumo

A literatura mais moderna aponta quatro motivos inspiradores da implementação de mecanismos participativos por agências reguladoras diante do seu poder regulamentar: (i) conferir legitimidade democrática às decisões das agências; (ii) reduzir assimetrias de informação entre agentes políticos e órgãos reguladores; (iii) dar mais transparência às decisões tomadas pelas agências; (iv) aprimorar a qualidade das decisões tomadas pelos órgãos reguladores. A existência de fatores institucionais internos e externos que têm o condão de incrementar em maior ou menor medida a aderência de contribuintes às consultas públicas ainda não é clara. Neste trabalho, mirou-se o objetivo de identificar a origem dos interesses que gravitam em torno das regulações destinadas ao controle do setor de telecomunicações, com enfoque especial sobre a ANATEL. Com a análise de aproximadamente quatrocentas consultas públicas e a elaboração de

1 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.

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.

3 Graduandos da FGV Direito Rio.

parâmetros de correspondência entre os mecanismos de deliberação e o perfil dos contribuintes, buscou-se o mapeamento desses interesses de acordo com subcategorias identificáveis. Ao final, a base de dados construída a partir da metodologia empregada permitiu a visualização gráfica da incidência, frequência e impacto dos participantes e de suas contribuições, bem como do lapso temporal das agências para a apreciação das sugestões submetidas.

Palavras-chave

Agências reguladoras; Agência Nacional de Telecomunicações

Abstract

The most modern literature points out four inspiring reasons for implementing participatory mechanisms by regulatory agencies in the face of their regulatory power: (i) to confer democratic legitimacy to the decisions of the agencies; (ii) to reduce information asymmetries between political agents and regulatory bodies; (iii) to provide more transparency to the decisions made by the agencies; (iv) to improve the quality of decisions made by regulatory bodies. The existence of internal and external institutional factors that can increase to a greater or lesser extent the adherence of taxpayers to public consultations is still not clear. This study aimed to identify the origin of the interests that revolve around regulations aimed at controlling the telecommunications sector, with a special focus on ANATEL. By analyzing approximately four hundred public consultations and developing correspondence parameters between deliberation mechanisms and contributor profiles, the mapping of these interests according to identifiable subcategories was sought. In the end, the database constructed from the methodology employed allowed for the graphical visualization of the incidence, frequency, and impact of participants and their contributions, as well as the temporal lapse of agencies for the appreciation of submitted suggestions.

Keywords

Regulatory agencies; National Telecommunications Agency.

1. INTRODUÇÃO

Com a reformulação do Estado brasileiro promovida pela reforma gerencial de 1995, buscou-se torná-lo “um agente efetivo e eficiente de regulação do mercado e de capacitação das empresas no processo competitivo internacional” (BRESEER PEREIRA, 2001, p. 22). Para isso, foram criadas diversas agências reguladoras no âmbito federal, com o fito de “garantir o equilíbrio entre as empresas reguladas, os consumidores e o governo, de

forma imparcial” (DA SILVA, 2012, p. 972), como é o caso da ANATEL, que regula o setor de telecomunicações no Brasil.

O presente trabalho buscou analisar, no âmbito da ANATEL, a característica regulatória referente ao processo de elaboração de normas. A competência normativa das agências reguladoras surge como uma forma de liberar o Congresso de lidar com um número muito maior de problemas (já que seria inviável submeter para apreciação legislativa todas as matérias reguladas pelas agências) e permitir que as decisões sejam tomadas por pessoas tecnicamente mais capacitadas (KERWIN; FURLONG, 2019, p. 162).

Nesse sentido, como há uma delegação do poder normativo do Legislativo sobre essas matérias regulatórias para as agências reguladoras, que compõem um ramo não eleito do governo (GOLDEN, 1998, p. 246), a realização de audiências e consultas públicas se torna extremamente relevante. Isso porque a participação pública, para além de trazer legitimidade ao processo de elaboração das normas (*rulemaking*), também traz “racionalidade”, no sentido de que a participação aumenta a autoridade (*enhance*) da norma, as pessoas que serão reguladas por ela participam da sua formulação (KERWIN; FURLONG, 2019, p. 163).

Além disso, a participação pública, por um lado, beneficia as agências, ao permitir que recebam contribuições que as ajudem a tomar uma decisão mais informada, e, por outro lado, beneficia a sociedade ao trazer um processo regulatório legítimo e que gera normas de qualidade superior (COGLIANESE; KILMARTIN; MENDELSON, 2009, p. 962).

Feita esta breve introdução sobre o processo de elaboração normativa das agências reguladoras, passa-se, no próximo tópico, para a exposição dos objetivos do presente trabalho. Na sequência, apresentam-se a metodologia e os resultados obtidos com o estudo realizado. Ao fim, é feita uma breve conclusão sobre os aspectos mais relevantes encontrados.

2. OBJETIVOS

Os objetivos do trabalho consistem em:

1. Analisar os mecanismos de participação social no processo regulatório da ANATEL, de maneira a extrair conclusões empíricas acerca do perfil dos contribuintes desses mecanismos e acerca da taxa de impacto positivo que diferentes perfis possuem;
2. Construir uma base de dados que contenha uma ampla amostra de contribuições recebidas pela ANATEL através de mecanismos de participação social no processo regulatório e que possa servir de base para futuros trabalhos empíricos na área de Direito da Regulação.

3. METODOLOGIA E ATIVIDADES DESENVOLVIDAS EM 2020-2021

O projeto de pesquisa iniciou-se em agosto de 2020, com a leitura e discussão de diversos textos da doutrina nacional e estrangeira especializadas em direito regulatório, mais especificamente no processo de elaboração normativa (“*rulemaking*”).

Após esse estudo teórico sobre *rulemaking*, envolvendo a transparência dos mecanismos, participação pública e captura das agências, bem como os encontros on-line semanais entre os participantes do projeto para discussão dos aspectos mais relevantes sobre o tema, passou-se para uma avaliação empírica das consultas públicas da ANATEL.

No terceiro trimestre de 2020, foi feita uma primeira versão de amostra dos mecanismos, destinada a ser preenchida por três pesquisadores vinculados ao projeto Regulação em Números. No entanto, com o ingresso de mais um pesquisador após pouco mais de um mês de trabalho, optou-se por recalcular a amostra, de forma a evitar a produção de um viés decorrente de dois processos de seleção distintos.

A opção por construir uma amostra estratificada por objetivo baseou-se na experiência prévia dos participantes do Projeto Regulação em Números ao elaborarem uma amostra para a análise do impacto das contribuições oferecidas aos mecanismos da Aneel. Na ocasião, após a realização de uma amostra inicial aleatória, constatou-se que o perfil das participações variava de acordo com o objetivo do mecanismo e que, portanto, seria interessante fazer uma análise estratificada por objetivo. Para a amostragem dos mecanismos da ANATEL, portanto, o processo já se iniciou com uma amostra estratificada por objetivos, na medida em que as mesmas características que levaram a essa opção no caso da Aneel também estavam presentes para a ANATEL.

O critério que orientou a decisão acerca do tamanho da amostra foi a capacidade de trabalho dos pesquisadores incumbidos de classificar as contribuições. Novamente, a estimativa do número de mecanismos que comporiam a amostra foi pautada pela experiência prévia com a construção da amostra da Aneel. Para os três pesquisadores inicialmente incumbidos de classificar os mecanismos, foi construída uma amostra com total de 318 mecanismos, sendo que cada pesquisador ficaria incumbido de classificar as informações de 106 mecanismos.

O número de mecanismos classificados em algumas categorias de objetivo, contudo, não permitia que a regra de estratificação fosse de proporções equivalentes entre todas as categorias. A categoria Produção de Conhecimento possuía apenas 22 mecanismos na base, a categoria Políticas Públicas possuía apenas sete mecanismos na base e a categoria

Agenda Regulatória possuía apenas quatro mecanismos na base. Assim sendo, optou-se por incluir todos os mecanismos dessas três categorias, chegando a um total de 33 mecanismos.

Os demais 285 mecanismos foram divididos de acordo com as proporções das categorias remanescentes. Como a categoria Atos e Contratos possuía um total de 712 mecanismos na base, e a categoria Normas e Regulamentos possuía um total de 517 mecanismos na base, chegou-se à conclusão de que a primeira categoria é cerca de 1,38 vezes maior do que a segunda. Para manter essa proporção de forma aproximada, foi selecionado então, aleatoriamente, 165 mecanismos da categoria Atos e Contratos e 120 mecanismos da categoria Normas e Regulamentos, chegando ao total previsto de 318 mecanismos na amostra. Esses mecanismos foram aleatoriamente distribuídos entre os participantes.

Como dito, no entanto, um novo pesquisador pôde participar do projeto após pouco mais de um mês de trabalho dos demais. Para evitar um viés de seleção, optou-se por recalcular toda a amostra, dessa vez estabelecendo um total de 400 mecanismos ao total, 100 por pesquisador. Adotando-se a mesma regra de divisão, chegou-se à seleção aleatória de 213 mecanismos da categoria Atos e Contratos e de 154 mecanismos da categoria Normas e Regulamentos, além dos 33 mecanismos que compunham o universo total das três categorias menores.

No momento em que a amostra foi recalculada, contudo, vinte mecanismos já haviam sido preenchidos pelos pesquisadores. Optou-se, então, por manter esses registros na base, tendo em vista que compunham apenas 5% do total de mecanismos, todos haviam sido distribuídos de forma aleatória entre as categorias Normas e Regulamentos e Atos e Contratos e, portanto, não havia motivos para acreditar que eles introduziriam vieses na análise.

Outra mudança ocorrida ao longo dos trabalhos foi a alteração da forma como os dados estavam estruturados. Inicialmente havia-se optado por utilizar os participantes como unidade básica de análise, na medida em que esse critério de organização era útil para agilizar as classificações. Assim sendo, todas as manifestações eram agregadas no nível do participante: se um agente oferecesse cinco contribuições, três delas rejeitadas e duas aceitas, o registro indicaria apenas o número total em cada categoria de impacto e a classificação do participante.

No entanto, ao longo das análises, surgiu o interesse de construir uma base de dados que permitisse, posteriormente, estudos qualitativos a respeito do conteúdo de cada contribuição e da relação de variáveis qualitativas com a resposta da agência. Para isso, seria necessário classificar o impacto de cada contribuição, de forma desagregada. Percebeu-se, ainda, que a ANATEL publicava todas as contribuições recebidas em seus mecanismos em seu portal digital.

Dessa forma, em fevereiro de 2021, foi implementada uma solução de extração automática de dados (webscrapping) para coletar todos os dados disponibilizados pela agência acerca das contribuições recebidas, incluindo o texto integral de cada contribuição. Essa solução foi implementada para os 285 mecanismos que ainda faltavam ser classificados àquela altura, e foi gerada uma nova planilha de classificação destinada a auxiliar esse trabalho. Esses mecanismos formaram então uma subcoleção de casos que poderá ser utilizada no futuro para estudos qualitativos acerca das contribuições recebidas pela ANATEL.

Para avaliar o impacto das contribuições, elas foram classificadas com o nome ou razão social do contribuinte e a classificação da resposta dada pela ANATEL em cinco categorias distintas: aceitas, rejeitadas, não se aplica (N/A), não está claro (N/C) e não disponível (N/D). Para diferenciar as contribuições aceitas e não aceitas seguiu-se a indicação dada pela própria agência, mas foram consideradas como aceitas as contribuições que a agência acatou apenas parcialmente. Essa regra simplificadora foi empregada porque diferentes agências adotaram critérios distintos para classificar uma contribuição como “parcialmente aceita”. Assim, optou-se por uma codificação simplificada do impacto das contribuições que permitisse comparações futuras entre as agências.

A categoria N/A foi utilizada para casos em que a agência não estava em condições de aceitar ou não o teor da contribuição. Isso ocorre quando a contribuição não oferece nenhuma sugestão concreta, quando foge do tema da consulta, ou quando pede algo que está fora das competências da agência. A categoria N/C foi utilizada para casos em que, embora a agência tenha respondido diretamente uma determinada contribuição, o texto de resposta não permite concluir com certeza se a agência acatou ou não a sugestão do contribuinte. Por vezes a agência faz comentários gerais à contribuição, sem oferecer resposta definitiva, ou em outros casos a agência ignora, em sua resposta, aspectos importantes da contribuição oferecida. Por fim, a categoria N/D foi utilizada para os casos em que a agência não dá uma resposta à contribuição.

Também, os contribuintes foram classificados nas seguintes categorias: (1) Agente econômico regulado, (2) Agente econômico não regulado, (3) Indivíduo interessado, (4) Consumidor/usuário, (5) Ator governamental, (6) Profissional do Setor, (7) Agente público, (8) Radioamadores, e (9) Outros. Além disso, avaliou-se, em cada uma dessas categorias, se o agente poderia ser classificado como entidade representativa da categoria, ou não, bem como se era um ator estatal, ou não.

Agente econômico regulado: São agentes econômicos regulados aquelas pessoas jurídicas sujeitas à regulamentação da ANATEL, divididas em dois subgrupos: os prestadores de serviços de telecomunicações (ex:

prestadora de internet) e os fabricantes de produtos de telecomunicações (ex: fabricante de satélites).

Agente econômico não regulado: Os agentes econômicos não regulados são os contribuintes que desempenham atividade econômica empresarial não regulada pela ANATEL. É o caso, por exemplo, da Vale e da Petrobrás.

Indivíduo interessado: Foram classificados como indivíduos interessados todos os indivíduos que se manifestam na qualidade de pessoas físicas, sem especificar o grupo de interesses a que pertencem, seja por meio do preenchimento do campo “Entidade”, seja se identificando dentro de uma das classificações por meio da contribuição ou da justificativa desta. Pelo fato de muitos participantes não indicarem uma pessoa jurídica vinculada ou darem pistas de que estivessem contribuindo na condição de “consumidores/usuários”, “profissionais do setor”, “agentes públicos” ou “radioamadores”, foram classificados como indivíduos interessados.

Consumidor/usuário: Nessa categoria se inserem os indivíduos que se apresentam expressamente, no texto da contribuição ou de sua justificativa, como consumidores ou usuários do serviço de telecomunicações.

Ator governamental: Classificou-se como ator governamental as organizações estatais não empresariais, pertencentes a órgãos dos três poderes, bem como os órgãos de controle (ex: tribunais de contas, Controladoria Geral da União), o Ministério Público, entre outros. Em alguns casos, constata-se também a participação de membros da própria agência — geralmente de uma superintendência distinta da que lançou o mecanismo — que se utilizam do mecanismo de participação para apresentar suas experiências com o objeto discutido, ou com temas correlacionados, e oferecer sugestões acerca das soluções mais apropriadas.

Profissional do Setor: Foram classificados na categoria de profissionais do setor os agentes que possuem conhecimento técnico específico acerca do setor de telecomunicações ou desempenham atividade profissional específica e ligada ao setor, tais como engenheiros, os funcionários do corpo técnico das empresas que atuam no setor de telecomunicações, entre outros. Considerou-se relevante separar esses casos que, apesar de não necessariamente representarem os interesses dos agentes econômicos regulados, possuem relação diferenciada com os problemas do setor, tendo em vista os conhecimentos especializados de que tais agentes dispõem e sua experiência acumulada.

Agente público: Foram classificados na categoria dos agentes públicos os indivíduos que se manifestam nos mecanismos de participação da ANATEL afirmando que atuam em órgãos do governo, mas que

apresentam suas contribuições em caráter pessoal, sem representar o órgão em que atuam.

Radioamador: Incluiu-se na categoria de radioamador as pessoas físicas que assim se identificaram. Conforme o art. 4º, VI, do Regulamento do Serviço de Radioamador, anexo à Resolução nº 449/06 da ANATEL, o radioamador é a pessoa habilitada a operar estação do Serviço de Radioamador, sendo este “o serviço de telecomunicações de interesse restrito, destinado ao treinamento próprio, intercomunicação e investigações técnicas, levadas a efeito por amadores, devidamente autorizados, interessados na radiotécnica unicamente a título pessoal e que não visem qualquer objetivo pecuniário ou comercial.” Pelo fato de serem pessoas físicas reguladas pela ANATEL, logo não poderiam ser classificados como agente econômico regulado, já que esta é uma categoria exclusiva para pessoas jurídicas, de modo que foi necessário incluir essa classificação específica, tendo em vista que algumas consultas públicas são direcionadas para essa classe.

Outros: Todas as demais entidades não pertencentes a nenhuma das categorias anteriores, como universidades, sindicatos de trabalhadores, escritórios de advocacia, dentre outros, foram classificadas na categoria outros.

4. RESULTADOS OBTIDOS

4.1. Contribuições

Para a análise da quantidade e classificação dos mecanismos, dos tempos de preparação e de resposta, e dos dados de transparência que empreendemos até aqui, trabalhamos com o universo total de consultas e audiências públicas da ANATEL com prazo final para contribuições até 31/12/2019. O número total de participantes e a classificação desses participantes em categorias foram também empreendidos para todo esse universo de mecanismos.

O estudo das contribuições oferecidas nos mecanismos e do impacto dessas contribuições, por outro lado, foi realizado a partir de uma amostragem aleatória de mecanismos, estratificada por objetivo. A opção pela realização de um estudo por amostragem se impôs diante do grande volume de contribuições acumulado pela agência ao longo do período estudado, e também pelo fato de que o estudo do impacto das contribuições é uma tarefa de maior complexidade analítica, tendo em vista que requer a leitura atenta dos textos das contribuições e atas de reuniões presenciais, para que, em seguida, essas informações sejam comparadas com os textos de resposta da agência, os quais são por vezes longos e de conteúdo altamente especializado e técnico. Assim, diante da dimensão e da complexidade da tarefa, optou-se pelo desenvolvimento de uma amostra para o estudo do impacto das contribuições.

4.1.1. Manifestações por mecanismo

Passamos à análise do volume de manifestações recebidas pelos mecanismos de participação social da Anatel. O Gráfico 1, a seguir, apresenta a frequência de participantes nos mecanismos a partir de diferentes faixas de número de participantes, escolhidas com valores convenientes para representar a variabilidade da participação nos mecanismos da agência.

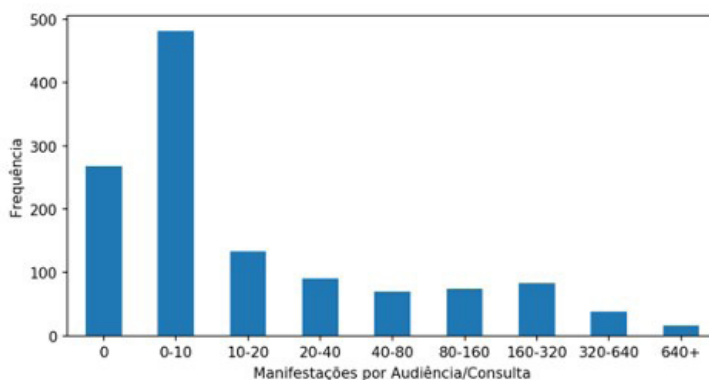


Gráfico 1. Faixas de manifestações (frequência)

As distribuições de número de manifestações expressas nesse gráfico nos permitem perceber que uma ampla maioria de mecanismos recebeu entre 0 e 20 manifestações. Houve, contudo, casos de mecanismos que receberam volumes significativamente mais altos de manifestações, em alguns casos ultrapassando a marca das 1.000 manifestações em um único mecanismo.⁴ A média do número de manifestações por mecanismo, no âmbito da ANATEL, foi de 42,1 manifestações.⁵

Os casos em que o número de manifestações foi zero refletem os mecanismos nos quais não houve participantes e, por conseguinte, não houve manifestações. Em relação aos mecanismos que receberam contribuições, por outro lado, observamos que a tendência natural, tendo em vista que cada participante pode oferecer um número maior ou menor de contribuições a um mesmo mecanismo, é que a dispersão dos dados seja

4 São exemplos a Consulta Pública 253/2000, a Consulta Pública 41/2011 e a Consulta Pública 21/2019, dentre outras.

5 Mais uma vez, adotamos o mesmo critério de identificação e exclusão dos casos extremos quando o número de manifestações tivesse ultrapassado três desvios-padrão acima da média inicial. Por meio desse expediente, um total de sete mecanismos foram classificados como *outliers* e excluídos do cálculo final da média e das análises que se seguem. Além disso, tendo em vista a existência de casos com números extremos, novamente aplicamos a técnica da Winsorização aos dados sobre números de manifestações por mecanismo, de forma a permitir uma melhor visualização dos dados.

mais alta do que aquela constatada para o número de participantes em cada mecanismo. No entanto, o nível bastante acentuado dessa desproporção nos dados obtidos para a Anatel indica uma certa heterogeneidade no padrão de manifestação dos participantes. A análise da série histórica nos permite visualizar essa maior dispersão dos dados de manifestação. Em todos os anos a mediana foi bastante inferior à média geral, com diversos casos de consultas que receberam números substancialmente mais altos de contribuições. O Gráfico 2, a seguir, as distribuições do número de manifestantes por mecanismos em cada ano do período estudado.

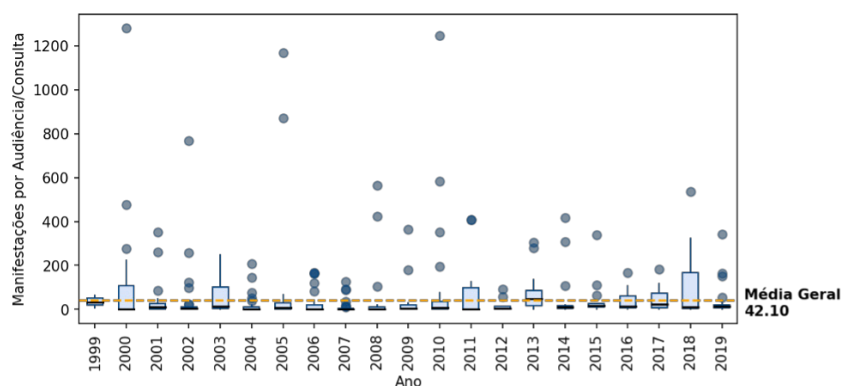


Gráfico 2. Número de manifestações por ano

Finalmente, passamos à análise comparativa do número de manifestações por mecanismo em cada categoria de objetivos e de temas. A análise revela uma forte tendência dos mecanismos da categoria Atos e Contratos a apresentarem números muito baixos de manifestações. A mediana para essa categoria foi de uma manifestação, o que significa que metade dos mecanismos dessa categoria receberam uma ou nenhuma manifestação. As demais categorias apresentaram padrões mais bem distribuídos, destacando-se o fato de que a maior parte dos mecanismos com números muito altos de manifestações (mais de 300 manifestações) se encontra classificada na categoria de Normas e Regulamentos. Por fim, cumpre destacar que a categoria Agenda Regulatória, apesar de responder por um número pequeno de mecanismos, foi aquela que logrou sistematicamente atrair volumes altos de contribuições, tendo todos os seus mecanismos obtido número de manifestações superior à média geral. A análise das distribuições por categorias de temas, por sua vez, revela uma grande heterogeneidade no número de manifestações obtido pelos mecanismos classificados com cada tema. O tema Radiodifusão, seguindo o padrão dos mecanismos na categoria de Atos e Contratos, obteve volumes baixos de manifestações. Os temas que obtiveram volumes mais altos

de manifestações, com medianas acima da média geral, foram aqueles que estiveram presentes em menos mecanismos, sugerindo um descompasso entre os interesses dos atores e da Agência. A seguir, o Gráfico 3 apresenta as distribuições de números de manifestações em cada categoria de objetivos, ao passo que o Gráfico 4 permite visualizar as distribuições de número de manifestações em relação a cada categoria de temas.

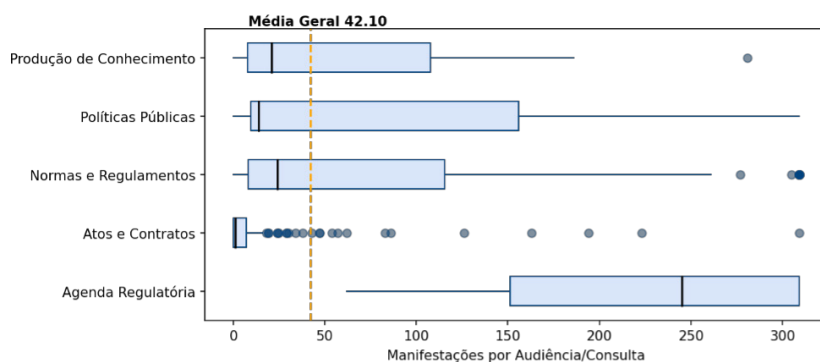


Gráfico 3. Número de manifestações por objetivo

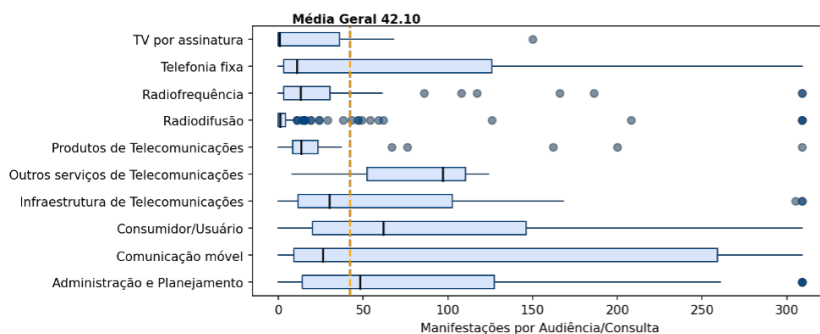


Gráfico 4. Número de manifestações por tema

Por fim, os dados nos permitem identificar os agentes que mais participaram nos mecanismos que compõem a amostra. A Tabela 1, a seguir, apresenta uma listagem dos agentes que se destacaram na amostra estudada, com o número total de mecanismos da amostra em que eles participaram, o número total de manifestação realizadas nesses mecanismos e a mediana do número de manifestações por mecanismo.

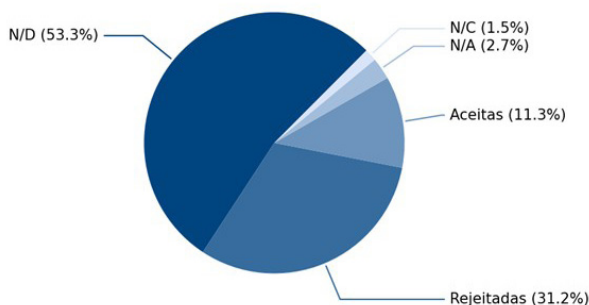
Tabela 1. Agentes que mais participaram na amostra

Entidades mais participantes			
Quem	Nº Consultas	Nº Manifestantes	Mediana
Claro S.A.	51	445,0	5,0
Telefônica Brasil S.A.	50	586,5	3,5
Embratel S.A.	41	612,0	8,0
Oi Móvel S.A.	41	729,0	9,0
Tim Celular S.A.	33	308,0	4,0
Ministério da Fazenda	32	50,0	1,0
CTBC (Companhia de telecomunicações do Brasil Central) Telecom S.A.	31	235,0	3,0
Telefônica/Vivo	30	470,0	6,0
Marcelo de Matos Ramos	29	42,0	1,0
TelComp (Associação Brasileira das Prestadoras de Serviços de Telecomunicações Competitivas	26	169,0	2,5

4.2. Impacto das contribuições

Partindo das análises realizadas anteriormente acerca do número de participantes por categoria e do volume de manifestações em cada mecanismo, passamos ao estudo do impacto das contribuições oferecidas às audiências e consultas públicas da ANATEL. Para tanto, avaliou-se como a agência respondeu às contribuições que recebeu de cada contribuinte. Nos mecanismos que compõem a amostra, os contribuintes foram identificados e classificados pelos pesquisadores. Em seguida, suas contribuições foram catalogadas quanto ao seu impacto, para fins de identificação de padrões de interação entre a agência e os diferentes grupos sociais nos mecanismos de participação.

Constatou-se, conforme o gráfico a seguir, que a maior parte das contribuições ou não foram diretamente respondidas (53,3%), ou foram rejeitadas (31,2%). Por outro lado, apenas uma pequena proporção das contribuições teve respostas não claras (1,5%), mostrando que, na maior parte dos casos em que a agência responde, ela o faz de forma clara.

**Gráfico 5.** Impacto das contribuições (porcentagens gerais)

Tendo as proporções gerais de impacto como referência, passamos em seguida ao estudo do impacto das diferentes categorias de participantes. Os Gráficos 7 e 8 apresentam o impacto das contribuições das distintas categorias de participantes em números absolutos e percentuais, respectivamente. Os dados levantados sugerem que a categoria de participante realmente influencia a probabilidade de uma dada contribuição ser ou não aceita pela agência. As contribuições das três categorias de participante mais ativas (indivíduos interessados, agentes econômicos regulados e outros) obtiveram resultados próximos aos resultados gerais, com taxa de aceitação inferior a 20% das contribuições oferecidas. As categorias com menor número de participantes — profissionais do setor, radioamadores, agentes econômicos não regulados, atores governamentais, consumidores/usuários e agentes públicos — tiveram resultados próximos aos das demais categorias. Entretanto, é importante destacar que as categorias “ator governamental” e “agente público” tiveram um percentual maior de aceitação das contribuições, que passa dos 20%, enquanto as categorias “radioamador” e “consumidor/usuário” sequer chegam à 10% de aprovação. Também, destaca-se o percentual de rejeição da categoria “profissional do setor”, que chega a 60% das contribuições. Tais variações, contudo, podem se dar unicamente por conta do reduzido número de participantes dessas categorias na amostra.

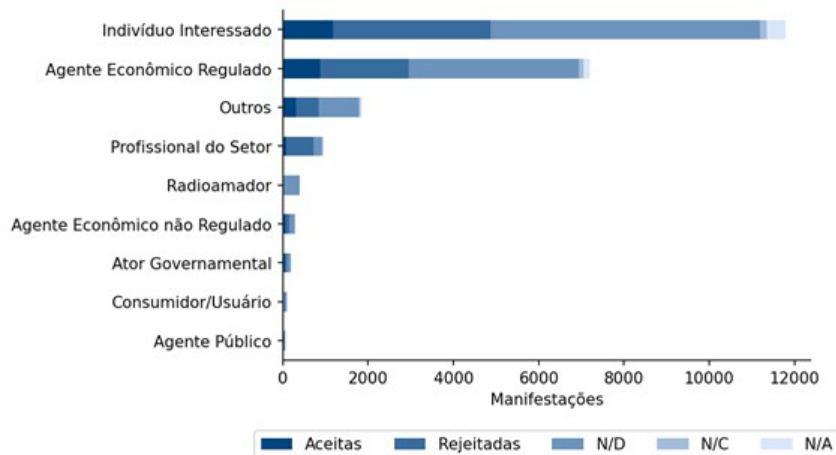


Gráfico 6. Impacto por categoria de participante (totais)

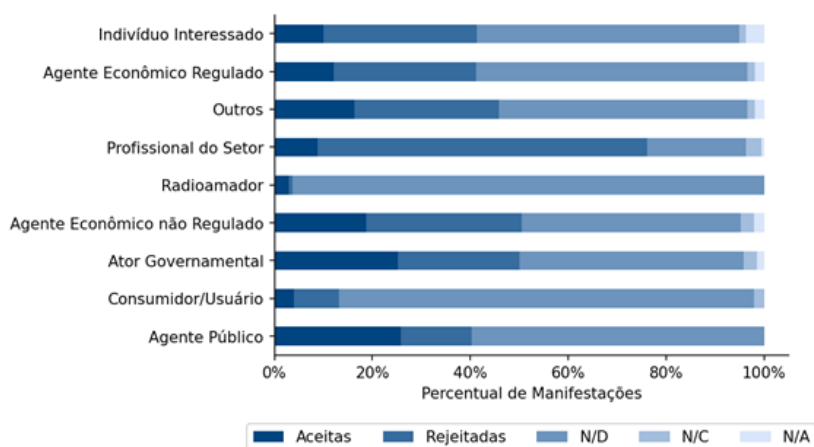


Gráfico 7. Impacto por categoria de participante (percentuais)

Devido ao grande número de contribuições que não obtiveram resposta da Anatel (N/D), optou-se por formular um gráfico que excluísse esses casos, junto com os casos de contribuição inepta (N/A). Assim, o Gráfico 8 a seguir apresenta a relação de impacto por categoria considerando apenas as respostas disponíveis e aptas, em termos absolutos (à esquerda) e percentuais (à direita).

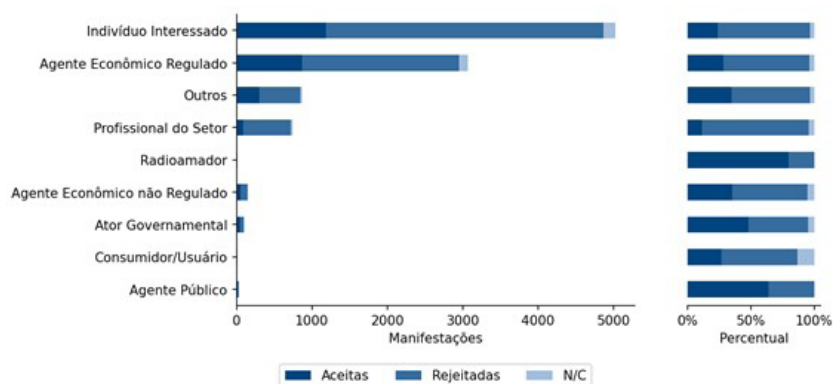


Gráfico 8. Impacto por categoria de participante apenas para as respostas disponíveis e aptas (em números absolutos e percentuais)

Os dados encontrados sugerem que a ANATEL é mais receptiva às contribuições de outros atores governamentais e agentes públicos, em comparação com as demais categorias. Esse fenômeno é recorrente entre

os órgãos reguladores brasileiros, sendo particularmente comum que um órgão governamental realize intervenção para apresentar algum ponto de relevância para a sua área específica de competência, como, por exemplo, quando o Cade atua em um mecanismo de participação de uma agência reguladora para levantar questões relativas ao Direito da Concorrência. Nesses casos, as contribuições desses órgãos tendem a ter um impacto maior sobre as decisões do regulador que as recebe, o que sugere existência de certo grau de deferência entre os órgãos da Administração Pública.

Diante dessas considerações, podemos perguntar ainda se a agência tende a acatar com mais frequência, entre os agentes econômicos regulados, as contribuições originárias de empresas estatais. O Gráfico 9, a seguir, mostra essa relação entre contribuições de empresas reguladas estatais e não estatais, em termos absolutos (à esquerda) e percentuais (à direita). Como se pode constatar, o impacto das empresas estatais é significativamente maior do que o dos demais agentes regulados, o que reforça a hipótese levantada acima de maior deferência em relação aos atores governamentais. Novamente, é necessário ressaltar que esse resultado pode ter ocorrido devido ao reduzido número de participantes estatais na amostra, já que as consultas públicas da ANATEL iniciaram em 1999, ano seguinte à privatização da Telebras, quando o setor de telecomunicações passou por um amplo processo de desestatização. Assim, se de um lado as suas contribuições são mais aceitas, de outro é esperado que digam respeito a um conjunto restrito de temas, como acesso à internet ou soberania nacional, o que futura pesquisa qualitativa poderá avaliar.

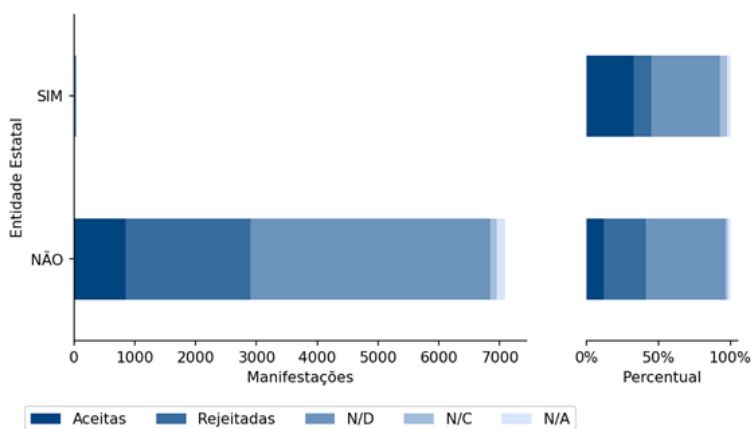


Gráfico 9. Impacto das contribuições de empresas reguladas estatais e não estatais (em números absolutos e percentuais)

A taxa de impacto das contribuições também se manteve relativamente constante entre as duas subcategorias de agentes econômicos

regulados (prestadora de serviços de telecomunicações e fabricante de produtos de telecomunicações). O Gráfico 10, a seguir, mostra o impacto das diferentes subcategorias de agentes regulados, em termos absolutos (à esquerda) e percentuais (à direita).

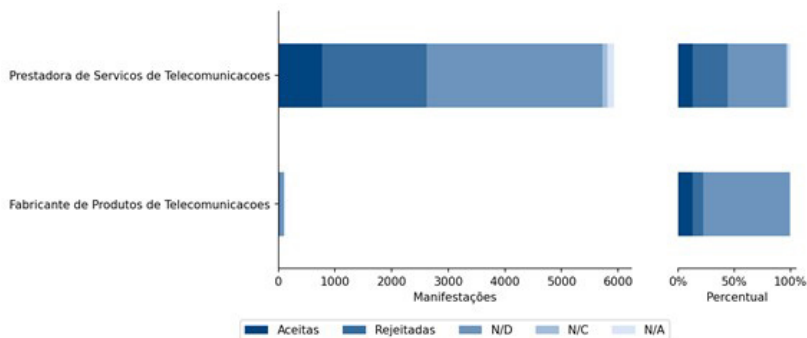


Gráfico 10. Impacto das contribuições das subcategorias de agentes regulados (em números absolutos e percentuais)

Outra consideração interessante diz respeito aos agentes que, individualmente, mais participam dos mecanismos instaurados pela ANATEL. Pode-se questionar se a experiência de um ator específico com os mecanismos de participação da agência resulta em taxas mais altas de contribuições aceitas, ou seja, se atores que estão presentes em muitos mecanismos conseguem adquirir influência maior sobre as decisões da agência. Os dados encontrados sugerem uma resposta negativa a essa questão. O Gráfico 11, a seguir, mostra as taxas de impacto dos agentes que mais participaram, na amostra realizada. Verifica-se que todos esses atores obtiveram taxas de sucesso inferiores a 40%.

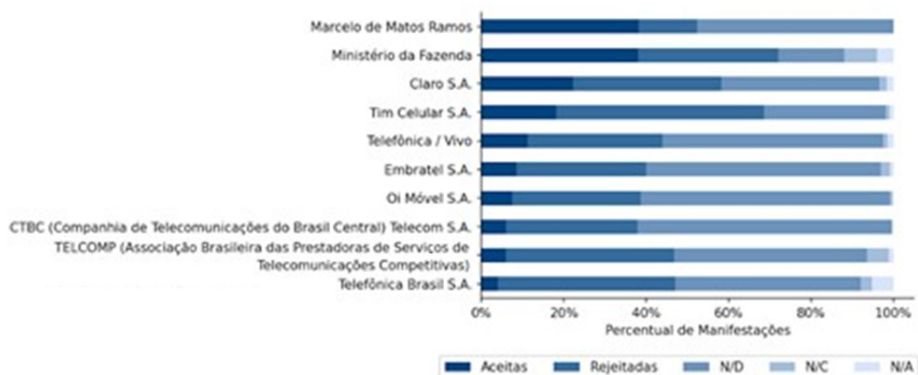


Gráfico 11. Impacto das contribuições dos agentes que mais participam na amostra

Por fim, podemos ainda analisar se as entidades representativas (isto é, as entidades que representam uma categoria como um todo, ou um sub-grupo relevante dentro de uma categoria) possuem impacto privilegiado sobre as decisões da agência. Seria razoável supor que as contribuições de entidades representativas, por consolidarem a representação de um grupo mais amplo de interesses, teriam propensão a exercer maior influência sobre as decisões do regulador, como de fato ocorre em outras agências. Na Anatel, contudo, não identificamos uma diferença significativa entre o impacto das contribuições das entidades representativas e não representativas. Os Gráficos 12 e 13, a seguir, mostram a relação entre os dois grupos de entidades, em termos absolutos e percentuais, respectivamente.

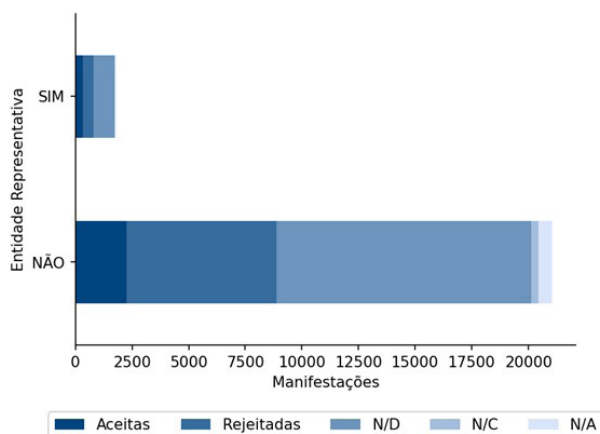


Gráfico 12. Impacto das contribuições das entidades representativas (totais)

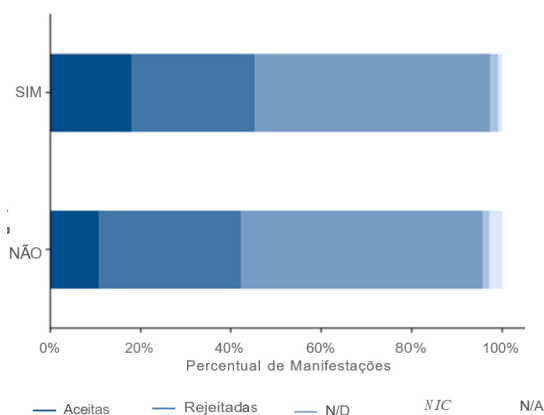


Gráfico 13. Impacto das contribuições das entidades representativas (percentuais)

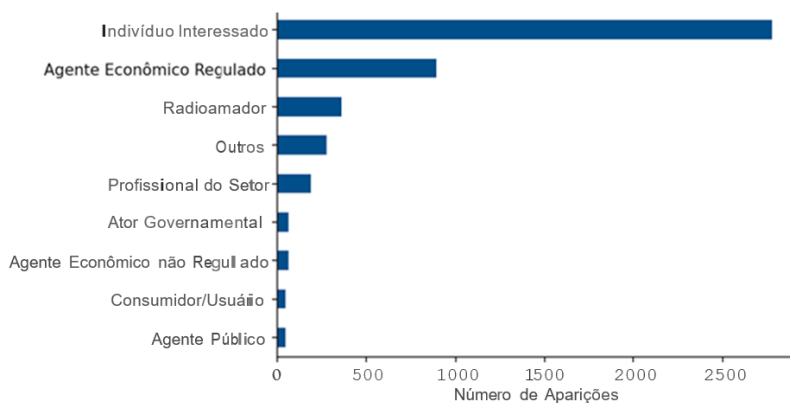


Gráfico 14. Aparições por categoria

A categoria indivíduo interessado é o grupo que participou com maior frequência nas consultas e audiências públicas da Anatel. Essa categoria responde, sozinha, pela maioria dos manifestantes encontrados nos mecanismos de participação da agência. Pode-se explicar a prevalência da participação de pessoas físicas, sem quaisquer filiações com entidades de qualquer natureza ou mesmo sinalização de pertencimento a grupos de interesse tendo em vista a segmentação temática das consultas, que gerou mais incentivos à descentralização em detrimento da ação coordenada de agentes econômicos ou categorias homogêneas (ex: radioamadores, profissionais do setor de telecomunicações etc.). O segundo grupo que mais participou foram os agentes econômicos regulados, o que, por sua vez, pode estar radicado no forte interesse econômico em torno do setor de telecomunicações e o elevado nível técnico do teor das consultas identificadas.

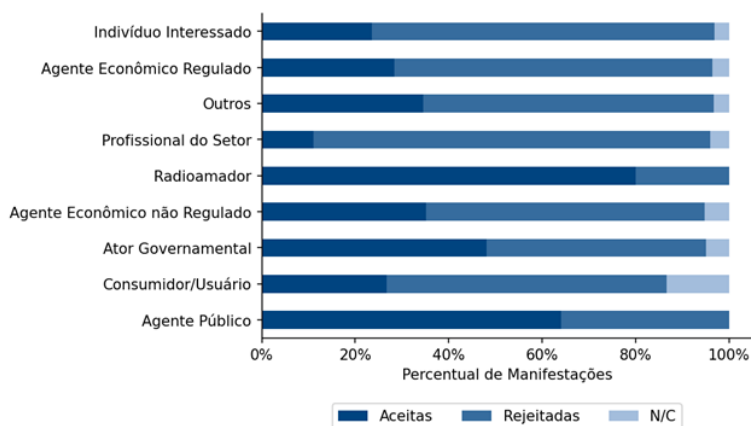


Gráfico 15. Desempenho por categoria

Da análise percentual do desempenho com recorte nas categorias, temos que a preponderância é dos radioamadores, seguidos por agentes públicos e agentes governamentais. Uma explicação possível poderia ser a busca por neutralidade na conciliação dos interesses em torno das contribuições, o que levaria a agência a afastar contribuições cujo bojo envolvesse interesses explicitamente enviesados, preterindo o interesse privado em detrimento do público. Fato é que não obstante a acentuada aparição dos indivíduos públicos na deliberação regulatória da Anatel, isso não possui relação necessária com a chance de sucesso do seu desempenho, consubstanciada, resumidamente, na aceitação das contribuições submetidas.

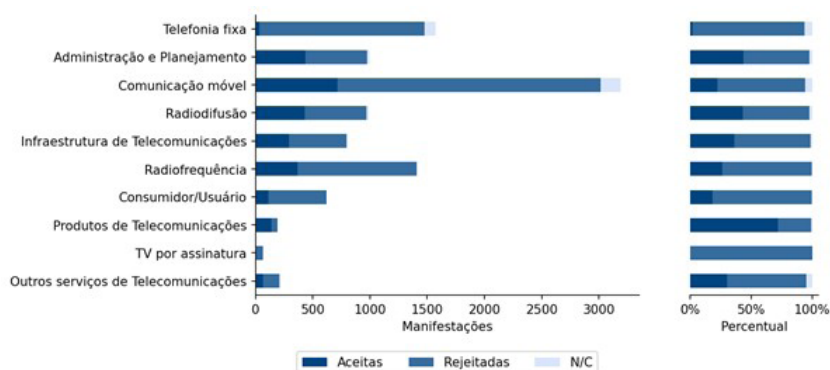


Gráfico 16. Desempenho por objeto

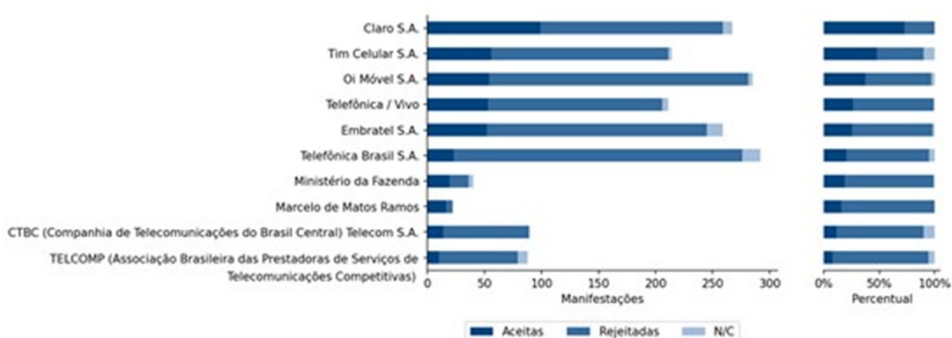


Gráfico 17. Desempenho com recorte em agentes econômicos regulados

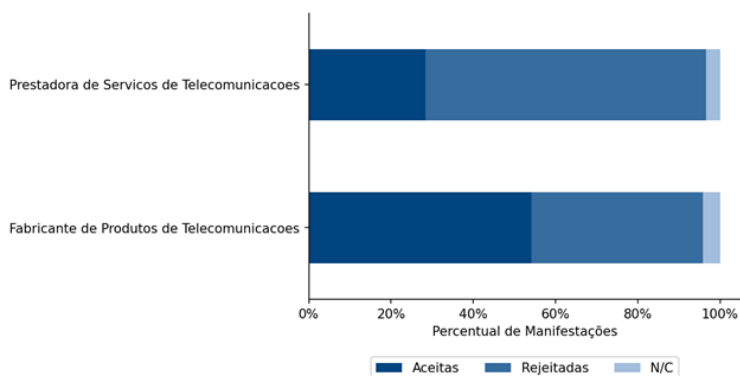


Gráfico 18. Desempenho com recorte no objeto social

Embora numericamente menos expressivas, as contribuições cujo pano de fundo eram produtos de telecomunicações (Gráfico 18) demonstraram maior êxito proporcional em lograr a aceitação da agência, com percentual de aceitação superior a 50%, seguidas pelas propostas cujo objeto era radiodifusão. Em contraste, o objeto com maior frequência de aparição estava associado ao tema da comunicação móvel, que, em contrapartida, apresentou maior taxa de rejeição. Ao mesmo tempo, e agora com recorte nos agentes econômicos regulados, a Vivo (Telefônica Brasil S.A.) aparece como o *stakeholder* mais pronunciado, com maior número de manifestações submetidas. A Claro S.A. demonstrou maior sucesso em ter seus pleitos acolhidos, sendo o agente econômico regulado com o maior índice de submissões acolhidas.

5. PRINCIPAIS ACHADOS DESTE RELATÓRIO

A seguir, apresentamos os principais achados deste estudo preliminar dos mecanismos de participação da ANATEL.

- Em relação ao **uso dos mecanismos de participação social**, verificou-se que o número total de mecanismos de participação promovidos pela ANATEL não aumentou substancialmente ao longo do período estudado. Na realidade, os anos com maiores quantidades de mecanismos lançados estão concentrados no primeiro decênio da série histórica. Os mecanismos analisados, extraídos do SACP, contaram massivamente com a modalidade de intercâmbio documental, tendo apenas em alguns casos havido sessões presenciais complementares.
- O **objetivo dos mecanismos** da agência foi, na maior parte dos casos, a gestão de Atos e Contratos e a elaboração ou revisão de Normas e Regulamentos. A agência parece ter efetivamente integrado a

participação social às suas atividades de produção normativa e gestão contratual. Observa-se, contudo, que houve pouco recurso à participação social em hipóteses em que a agência foi compelida a fazê-lo por uma obrigação legal. Destacam-se, contudo, os casos interessantes de submissão à participação de pedidos dos próprios agentes regulados, uma prática que tem o potencial de ampliar a função desses mecanismos para além do canal típico de obtenção unilateral de informações pela agência.

- Quanto aos **temas dos mecanismos**, destacou-se o tema da Radio-difusão como o mais frequente, presente em 46,1% dos mecanismos e concentrado, sobretudo, nos mecanismos destinados à gestão contratual. Em relação aos mecanismos utilizados para fins de produção normativa, por outro lado, uma distribuição mais equitativa dos demais temas, evidenciando que a agenda de produção normativa da agência evidenciou um maior equilíbrio temático.
- O nível de **participação nos mecanismos** da ANATEL foi baixo, se comparado ao de outras agências. No período estudado, houve na Anatel mais de 200 mecanismos que forma lançados pela agência sem obter nenhuma contribuição da sociedade. A média de participantes nos mecanismos da agência foi de 9,09 participantes. Ao segmentarmos essa análise entre as diferentes categorias de objetivos, identificamos que os mecanismos destinados à gestão de Atos e Contratos atraíram números substancialmente menores de participantes, apresentando mediana de um participante. Os mecanismos destinados aos demais objetivos, por outro lado, atraíram números mais expressivos de participantes.
- A análise do número de **manifestações nos mecanismos** da ANATEL revelou a presença de alto nível de dispersão dos dados, o que sugere a existência de padrões heterogêneos de engajamento de diferentes participantes nos mecanismos da agência. Além disso, os dados reforçam o baixo nível de engajamento dos atores sociais com os mecanismos da categoria Atos e Contratos, os quais obtiveram uma mediana geral de uma manifestação. A maior parte dos mecanismos com alto volume de manifestações, por outro lado, tiveram como objetivo a produção ou alteração de Normas e Regulamentos.
- Quanto às **aparições por categoria**, a categoria de contribuintes com maior frequência de submissões foi a de indivíduos interessados. A forte segmentação temática que está atrelada à realização de consultas públicas que contemplam múltiplos interesses é uma possível explicação para a expressividade numérica desta categoria. Contudo, não obstante a sua preponderância, participando mais ativamente do processo deliberativo da agência, a categoria mais bem-sucedida em lograr êxito no acolhimento das suas contribuições foi a de radioamadores, seguidos por agentes públicos e governamentais.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bresser Pereira, L. C. Do Estado patrimonial ao gerencial. *In*: PINHEIRO, W; SACHS (Orgs.). **Brasil: Um Século de Transformações**. São Paulo: Cia. das Letras, 2001, 222-259.

Coglianesi, C.; Kilmartin, H.; Mendelson, E. Transparency and Public Participation in the Rulemaking Process. **Faculty Scholarship at Penn Law**, 238, 924-972, 2009.

da Silva, M. B. 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**, v. 46, nº 4, 969-992, 2012.

Golden, M. M. Interest Groups in the Rule-Making Process: Who participates? Whose Voices Get Heard?. **Journal of Public Administration Research and Theory**, v. 8, nº 2, 245-270, 1998.

Kerwin, C.; Furlong, S. R. **Rulemaking: How Government Agencies Write Law and Make Policy**. Chapter 5 (Participation in Rulemaking). SAGE Publications, 2019, 162-208

O MARCO LEGAL PARA MARKETING E PUBLICIDADE ON-LINE: UMA PERSPETIVA COMPARADA

Aluno: Renan Dias de Carvalho¹

Orientador: Nicolo Zingales²

Área de concentração: Proteção do Consumidor e Direito da Concorrência

Linha de pesquisa: *E-commerce*

Projeto de pesquisa: Publicidade e Direito — Novos Desafios

Sumário: 1. Introdução; 2. Um estudo sobre marketing; 3. Levantamentos da Legislação; 4. Levantamentos dos Tribunais; 5. Levantamentos do CADE; 6. Conclusão; 7. Referências bibliográficas

Resumo

O presente projeto de pesquisa representa um trabalho de *background* do projeto “*E-commerce*: Regulação e Novos Modelos de Negócio”, o qual possui como objetivo analisar as mutações da livre iniciativa no âmbito on-line, tendo em vista a incorporação de novos modelos de negócio e concorrência perante plataformas de alcance global. Tendo isso em mente, a pesquisa em andamento realizou um mapeamento basilar das dinâmicas de iniciativa privadas mais adotadas nos dias de hoje, analisando potenciais zonas cinzentas no contexto de plataformas e tecnologias, a fim de verificar a compatibilidade destas com o marco regulatório existente. Dessa forma, ainda que apresentando um foco maior no caso brasileiro, elencou-se um levantamento nos seguintes tópicos: (i) da leitura interdisciplinar da doutrina de marketing e publicidade, compreendendo suas motivações e avanços digitais; (ii) das legislações pertinentes ao marketing digital, internet e concorrência; (iii) dos principais casos das cortes nacionais sobre práticas abusivas no mercado on-line; e (iv) o estudo e planilhamento dos julgamentos do CADE que tocassem tal seara em processos administrativos, TCCs e análise de infrações. Por fim, o relatório contará as principais problemáticas existentes no marketing digital e sua

1 Estudante de Graduação no 6º período de Direito na Fundação Getúlio Vargas (FGV) e University of Edinburgh. Pesquisador do Centro de Tecnologia e Sociedade (CTS) da FGV. Representante Discente da Comissão de Ética da FGV Direito Rio.

2 Professor em tempo integral na FGV Direito Rio e coordenador do Núcleo de Pesquisa em e-commerce. Doutor em Direito internacional e Economia da Università Bocconi e mestre da Università di Bologna.

relação concorrencial, assim como os ajustes que devem ser feitos na legislação, tribunais e política para uma redução de condutas tidas como ilegais ao mercado.

Palavras-chave

Publicidade; Concorrência; Relações Econômicas.

Abstract

The present research project represents an initial step of the recently founded E-Commerce Research Center at FGV, which aims to analyze changes of enterprises in the on-line environment, given the incorporation of new business models and strategies of competition in the context of platforms of global reach. With this in mind, the present research intends to conduct a base mapping of the private dynamics most commonly adopted recently, analyzing potential gray areas of platforms and technologies to identify new violations and abusive practices that have been adopted, violating both equality and market balance. In this way, although presenting a greater focus on the brazilian case, the following topics were listed: (I) the interdisciplinary reading of the doctrine of marketing and advertising, understanding its motivations and digital advances; (II) the pertinent legislations to digital marketing, internet and competition; (III) the main cases of the national courts on abusive practices in the online market; and; (IV) the study and planning of CADE's judgments that touched such seara in administrative proceedings, TCCs and infringement analysis. Finally, the report will present the main existent problems in digital publicity and its concorrencial aspects, as well as the adjustments that should be made in legislation, courts and policy for a reduction of those conducts considered illegal to the market.

Keywords

Publicity; Concorrencial Law; Economic Relationships.

1. INTRODUÇÃO

O problema que esta pesquisa pretendia enfrentar é a questão da legalidade de novas modalidades de marketing (inclusive *neuromarketing*) e a interação com seus alvos, sob a perspectiva do direito dos consumidores e do direito da concorrência. Vários são os desafios na compatibilidade das técnicas de antecipação e na criação da demanda dos consumidores, devido às características dos mercados digitais.

A metodologia se baseou na análise da legislação, da jurisprudência e da bibliografia científica na matéria de direito dos consumidores e da concorrência. Especificamente, o projeto envolveu uma análise dos avanços

do marketing, a partir da literatura científica, incluindo-se também a análise de conteúdo dos produtos ofertados por empresas especializadas em marketing on-line.

2. UM ESTUDO SOBRE MARKETING

Sobre a primeira área de estudos, a doutrina publicitária de marketing, percebe-se que ela também passa por um período de transição e adaptação para o meio digital. Nesse sentido, o mapeamento feito pela maioria dos autores nacionais segue uma linha de três etapas (KOTLER; KARTAJAYA; SETIAWAN, 2017, p. 9-13). Primeiramente, identificar o novo público-alvo em que a sociedade se tornou, observando novas culturas digitais que impactam no raciocínio do consumidor moderno. Adiante, é trazido à luz as principais estratégias adotadas para o aumento da eficiência dos profissionais publicitários, incorporando as novas demandas do consumidor digital. Por fim, explora-se a conciliação de duas visões publicitárias, o marketing centrado no ser humano (o qual busca humanizar as marcas para a atração) e o marketing de conteúdo de modo aprofundado (focado na relação direta com o cliente).

Diante de tal material, a meta pretendida era a compreensão de seu vocabulário e as implicações das medidas adotadas. Logo, por meio não só da leitura citada acima, mas também pelo acompanhamento de lives realizadas pela própria FGV sobre o tema e capacitações de treinamento feitas por empresas como a Ambev e Eleva Educação, criou-se um breve dicionário com algumas das expressões e metodologias publicitárias. Elaborado através de exemplos, ilustrações e conceitualizações, o resumo constata a divisão do marketing em cinco etapas principais: (i) Assimilação; (ii) Atração; (iii) Arguição; (iv) Ação; (v) Apologia. Uma vez assimilado isso, o meio tecnológico adentra de forma complementar, introduzindo novas mecânicas que impulsionam o resultado de cada uma das etapas mencionadas.

Com o objetivo de diferenciá-las, considere o seguinte exemplo: Pessoa Y circula na plataforma de vídeos YouTube até que surge um anúncio obrigatório sobre sapatos em sua tela, o qual é ignorado. Posteriormente, um segundo anúncio de sapatos surge, dessa vez, atraindo a atenção da Pessoa Y. Interessado pela marca, Y começa a pesquisar sobre os comentários de outros clientes, preços de outras marcas e vídeos que analisem o produto. Ao se contentar com a marca, Pessoa Y compra o sapato. Após dois meses de uso, Y está apaixonado pelo seu sapato e o recomenda para todos os seus amigos.

Dentro disso, a fase de assimilação é composta pelos anúncios no YouTube, pois é o primeiro contato do público com o produto e sua respectiva publicidade, o que antes ocorria somente pela forma de banners e

cartazes. Após ser atraído por um anúncio em especial, isto é, ser assimilado, inicia-se o interesse do indivíduo em conhecer a marca e pesquisar sobre ela, o que é conhecido como atração. Em sua terceira fase, o consumidor não só pesquisa sobre a marca, mas também sobre o produto em si e seus concorrentes, etapa em que há a busca pela correção de assimetrias de informação e a definição de um gosto específico.

Logo, a etapa de ação envolve a compra e o uso do produto em si, onde há tanto o lucro da empresa quanto a experiência que pode gerar um vínculo do consumidor. Por fim, caso tenha sido devidamente agradado, o consumidor começa a realizar um marketing orgânico³ pela empresa, recomendando seus produtos de forma gratuita, a apologia. Em resumo, a evolução gradativa das etapas pode se dar pelas seguintes sentenças: (i) “eu conheço a marca”; (ii) “eu gosto da marca”; (iii) “estou convencido a comprar o produto”; (iv) “estou comprando e utilizando o produto”; (v) “eu recomendo a marca”.

Pretendendo visualizar tal teoria em prática, realizou-se um teste: a verificação do funcionamento das plataformas de publicidade do Google (Google Ads) e do Facebook (por meio da conta comercial). Em relação a isso, um grande achado da pesquisa foi o nível de personalização existente em tais plataformas, uma vez que é possível especificar aspectos como a idade, gostos e localização geográfica dos usuários pretendidos, alcançando o melhor resultado possível. Visualizada tal janela de possibilidades para o usuário, questionou-se como tais plataformas privadas observavam e administravam o uso de tamanha informação, logo, a etapa seguinte foi a busca de estudos a respeito do tópico.

Entre as leituras realizadas, um artigo específico da Universidade de Amsterdam se demonstrou interessante por evidenciar justamente uma falta de regulação nas plataformas privadas de publicidade, embora estas detenham um grande arcabouço de informações pessoais (LEERSSEN; AUSLOOS; ZAROUALI; et, 2019). Dentro do que foi relatado no artigo, é explicado que, nas contas comerciais do Facebook, o usuário é registrado a cada publicidade publicada, todavia, não há uma verificação de segurança ou veracidade sobre o usuário. Em outras palavras, usuários comerciais poderiam se registrar com nomes falsos para realizar um número maior de propagandas de seus produtos ou anúncios que não gostariam que fossem vinculadas à marca principal, mantendo essa informação à parte do consumidor e podendo gerar riscos à concorrência pela falta de responsabilização. Nesse sentido, ainda que na forma de um mero exemplo inicial, é clara a presença de riscos na era digital com a introdução de novas práticas no *e-commerce*. Compreendendo um pouco mais sobre

3 Marketing orgânico pode ser entendido como aquele realizado naturalmente pelo engajamento dos usuários, sem a interferência de algoritmos.

a lógica publicitária e seu desenrolar na livre concorrência, as próximas seções exploram o cenário regulatório da publicidade no Brasil, no intuito de avaliar e identificar possíveis falhas existentes.

3. LEVANTAMENTOS DA LEGISLAÇÃO

3.1. Metodologia

Paralelamente a isso, também houve uma leitura sobre a coletânea legislativa brasileira que aborda a temática do marketing, concorrência e internet. Em especial, a metodologia utilizada foi a busca na plataforma do Código Brasileiro de Autorregulação Publicitária (CONAR), o qual citava demais legislações pertinentes ao marketing. Todavia, sabendo das possíveis falhas de contar somente com uma única plataforma, explorou-se de forma complementar o Código de Defesa do Consumidor e os guias regulatórios publicados pelo governo, analisando as normas citadas e separando aquelas tidas como pertinentes. Nesse viés, é mister ressaltar a importância do guia “Código de Defesa do Consumidor e normas correlatas” emitido pelo Senado em 2019, que permitiu uma busca mais incisiva por leis que disciplinam a abusividade aos consumidores.

3.2. Resultados

Adentrando nos resultados obtidos, o Código de Defesa do Consumidor é utilizado como matriz para o desenrolar dos outros institutos, visto que apresenta definições para a nossa jurisdição de termos como “consumidor”, “prestador de serviços” e o rol de responsabilidades a serem cumpridas. De forma atenta, ao reparar artigos que mencionaram o dever de informação ou a ética de publicidade, nota-se a existência de uma série de decretos e leis ordinárias que completam a lei-quadro ou a adaptam para o mundo on-line (e.g. Decreto nº 7.962/2013 sobre a contratação no comércio eletrônico ou a Lei nº 10.962/2010 sobre a estrutura base da publicidade nacional). Porém, diante de tudo que foi descrito, é possível citar a existência de dois problemas maiores no arcabouço nacional: (i) as leis apresentam uma má redação, dificultando tanto o encontro dos artigos verdadeiramente complementares ao respectivo instituto quanto a interpretação do que determinado artigo pretendia alcançar; (ii) o conteúdo do CONAR se encontra desatualizado ou carece de explicações adequadas para termos relevantes no marketing digital (e.g. a definição objetiva do que seria um influenciador e sua restrição à liberdade de expressão, os quais serão discutidos abaixo).

Sobre a primeira problemática, trata-se, principalmente, de um problema de forma, o qual será abordado tanto pelo ponto vista da teoria do Direito quanto pela própria estrutura e hierarquia das leis. À primeira

vista, é claro afirmar que as decisões judiciais se embasam na respectiva lei ou princípio correspondente, uma vez que tais dispositivos foram emanados pelas autoridades competentes do respectivo ordenamento jurídico (DWORKIN, 2010, p. 34-40). Nesse viés, ao depender de como tal norma é aplicada ao litígio em questão, os casos são divididos entre fáceis e difíceis (DWORKIN, 2007, p. 422-424). Para a distinção citada, alguns critérios são enumerados para se enquadrar um caso como fácil: (i) a solução é clara, ou seja, há uma mera questão de hermenêutica na qual a leitura da norma indica a sua solução; (ii) a solução é determinada, logo, possuindo uma aplicação à situação particular que não entre em divergência com sua aplicação geral, mantendo sua uniformidade; (iii) a solução é satisfatória, visto que a aplicação da norma está em sincronia com o seu objetivo.

Tendo isso em mente, problematiza-se a primeira esfera, dado que o arcabouço legal do marketing digital apresenta problemas em sua redação, implicando na dificuldade de sua aplicação.⁴ Ilustrando de forma exemplificativa o problema mencionado, cita-se o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, em especial, seu artigo 27, § 6º, alínea a:

“O anúncio adotará o vernáculo gramaticalmente correto, limitando o uso de gíria e de palavras e expressões estrangeiras, salvo quando absolutamente necessárias para transmitir a informação ou o “clima” pretendido. Todavia, esta recomendação não invalida certos conceitos universalmente adotados na criação dos anúncios e campanhas. O primeiro deles é que a publicidade não se faz apenas com fatos e ideias, mas também com palavras e imagens; logo, as liberdades semânticas da criação publicitária são fundamentais. O segundo é que a publicidade, para se comunicar com o público, tem que fazer uso daquela linguagem que o poeta já qualificou como “Língua errada do povo / Língua certa do povo / Porque ele é que fala gostoso / O português no Brasil”.

Visualizada a redação acima, a qual define as regras basilares para a nomenclatura publicitária, enxerga-se uma aversão ao padrão usual da escrita legislativa. Primeiramente, o legislador ordinário utiliza da expressão informal “clima” para realizar a instrução pretendida, essa que não é sequer explicada ou desenvolvida em nota de rodapé ou demais artigos da lei. Logo, a escrita peca em definir de forma clara uma das situações que se poderia escusar a regra, posto que a expressão abre margem para livre interpretação e aplicação. Ademais, também conta com o uso de citação à poesia para tentar definir o que seria uma linguagem adequada. Dessa forma, uma interpretação que já possuía aberturas de

4 Fato que consequentemente dificulta o segundo quesito, já que sem uma leitura apropriada, torna-se árduo definir o que seria a aplicação geral da norma em debate.

entendimento devido ao uso de gíria informal, também acaba por depender de uma segunda fonte não jurídica, a qual reside no plano da literatura, campo ainda mais suscetível a múltiplas interpretações. Sendo especial destacar que a finalidade de tal norma era o de justamente regular a escrita publicitária, embora o próprio texto não possua um padrão formal. Sumarizando a crítica construída, o critério de clareza para a decisão de um caso jurídico é obstruído em sua hermenêutica legal, dificultando sua aplicação.

Partindo agora para o último quesito elencado da parte legislativa, discute-se a presença de uma textura aberta na legislação do CONAR e suas consequências devido a falta de precedentes no marketing digital. A textura aberta da linguagem, postulada por Herbert Lionel Adolphus Hart, é o resultado do conflito entre duas forças na convivência em sociedade. Por um lado, há a necessidade de se prever o máximo de cenários possíveis e lhe atribuir resultados específicos, o que ocorre por meio da legislação, a fim de se gerar segurança social. Todavia, há em peso igual o fato de que o ser humano não possui onisciência para prever todos os possíveis cenários e mudanças futuras, os quais podem levar à deturpação do objetivo e sentido da norma uma vez vista como funcional (HART, 2009, p. 141-147). Portanto, com o objetivo de solucionar tal embate, o legislador ordinário opta por uma redação mais aberta ou abstrata em determinadas situações, o que permite tanto uma flexibilidade para o julgamento de casos no presente e no futuro, como também, como consequência do primeiro ponto, a criação de uma rota de precedentes que permita uma determinação mais acurada da lei diante casos concretos futuros.

Entretanto, o problema em questão aborda justamente os ônus gerados pela textura aberta, uma vez que sua desenvoltura não é realizada. Em especial, destacam-se as diferenças entre usuários comuns aos olhos de uma rede e aqueles enquadrados como “influenciadores digitais”, ou seja, os usuários de redes sociais que conseguiram estabelecer, perante seu público, credibilidade em uma indústria específica através de suas atividades em mídias sociais (STUBB; NYSTROM; COLLIANDER, 2019, p. 109-122). A discussão toma importância pois os influenciadores são um dos alvos recentes da regulação publicitária, sendo o último o Guia de Publicidade emitido em 2021. Dentro das diretrizes emitidas no guia, recomenda-se que o próprio vocabulário, publicação e imagens do indivíduo sejam adequados, sendo seu descumprimento abertura para responsabilização das condutas previstas nas seguintes leis: Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária; Código de Defesa do Consumidor; Lei nº 9.294/96 (Lei Murad); Lei nº 10.406/02 (Código Civil); Marco Civil da Internet; Lei nº 13.709/18 (Lei Geral de Proteção de Dados); Lei nº 5.768/71; Decreto nº 70.951/72; Decreto nº 7.962/13 e Decreto nº 10.271/20 (proteção do consumidor no comércio eletrônico).

Estando claro o grande rol de incidências que um influenciador pode incorrer, espera-se que a sua definição seja igualmente indicada para fins de segurança jurídica. Porém, o próprio manual apresenta somente critérios para se identificar uma publicação com teor estimulante ao consumo de bens e serviços feita por aqueles considerados como influenciadores, se tornando omisso em seu trecho mais importante: ilustrar quem seriam os usuários com credibilidade suficiente para se enquadrarem na lei. Dessa forma, é possível contestar as diferenças entre publicações realizadas entre indivíduos com diversos números de seguidores e taxas de engajamento, visto que não há um critério para demarcar quem estaria apto a ser responsabilizado ou não. Sobre isso, é válido mencionar que já existem relatórios e tentativas acadêmicas de elucidar a dúvida; por exemplo, a criação de um parâmetro numérico de seguidores (CONNOLLY, 2017). Desdobrando tal fato, questiona-se o mérito e o risco da liberdade de expressão entre os usuários nas plataformas digitais na ausência de requisitos mais objetivos.

Retomando a tese de Hart sobre a possibilidade de tal espaço descritivo tenha sido inserido de forma proposital, dada as vantagens de se evitar problemas entre definições atuais e variantes futuras, apresenta-se que o termo “aberto” em si seria definido posteriormente tanto pelo Judiciário através de seus julgados, quanto também por futuras diretrizes legais. Visualizado o cenário brasileiro, buscou-se testar ambas as hipóteses, contudo o Judiciário carece de um número relevante de julgados que avaliem a questão (alvo da próxima seção do relatório), assim como os poderes Legislativo e Executivo não possuem orientações sobre o tema, dado que o próprio manual do CONAR supracitado, o primeiro a tratar do tema, foi redigido a menos de um ano. Logo, estima-se uma textura aberta da linguagem disfuncional na legislação publicitária nacional, pois os espaços interpretativos deixados em aberto não possuem sinais de saneamento até o momento, deixando os cidadãos em um véu de dúvida sobre o que lhes é incidente ou não.

4. LEVANTAMENTOS DE TRIBUNAIS

4.1. Metodologia

O fim da presente seção é a busca pela presença de acórdãos e decisões que julgassem situações que envolvessem os termos “marketing”, “publicidade”, “digital”, “on-line” e similares, mirando tanto a descoberta dos cenários mais ocorridos no Brasil quanto a sua possível evolução gradativa ao decorrer dos últimos anos, dada a recente ênfase de tal assunto nas notícias e cotidiano da população (NIELSEN, 2020). Além da procura na base de dados dos principais tribunais do país (STF e STJ), também se estudaram os tribunais da Região Sudeste em um recorte inicial, pois ela

representa a área com maior acesso à internet pessoal do país, segundo os últimos dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD).

4.2 Resultados

Entretanto, os resultados encontrados tratam majoritariamente de questões contratuais ou sobre a responsabilização entre empresas e entes terceirizados no dever de prestar as devidas informações em anúncios publicitários. Adicionalmente, os termos referentes à internet não foram encontrados nas ementas e acórdãos, o que pode levar a três conclusões distintas: (i) o Judiciário nacional não possui casos a respeito do marketing digital, o que pode ser causado por uma ausência de conhecimento da sociedade civil do direito de ação nesta seara ou pela falta de interesse nos possíveis abusos ligados à publicidade digital; (ii) ainda não há um interesse em separar tais decisões, razão pela qual os termos buscados não estão presentes nelas; (iii) os termos relevantes para a pesquisa dos casos desejados se apresentam de outra forma.

Tomando como início a base de dados do CONAR, a qual armazena julgados referentes à sua área de conhecimento, o seu último relatório anual emitido até a data de publicação da presente peça detectou somente 302 litigâncias. Dentro de tal número, há uma categorização nomeada de “Diversos”, a qual envolve casos que abordem a concorrência desleal, a indução a atividade ilegal, segurança, proteção de dados e privacidade, além de outros. Dentro disso, tais tópicos acabaram por representar somente 1,6% dos casos (cinco casos aproximadamente), seguidos de outras searas como os direitos autorais (2%, aproximadamente cinco casos) e identificação publicitária (7,1%, aproximadamente 21 casos). Por outro lado, os campos mais preenchidos pertencem à adequação aos parâmetros legais (17,6%, aproximadamente 53 casos) e apresentação verdadeira da publicidade (39,5%, aproximadamente 119 casos).

Como exemplo de um dos casos de veracidade reunidos pelo CONAR, há a Representação nº 131/19, na qual consumidor de São Paulo, ao visualizar publicidade da pizzaria Domino’s intitulada de “50% de desconto em qualquer pizza”, a considerou inverídica em relação ao desconto citado. O anúncio, veiculado em redes sociais, não esclareceu inicialmente que a promoção se referia a somente um único tipo de pizza. Nesse sentido, evidencia-se que a maioria dos casos de veracidade publicitária trata de matéria tipicamente consumerista, enquanto o ambiente on-line atua somente como forma de propagação.

Por outro lado, um dos casos enquadrados na categoria diversificada, a Representação nº 248/19, abordou ação de consumidor carioca contra a empresa de bebidas Ambev e a cantora Anitta. Devido a anúncio

publicado em redes sociais pelas partes citadas enaltecendo o lançamento de nova bebida da linha alcoólica Skol, o consumidor questiona a exibição da mensagem dirigida a público predominantemente jovem, sem controle seletivo de acesso. Adicionalmente, o próprio CONAR acrescentou as infrações de falta da frase recomendando consumo responsável de bebida alcoólica e apelo direto de consumo do produto. Em sua defesa, a cantora negou a existência de publicidade paga, mas sim mera publicação espontânea. Todavia, o CONAR indeferiu tais argumentos, dado o elevado número de seguidores da celebridade.

Divergente do primeiro caso citado anteriormente, a situação em torno da Skol discute tópicos como a diferença entre o que compõe ou não a liberdade de expressão de uma pessoa pública, assim como seu possível enquadramento na classificação de influenciadora e, por fim, os efeitos gerados por um produto na população. Porém, como já expressei, tais discussões possuem uma porcentagem ínfima no CONAR, enquanto a ala consumerista ocupa a maioria das situações. Nesse viés, não se opõe ao número de litígios da primeira classificação, mas há sim o questionamento em relação ao baixo número de avaliações em relação à influência publicitária digital, essa que impacta diretamente as relações de concorrência (ANDRADE, 2020, p. 37-44), como também o âmbito da liberdade de expressão e privacidade no marketing online.

Em rota paralela, a pesquisa também buscou observar a jurisprudência estrangeira a fim de comparar os resultados entre o Brasil e demais nacionalidades. Dentre as principais ocorrências encontradas na União Europeia, por exemplo, demonstra-se a recente investigação que a Comissão Europeia abriu contra a Amazon, sob a alegação de violação da legislação antitruste. Na investigação em questão, se analisa a plataforma com um duplo papel: (i) fornecer um espaço onde vendedores independentes possam ofertar seus produtos; (ii) vender os produtos tanto ofertados pela sua própria empresa como uma concorrente, assim como o de terceiros.

Diante disso, acusa-se a Amazon de realizar a prática de *self-preferencing*⁵ em dois cenários distintos: (i) o uso de informações privadas de seus concorrentes, se aproveitando da assimetria de informação; (ii) privilegiar a aparição de seus produtos na plataforma em comparação aos demais concorrentes. Dando destaque à segunda acusação, visto sua maior ligação com o tema do texto, é interessante notar o papel que o marketing digital toma na livre concorrência global, uma vez que o número de

5 *Self-preferencing* pode ser definida como o conjunto de ações pelas quais uma plataforma privilegia seus produtos em detrimento dos demais que estão hospedados na mesma, violando a livre concorrência. Também entendida como *Leveraging* na conduta estrangeira, tal conduta é resumida como o abuso de poder em um mercado relevante para fortalecer sua posição em outro mercado relevante.

aparições de determinado produto em prol do algoritmo de um *website* influencia diretamente nas etapas de Assimilação e Atração de um cliente, conceitos já explicados no capítulo 2. Tendo isso em mente, o papel do marketing internacional é notado pelo Poder Judiciário, alcançando até grandes multinacionais devido ao seu impacto no *e-commerce* e na própria relação entre os usuários.

A conduta de *self-referencing* já foi condenada pela Comissão Europeia em 2017 (Decisão da Comissão Europeia do 27 junho 2017 no Caso nº 39740 - *Google Search* (Shopping)), em um procedimento que levou a cabo uma investigação de oito anos da multinacional Google por dar tratamento priorizado a seus próprios anúncios de comparação de produtos, em relação aos dos concorrentes no mercado de comparação de produtos. Não obstante, a Comissão Europeia recentemente iniciou, em junho de 2021, uma nova investigação no âmbito da publicidade digital, dessa vez enquadrando novamente o Google. De acordo com publicação da própria Comissão, o Google recentemente alterou seus termos de uso, proibindo que terceiros que não utilizem de seu sistema de publicidade não tenham acesso por meio de seus “*cookies*”⁶ aos dados obtidos pela plataforma. Em sua defesa, o Google alega que tal prática foi aderida em prol da proteção da privacidade dos usuários. Entretanto, o motivo da investigação é fundado no ponto de que a empresa ainda retém tais informações e as disponibiliza para diversas empresas que contratam os seus serviços, logo, supondo que o Google estaria somente abusando de sua posição de poder para que mais empresas contratem a empresa, violando a livre concorrência dado que o mercado publicitário é diretamente dependente do uso de informações para o direcionamento de propagandas.

Comparando os casos do Judiciário brasileiro com o Judiciário europeu, nota-se uma divergência entre os tópicos mais comuns abordados em cada ordenamento. Por um lado, o cenário internacional atrela a publicidade digital ao seu impacto na livre concorrência e discussões sobre os riscos que o marketing on-line gera nos usuários. Em outra ótica, o Brasil aparenta possuir uma quantidade mínima de casos que observam tal aspecto, tratando o marketing digital como um mero desenrolar da legislação consumerista, uma troca de meio. Dentre as possíveis razões para tal, retomando o que foi enunciado no começo do capítulo, não aparenta ser uma ausência de termos, dado que tais casos foram encontrados pela autoridade nacional utilizando terminologia similar, contudo, sua incidência ainda é pequena. Consonante a isso, a existência de entidade governamental destinada à separação de matéria publicitária provoca a impressão

6 Para fins de definição, cookies são pequenos arquivos de computador ou pacotes de dados enviados por um site para o navegador do usuário, quando o indivíduo visita o site. Dessa forma, permitindo que o site guarde informações do usuário como a sua rotina ou senha durante o uso.

de que há um interesse legítimo na questão. Logo, retornando à primeira hipótese, questiona-se que na verdade ainda não haja um conhecimento ou interesse da população nos desdobramentos da publicidade digital, pelo menos não em comparação ao seu âmbito consumerista. Mesmo em um caso de comprovada influência ao consumidor de forma indevida, como foi documentado pela Comissão Europeia em relação ao *self-preferencing* do Google, no Processo Administrativo 08012.010483/2011-94 o CADE arquivou a investigação por falta de provas sobre a manipulação dos algoritmos, do nexo causal do dano sofrido pelos concorrentes, e da ausência de bloqueio de uma estrutura essencial. Embora seja positivo que o CADE definiu o mercado relevante ressaltando a interconexão entre o lado de publicidade e o de conteúdo orgânico (ou seja, não pago), como feito no caso contra o Google frente à Comissão Europeia, o CADE não adotou uma postura de precaução frente a possível conduta exploratória dos consumidores, implicitamente confiando na suficiência do sistema de proteção dos consumidores para identificar e reprimir possíveis abusos. Além de demonstrar os desafios no reconhecimento dentro do procedimento concorrencial de preocupações que fazem parte de outros microssistemas legislativos, esse caso é ilustrativo das dificuldades na aplicação da teoria de *essential facility* ao contexto digital, onde as plataformas podem jogar um papel crucial e ser expressivamente mais eficazes na veiculação de conteúdo e na oferta de canais de publicidade, sem, porém, chegar a ser definidas como gargalos de negócios no sentido identificado pela jurisprudência.

5. LEVANTAMENTOS DO CADE

5.1. Metodologia

Após a passagem pelos tribunais nacionais, aplica-se um filtro para o estudo de casos que avaliem a influência direta de tais práticas no mercado, o que direcionou a pesquisa ao CADE. Ponto válido de ressalva e explicação, uma vez que o uso de práticas abusivas na publicidade on-line não é necessariamente o alvo principal das ações relatadas, porém, muitos casos envolvem uma possível distorção de algoritmos, dados, influência e formas de divulgação no ambiente on-line, trazendo o *e-commerce* e o marketing como pontos a serem tratados, mesmo que de forma incidental. Sendo mister destacar que outros ordenamentos jurídicos (EUA e União Europeia) já passam por investigações e casos que envolvem o marketing e dinâmicas de mercado como assuntos correlatos e principais.

Sobre isso, a pesquisa dentro da plataforma jurisprudencial do CADE tomou forma por meio de uma lista de casos identificados no relatório da própria instituição junto com outras autoridades dos países BRICS, sobre concorrência em mercados digitais. Após o procedimento inicial, tendo os

casos em mãos, iniciou-se uma leitura do conteúdo planilhado⁷, buscando, em especial, nas petições iniciais, pareceres do CADE e votos finais, as principais citações de julgados referentes ao assunto de infrações digitais. Logo, complementando o rol coletado inicialmente.

5.2. Resultados

Antes da exposição dos resultados alcançados na seção do CADE, cabe ressaltar o motivo da criação do presente capítulo. Inicialmente, a pesquisa pretendia analisar comparativamente a relação entre o marketing digital e o *e-commerce* nos tribunais brasileiros, junto com algumas referências à jurisprudência internacional significativa. Porém, como já ilustrado e criticado no capítulo anterior, o problema encontrado no Brasil foi a falta de casos que ligassem os temas, pois o Judiciário padrão acabou por receber casos que abordassem somente aspectos da legislação consumista da publicidade.

Em via divergente, a jurisprudência internacional (seja pela forma dos EUA ou UE) toma um rumo diferente ao julgar tais questões, dado que os maiores casos ocorridos em tais países abordam diretamente os temas mencionados, razão pela qual desejou-se testar o cenário brasileiro, diante dos julgados de seus vizinhos. Portanto, ao se deparar que na verdade o Brasil ainda trata os assuntos de forma distinta, durante a busca de jurisprudências concorrenciais no setor on-line através do CADE se encontrou um caso novo, o qual aparenta unir ambos os temas, esse que pode ser um marco inicial para uma nova futura leva de casos: o Grupo Globo e seu abuso no mercado publicitário, o qual foi alvo de decisão do CADE durante o PP 08700.000529/2020-08. Dentro disso, destaca-se de forma complementar que a discussão do CADE tomou diversos jornais durante o ano de 2020, indicando interesse nacional no tema, o que pode ser considerado um avanço positivo em relação a atenção que o assunto recebia, como foi citado no capítulo anterior (OLIVEIRA; PEZZOTTI, 2020) (RODRIGUES, 2020).

Portanto, os resultados culminados na pesquisa do CADE foram separados em uma parte autônoma, com o intuito de compilar as principais consolidações da publicidade digital sob a ótica concorrencial brasileira. Valendo ressaltar que o caso ainda se encontra em andamento durante a escrita do presente texto, o que possibilita futuras decisões que possam contestar ou invalidar os levantamentos que serão realizados.

Anterior ao caso em questão, o mercado relevante de marketing já havia sido denominado no Brasil por meio do Processo Administrativo

7 PIBIC — MARKETING DIGITAL. **Material compilado**. Disponível em: https://drive.google.com/drive/folders/1syOYfcQ_G4ZYDV85mik0uZUpK_TxToLU?usp=sharing.

08012.008602/2005-09, em especial, em sua nota técnica 11, a qual avaliou um acordo proposto pelo Conselho Executivo de Normas-Padrão (CENP), entidade criada exclusivamente pelo setor privado para assegurar boas práticas comerciais entre Anunciantes, Agências de Publicidade e Veículos de Comunicação. A razão de ser do processo administrativo tomou base com o desenrolar de outros processos que avaliavam a criação do CENP, dado que uma entidade composta pelos principais agentes nacionais que regulasse o tema, mesmo que de forma informal, poderia levar à criação de diversas barreiras à entrada para novos atores.

Posto isso, a primeira definição dada sobre o mercado publicitário englobou os seguintes pontos: (i) o mercado publicitário brasileiro engloba as agências que prestam serviços de publicidade e propaganda e seus segmentos; (ii) tais serviços possuem o objetivo de promover um determinado produto ou empresa, para agregar valor a uma marca e aumentar as vendas; (iii) trata-se de mercado de dimensão nacional; (iv) o mercado de publicidade gira em torno do anunciante (cliente), agências de publicidade (prestadoras de serviço) e veículos de comunicação (meio); (v) há duas etapas de remuneração em tal mercado, sendo a primeira a relação entre anunciante e agência, enquanto a segunda é formada entre o anunciante e os veículos de comunicação.

Partindo agora para as dinâmicas envolvidas no caso Globo e suas repercussões no mercado digital, cabe entender o contexto do Procedimento Preparatório 08700.000529/2020-08. Dentre as fases de remuneração supracitadas, o anunciante normalmente realiza o pagamento direto ao veículo de comunicação, enquanto o segundo repassa parte desse valor para a agência de publicidade, fato que ficou conhecido na indústria como “desconto padrão de agência”. Todavia, modelos alternativos a essa modalidade surgiram na forma de planos de incentivos mais liberais, em destaque a Bonificação por Volume (BV), a qual funciona a partir do tempo de espaço ocupado pela plataforma. Em outras palavras, a comissão que seria repassada à agência de publicidade torna-se proporcional à quantidade de conteúdo ou tempo investido em determinado canal de comunicação, prática adotada regularmente pelo mercado a fim de se obter maior fidelização.

Tendo isso em mente, os planos de BV tendem a possuir cláusulas de confidencialidade entre as agências e os veículos de comunicação, fato que acaba por gerar uma ausência de transparência no mercado, dado que os concorrentes podem prestar serviços ao mesmo veículo por valores diferentes. Nesses termos, possíveis efeitos lesivos à concorrência podem surgir a partir da falta de transparência entre os *players*, dentre os quais o CADE já elencou em jurisprudência anterior (PA 08012.003805/2004-10) como: (i) facilitação da implementação de práticas concertadas; (ii) reforço unilateral de poder de mercado de uma empresa dominante; (iii) aumento das barreiras à entrada para concorrentes efetivos e potenciais.

Desse modo, atualmente, acusa-se o Grupo Globo de aproveitar de sua posição de mercado e extensão (televisivo, jornais e on-line) para condicionar uma maior atração de agentes publicitários e de manipulação de preços através do BV, prejudicando tanto possíveis concorrentes quanto os próprios produtores de conteúdo, dado seu poder de atração pelo seu alto *market share*. Conduta essa que concentra o conteúdo publicitário em uma única plataforma, apresentando futuros riscos tanto à entrada de novos agentes quanto ao poder de influência de um agente sobre os consumidores. Refletindo sobre o andamento processual citado, embora não unicamente focado na área digital, destacou-se no Brasil a importância de se ater à influência que um agente pode exercer ao depender de seu *market share* em determinada área, seja a internet ou a televisão. Ademais, o caso também representa um marco para a revisão de novas práticas adotadas no mercado de publicidade, o que pode incentivar futuras denúncias.

6. CONCLUSÃO

Em parte final, o texto se encerra com a conclusão de que o Brasil ainda não possui uma visão clarificada dos riscos da concorrência no *e-commerce* e suas possíveis implicações em áreas subjacentes como o próprio direito consumerista. Todavia, diante das medidas tomadas nos últimos meses, aparenta-se estar tomando um caminho similar ao de seus vizinhos internacionais. Em breve síntese, os três capítulos elucidam alguns pontos de valiosa atenção.

Primeiramente, a parte legislativa demonstra que o âmbito da publicidade digital foi encarregado a uma única entidade, o CONAR. Uma estratégia regulatória comum do Poder Executivo ao especializar um órgão para tal tarefa é de fato uma medida positiva, contudo, como a leitura evidencia, seus feitos ainda passam por etapas iniciais, implicando em diversos problemas. Seja uma redação confusa ou espaços interpretativos dos quais ainda não foram preenchidos, a legislação nacional ainda carece de critérios sólidos para a regulação.

Ao se deparar com o judiciário nacional, nota-se que o Brasil possui uma visão divergente das demais nações, o que pode ser implicado como uma resposta às diretrizes legislativas. Por um lado, o cenário internacional aborda o marketing digital e o *e-commerce* por meio de uma ótica concorrencial, investigando seus possíveis impactos nos consumidores e até provedores de serviço, como ilustra o caso Amazon. Alternativamente, o Brasil e seu Poder Judiciário ainda tratam tais assuntos como uma simples atualização do rol de casos de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, ignorando possíveis infrações que possam ser cometidas por atores privados.

Todavia, o estudo do CADE apresenta um primeiro passo até a direção correta, dado que as decisões dos últimos e próximos meses pretendem avaliar como condutas do mercado digital (*i.e.*, no caso concreto, a publicidade) podem implicar em méritos que influenciem não só os consumidores, mas também os demais agentes do mercado. Passo esse que pode levar à luz a necessidade de revisar o arcabouço atual.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, A. B. O Marketing de Influência na Comunicação Publicitária e suas Implicações Jurídicas. **Internet&Sociedade**, v. 1. n. 2, p. 37-44, 2020.

BRASIL. **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária**. São Paulo, 1980.

BRICS. **BRICS in The Digital Economy: A View from Practice (2019)**. 2019. Disponível em: <http://antigo.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/report.pdf>. Acesso em 13 jul. 2021.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Processo Administrativo 08012.008602/2005-09**. Secretaria de Direito Econômico e Conselho Executivo das Normas Padrão - CENP. Relatora: Cristiane Landerdahl de Albuquerque.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Processo Administrativo 08012.003805/2004-10**. Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes S/A e Companhia de Bebidas das Américas - AMBEV. Relator: Diogo Thomson de Andrade.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Procedimento Preparatório 08700.000529/2020-08**. Globo e TVSBT Canal 4 de São Paulo S.A. Relator: Alexandre Cordeiro Macedo.

CONSELHO EXECUTIVO DAS NORMAS-PADRÃO. **O que é o CENP?**. 2021. Disponível em: https://cenp.com.br/cenp/#historia_Cenp. Acesso em 27 jul. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. **Guia de Publicidade por Influenciadores Digitais**. 2021. Disponível em: http://conar.org.br/pdf/CONAR_Guia-de-Publicidade-Influenciadores_2021-03-11.pdf. Acesso em 27 jul. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. **Representação N° 131/19**. Consumidor v. Domino's Pizza Brasil, 3° Câmara, 2019.

CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. **Representação N° 248/19**. Consumidor v. Ambev e Anitta, 7° Câmara, 2019.

CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. **Um Balanço da Autorregulamentação Publicitária em 2019**. 2019. Disponível em: www.conar.org.br. Acesso em 27 jul. 2021.

CONNOLLY, B. Why Consumers Follow, Listen to, and Trust Influencers. **Olapic**, 13 dez. 2017. Disponível em: https://www.olapic.com/resources/consumers-follow-listen-trust-influencers_article/. Acesso em 27 jul. 2021.

DWORKIN, R. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, p. 422-424.

DWORKIN, R. **Levando os Direitos à Sério**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, p. 34-40, 2010.

EBIT I NIELSEN. **Ebit I Nielsen: E-commerce no Brasil Cresce 47% no Primeiro Semestre, Maior Alta em 20 Anos**. 2020. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2020/08/EBIT-ecommerce-Brasil-1semestre2020.pdf>. Acesso em 12 jul. 2021.

EUROPEAN COMMISSION. **Antitrust: Commission opens investigations into Apple's App Store rules**. 2020. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_1073. Acesso em 13 jul. 2021.

EUROPEAN COMMISSION. **Antitrust: Commission Sends Statement of Objections to Amazon for the Use of Non-Public Independent Seller Data and Opens Second Investigation Into Its E-Commerce Business Practices**. 2020. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_2077. Acesso em 27 jul. 2021.

EUROPEAN COMMISSION. **Antitrust: Commission Opens Investigation Into Possible Anticompetitive Conduct by Google in the Online Advertising Technology Sector**. 2021. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_3143. Acesso em 27 jul. 2021.

HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. 3ª ed. Trad. Ribeiro Mendes. Fundação Calouste Gulbenkian, p. 141-147, 2009.

IBGE. **Acesso à Internet e à Televisão e Posse de Telefone Móvel Celular para Uso Pessoal Pnad Contínua 2018**. 2018. Disponível em: https://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_continua/Anual/Acesso_Internet_Televisao_e_Posse_Telefone_Movel_2018/Analise_dos_resultados_TIC_2018.pdf. Acesso em 12 jul. 2021.

KOTLER, P.; KARTAJAYA, H.; SETIAWAN, I. **Marketing 4.0 — Do Tradicional ao Digital**. Editora Sextante, p. 9-13, 2017.

LEERSSEN, P. et al. Platform Ad Archives: Promises and Pitfalls. **Internet Policy Review**, v. 8. n. 4, 2019. DOI: 10.14763/2019.4.1421.

OLIVEIRA, J. J.; PEZZOTTI, R. Cade Abre Investigação Sobre Publicidade na Globo; é a 2ª Ação em 3 Meses. **Uol**, 02 dez. 2020. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2020/12/02/cade-pune-globo-com-medida-preventiva-em-investigacao-sobre-publicidade.htm>. Acesso em 27 jul. 2021.

RESULTADOS DIGITAIS. Dados de E-Commerce no Brasil: Confira os Principais Números do Comércio Eletrônico. 2019. Disponível em: <https://resultadosdigitais.com.br/marketing/dados-de-ecommerce-no-brasil/>. Acesso em 12 jul. 2021.

RODRIGUES, L. Cade Investiga Grupo Globo por Supostas Práticas Anti-competitivas em Contratos de Publicidade. **O Estado de S.Paulo**, 03 dez. 2020. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,-cade-investiga-grupo-globo-por-supostas-praticas-anticompetitivas-em-contratos-de-publicidade,70003538723>. Acesso em 27 jul. 2021.

SENADO FEDERAL. **Código de Defesa do Consumidor e Normas Correlatas**. 3ª edição, 2019.

STUBB, C.; NYSTROM, A.; COLLIANDER, J. Influencer Marketing: The Impact of Disclosing Sponsorship Compensation Justification on Sponsored Content Effectiveness. **Journal of Communication Management**, v. 23, n. 2, p. 109-122, 2019.

UNITED STATES DISTRICT COURT NORTHERN DISTRICT OF CALIFORNIA. **Epic Games v. Apple Inc.** 2020. Disponível em: <<https://cand.uscourts.gov/cases-e-filing/cases-of-interest/epic-games-inc-v-apple-inc/>>. Acesso em 13 jul. 2021.

BY-PASS INSTITUCIONAL DA AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA PELO PODER LEGISLATIVO

Aluno: Victor Rondon de Paula Moura¹

Orientadora: Natasha Schmitt Caccia Salinas²

Área de concentração: Direito, Direito Administrativo, Direito da Regulação

Projeto de pesquisa: *By-pass* institucional das agências reguladoras pelo Poder Legislativo: uma análise empírica

Sumário: 1. Introdução; 2. Metodologia de pesquisa; 3. Análise dos dados; 4. Conclusão; 5. Referências bibliográficas.

Resumo

Este trabalho tem por objetivo analisar o fenômeno do *by-pass* institucional da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) pelo Congresso Nacional. O *by-pass* institucional corresponde à ação do Poder Legislativo de condicionar ou restringir, por meio da propositura de leis, competência regulatória que atribuiu anteriormente às agências reguladoras. Inicialmente, o trabalho descreve as possibilidades de *by-pass* institucional e problematiza a sua prática diante de um modelo de Estado que confere poder normativo amplo às agências reguladoras. Em seguida, analisa-se a atividade legiferante do Congresso Nacional em relação à Anvisa, descrevendo o número de proposições legislativas do Congresso Nacional que visam criar, modificar ou extinguir competências da agência. Considerando como atividade de *by-pass* institucional as proposições que restringem, condicionam ou extinguem competências regulatórias da agência, identificou-se que o *by-pass* ocorre em 44,1% dos casos examinados. A maioria das iniciativas que restringem competências regulatórias da Anvisa foram propostas pela base governista, ao passo que a maioria das proposições que condicionam essas competências foram propostas pela oposição. O trabalho também analisa qualitativamente os temas que foram objeto de *by-pass* institucional. Para tanto, construiu-se um banco de dados com

1 Graduando da FGV Direito Rio. Pesquisador Bolsista 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.

77 proposições, em tramitação ou já arquivadas, convertidas ou não em norma jurídica, com temas relacionados à regulação da Anvisa. Espera-se, com este trabalho, ter contribuído o entendimento do funcionamento do *by-pass* institucional das agências reguladoras no Brasil.

Palavras-chave

By-pass institucional; Agência Nacional de Vigilância Sanitária

Abstract

This work aims to analyze the institutional by-pass phenomenon of the National Health Surveillance Agency (Anvisa) by the National Congress. The institutional by-pass corresponds to the action of the Legislative Power to condition or restrict, through the proposition of laws, regulatory competence that was previously attributed to regulatory agencies. Initially, the work describes the possibilities of institutional by-pass and problematizes its practice in the face of a model of the State that confers broad normative power to regulatory agencies. Then, the legislative activity of the National Congress regarding Anvisa is analyzed, describing the number of legislative propositions of the National Congress that aim to create, modify or extinguish competencies of the agency. Considering as institutional by-pass activity the propositions that restrict, condition, or extinguish regulatory competencies of the agency, it was identified that by-pass occurs in 44.1% of the examined cases. Most of the initiatives that restrict Anvisa's regulatory competencies were proposed by the government base, while most of the propositions that condition these competencies were proposed by the opposition. The work also qualitatively analyzes the themes that were the object of institutional by-pass. For this purpose, a database was built with 77 propositions, in progress or already filed, converted or not into legal norms, with themes related to Anvisa regulation. It is expected that this work has contributed to the understanding of the functioning of institutional by-pass of regulatory agencies in Brazil.

Keywords

Institutional by-pass; National Health Surveillance Agency.

1. INTRODUÇÃO

Desde sua criação no âmbito da Reforma Gerencial de 1995³, as agências reguladoras são autarquias da administração pública indireta com funções

3 O objetivo central do legislador brasileiro na Reforma Gerencial de 1995 era desburocratizar a administração pública e, assim, contribuir com maior eficiência para os regulados. Nesse cenário, as agências reguladoras, apesar da oposição de alguns setores políticos, surgiram com o objetivo de exercer o controle de mercados específicos com o uso de elevado conhecimento técnico. (BRESEER PEREIRA. "Do Estado Patrimonial ao

fiscalizatórias, adjudicatórias e normativas nos respectivos setores de atuação específicos. Entre essas instituições, por exemplo, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) possui grandes poderes normativos e de polícia no Sistema de Vigilância Sanitária brasileiro. Nesse sentido, o artigo 6º da Lei nº 9.782/1999 define os objetivos gerais da Anvisa

“Art. 6º A Agência terá por finalidade institucional promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos e de fronteiras.”

Com isso, o Congresso Nacional atribui à Anvisa funções legislativas para o controle da vigilância sanitária no Brasil. Isto fica evidente no inciso III do artigo 7º da Lei nº 9.782/1999, que prescreve:

“Art. 7º Compete à Agência proceder à implementação e à execução do disposto nos incisos II a VII do art. 2º desta Lei, devendo:

I — (...)

III — estabelecer normas, propor, acompanhar e executar as políticas, as diretrizes e as ações de vigilância sanitária; (...).”

Não obstante, o artigo 4º da Lei nº 9.782/1999 determina que a agência é dotada de independência para o adequado exercício de suas prerrogativas, demonstrando uma preocupação do legislador sobre possíveis influências políticas na atividade da Anvisa.

“Art. 4º A Agência atuará como entidade administrativa independente, sendo-lhe assegurada, nos termos desta Lei, as prerrogativas necessárias ao exercício adequado de suas atribuições.”

A atribuição de funções normativas para a Anvisa é um exemplo de outorga do Poder Legislativo às agências reguladoras. Isto é, a criação de normas — que é uma função típica do Congresso Nacional em âmbito federal — passa a ser uma prerrogativa da autarquia, mediante outorga do Parlamento registrada na Lei nº 9.782/1999.

Com este poder de criação de normas, por vezes a regulação da Anvisa pode entrar em conflito com o entendimento de parlamentares. Como exemplo notório, cita-se a matéria discutida pelo Supremo Tribunal

Federal (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5501. Neste caso, a Lei nº 13.269/2016, que autorizava a comercialização e o uso da fosfoetanolamina sintética — ou “*pílula do câncer*” — por pacientes com neoplasia maligna, foi questionada por não existirem fundamentos científicos adequados ou estudos clínicos que assegurassem a eficácia e a segurança da substância.

Na oportunidade, o STF entendeu que a Anvisa é a instituição com a prerrogativa de exercer o controle da vigilância sanitária no Brasil, devendo, assim, a competência da autarquia se sobrepor à vontade do Congresso Nacional.

A decisão do órgão máximo do Poder Judiciário na ADI 5501 parece ir na contramão de parte da doutrina do Direito Constitucional. Parte destes autores entendem que a administração pública sequer deveria ter poderes de criação normativa, mas deve ser como “braços mecânicos” do legislador.⁴

Outra parte da doutrina apresenta o entendimento de que as agências reguladoras devem ter poder de criação de normas, mas suas prerrogativas podem ser objeto de limitação do Congresso Nacional a qualquer tempo. Nessa interpretação, o Congresso Nacional tem irrestrita competência para revogar ou alterar, quando bem entender, a outorga de poder legislativo atribuída às agências.⁵ Portanto, estes autores também parecem discordar da decisão do STF na ADI 5501, entendendo que a vontade do Congresso deve sempre ser soberana.

As duas visões acima expostas possuem respaldo direto na teoria clássica de Montesquieu⁶, interpretando que, no âmbito da divisão de poderes, o Parlamento é a instituição máxima quando o assunto é criação normativa (em qualquer setor da sociedade).

Em contraste, na linha da mencionada decisão proferida pelo STF, alguns doutrinadores apoiam a teoria da reserva de administração. Segundo essa doutrina, existe um campo decisório de prerrogativa exclusiva do Poder Executivo em determinadas matérias, não cabendo, nesses casos, a edição de normas pelo Poder Legislativo.⁷ Nesta linha, alguns

4 MELLO, C. A. B. **Curso de Direito Administrativo**. 28ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2011, pp. 99-100

5 UNDFELD, C. A. “Administrar é criar?” In: _____. **Direito Administrativo para Céticos**. São Paulo: Malheiros Editores.

6 MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. 3ª ed. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

7 A teoria da reserva de administração tem relação direta com a ascensão da ideia de “*Administrative State*” sobre o sistema legislativo clássico. Em outras palavras, trata-se de um movimento de delegação de prerrogativas legislativas para instituições da administração pública, o que, segundo a teoria clássica da divisão de poderes, deveria ser função do Parlamento. (VERMEULE, Adrian. *Imagine There's No Congress*. **The Washington Post**, 2016. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/news/in-theory/wp/2016/01/11/imagine-theres-no-congress/>. Acesso em 15 de agosto de 2021).

autores entendem existir a “reserva da regulação”: uma zona decisória em que a função normativa cabe exclusivamente às entidades reguladoras, e não ao Congresso Nacional.⁸

Os autores que apoiam a noção da reserva de administração entendem que as entidades reguladoras e a abordagem técnica são fundamentais para a eficiência da sociedade. Em outras palavras, esta doutrina argumenta que as autarquias são capazes de decidir baseadas em parâmetros objetivos e racionais, o que dificilmente pode ser feito por congressistas. Nesse sentido, explica o Professor Sérgio Guerra:

“(...) a tecnicidade do mundo pós-moderno leva ao deslocamento da competência sobre questões complexas do Poder Legislativo para os reguladores.”⁹

Neste artigo, não pretendemos aprofundar as discussões doutrinárias sobre a existência ou oportunidade da reserva de administração (ou regulação). De outro modo, buscamos, a partir de dados empíricos, entender a relação entre Congresso Nacional e Anvisa no que tange às competências normativas da autarquia e os Projetos de Lei em tramitação no órgão legislativo federal.

A partir disso, destacamos as situações em que o Congresso Nacional propôs normas com o objetivo de limitar as competências normativas da Anvisa, outorgadas pelo próprio Parlamento em leis específicas anteriores. Trata-se da prática que chamamos neste artigo de *By-Pass Institucional pelo Poder Legislativo* (ou simplesmente “*By-Pass* Legislativo”): a criação de leis que impõem a vontade do Parlamento sobre os atos da agência reguladora.

Neste momento, vale esclarecer que existem três categorias distintas de outorga de poder legislativo às entidades reguladoras:

- (i) **Ampla.** Como definido por Sérgio Guerra e Natasha Salinas, “a outorga ampla caracteriza-se, portanto, por conferir um alto grau de autonomia às agências reguladoras para determinar o conteúdo de suas normas regulatórias”.¹⁰ O citado inciso III do artigo 7º da Lei 9.782/1999 é um exemplo de delegação ampla de competências à Anvisa, uma vez que confere autonomia para que a instituição regule o Sistema de Vigilância Sanitária brasileiro em geral.

8 FONSECA, F. J. D. “Reserva de Regulação da Administração Pública”. In: GUERRA, S. (org). **Teoria do Estado Regulador**. v. 2. Juruá Editorial. p. 143-159.

9 GUERRA, S. **Discricionariedade, Regulação e Reflexividade: Uma Nova Teoria Sobre as Escolhas Administrativas**. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 101.

10 GUERRA, S.; SALINAS, N. S. C. Controle Político da Atividade Normativa das Agências Reguladoras no Brasil. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**. Curitiba, v. 9, n. 3, p. 415-416. set./dez. 2018. DOI: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v9i3.24570.

- (ii) **Condicionada.** Neste caso, Sérgio Guerra e Natasha Salinas definem que “esta ocorre quando a lei não apenas estabelece competências regulatórias às agências, mas condiciona seu exercício a certos parâmetros legais”.¹¹ Um exemplo de outorga condicionada é o artigo 18 da Lei nº 6.360/1976. Esta norma determina que “o registro de drogas, medicamentos e insumos farmacêuticos de procedência estrangeira dependerá, além das condições, das exigências e dos procedimentos previstos nesta Lei e seu regulamento, da comprovação de que já é registrado no país de origem”. Isto é, a prerrogativa de emissão de registro para produtos estrangeiros responde à condição de já existir registro no país de origem.
- (iii) **Restrita.** Conforme definido por Sérgio Guerra e Natasha Salinas, “oprou-se por denominar (...) como outorga restrita a opção legislativa por não transferir às agências reguladoras poder normativo para exigir, dispensar, proibir e estimular certos comportamentos de agentes econômicos regulados. Neste caso, o Poder Legislativo restringe a discricionariedade do órgão regulador para disciplinar tais comportamentos”.¹² Como exemplo, cita-se a Lei nº 13.454/2017, que autoriza a produção, comercialização e consumo de medicamentos anorexígenos. Como consequência prática, esta lei cria um dever negativo sobre a Anvisa: de não proibir a circulação dessas substâncias.

Com estas três categorias de outorga legislativa em mente, enquadram-se no conceito de *By-Pass* Legislativo as proposições que pretendem condicionar (normas amplas ou condicionadas, impondo maiores condicionantes), restringir (normas amplas ou condicionadas) ou, no limite, extinguir competências da agência.

2. METODOLOGIA DE PESQUISA

Elaboramos uma base de dados incluindo todas as proposições legislativas em tramitação ou já arquivadas, convertidas ou não em normas jurídicas, com temas relacionados à regulação da Anvisa. Com base em informações fornecidas pelo Congresso Nacional¹³, alimentamos uma base de dados com o total de 77 (setenta e sete) projetos de lei que geram impacto no âmbito de atuação da agência.

11 GUERRA, S; SALINAS, N. S. C. Controle Político da Atividade Normativa das Agências Reguladoras no Brasil. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**. Curitiba, v. 9, n. 3, p. 417. set./dez. 2018. DOI: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v9i3.24570.

12 GUERRA, S; SALINAS, N. S. C. Controle Político da Atividade Normativa das Agências Reguladoras no Brasil. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**. Curitiba, v. 9, n. 3, p. 419. set./dez. 2018. DOI: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v9i3.24570.

13 Foram incluídas na pesquisa avançada no sistema da Câmara dos Deputados (<https://www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/pesquisaAvancada>) todas as “Propostas de Emendas Constitucionais”, “Projeto de Lei Complementar”, “Projeto de Lei”, “Medida Provisória” e “Projeto de Lei de Conversão”. Além disso, foram filtradas apenas as proposições com assunto “Anvisa” ou “Agência Nacional de Vigilância Sanitária”.

Feito esse mapeamento, buscamos entender qual seria a natureza da outorga legislativa antes da proposição da nova norma. Isto é, qual seria o grau de liberdade legislativa da agência reguladora no *status* anterior à aprovação do projeto de lei. Dividimos em quatro categorias distintas:

- (i) inexistente, aplicável para casos em que a agência não tinha competência para regular a matéria objeto do projeto de lei;
- (ii) restrita, aplicável para casos em que a competência da agência reguladora deveria observar requisitos objetivos estritamente criados pelo Poder Legislativo;
- (iii) condicionada, aplicável para casos em que a competência da agência reguladora deveria observar parâmetros emitidos pelo Poder Legislativo;
- (iv) ampla, aplicável para casos em que a competência da agência reguladora fosse abrangente no setor permitido pela norma, permitindo à própria instituição definir os parâmetros a serem observados pela regulação.

Com base nas mesmas categorias acima, analisamos qual seria a natureza da outorga legislativa no caso de aprovação da nova norma. Isto é, qual seria o grau de liberdade legislativa da Anvisa caso o projeto de lei venha a ser aprovado.

Além disso, buscamos também classificar quais são as pretensões do Poder Legislativo com a proposição do projeto de lei. Isto é, qual seria a alteração no grau de liberdade legislativa da Anvisa que o projeto de lei pretende estabelecer. Assim, dividimos os projetos entre cinco categorias distintas:

- (i) se cria nova competência¹⁴;
- (ii) se amplia competência¹⁵;
- (iii) se condiciona competência¹⁶;

14 Como exemplo, cita-se o Projeto de Lei nº 1.029/2021, que pretende permitir que a Anvisa determine os requisitos mínimos do oxigênio medicinal.

15 O único exemplo identificado foi o Projeto de Lei nº 3.117/2004, que pretende atribuir à Anvisa a prerrogativa de estipular as periodicidades e os valores aplicáveis às renovações de registro, autorizações e certificados, o que seria expressamente determinado pelo Congresso Nacional de acordo com o anexo da Lei nº 9.782/99.

16 O Projeto de Lei de Conversão nº 1/2021, por exemplo, pretende condicionar a competência da Anvisa no que tange à concessão de registro temporário para vacinas contra a Covid-19. Em substituição à competência ampla da agência em avaliar o registro dos produtos, o legislador pretende definir parâmetros para a concessão do registro temporário de vacinas contra a Covid-19 já autorizadas em outros países do mundo. Esta proposição é acessória à Medida Provisória nº 1.026/2021, transformada na Lei Ordinária 14.124/2021.

- (iv) se restringe competência¹⁷; ou
- (v) se extingue competência.¹⁸

Dito isso, vale esclarecer que identificamos três categorias distintas entre os projetos de lei que mencionam a Anvisa:

- (i) normas de organização das agências reguladoras. Dentre elas, destacam-se, por exemplo, normas atinentes à gestão de recursos humanos, gratificação de desempenho e remuneração de Conselhos de Consumidores;
- (ii) normas processuais ou procedimentais das agências reguladoras. Como exemplo, é possível destacar as normas que dizem respeito ao prazo de análise da Anvisa para a aprovação de novos medicamentos no país, a criação de novas exigências de publicidade e transparência da agência, ao prazo para revalidação de registro de produtos, entre outras matérias;
- (iii) normas materiais, que dizem respeito à matéria de competência regulatória da agência. Neste caso, são diversos os exemplos encontrados. Dentre eles, cita-se o Projeto de Lei nº 1.956 de 2015, de autoria do Deputado Jorge Tadeu Mudalen, que pretende proibir, a partir da norma do congresso, a fabricação e a comercialização de produtos alimentícios que contenham gordura trans em sua composição. Com isso, o parlamentar pretende criar uma lei que proíbe a circulação de determinados produtos sob justificativa em matéria de vigilância sanitária e saúde pública, competência expressa da Anvisa nos termos do inciso XV do artigo 3º da Lei nº 9.782/1999.

Com essas três classificações em mente, o estudo apenas levou em consideração as normas inseridas nas categorias processual e/ou material. Os projetos de lei de natureza estritamente organizacional foram retirados da pesquisa, pois, como regra, não afetam a atividade regulatória da Anvisa.¹⁹

Passamos, assim, à análise dos dados obtidos na pesquisa.

17 Como exemplo marcante, o Projeto de Lei nº 228/2021 pretende definir expressamente hipóteses em que a Anvisa deve conceder registro para vacinas contra a Covid-19, independentemente de qualquer avaliação da agência. De acordo com o artigo 2º da proposição: “A Anvisa concederá, em um prazo de até 72 (setenta e duas) horas após a submissão do pedido à Agência, autorização para uso emergencial de vacinas contra a Covid-19, desde que tenham sido registradas ou recebido autorização para uso emergencial pela autoridade sanitária dos Estados Unidos, União Europeia, Japão, China, Reino Unido, Argentina e Rússia”.

18 Como exemplo, pode-se citar os Projetos de Lei nº 4.707/2019 e 4.594/2019 (apensados). Como será explorado adiante neste trabalho, essas proposições tinham como objetivo retirar da competência da Anvisa a concessão de autorização para funcionamento de sociedades empresárias ou instituições do ramo farmacêutico.

19 Apesar disso, reconhecemos que, excepcionalmente, determinados projetos de lei de natureza estritamente organizacional são capazes de afetar de fato a atividade regulatória da Anvisa. Dentre eles, menciona-se o Projeto de Lei nº 2.549/2000, convertido na Lei Ordinária nº 9.986/2000, que estabelece, dentre outras medidas, o mandato fixo de cinco anos para os dirigentes das agências reguladoras.

3. ANÁLISE DOS DADOS

3.1. As proposições ao longo dos anos

Foram identificadas um total de 77 (setenta e sete) proposições legislativas, distribuídas entre os anos de 1999 e 2021, que teriam como objeto matérias relacionadas à regulação da Anvisa. Significa, portanto, uma média de “3.5” (três e meio) projetos legislativos por ano. O gráfico a seguir ilustra a evolução no número de proposições ao longo dos anos.

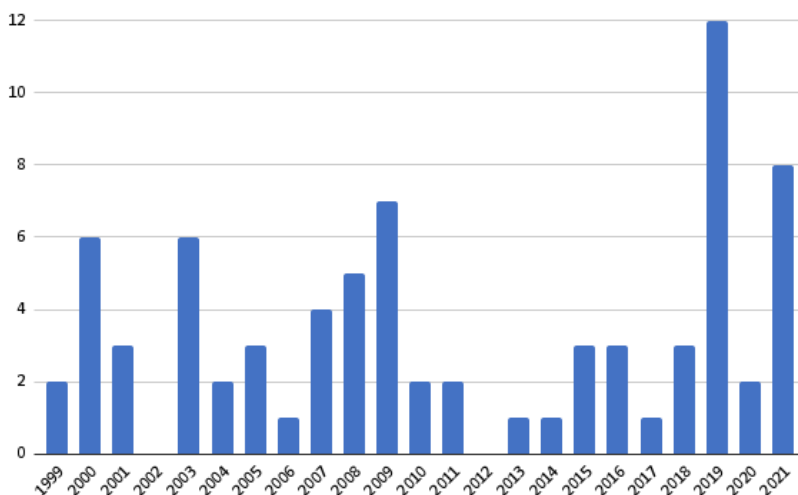


Gráfico 1

Um ponto de atenção é o grande volume de proposições sugeridas pelos parlamentares no ano de 2019: um total de 12 (doze) proposições, valor acima de 340% (trezentos e quarenta por cento) da média nos outros anos. Independentemente de análises mais profundas do setor que possam explicar esse fato, vale observar que o ano de 2019 foi o primeiro ano do atual governo de Jair Bolsonaro.

Dentre as 12 (doze) proposições no ano de 2019, 6 (seis) foram de autoria de parlamentares da base aliada do governo, 4 (quatro) foram de autoria de parlamentares de oposição, 1 (uma) foi de autoria de parlamentar sem coalizão definida e 1 (uma) foi de autoria de parlamentares de diversos partidos, sendo a maioria de base governista.

Dos 6 (seis) projetos apresentados por parlamentares de base governista, 5 (cinco) buscaram restringir competências regulatórias da Anvisa, enquanto 1 (um) buscou extinguir determinada prerrogativa da agência.

Isto é, os parlamentares que apoiavam o governo Bolsonaro no ano de 2019, ao proporem projetos de lei sobre a Anvisa, tinham em comum o objetivo de impor à agência as vontades do parlamento.

A tentativa de extinção de competência pré-existente da Anvisa apenas aconteceu três vezes desde 1999, sendo duas no ano de 2019 e com o mesmo objetivo: alterar o artigo 50 da Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976.²⁰ Ambas as proposições no ano de 2019 — uma de iniciativa da base governista no Congresso e outra de iniciativa de um grupo de parlamentares de maioria governista — buscavam revogar a necessidade de autorização da Anvisa para o funcionamento de sociedades empresárias ou instituições do ramo farmacêutico.

Estes casos marcantes evidenciam a preocupação de determinados congressistas em desburocratizar o mercado farmacêutico, regulado pela Anvisa. De um lado, as iniciativas estão de acordo com as tendências liberais de desburocratização, fomento à iniciativa privada e à atividade empresarial.²¹ Por outro lado, representam um exemplo de *By-Pass* Legislativo, isto é, uma tentativa de imposição da vontade do parlamento sobre a regulação da autarquia.

Ademais, os projetos de lei propostos em 2019 demonstram que os próprios parlamentares de base governista não apoiam irrestritamente a Anvisa em seu âmbito de regulação. Com estes dados em mente, a pesquisa estudou a relação entre a coalizão política e a ocorrência de *By-Pass* ao longo dos anos.

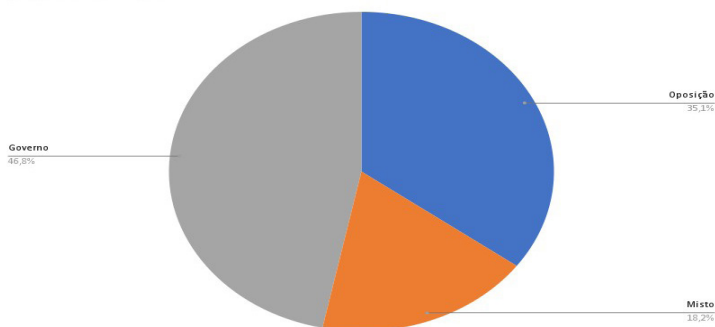
3.2. A relação entre coalizão política e o *By-Pass* Legislativo ao longo dos anos

Entre os 77 (setenta e sete) projetos legislativos identificados pela pesquisa, 36 (trinta e seis) — ou aproximadamente 46,8% (quarenta e seis e oito décimos por cento) — foram propostos por parlamentares de base aliada do governo executivo federal à época de sua proposição. Enquanto isso, 27 (vinte e sete) — ou aproximadamente 35,1% (trinta e cinco e um décimo por cento) — foram propostos por parlamentares de oposição e 14 (quatorze) — ou aproximadamente 18,2% (dezoito e dois décimos por cento) — foram propostos por parlamentares ou organizações sem coalizão definida.

20 A terceira proposição que busca extinguir competência da Anvisa é o PL nº 927 de 2021, de proposição do Deputado Luis Miranda (DEM/DF). Este caso será aprofundado no item 3.4.1 deste trabalho.

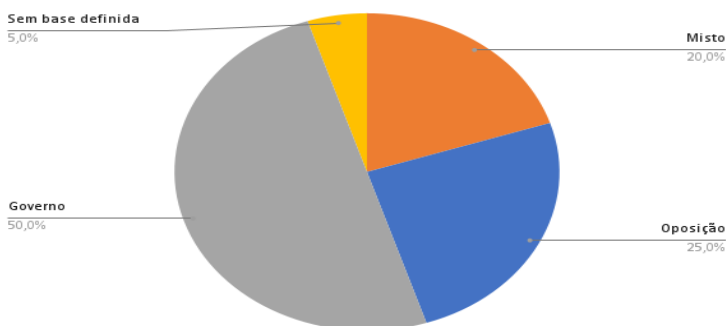
21 As tendências liberais estão representadas, principalmente, com a aprovação da Lei nº 13.874 (Lei de Liberdade Econômica), ainda no ano de 2019. Mais recentemente, o esforço do governo federal em incentivar a atividade empresarial no país está evidente com a aprovação do Marco Legal das Startups (Lei Complementar nº 182, de 1º de junho de 2021).

Contagem de Coalizão

**Gráfico 2.** Contagem de Coalizão

Entre as 20 (vinte) proposições que buscavam restringir as competências da Anvisa, percebe-se que em 50% (cinquenta por cento) dos casos a iniciativa foi de base governista, em 25% (vinte e cinco por cento) a proposta legislativa foi elaborada pela oposição, em 20% (vinte por cento) por parlamentares de coalizão mista e em 5% (cinco por cento) dos casos por congressistas sem base definida.

Base legislativa das proposições restritivas

**Gráfico 3.** Base legislativa das proposições restritivas

Assim, entre os 10 (dez) projetos de lei de base governista que buscaram restringir a competência da Anvisa, 5 (cinco) foram formulados pela base de apoio do governo de Jair Bolsonaro no ano de 2019. Da mesma forma, o único projeto de lei formulado por parlamentares governistas que buscava extinguir competência da Anvisa também foi proposto no primeiro ano de governo do atual presidente da república.²²

22 Trata-se do Projeto de Lei nº 4.594/2019, que pretende retirar da Anvisa a competência

Se destacadas apenas as proposições que pretendem condicionar determinada competência da Anvisa, a base governista representa 27,3% (vinte e sete e três décimos por cento) das hipóteses, enquanto a base de oposição retrata 54,5% (cinquenta e quatro e cinco décimos por cento) dos casos e os parlamentares de base mista deram iniciativa a 18,2% (dezoito e dois décimos por cento) dos projetos legislativos.

Base legislativa das proposições condicionantes

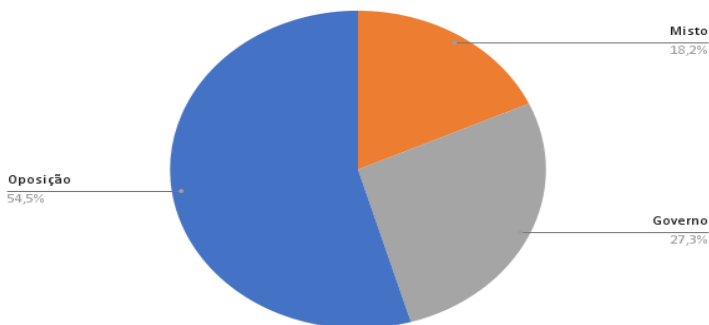


Gráfico 4. Base legislativa das proposições condicionantes

Apesar dos dados excepcionais verificados no ano de 2019, os parlamentares de base governista têm maior inclinação para restringir ou extinguir competências da Anvisa do que os próprios parlamentares de oposição. Por outro lado, os congressistas opositores apresentam o dobro de proposições que pretendem condicionar, aos parâmetros determinados pelo Congresso, as competências pré-existentes da agência. Não aprofundaremos os estudos sobre estes dados neste trabalho, o que deverá ser objeto de estudos futuros.

3.3. Projetos de Lei que criam novas competências

Como mostra o gráfico a seguir, outro ponto de atenção na pesquisa foi a quantidade de projetos de lei que se propõem a criar novas competências regulatórias à Anvisa. Dos 77 (setenta e sete) casos estudados, em 41 (quarenta e um) deles — *ou aproximadamente 53,2% (cinquenta e três e dois décimos por cento)* — o legislador busca criar prerrogativas para a agência, seja de natureza ampla, condicionada ou restrita.

para autorizar o funcionamento de farmácias de manipulação e drogarias.

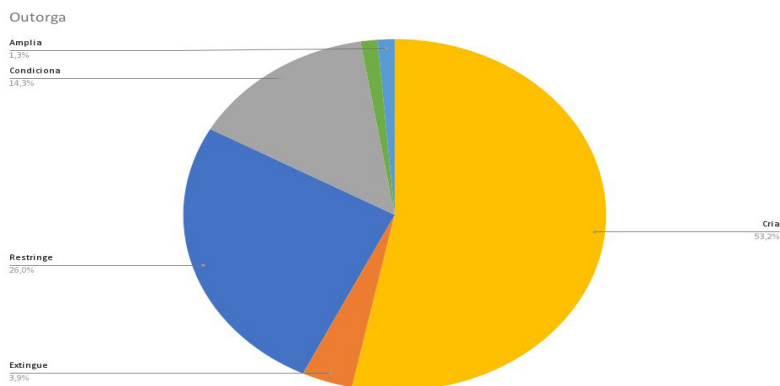


Gráfico 5. Outorga

Ao analisar as 41 (quarenta e uma) proposições, verifica-se que 30 (trinta) — ou aproximadamente 73,2% (setenta e três e dois décimos por cento) — das competências criadas são consideradas amplas, 8 (oito) — ou aproximadamente 19,5% (dezenove e cinco décimos por cento) — são condicionadas e 3 (três) — ou aproximadamente 7,3% (sete e três décimos por cento) — são restritas.

Natureza da Outorga em Caso de Aprovação dos PLs que Criam Competência

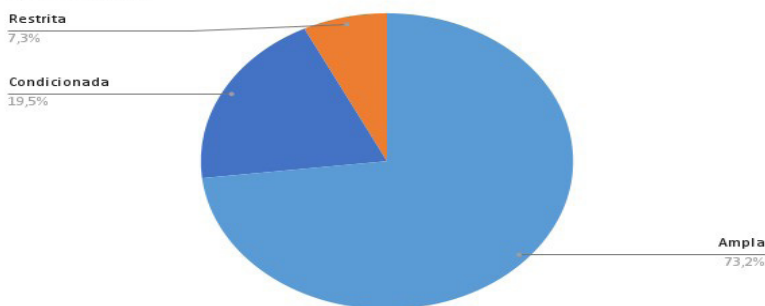


Gráfico 6. Natureza da outorga em caso de aprovação dos PLs que criam competência

Assim, não se pode dizer que na maioria dos projetos de lei existe uma tentativa de *By-Pass* por parte do Congresso Nacional. Ao contrário, na grande maioria dos casos existe uma tentativa de criar novas

competências da Anvisa, sendo estas, na maioria das vezes, competências amplas.

Entretanto, isso não significa que o fenômeno do *By-Pass* seja inexistente ou irrelevante. A outorga de novas competências à agência reguladora está em linha com a tendência de desburocratização e busca por eficiência da máquina estatal desde a década de 1990. Portanto, é normal que a limitação de competências da autarquia não seja a regra.

Apesar de não ser a regra, a Anvisa sofreu ao longo dos anos diversas tentativas de *By-Pass* por parte do Poder Legislativo, como será demonstrado neste artigo.

3.4. Projetos de Lei que ampliam competências

Apesar de grande parte das proposições remeterem à criação de novas competências da Anvisa, são poucos os projetos de lei que buscam ampliar competências pré-existentes da autarquia. Isto é, raramente o congresso busca tornar ampla uma prerrogativa da Anvisa que é condicionada ou restrita. Em específico, isto ocorreu em apenas 1 (um) dentre os 77 (setenta e sete) casos estudados — apenas 1,3% (um e três décimos por cento) das proposições.

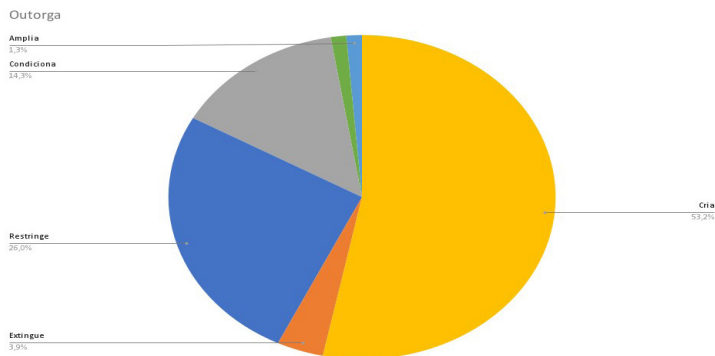


Gráfico 7. Outorga

Na oportunidade da única proposição excepcional (PL nº 3.117/2004), o legislador buscava tornar a critério da Anvisa os valores e periodicidades da Taxa de Fiscalização a ser cobrada pela autarquia nos casos de renovações de registros, autorizações e certificados.²³

23 Nos termos da redação dada pela Medida Provisória nº 2.190-34, de 23 de agosto de 2001, o §7º do artigo 23 da Lei nº 9.782 de 1999 determina que a “às renovações de registros, autorizações e certificados aplicam-se as periodicidades e os valores estipulados

Em uma primeira análise, a raridade de projetos que buscam ampliar as competências da Anvisa pode ser considerada um indício de que o congresso, desde a criação da Anvisa, não tem grandes pretensões em ampliar as competências já outorgadas à autarquia.

Por outro lado, vale lembrar que, dentre as proposições que criam normas, grande parte pretende outorgar à agência competência ampla (73,2% dos projetos). Graças ao grande volume destes projetos de lei, observa-se que em 40,3% dos casos estudados, se aprovada a proposta, a competência da Anvisa restaria ampla, mesmo com a raridade de projetos que buscam ampliar prerrogativas.

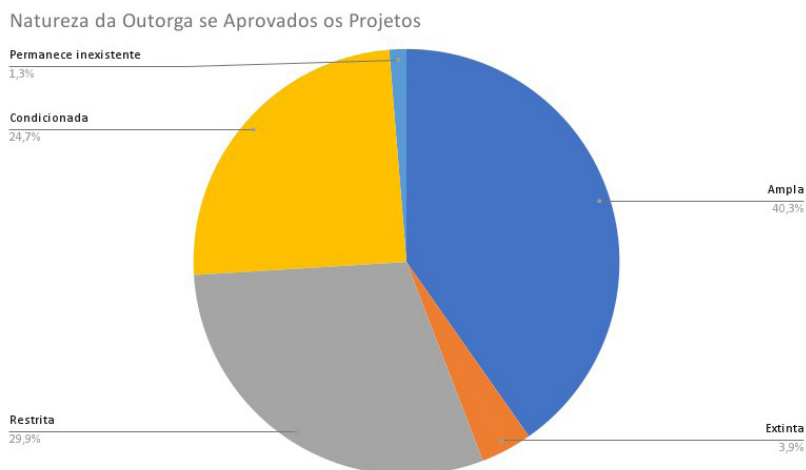


Gráfico 8. Natureza da outorga de aprovados os projetos

Verifica-se, assim, um processo dinâmico na relação entre o Congresso e a autarquia. Enquanto os parlamentares buscam criar normas de competência ampla, também se esforçam para limitar a competência das normas pré-existentes. Esta limitação será tratada no tópico a seguir, demonstrando a existência de *By-Pass* Legislativo sobre a regulação da Anvisa.

para os atos iniciais na forma prevista no Anexo". Isto é, a periodicidade e os valores da Taxa de Fiscalização de Vigilância Sanitária estariam definidos na própria lei. Portanto, o PL nº 3.117/2004 buscou ampliar as competências da Anvisa a fim de atribuir não apenas a prerrogativa de cobrança da taxa, mas também de definir seus valores e periodicidade.

3.5. *By-Pass* Legislativo: limitação da competência da Anvisa

A análise do *By-Pass* Legislativo está restrita aos casos em que já existe uma norma pré-existente que concede determinada prerrogativa à Anvisa e o projeto de lei, caso aprovado, pretende limitá-la. Isto é, estão descartadas as proposições que “não modificam”, “criam” ou “ampliam” competências.

Com esse recorte em mente, apenas são consideradas *By-Pass* as proposições legislativas que buscam (i) condicionar, (ii) restringir ou, no limite, (iii) extinguir competências da Anvisa. Assim, dentre o total de 77 (setenta e sete) projetos, foram estudados 34 (trinta e quatro) — *ou aproximadamente 44,1% (quarenta e um e um décimo por cento)* — que se enquadram no mencionado conceito.

Como demonstra o gráfico abaixo, identificamos que 20 (vinte) — *ou aproximadamente 58,8% (cinquenta e oito e oito décimos por cento)* — projetos de lei buscavam restringir, 11 (onze) — *ou aproximadamente 32,4% (trinta e dois e quatro décimos por cento)* — pretendiam condicionar e 3 (três) — *ou aproximadamente 8,8% (oito e oito décimos por cento)* — propuseram a extinção de competência da Anvisa.

ByPass Legislativo

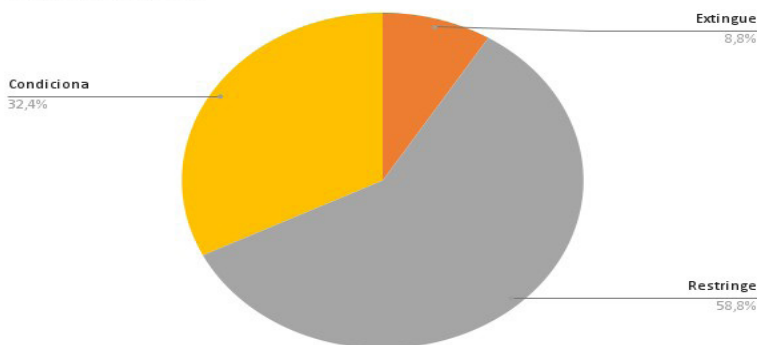


Gráfico 9. *ByPass* Legislativo

São diversos os exemplos de projetos legislativos que buscam restringir a competência da Anvisa em seu âmbito de regulação. Dentre eles, um caso recebe especial destaque: o Projeto de Lei nº 2.431/2011, “que proíbe a agência de vetar a produção e comercialização dos anorexígenos: sibutramina, anfepramona, femproporex e mazindol”. Observa-se que não há uma extinção completa da competência da agência de regular o Sistema de Vigilância Sanitária brasileiro, mas sim uma restrição específica de “não

proibir” a circulação dos medicamentos conhecidos como “inibidores de apetite” ou “remédios de emagrecimento”. Esta proposição foi convertida na Lei nº 13.454/2017, citada anteriormente neste artigo.

Nessa linha, outro exemplo é o Projeto de Lei nº 4.639/2016, conhecido por autorizar o uso da substância “fosfoetanolamina sintética” — conhecida popularmente como “pílula do câncer” — para pacientes diagnosticados com neoplasia maligna. Da mesma forma que o Projeto de Lei nº 2.431/2011, essa proposição legislativa pretende impor uma restrição negativa à Anvisa (“não proibir a circulação da substância”). Esse projeto foi transformado na Lei Ordinária nº 13.269/2016, declarada inconstitucional pelo STF na ADI 5.501 de 2016, quando foi vencedor o entendimento de que compete à Anvisa regular o sistema de vigilância sanitária e aprovar a circulação de substâncias relevantes para a saúde pública.²⁴

Entre os 11 (onze) projetos legislativos que buscam condicionar as competências da Anvisa, em três ocasiões a competência da agência já se mostrava condicionada, de modo que estas proposições buscavam acrescentar novos parâmetros a serem observados pela autarquia. Um desses casos é o Projeto de Lei nº 5.462/2016, convertido na Lei nº 13.411/2017. Nesta oportunidade, foram incluídos na Lei nº 6.360/76 — que já previa condições para a concessão de registro de medicamentos, drogas e insumos farmacêuticos em seu artigo 16 — parâmetros obrigatórios para serem cumpridos pelo Poder Executivo na determinação do prazo das decisões finais nos processos de registro. Isto é, além de o Congresso Nacional impor suas condições na regulação material da Anvisa, também passou a regulamentar as condições básicas do processo de apreciação da autarquia.

Enquanto isso, das 3 (três) proposições que pretendem extinguir competência da Anvisa, duas são os Projetos de Lei nº 4.707/2019 e 4.594/2019 acima explorados, apresentadas no ano de 2019. O outro projeto de lei se refere ao Projeto de Lei nº 927/2021 (“PL nº 927/2021”), que pretende extinguir temporariamente competência regulatória da agência. Este caso será explorado no Item 3.5.1 deste artigo.

Entre os 34 (trinta e quatro) projetos de lei que buscam impor *By-Pass* Legislativo à Anvisa, observa-se que em 31 (trinta e um) casos — ou aproximadamente 91,2% (noventa e um e dois décimos por cento) — a competência da agência se apresentava como ampla no momento da proposição normativa. Em apenas em 3 (três) casos — ou aproximadamente 8,8% (oito e oito décimos por cento) — a prerrogativa da Anvisa se mostrava condicionada no momento da apresentação do projeto de lei.²⁵

24 Como trabalhado neste artigo, a decisão proferida na ADI 5.501 seguiu a linha doutrinária que apoia a existência da “Reserva de Administração” ou “Reserva da Regulação”.

25 Isto significa que em nenhuma hipótese houve a restrição de competências

Competência da ANVISA no Momento da Propositura

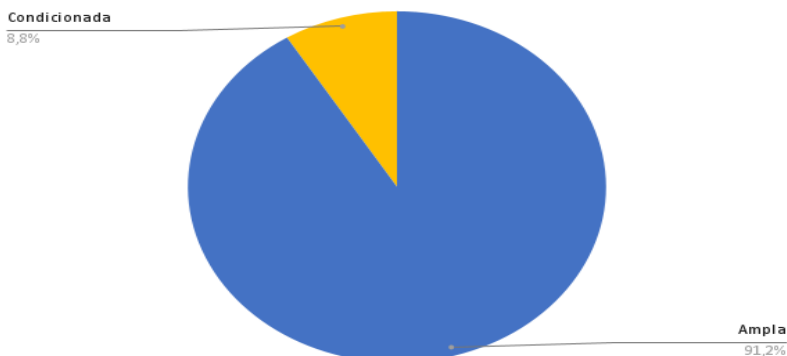


Gráfico 10. Competência da Anvisa no momento da propositura

Com isso, percebe-se que na maioria dos casos em que os parlamentares pretendem impor suas vontades no âmbito regulatório da Anvisa, estes buscam restringir prerrogativas amplas da agência.²⁶ Por outro lado, raramente chegam ao extremo de extinguir determinada competência da agência e jamais ambicionaram restringir as competências condicionadas da autarquia.

3.5.1. O Covid-19 e o *By-Pass* Legislativo sobre a Anvisa

Com a pandemia do Covid-19, ao menos 10 (dez) projetos de lei foram propostos no Congresso Nacional entre 2020 e 2021 com matéria relacionada ao âmbito de regulação da Anvisa. Destes, 8 (oito) representam exemplos de *By-Pass* à agência, sendo: 4 (quatro) que pretendem restringir competências, 3 (três) que pretendem impor condicionantes e 1 (um) que pretende extinguir determinada prerrogativa.

Este último trata-se do PL nº 927/2021, apresentado pelo Deputado Luis Miranda (DEM do Distrito Federal). Essa proposição buscava retirar, mesmo que temporariamente, a competência da Anvisa em analisar e conceder registro para medicamentos e vacinas “com eficácia comprovada”

condicionadas. Como apresentado neste artigo, as três proposições que se mostravam condicionadas mantiveram-se dessa forma, porém com requisitos adicionais.

26 São exemplos de propostas legislativas que buscam restringir competências amplas da Anvisa, dentre outros, o Projeto de Lei nº 2.431/2011 — que autoriza a circulação de anorexígenos —, o Projeto de Lei nº 228/2021 — que pretende definir situações em que deve haver o registro para vacinas do Covid-19 — e o Projeto de Lei nº 69/2021 — formulado com o objetivo de criar a obrigatoriedade de registro para medicamentos e insumos considerados essenciais para o combate da pandemia do Covid-19 por entidades internacionais.

contra o Covid-19. Em específico, se constatado que o produto é tido como eficaz para o combate ao coronavírus em outros países do mundo, não haveria necessidade de registro na Anvisa e estaria extinta a competência da agência regulatória nestes casos — ao menos enquanto perdurar o estado de emergência da pandemia.²⁷ O PL nº 927/2021 está aguardando parecer da Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF) no Congresso Nacional.²⁸

Nesse mesmo assunto, foi sancionada a Lei 14.006/2020, que restringe a competência da Anvisa em matéria de concessão de registro para medicamentos e insumos essenciais ao combate do Covid-19 que tenham registro em determinadas instituições sanitárias internacionais. Portanto, não satisfeito com a restrição imposta ao processo de concessão do registro, o legislador tem a ambição de esgotar totalmente a competência da Anvisa quando, de maneira genérica, qualquer medicamento ou vacina contra o vírus for considerada eficaz por qualquer outra autoridade sanitária do mundo.

Além do PL nº 927/2021, diversos outros projetos foram apresentados com o objetivo de impor as vontades dos legisladores sobre a regulação da Anvisa no mercado de medicamentos e vacinas contra o coronavírus. Entre eles, cita-se: o PL nº 228/2021²⁹, o PLV nº 1/2021³⁰ e o PL nº 69/2021.³¹

Ainda nesse sentido, a Medida Provisória nº 1.026/2021, transformada na Lei Ordinária nº 14.124/2021, de iniciativa do Poder Executivo, buscou condicionar a atividade de concessão de registro de vacinas e insumos

27 Nos termos do inciso IX do artigo 7º c/c inciso I do §1º do artigo 8º, ambos da Lei nº 9.782/99, incumbe à Anvisa a concessão de registro para medicamentos para uso humano e demais insumos. Trata-se de competência ampla da agência, que tem discricionariedade para realizar os estudos necessários para a concessão do registro.

28 O PL nº 927/2021 foi apensado ao PL nº 69/2021. Este, por sua vez, foi apensado ao PL nº 2.036/2019, que está aguardando Parecer do Relator na Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF).

29 O Projeto de Lei nº 228/2021 pretende definir expressamente hipóteses em que a Anvisa deve conceder registro para vacinas contra a Covid-19, independentemente de qualquer avaliação da agência. De acordo com o artigo 2º da proposição: “A Anvisa concederá, em um prazo de até 72 (setenta e duas) horas após a submissão do pedido à Agência, autorização para uso emergencial de vacinas contra a Covid-19, desde que tenham sido registradas ou recebido autorização para uso emergencial pela autoridade sanitária dos Estados Unidos, União Europeia, Japão, China, Reino Unido, Argentina e Rússia”.

30 O Projeto de Lei de Conversão (“PLV”) nº 1/2021, por exemplo, pretende condicionar a competência da Anvisa no que tange à concessão de registro temporário para vacinas contra a Covid-19. Em substituição à competência ampla da agência em avaliar o registro dos produtos, o legislador pretende definir parâmetros para a concessão do registro temporário de vacinas contra a Covid-19 já autorizadas em outros países do mundo. Esta proposição é acessória à Medida Provisória nº 1.026/2021, transformada na Lei Ordinária 14.124/2021.

31 O Projeto de Lei nº 69/2021 foi formulado com o objetivo de criar a obrigatoriedade de registro para medicamentos e insumos considerados essenciais para o combate da pandemia do Covid-19 por entidades internacionais.

durante a pandemia do Covid-19 — ato de competência da Anvisa — aos parâmetros a serem aprovados no Congresso Nacional.

4. CONCLUSÃO

Diversas discussões são travadas na doutrina nacional sobre a função legislativa exercida por entidades da administração pública, especialmente por agências reguladoras. Independentemente de análises teóricas sobre a oportunidade ou existência da reserva da administração, determinadas movimentações no Congresso Nacional buscam limitar, extinguir, criar ou ampliar prerrogativas normativas que outrora foram outorgadas à Anvisa.

Nesse sentido, apuramos que em 44,1% das proposições legislativas analisadas existe uma pretensão do Congresso de realizar *By-Pass* Institucional sobre a Anvisa (*i.e.*, nesses casos, o Poder Legislativo pretende impor suas vontades sobre as competências regulatórias da agência). Os dados demonstram, dessa forma, a grande quantidade de projetos de lei criados com o objetivo de limitar as competências da agência reguladora.

Nesse âmbito, outro ponto de atenção é o fato de que a maior parte das proposições legislativas restritivas são apresentadas por congressistas de base governista. Enquanto isso, a maior parte das proposições condicionantes são apresentadas por parlamentares de oposição ao governo.

Portanto, concluímos que é inegável a existência de movimentos do Congresso Nacional que buscam impor as vontades de parlamentares sobre as competências regulatórias da Anvisa. Este fato demonstra a relevância prática de discussões sobre reserva da administração e controle legislativo sobre as agências reguladoras no Brasil.

5. REFERÊNCIAS

BRESSER PEREIRA. “Do Estado Patrimonial ao Gerencial”. *In*: PINHEIRO; WILHEIM; SACHS

(orgs.). **Brasil: Um Século de Transformações**. São Paulo: Cia. das Letras, 2001.

FONSECA, F. J. D. “Reserva de Regulação da Administração Pública”. *In*: GUERRA, Sérgio (org.). **Teoria do Estado Regulador**. v. 2. Juruá Editorial.

GUERRA, S. **Discrecionalidade, Regulação e Reflexividade: Uma Nova Teoria Sobre as Escolhas Administrativas**. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

GUERRA, S.; SALINAS, N. S. C. Controle político da atividade normativa das agências reguladoras no Brasil. **Revista de Direito Econômico e Socio-ambiental**. Curitiba, v. 9, n. 3. set./dez. 2018. DOI: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v9i3.24570.

MELLO, C. A. B. **Curso de Direito Administrativo**. 28ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2011.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. 3ª ed. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SUNDFELD, C. A. “Administrar é criar?” In: _____. **Direito Administrativo para Céticos**. Malheiros Editores.

VERMEULE, A. Imagine There's No Congress. **The Washington Post**, 2016. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/news/in-theory/wp/2016/01/11/imagine-theres-no-congress>. Acesso em 15 de agosto de 2021.

