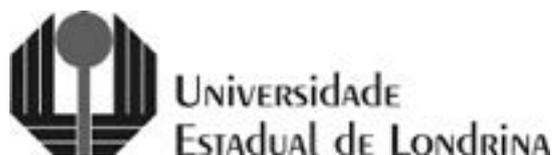




UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA



Revista do
DIREITO PÚBLICO



REITORA
Prof.^a Dr.^a Marta Regina Gimenez Favaro

VICE-REITOR
Prof. Dr. Airton Petris

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
Pró-Reitora: Prof.^a Dr.^a Silvia M. Ferreira Meletti
Diretora de Pós-Graduação: Prof.^a Dr.^a Mariana Ap. B. Soares de Andrade
Diretor de Pesquisa: Prof. Eduardo José de Almeida Araujo

CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS
Diretor: Prof. Me. Miguel Belinati Piccirillo
Vice-Diretor: Prof. Dr. Carlos Eduardo Caldarelli
Chefe do Departamento de Direito Privado: Prof. Me. Cláudio César Machado Moreno
Chefe do Departamento de Direito Público: Prof. Me. Marcos Daniel Veltrini Ticianelli

CURSO DE MESTRADO EM DIREITO NEGOCIAL
Coordenador: Prof. Dr. Elve Miguel Cenci
Vice-Coordenador: Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti

Catálogo elaborado pela Divisão de Processos Técnicos da Biblioteca Central da
Universidade Estadual de Londrina.
Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

Revista do Direito Público / Universidade Estadual de Londrina.
Centro de Estudos Sociais Aplicados. Departamento de Direito
Público. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. –
Londrina: UEL, 2021-v.2 ; 29 cm.

Quadrimestral.
Descrição baseada em: v.17, n.2, mar./out. (2022).
ISSN: 1980-511X (online).
1. Direito Público – Periódicos. I. Universidade Estadual de Londrina.
Centro de Estudos Sociais Aplicados. Departamento de Direito Público.
Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial.

CDU 342

Esta revista não assume a responsabilidade das ideias emitidas nos diversos artigos, cabendo-as exclusivamente aos autores. / É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista desde que seja citada a fonte.

Indexada em: LivRe (Brasil), Doaj (Suécia), Latindex (México), SHERPA RoMEO (Inglaterra), Portal de Periódicos CAPES (Brasil), WorldCat (EUA), TULIPS-Linker (Japão), Aladin (EUA), New Jour (EUA), BASE (Alemanha).

Disponível nos catálogos digitais das bibliotecas: HKU Librarie (Hong Kong), Charles University (Rep. Checa), Gorky St. Petersburg State University (Rússia), Hebrew University of Jerusalem (Israel), Miami University Libraries (EUA), Yale University (EUA), Universidad Nacional Autónoma de México (México), Universidade do Porto (Portugal), University of Tsukuba (Japão).



Revista do
DIREITO PÚBLICO

ISSN 1980551-X

MESTRADO E DOUTORADO EM
DIREITO NEGOCIAL

DEPARTAMENTO DE
DIREITO PÚBLICO



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA



SSN 1980-511X (eletrônico)
Revista do Direito Público da UEL
Volume 17, número 2, out. 2022

EDITORES RESPONSÁVEIS / EDITORS

Dr. Luiz Fernando Bellinetti
Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR)

CONSELHO EDITORIAL / EDITORIAL BOARD

Eduardo Reale Ferrari - Universidade de São Paulo (USP/SP)
FranciEduardo Reale Ferrari - Universidade de São Paulo (USP/SP)
Francisco Emílio Baleotti - Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR)
Irene Patrícia Nohara - Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM/MG)
Maria Auxiliadora Minahim - Universidade Federal da Bahia (UFBA/BA)
Tânia Lobo Muniz - Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR)
Thais Bernardes Maganhini - Universidade Federal de Rondônia (UNIR/RO)
Wilson Engelmann – Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS/RS)

PARECERISTAS AD HOC / REVIEWERS

Adriana Goulart de Sena Orsini	Minas Gerais
Alaerte Antonio Martelli Contini	Mato Grosso do Sul
Andrea Boari Caraciola	São Paulo
Carlos Mauricio Lociks de Araújo	Distrito Federal
Diego Richard Ronconi	Santa Catarina
Eloy Pereira Lemos Junior	Minas Gerais
Felipe Magalhães Bambirra	Goiás
Francisco Antônio de Barros e Silva Neto	Pernambuco
Geziela Iensue	Mato Grosso do Sul
Henrique Morgado Casseb	São Paulo
João Porto Silvério Junior	Goiás
Lourival José de Oliveira	Paraná
Luciane Martins de Araújo	Goiás
Marco Antônio César Villatore	Santa Catarina
Maria Cristina Cardoso Pereira	Goiás
Monica Paraguassu Correia da Silva	Rio de Janeiro
Natália Jodas	São Paulo
Nelson Finotti Silva	São Paulo
Oswaldo Ferreira de Carvalho	Goiás
Rogério Montai de Lima	Rondônia
Rubens Beçak	São Paulo
Silvio Carlos Alvares	São Paulo
Thami Covatti Piaia	Rio Grande do Sul
Wilson Engelmann	Rio Grande do Sul

ASSESSORIA TÉCNICA
Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR)

Ana Lúcia Maso Borba Navolar, Ana Luiza Mendes Mendonça, Beatriz Scherpinski Fernandes, Bruna Faria, Fernanda Shimomura Zuffa, Flávia Osmarin Tosti Menegon, Franciele Barbosa Santos, Isabela Nabas Schiavon, Lillian Zucolote de Oliveira, José Ricardo Suter, Lucas Rafael da Silva Delvechio, Mylena de Souza Santos, Murilo Meneguello Nicolau, Natali Silvana Zwaretch, Thiago Ridolfi Ferreira, Vanessa Manganaro de Araujo Almeron, Viviana Samara Yoko Matsui

SUMÁRIO | CONTENT

EDITORIAL.....	8
REFLEXÕES SOBRE A MEDIAÇÃO FAMILIAR DIGITAL NA PLATAFORMA DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA10	
REFLECTIONS ON DIGITAL FAMILY MEDIATION ON THE PLATFORM OF THE NATIONAL JUSTICE COUNCIL	
<i>André Pedroso Kasemirski e Tarcisio Teixeira</i>	
O MODELO SOCIAL DE DEFINIÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A GARANTIA DO SEU LIVRE DESENVOLVIMENTO COMO DIREITO DA PERSONALIDADE33	
THE SOCIAL MODEL OF DEFINITION OF THE PERSONS WITH DISABILITIES AND THE GARANTEE OF THEIR FREE DEVELOPMENT AS THE RIGHT OF THE PERSONALITY	
<i>Dirceu Pereira Siqueira e Jamile Sumaia Serea Kassem</i>	
DOS PRESSUPOSTOS DE VALIDADE PARA A PRORROGAÇÃO POR INTERESSE PÚBLICO DAS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO47	
THE VALIDITY PRESUPPOSITIONS FOR THE PUBLIC INTEREST PROROGATION OF PUBLIC SERVICE CONCESSIONS	
<i>Odone Sanguiné e Felipe Montenegro Viviani Guimarães</i>	
APLICAÇÃO DO ACORDO DE ESCAZÚ À GESTÃO DO REGIME LEGAL DE BIOMASSA NO BRASIL.....72	
APPLICATION OF THE ESCAZÚ AGREEMENT TO THE MANAGEMENT OF THE BIOMASS LEGAL FRAMEWORK IN BRAZIL	
<i>Marcelo Kokke</i>	
DESAFIOS DA PARTICIPAÇÃO POPULAR NO BRASIL89	
CHALLENGES OF POPULAR PARTICIPATION IN BRAZIL	
<i>Priscilla de Oliveira Calegari e Luciana Gaspar Melquiades Duarte</i>	
A REGULAÇÃO DE SANEAMENTO BÁSICO E O NOVO MARCO REGULATÓRIO: CARACTERÍSTICAS, COMPETÊNCIAS E DELEGAÇÃO..... 111	
THE REGULATION OF BASIC SANITATION AND THE NEW REGULATORY FRAMEWORK: CHARACTERISTICS, COMPETENCIES AND DELEGATION	
<i>Paulo André Freires Paiva e Rômulo Guilherme Leitão</i>	
INDISPENSABILIDADE DA TERRA PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO HUMANO AO ALIMENTO DOS POLÍTICAS PÚBLICAS E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À ÁGUA.....132	
PUBLIC POLICIES AND THE EFFECTIVENESS OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO WATER	
<i>Gláucia Maria de Araújo Ribeiro e Nicole Rabelo Souto Maior e Louise Oliveira Braga</i>	
UM REFORÇO À DEMOCRACIA PARTICIPATIVA NA LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO: A NECESSÁRIA PREVISÃO LEGAL DE IMPLEMENTAÇÃO DOS CONSELHOS DE TRANSPARÊNCIA.....154	
STRENGTHENING PARTICIPATORY DEMOCRACY IN THE ACCESS TO INFORMATION ACT: THE NECESSARY LEGAL PROVISION FOR THE ESTABLISHMENT OF TRANSPARENCY COUNCILS	
<i>Denise Auad</i>	

DEMOCRACIA REPRESENTATIVA: PRODUÇÃO LEGISLATIVA E O PAPEL DO EXECUTIVO E DO LEGISLATIVO.....	173
REPRESENTATIVE DEMOCRACY: LEGISLATIVE PRODUCTION AND THE ROLE OF THE EXECUTIVE AND LEGISLATIVE	
<i>Anays Martins Finger e Miriam Cheissele dos Santos e Nina Trícia Disconzi Rodrigues</i>	
REGULAÇÃO DA TECNOLOGIA NUM CONTEXTO DISRUPTIVO	188
REGULATION OF TECHNOLOGY IN A DISRUPTIVE CONTEXT	
<i>Loreci Gottschalk Nolasco e Mirela Rodrigues dos Santos</i>	
AS INCONSTITUCIONALIDADES E OS RETROCESSOS DO DECRETO Nº 10.502/2020: UM ESTUDO ACERCA DO DIREITO À EDUCAÇÃO INCLUSIVA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA	215
THE UNCONSTITUTIONALITIES AND THE THROWBACKS IN THE DECREE 10.502/2020: A STUDY ON RIGHT TO INCLUSIVE EDUCATION OF PEOPLE WITH DISABILITIES	
<i>João Victor Carloni de Carvalho e José Duarte Neto</i>	
A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS E A CULTURA DO CONSENSO NA JUSTIÇA BRASILEIRA: DO EMPODERAMENTO À CIDADANIA.....	235
CONFLICT MEDIATION AND THE CONSENSUS CULTURE IN BRAZILIAN JUSTICE: FROM EMPOWERMENT TO CITIZENSHIP	
<i>Dayse Braga Martins e Larissa Rocha de Paula Pessoa</i>	
I	
RESENHAS.....	252
EM DEFESA DO PRECONCEITO: A NECESSIDADE DE TER IDEIAS PRECONCEBIDAS.....	252
<i>Lara Caxico Martins Miranda</i>	
RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA E O CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	255
<i>Danyelle Rodrigues de Melo Nunes</i>	

EDITORIAL

Apresentamos a edição de outubro de 2022 (v. 17, n. 2) da Revista do Direito Público da Universidade Estadual de Londrina.

Inicialmente pensada para ser publicada em agosto deste ano, foi necessário postergar tal prazo, em razão de uma grande mudança operada no sistema eletrônico de revistas da universidade, que inclusive o deixou inoperante por várias semanas. Tal conjuntura provocou profundas diferenças nos fluxos de trabalho de nossa equipe, o que nos obrigou a readequar diversos elementos da confecção desta edição, sendo, pois, determinante para o postergamento de sua publicação para o mês de outubro. Dito isto, todos os colaboradores promoveram esforço hercúleo para encerrar os trabalhos dentre das novas conformidades editoriais e adequar a revista às inovações propostas por nossa universidade.

Quanto ao seu conteúdo, a presente edição é formada por textos elaborados por autores de nosso estado, o Paraná, e de todo o Brasil, com temas relacionados à mediação, acesso à justiça, Direitos Humanos, Direito Ambiental, Constitucional, Ciência Política, Direito Administrativo, direito ao saneamento básico e inovações tecnológicas.

No campo da mediação, temos dois artigos. O primeiro, *“Reflexões sobre a mediação familiar digital na plataforma do Conselho Nacional de Justiça”*, investiga e problematiza se a mediação familiar virtual pode ou não ser um instrumento democrático e de acesso à justiça.

O segundo texto, *“A mediação de conflitos e a cultura do consenso na Justiça Brasileira: do empoderamento à cidadania”*, busca investigar se os métodos autocompositivos, além de serem uma alternativa ao acesso à justiça, são também potencializadores do empoderamento e emancipação do indivíduo.

Explorando a temática do Direito Constitucional e da defesa dos direitos das pessoas com deficiência, o texto *“O modelo social de definição da pessoa com deficiência e a garantia do seu livre desenvolvimento como direito da personalidade”* se pauta na abordagem do modelo social de definição da pessoa com deficiência na formação de identidade, percutindo se esta apresenta subsídios para fundamentar tal conceito e garantir igualdade como forma de efetivação de livre desenvolvimento e como um direito da personalidade que assegure autonomia existencial às pessoas.

No mesmo diapasão, o trabalho *“As inconstitucionalidades e os retrocessos do Decreto n. 10.502/2020: um estudo acerca do direito à educação inclusiva da pessoa com deficiência”*, visa analisar a presença de possíveis inconstitucionalidades, ilegalidades e retrocessos no Decreto nº 10.520/2020, tomando por base o estudo da evolução histórica do direito à educação da pessoa com deficiência.

O artigo *“Aplicação do acordo de Escazú à gestão do Regime Legal de Biomassa no Brasil”*, por sua vez, apresenta suas considerações na seara do Direito Ambiental, propondo o estudo dos direitos instrumentais ambientais a partir do Acordo de Escazú., sustentando ainda que referido Tratado Internacional propicia uma nova formulação do direito ao acesso à informação ambiental.

Noutro giro, no estudo do debate da Democracia e do Direito em face das inovações tecnológicas, o artigo *“Desafios da participação popular*

no Brasil” se debruça sobre os mecanismos de participação popular no país, a fim de responder a indagação acerca do acesso às tecnologias da informação e comunicação como meios de aprimorar a democracia popular.

Ainda nessa temática, o texto *“Um reforço à democracia participativa na lei de acesso à informação: a necessária previsão legal dos conselhos de transparência”*, almeja discutir a necessidade de previsão legal dos Conselhos de Transparência na Lei de Acesso à Informação, tendo por base a realidade das tecnologias que acompanham a vida cotidiana dos cidadãos em um ambiente democrático.

Outros dois trabalhos trazidos nessa edição versam sobre acesso à água e direito ao saneamento básico. São eles: *“Políticas Públicas e a efetivação do direito fundamental à água”*, que objetiva analisar a maneira pela qual o direito humano ao acesso à água potável e ao esgotamento sanitário se encontra intrinsecamente relacionado às políticas públicas, enquanto instrumentos efetivadores de direitos fundamentais; e o artigo *“A regulação de saneamento básico e o novo marco regulatório: características, competências e delegação”*, que dá destaque às alterações promovidas no marco regulatório pela Lei nº 14.026/2020, trazendo à baila a análise do modelo de delegação para a agência reguladora do Estado do Ceará no que tange ao assunto.

Debatendo o viés da política e da democracia sob o prisma constitucional-legislativo, temos o artigo *“Democracia representativa: produção legislativa e o papel do executivo e do legislativo”*, propondo compreender em que medida o Poder Executivo mantém prerrogativas legislativas conquistadas no regime autoritário após a promulgação da Constituição de 1988, e se estas repercutem na produção legiferante nacional.

Trazendo a discussão acadêmica para o campo do direito e das relações tecnológicas, o trabalho *“Regulação da tecnologia num contexto disruptivo”* busca apontar como o Estado e o Direito podem exercer seus papéis de amparo legal para resguardar e promover o bem-estar social, bem como o avanço tecnológico, sem colocar em risco direitos fundamentais dos indivíduos.

Ademais, no campo do Direito Administrativo, o texto *“Dos pressupostos de validade para a prorrogação por interesse público das concessões de Serviço Público”*, trata da prorrogação das concessões de serviço público por razões de conveniência e oportunidade das partes (ou prorrogação por interesse público).

Nesta edição, a revista conta ainda com duas resenhas, que analisam os capítulos de um a seis da obra *“Em defesa do preconceito: a necessidade de ter ideias preconcebidas”*, de Theodore Dalrymple, e o livro *“Responsabilidade Tributária e o Código Civil de 2002”*, de Maria Rita Ferragut.

Esperamos que apreciem a leitura de nosso segundo volume deste ano, e que as pesquisas divulgadas aqui fomentem novos estudos, promovendo o debate acadêmico em diferentes níveis de compreensão.

Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti
Outubro de 2022.

REFLEXÕES SOBRE A MEDIAÇÃO FAMILIAR DIGITAL NA PLATAFORMA DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

REFLECTIONS ON DIGITAL FAMILY MEDIATION
ON THE PLATFORM OF THE NATIONAL JUSTICE
COUNCIL

André Pedroso Kasemirski*
Tarcisio Teixeira**

* Mestre em Direito Negocial pelo programa de pós-graduação stricto sensu em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL), com bolsa CAPES no período. Pós-graduado em Direito Empresarial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Advogado. Pesquisador e membro dos projetos de pesquisa “Internet: Aspectos Jurídicos” (UEL) e “Contratualização das relações familiares e das relações sucessórias” (UEL). Membro do projeto de ensino e formação complementar “Direito e Tecnologia: os desafios do direito frente às mudanças decorrentes de desenvolvimento tecnológico” (UEL). Membro da Comissão de Direito Digital da OAB, Subseção Londrina/PR. Membro do comitê científico e vice-representante estadual (PR) da ANPPD - Associação Nacional dos Profissionais de Privacidade de Dados.
E-mail: andre.kasemirski@uel.br

**Doutor e Mestre em Direito Empresarial (Comercial) pela Faculdade de Direito da USP - Largo São Francisco. Pós-graduado/Especialista em Direito Empresarial pela Escola Paulista da Magistratura - EPM. Professor Adjunto de Direito Empresarial da Universidade Estadual de Londrina – UEL (graduação, lato sensu e stricto sensu). Palestrante, parecerista, advogado e consultor de empresas. Estudioso da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais; Inteligência Artificial; Internet das Coisas; Blockchain; Criptomoedas e Bitcoin; Marketplace; ANPD - Agência Nacional de Proteção de Dados; Marco Civil da Internet - Lei n. 12.965/2014, a sua Regulamentação pelo Decreto n. 8.771/2016; bem como do Decreto n. 7.962/2013 que regulamenta o Comércio Eletrônico. Autor, entre outras obras, de: Comércio eletrônico: conforme o Marco Civil na Internet; Curso de direito e processo eletrônico; e Direito empresarial sistematizado. E-mail: tarcisioiteixeira@tarcisioiteixeira.com.br

Como citar: KASEMIRSKI, André Pedroso. Reflexões sobre a mediação familiar digital na plataforma do conselho nacional de justiça. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 17, n. 2, p.10-32, out. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n2p.10. ISSN: 1980-511X

Resumo: A implementação do processo judicial eletrônico tem alterado profundamente a formação dos litígios e a resolução de conflitos na sociedade da informação. Nesse sentido investiga-se e problematiza-se se a mediação familiar virtual pode ou não ser um instrumento democrático e de acesso à justiça. Assim, por intermédio do método dedutivo, corresponde à extração discursiva do conhecimento a partir de premissas gerais aplicáveis a hipóteses concretas e utilização das técnicas de levantamento bibliográfico e legislações correspondentes toma-se como hipótese que a mediação familiar virtual pode ser um instrumento democrático e de acesso à justiça, de forma complementar à mediação presencial, desde que as plataformas se adequem, motivo pelo qual exige-se reflexões quanto aos desafios a serem enfrentados.

Palavras-chave: mediação digital; direito de família; acesso à justiça; democracia; direito digital.

Abstract: The implementation of the electronic judicial process has profoundly changed the formation of litigation and conflict resolution in the information society. In this sense, it is investigated and questioned whether virtual family mediation can or cannot be a democratic instrument and of access to justice. Thus, through the deductive method, it corresponds to the discursive extraction of knowledge from general premises applicable to concrete hypotheses and the use of bibliographic survey techniques and corresponding legislation. access to justice, in a complementary way to face-to-face mediation, as long as the platforms are suitable, which is why reflections are required on the challenges

to be faced.

Keywords: virtual mediation; family right; access to justice; democracy; digital law.

INTRODUÇÃO

Tem ganhado cada vez mais relevância na sociedade contemporânea o desenvolvimento da tecnologia atrelada à internet, de modo que com o judiciário não foi diferente, pois o processo e a prática judicial passaram por reformulações importantes, tanto que em 2020 apenas 3,1% das demandas e conflitos ingressaram fisicamente, conforme relatório da Justiça em Números de 2021 desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2021a).

O ambiente propício foi um dos fatores que corroboraram com a prática eletrônica nos serviços judiciais, especialmente após a vigência da Lei nº. 11.419/06 (BRASIL, 2006) que dispõe sobre a informatização do processo judicial, da Lei 13.105/2015 (BRASIL, 2015a) que recepcionou o processo eletrônico e trouxe inovações acerca da prova eletrônica, bem como a Resolução nº 125/2010 (BRASIL, 2010) do Conselho Nacional de Justiça, que possibilitou a inserção do procedimento de “Mediação Digital”. Por sua vez, excetuam-se atualmente no sistema de “Mediação Digital” algumas modalidades de conflitos, como aquelas que envolvem o direito de família.

Isto posto, investiga-se e problematiza-se a possibilidade da mediação digital no direito de família ser um instrumento democrático e de acesso à justiça. Desse modo, utiliza-se do método dedutivo e realiza a extração discursiva do conhecimento a partir de premissas gerais aplicáveis a hipóteses concretas, bem como se utiliza das técnicas de levantamento de bibliografias e legislações. Toma-se como hipótese que a mediação familiar virtual pode ser um instrumento democrático e de acesso à justiça complementa à modalidade presencial, desde que as plataformas se adequem, o que implica em novos desafios a serem enfrentados.

Deste modo, no primeiro capítulo procura estabelecer um conceito claro de mediação e de forma essa ganha relevância no direito de família. Em seguida, a partir conceitos atinentes ao agir comunicativo de Habermas procura demonstrar que a mediação deve ser compreendida como uma relação dialógica com o outro, de modo a apontar para o futuro, mas também reconstruir o passado.

No segundo capítulo, após apresentada a intersecção da mediação com a teoria do agir comunicativo, apresenta a relevância do processo eletrônico, especialmente a partir da Lei nº. 13.105/2015 (BRASIL, 2015a), que trouxe em suas disposições a possibilidade de celebração do negócio jurídico processual, de modo a realizar um ajuste de interesses entre as partes, inclusive na audiência de mediação, conforme enunciado 628 do Fórum Permanente de Processualistas Civis–FPPC. Seguidamente, discorre acerca da ausência da isonomia, garantia constitucional que ao que parece tem sido obstada no processo eletrônico de mediação.

A posteriori, estabelecida a discussão acerca da ausência de garantias constitucionais, trata no terceiro capítulo acerca da impossibilidade de acesso de pessoas, entre eles refugiados, que não possuem o “cadastro de pessoa física” ou ainda de transexuais que não conseguem incluir o “nome social” na plataforma de “Mediação Digital” disponibilizada pelo Conselho Nacional de Justiça. Por fim, ao final do terceiro capítulo, problematiza, sem a pretensão de esgotar o tema,

alguns dos entreves da mediação digital, de modo que indispensável à adequação das plataformas, especialmente porque podem ser um instrumento eficaz e democrático na resolução de conflitos.

1 A MEDIAÇÃO E A TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA NO DIREITO DE FAMÍLIA

A mediação trata-se de um trabalho artesanal, que demanda tempo, estudo e análise aprofundada das questões a ela atinentes. Nesse sentido, a terminologia ‘mediação’, na doutrina, incorpora o sentido de se posicionar entre os conflitantes.

Por essa razão, a mediação é vista como um processo em virtude do qual um terceiro auxilia os participantes de uma situação conflitiva a tratá-la (SPENGLER, 2016, p. 20). O conflito, por sua vez, é compreendido como dissenso e decorre de expectativas, valores e interesses contrariados, que embora seja continência humana e, portanto, algo natural numa disputa conflituosa, costuma-se a tratar a outra parte como adversária, infiel ou inimiga (VASCONCELOS, 2017, p. 23), tanto que utilizada a expressão “parte contrária”.

Outrossim, o conflito é examinado por Jean-Marie Muller sob o viés da presença incômoda do outro, do invasor, daquele homem que ocupa espaço do outro sujeito, retira-o de sua zona de conforto, aprofunda quando não for próximo, quando não dialogar no mesmo idioma ou dialeto, ou, ainda, quando por algum motivo transtorna, importuna o sujeito, sobretudo, no momento em que incidir o “confronto da minha vontade com a do outro, cada um querendo fazer ceder a resistência do outro” (MULLER, 1995, p. 17).

1.1 A MEDIAÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA

No direito de família a mediação se mostra um eficiente e respeitável instrumento de comunicação entre os indivíduos, na medida em que viabiliza o diálogo (TARTUCE, 2018, p. 358), até porque o direito de família pode ser considerado o mais humano dos ramos jurídicos, pois trabalha valores personalíssimos e busca dar segurança e proteção à pessoa desde o seu nascimento e assegura o respeito à sua dignidade. Assim, a mediação no direito de família promove a capacidade de autodeterminação na medida em que:

[...] o indivíduo deve estar pronto para definir os rumos de seu destino, sabendo identificar o melhor para si sem necessitar da decisão impositiva de um terceiro, que não conhece detalhes da interação entre os envolvidos [...]. No mais, avulta a importância da mediação porque o sistema jurídico brasileiro vem cada vez mais valorizando a realização de atos negociais pelos indivíduos para a definição, por si próprios, de suas situações jurídicas; prova disso é que o consenso permite a celebração de escrituras públicas de divórcio e inventário que envolvam pessoas maiores e capazes representadas por advogados (TARTUCE, 2018, p. 356).

Nesse sentido, o direito de família pode ser compreendido como um conjunto de normas que regem as relações familiares, no aspecto pessoal e patrimonial. Diante da complexidade das

situações jurídicas existenciais, o direito de família, na virada do século XX, “passou a ser mais fonte de reflexões do que de conclusões” (CACHAPUZ, 2005, p. 83).

Dito isso, a mediação nas relações familiares revela-se ponto nuclear, vez que por intermédio das técnicas empreendidas, procedidas por meio do diálogo, de forma consensual, busca-se o tratamento do conflito, ao ponto que terceiro imparcial, sem estabelecer uma transação, orienta-se, tão somente, pela autonomia da vontade manifestada pelas partes, seja em conflitos de divórcio ou naqueles que envolvem interesses de menores, como alimentos, guarda e direito de convivência.

O mediador, nesse sentido, conduz as tratativas de forma imparcial, inserindo-se no contexto emocional-psicológico do conflito, de forma que busca os interesses, por trás das posições assumidas pelas partes, para que possa indicar à estas o possível caminho que elas tanto procuravam (KLEIN; SPENGLER, 2016, p. 121). Logo, o mediador toma todos os cuidados necessários para não impor uma resolução, o que permite que a conduta das partes seja exprimida, de modo a possibilitar o tratamento do conflito pelo próprio interesse das partes.

O procedimento da mediação difere da conciliação e da arbitragem, pois na conciliação o terceiro facilitador da conversa interfere de forma mais direta no litígio e pode chegar a sugerir opção de solução de conflito, conforme art. 165, § 2º do Código de Processo Civil (CPC) (BRASIL, 2015a). Por sua vez, na mediação há a facilitação do diálogo pelo mediador, de modo que as partes possam propor suas próprias soluções, conforme art. 165, § 3º do CPC (BRASIL, 2015a).

Diversas são as razões que levam o sujeito para o litígio judicial, até porque legitima a procura quando há ofensa a um direito juridicamente tutelável, em consequência disso, crescente o protagonismo do poder judiciário, seja sob a ótica social, política, jurídica ou econômica. Esse possível excesso de protagonismo do Estado e ausência de segurança jurídica acerca de qual a solução será imposta ao caso em concreto convida os cidadãos a procurarem vias alternativas de resolução de conflitos, de modo a superar o processo como forma de vingança social à outra parte. Isto posto, a mediação no direito de família se mostra como ferramenta essencial para a resolução de conflitos, pois no término de vínculos afetivos, impõe às partes um dever de conduta ativo para a adequada solução patrimonial e para a tutela dos filhos, até porque estes e o processo judicial não devem ser utilizados como vingança.

1.2 A MEDIAÇÃO ENQUANTO AÇÃO COMUNICATIVA

Compreendida a importância da mediação no direito de família e a forma como as duas disciplinas se interseccionam, importa pontuar que a mediação também pode ser compreendida a partir da teoria da ação comunicativa de Habermas. Sob essa ótica, busca a substituição da razão prática pela razão comunicativa, de forma a ensejar e potencializar a autonomia das partes conflitantes. Assim, a mediação instala-se no espaço democrático, percorre pelo processo de pacificação do conflito, exercendo papel de compartilhar um espaço entre os conflitantes.

Em contraponto com a racionalidade instrumental, Habermas apresenta a racionalidade

comunicativa. Ela está na base da própria ação comunicativa, ou seja, aquela ação orientada para o entendimento e não para a manipulação de objetos e pessoas no mundo. Tal ação orientada para o entendimento é a que permite para Habermas a reprodução simbólica da sociedade (DIAS, 2020). Em Teoria do agir comunicativo, Habermas aponta que o conceito de agir comunicativo:

[...] refere-se à interação de pelo menos dois sujeitos capazes de falar e agir que estabeleçam uma relação interpessoal (seja com meios verbais ou extraverbais). Os atores buscam um entendimento sobre a situação da ação para, de maneira concordante, coordenar seus planos de ação e, com isso, suas ações. O conceito central de interpretação refere-se em primeira linha à negociação de definições situacionais passíveis de consenso (HABERMAS, 2012, p. 166).

O discurso, para Habermas, é uma forma reflexiva do agir comunicativo, por intermédio do qual as pretensões controvertidas são avaliadas, questionadas, ou justificadas à luz de razões intersubjetivamente válidas. Deste modo, a utilização do discurso para solução de pretensões problemáticas se dá pela força do melhor argumento, e não pela coação lógica ou empírica (DIAS, 2020).

Nesse cenário se insere a mediação, até porque o seu local de atuação é a própria sociedade, pois têm em sua base de operações o pluralismo de valores, a presença de sistemas de vida diversos e alternativos. Logo, a finalidade da mediação consiste em reabrir os canais de comunicação interrompidos e reconstruir laços destruídos.

O desafio mais importante da mediação é aceitar a diferença e a diversidade, o dissenso e a desordem por eles gerados. Sua principal aspiração não consiste em propor novos valores, mas em restabelecer a comunicação entre aqueles que cada um traz consigo.

Quanto se pensa nas técnicas de mediação, frisa-se que estas não devem ser utilizadas de forma ampla e irrestrita, mas necessitam de filtros, haja vista que cada conflito tem uma forma adequada de solução, razão pela qual importante sempre que possível a mediação combinar os métodos pertinentes para cada caso em exame (KLEIN; SPENGLER, 2016, p. 116).

A mediação, sob análise de um olhar político pedagógico, pode ser compreendida pela comunicação dialógica e completa, tratando-se de um instrumento do exercício de cidadania, na medida em que constitui uma experiência pedagógica de resolução de conflitos, ajudando a superar diferenças e a realizar tomada de decisões que contemplem necessidades, desejos e interesses das partes envolvidas.

Dessa forma, o conflito como uma relação dialógica, com o outro, pode transformar-se em experiência pedagógica. Assim, o outro incita o sujeito ao encontro consigo mesmo e partir de então falar-se na reconstrução simbólica do conflito, com a participação das partes auxiliados por um terceiro, o mediador.

Diante do exposto, a mediação não aponta apenas para o futuro; precisa, também, reconstruir simbolicamente o passado. Seu foco de atenção, enquanto ação comunicativa para a solução de conflitos junto às comunidades, não é somente a situação concreta do conflito, mas, especialmente, os sentimentos dos sujeitos envolvidos na relação.

2 A MEDIAÇÃO NAS PLATAFORMAS DIGITAIS

Reconhecida a prática da mediação familiar enquanto ação comunicativa, para a solução de conflitos junto às comunidades, impõe a análise da mediação realizada a partir das plataformas digitais.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a partir da Resolução nº 125/2010 (BRASIL, 2010), projetou e passou a dispor sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Em 2013, com o advento da Emenda 01, o texto passou por suas primeiras alterações, por sua vez, as últimas modificações ocorreram em razão da Resolução 390/2021 (BRASIL, 2021b), que dispõe sobre a solução de tecnologias da informação e comunicações e serviços digitais que foram substituídos ou se encontram inoperantes.

De modo a corroborar com a Resolução nº 125/2010 (BRASIL, 2010) do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) sobreveio a Lei nº 13.140 (BRASIL, 2015b), em 26 de junho de 2015, com a intenção de normatizar o procedimento da mediação, oportunidade em que dispôs sobre a mediação entre particulares como meio de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

No mesmo ano foi publicado o Código de Processo Civil (CPC/15) (BRASIL, 2015a), o qual reservou considerável importância ao procedimento de mediação, conforme artigo 3º, § 3º¹. Ademais, ao mesmo tempo em que o CPC/15 estabeleceu prerrogativas para possibilitar o tratamento dos conflitos, também resguardou espaço para inclusão do sistema tecnológico, por meio do processo eletrônico. Conforme seção II “da prática eletrônica de atos processuais” (BRASIL, 2015a), que se inicia a partir do art. 188 do Código de Processo Civil e dispõe especificamente no art. 193 que os atos processuais podem ser total ou parcialmente digitais, armazenados e validados por meio eletrônico na forma da lei.

2.1 A MEDIAÇÃO E O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL NO PROCESSO ELETRÔNICO

O código processual (Lei nº. 13.105/15) (BRASIL, 2015a) positivou o negócio jurídico processual ao privilegiar no art. 190² o espaço para a realização de um possível ajuste de interesses e acordos sobre o processo.

Nessa esteira, o negócio jurídico consiste em uma espécie do gênero fato jurídico, que pode ser compreendida como o acontecimento capaz de criar, modificar, conservar ou extinguir relações jurídicas, em que pode ser modelado seu conteúdo na medida em que as partes passam a

1 Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. [...] § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial (BRASIL, 2015a).

2 Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade (BRASIL, 2015a).

estabelecer seus direitos e deveres.

O negócio jurídico não é apenas mecanismo para exteriorizar a vontade do indivíduo, mais do que isso, até porque os contratos, espécie do gênero, na visão contemporânea devem respeitar os princípios constitucionais entabulados na Constituição Federal, entre eles os direitos existenciais. Nesse sentido, Pietro Perlingieri (1999, p. 281) ao tratar das situações jurídicas existenciais aponta:

Existem inúmeros acontecimentos de caráter não patrimonial que não se encontram normatizados pelo Código Civil ou pela legislação esparsa, mas que envolvem situações jurídicas existenciais e que demandam a tutela do direito, como, por exemplo: a eutanásia, a transfusão de sangue em pessoas que professam a religião denominada “testemunhas de Jeová”, o direito ao conhecimento da paternidade em caso de inseminação artificial heteróloga, etc. Essas situações não são suficiente e adequadamente tratadas pelos paradigmas clássico e moderno do negócio jurídico.

Essa lacuna legislativa deve-se em grande parte ao que Gaston Morin chamou de “revolta dos fatos contra o código”, em razão do crescente descompasso que se revelava entre o Código Civil de Napoleão e as necessidades sociais de uma realidade que se transformava em ritmo acelerado, provocando problemas que o texto codificado, engessado, não tinha condições de resolver. Esse problema foi ainda mais agravado pela realidade do Poder Judiciário francês que, na época, era conhecido como “*bouche de la loi*”, ou juiz boca da lei, em que se limitava a aplicar a dizer o direito por meio de uma interpretação literal da lei (gramatical), de cunho eminentemente positivista e desprovido de qualquer juízo valorativo principiológico.

Nessa perspectiva, a apreciação de interesses existenciais pelo poder judiciário não afasta a prática da mediação, pelo contrário complementa a tutela, na medida em que a mediação é instrumento eficaz para a resolução de conflitos. Tanto que as partes podem celebrar negócios jurídicos processuais na audiência de mediação, conforme dispõe o enunciado 628 do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC³ (TJDFT, 2022).

É verdade que o Poder Judiciário enquanto estrutura passou por mudanças significativas. Assim se insere o processo judicial, haja vista que no decorrer dos anos admitiu-se o uso da tecnologia como forma de se efetivar não só o acesso à justiça, mas também todas as garantias constitucionais e processuais.

Muito embora a Lei 11.419/2006 (BRASIL, 2006) figure como aquela que trouxe o maior avanço para o processo eletrônico, pode-se identificar desde a Lei do Inquilinato n°. 8.245/91 (BRASIL, 1991) vestígios tecnológicos e até pode ser considerada a pioneira, quando no art. 58, inciso IV dispôs sobre a possibilidade de citação, intimação ou notificação via fac-símile, ainda que tal procedimento não tenha sido adotado amplamente na prática (TEIXEIRA, 2017).

Inegável a importância da tecnologia da informação e do processo eletrônico, tanto que em 2020 apenas 3,1% das demandas e conflitos ingressaram fisicamente, conforme relatório da

³ Enunciado 628 - As partes podem celebrar negócios jurídicos processuais na audiência de conciliação ou mediação (TJDFT, 2022).

Justiça em Números desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2021a, p. 309). Além disso, esforços têm sido dirigidos para o projeto “Justiça 4.0”, que se desdobra nos projetos intitulados: a) Juízo 100% Digital - em que possibilita o cidadão de valer-se da tecnologia para o acesso à justiça, sem a necessidade de comparecer fisicamente nos Fóruns, de modo que nesse procedimento pretende-se que “todos os atos processuais sejam realizados por meio eletrônico”; b) Implantação do Balcão Virtual – em que pretende possibilitar o contato com servidores via acesso on-line; c) Plataforma Digital do Poder Judiciário (PDPJ) – em que pretende ampliar o grau de automação do processo judicial eletrônico com o uso da inteligência artificial, entre outros (BRASIL, 2021a).

Ainda que se reconheça a importância do processo eletrônico, parte da doutrina entende que jamais a máquina será capaz de substituir o raciocínio humano, no entanto, a temática controversa sob a ótica do direito civil e digital:

não obstante a manifesta importância que deve ser empregada ao processo eletrônico, faz-se imperioso destacar que não se restringe a mera digitalização ou ainda ao acesso por meio do computador, uma vez que sobrelevam os mecanismos que correspondem aos princípios constitucionais, afastando-se decisões inclinadas a diminuir a presença do homem, porquanto é notório que, não obstante ao valor do computador e do procedimento eletrônico, deve-se considerar que nenhuma máquina é capaz de substituir o raciocínio humano (PERLINGIERI, 1999, p. 281).

É notória as dificuldades das máquinas substituir o homem, ainda que essa distância tenha diminuído ao longo dos séculos. No entanto, não restam dúvidas de que imprescindível que o homem domine a tecnologia, sob pena de se tornar escravo desta, até porque na perspectiva do capital o homem procura dominar a tecnologia para também dominar aqueles que não a possuem.

Trata-se de questão polêmica afirmar que jamais a máquina irá superar as decisões humanas, até porque na atual conjuntura que se insere o poder judiciário, com a busca incessante por metas, as quais se sobrepõem ao adequado julgamento de mérito, se a máquina superar o homem, não será por méritos da tecnologia, mas incompetência do próprio homem.

Estudos têm sido dirigidos no sentido de demonstrar que a máquina pode saber mais de um indivíduo do que as pessoas mais próximas ao seu redor. Assim, uma pesquisa realizada pela *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, (PNAS) e publicado na revista científica americana, afirmou que o Facebook pode conhecer mais sobre um indivíduo do que seus próprios familiares, ou ainda, mais do que o próprio indivíduo (KOSINSKI; STILLWELL; GRAEPEL, 2013).

No estudo foram analisados dados de 86.220 voluntários, bem como realizado um questionário com amigos dos sujeitos e ao cruzar as informações concluíram que a cada 10 curtidas, era possível saber mais do indivíduo do que um colega de trabalho. A cada 70 curtidas, sabe-se mais do que um amigo ou colega de quarto; e a cada 150 curtidas, sabe-se mais do que um parente e a cada 300 curtidas soube-se mais do que o marido/esposa do indivíduo.

Ainda que o estudo não verse especificamente acerca de decisões automatizadas proferidas

pela inteligência artificial no judiciário é uma mostra que não se pode subestimar a tecnologia ou superestimar o homem.

2.2 A (IM)POSSIBILIDADE ISONOMIA NO PROCESSO ELETRÔNICO

Ao tratar da tecnologia no processo eletrônico (judicial ou pré-processual), impõe um olhar com parcimônia, na medida em que muitos afirmam que esse ainda carece de garantias constitucionais, como aponta Klein e Spengler (2016, p. 121). Visto isso, necessário realizar uma análise crítica sobre a temática, especialmente para compreender exatamente os preceitos que restam violados e suas razões de insuficiência.

É verdade que a criação do Sistema de Mediação Digital se tornou possível em razão da Emenda nº 02/2016 do Conselho Nacional de Justiça, a qual alterou artigos da Resolução nº 125/2010 (BRASIL, 2010), fundamentalmente, no que se refere à possibilidade de inserir o procedimento e ferramenta de “Mediação Digital”, conforme consulta de outubro de 2019, Imagem 1 – Sistema Mediação Digital – CNJ.



Fonte: Brasil (2019).

Nesse sentido, críticas acerca da mediação digital têm sido dirigidas e são dignas de análise, pois em síntese sustentam que a plataforma digital disponibilizada pelo Conselho Nacional de Justiça modifica expressamente o método convencional, em razão de “não considerar a isonomia entre as partes e por não suportar o diálogo através da interação pessoal a fim de restabelecer o consenso”, como conduz a teoria de Habermas (KLEIN; SPENGLER, 2016, p. 123).

A isonomia pode ser compreendida como a necessidade de tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual a fim de se atingir a igualdade. A Constituição (BRASIL, [2020]), nessa medida, se encarrega de aprofundar a regra em diversas situações, conforme art. 3, inciso I, III e IV⁴, art. 4, inciso VIII⁵, art. 5, inciso I e XXXVII⁶.

4 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, [2020]).

5 Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo (BRASIL, [2020]);

6 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta

O princípio da isonomia ou igualdade de direitos foi adotado pela Constituição Federal, operando-se em duas formas diferentes. Assim, de um lado, “frente ao legislador ou ao próprio executivo na edição de normas, de modo a impedir a criação de tratamentos abusivos e diferenciados a pessoas de situações identificadas” e por outro lado, na “obrigatoriedade do intérprete, ou seja, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de forma igual, sem distinção de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça e classe social” (MORAES, 2008, p. 65). No mesmo caminho Rosemiro Pereira Leal (2004, p. 270) observa:

a isonomia como princípio jurídico-processual de primeira geração não pode ser descuidada na construção e exercício da constitucionalidade democrática, porque é ela que torna possível a igualdade (simétrica paridade) entre os economicamente desiguais, entre os fisicamente e psicologicamente diferentes e entre maioria e minoria política, ideológica ou social. Processualmente, na democracia, é inconcebível uma desigualdade jurídica fundamental, porque, se tal ocorresse, romper-se-ia com as garantias constitucionais do processo em seus princípios enunciativos do contraditório, isonomia e ampla defesa na produção, correição e aplicação do direito, inclusive do próprio direito processual. Daí, também, a inconstitucionalidade de diversos trechos do ordenamento jurídico brasileiro que estabelecem prazos diferentes, foros diferentes, tratamentos pessoais e funcionais diferentes, para os sujeitos do processo.

Dito isso, parte da crítica dirigida à mediação digital consiste no fato de que essa é restritiva na medida em que no sistema disponibilizado de Mediação Digital do Conselho Nacional de Justiça “exige um cadastro prévio, indicando nome da mãe, gênero e endereço eletrônico” (KLEIN; SPENGLER, 2016, p. 125).

Ora, apesar de correta a crítica na medida em que todo cadastro eletrônico dificulta o acesso de pessoas mais simples, o cadastro prévio é requisito básico para qualquer sistema eletrônico, inclusive judicial, tais como “PJe” em âmbito nacional ou outros em nível estadual, inclusive perante os juizados especiais cíveis, em que a parte é dispensada da presença de advogados.

Assim, não é o fato de se exigir cadastro que restará violado a isonomia das partes, pelo contrário, o cadastro possibilita a segurança jurídica e a confiabilidade necessária à identificação do sujeito. O que não se pode permitir é que a ausência de indicação de alguns dados complementares inviabilize a realização do cadastro e acesso à plataforma. Nesse sentido, a indicação de e-mail e endereço eletrônico se mostra ferramenta indispensável para a comunicação e notificação do andamento do procedimento realizado.

Já a indicação de informações sensíveis, conforme art. 5, inciso II da Lei 13.709/2018 (BRASIL, 2018), tais como gênero, sexo, raça, também exigidos pelo sistema de Mediação Digital do Conselho Nacional de Justiça, podem servir como parâmetro para que sejam realizadas pesquisas pelo órgão, porém a ausência de preenchimento do campo não se mostra plausível para inviabilizar o acesso à plataforma.

Por outro lado, sob o viés da legalidade a exigência pela plataforma de informações sensíveis também poderá estar amparada pela Lei Geral de Proteção de Dados, Lei 13.709/2018

Constituição; [...]XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção (BRASIL, [2020]);

(BRASIL, 2018). Assim, o tratamento de “dados sensíveis” poderá ocorrer sem consentimento para a “realização de estudos por órgãos de pesquisa, garantindo sempre que possível a anonimização”, conforme art. 11, inciso II, alínea “c”, desde que observados os princípios da lei, tais como finalidade e não discriminação, conforme art. 6, inciso I e IX (BRASIL, 2018).

Questão crítica também que merece análise é a indicação do nome da genitora como requisito de acesso à plataforma do Conselho Nacional de Justiça, pois esse item deve ser interpretado como complementar, pois o cadastro divergente de nome ou sobrenome, em razão de erros de grafia ou alteração do nome não podem inviabilizar o acesso da parte.

Logo, plausível algumas das críticas dirigidas à plataforma de Mediação Digital disponibilizada pelo Conselho Nacional de Justiça, porém é preciso ponderar que não se trata de um problema da mediação digital em si, ao ponto de refutá-la, mas sim de ajustes necessários à plataforma.

3 O ACESSO À INTERNET, INADEQUAÇÃO DO SISTEMA E CONTRATEMPOS DA MEDIAÇÃO DIGITAL

Mesmo que a plataforma tome como indispensável apenas o e-mail/ endereço eletrônico e possibilite que as informações de “gênero e nome da genitora” sejam complementares e não obrigatórias, há de se enfrentar também outro fenômeno, haja vista que até o ano de 2019 cerca de 21,7% da população brasileira não possui acesso à internet, conforme pesquisa nacional por amostra de domicílios contínua⁷ (IBGE, [2019]), sem contar aqueles que possuem acesso à internet, porém não sabem utilizá-la de forma minimamente adequada.

Trata-se de um problema político social que ultrapassa a seara de responsabilidade das plataformas de mediação digital e do processo eletrônico. Isso porque a violação ao acesso à justiça e a isonomia entre as partes ocorrerá não pela plataforma, mas pela própria realidade social.

Nesse sentido, se o sistema de mediação virtual não “promove” isonomia, na medida em que parte da população não tem acesso à internet por razões econômicas e sociais, por outro também não “viola” a isonomia constitucional na medida em que retira direitos ou promove tratamento discriminatório ao sujeito.

As plataformas digitais de mediação se encontram inseridas dentro da realidade social desigual e repleta de deficiências, logo, são nada mais que uma alternativa e complemento, portanto, não podem substituir os meios físicos e convencionais de mediação e acesso à justiça, até porque possuem deficiências técnicas. Por esses motivos impõem ao Poder Judiciário, especificamente ao Conselho Nacional de Justiça, o aprimoramento e manutenção de suas plataformas, até porque por diversas vezes o sistema de Mediação Digital tem permanecido fora ar, sem que fossem prestados quaisquer tipos de esclarecimentos, o que causa desprestígio na plataforma, conforme consulta de

⁷ A pesquisa nacional por amostra de domicílios contínua visa acompanhar as flutuações trimestrais e a evolução, no curto, médio e longo prazos, de informações necessárias para o estudo do desenvolvimento socioeconômico do País. Possui indicadores anuais sobre temas suplementares permanentes (como tecnologia da informação e da comunicação etc.). Ver: IBGE ([2019]).

04 nov. 2021, via Imagem 2 – Indisponibilidade do sistema Mediação Digital.

Imagem 2 – Indisponibilidade do sistema Mediação Digital



Fonte: Brasil (2021).

Outrossim, indispensável o desenvolvimentos de medidas técnicas e administrativas para garantir o acesso e manutenção do sistema, inclusive com a prestação de informações claras e precisas do funcionamento, sob pena de comprometer a própria credibilidade do Conselho Nacional de Justiça.

3.1 A AUSÊNCIA DE CADASTRO DE PESSOA FÍSICA (REFUGIADO) E O NÃO CUMPRIMENTO DO DECRETO N.º. 8.727/ 2016 (NOME SOCIAL)

Além das críticas já direcionadas à plataforma de mediação do Conselho Nacional de Justiça, também merece atenção a “igualdade dos usuários” em particular, com aqueles que não possuem “inscrição do Cadastro de Pessoa Física”, como os refugiados, pois estariam impossibilitados de acessar o sistema de resolução de conflito, na atual versão disponibilizada (KLEIN; SPENGLER, 2016, p. 125).

Ponto temeroso também é impossibilidade dos transgênero e transexuais indicarem o uso de seu nome social, fato que viola o Decreto nº 8.727 (BRASIL, 2016), de 28 de abril de 2016, art. 2, que dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e funcional (KLEIN; SPENGLER, 2016, p. 125).

Nessa medida, gênero é compreendido como o conjunto de características sociais e culturais ligadas às percepções de masculino e feminino (KASEMIRSKI, 2021, p. 65). Destarte, versa sobre como a pessoa se identifica, de modo que há quem se perceba como homem, como mulher, como ambos ou mesmo como nenhum dos dois gêneros. A expressão cisgênero corresponde ao identificar-se com o mesmo gênero que lhe foi dado no nascimento, enquanto que transexual e/ou transgênero diz respeito a identificar-se com um gênero diferente daquele que foi dado no nascimento. Por sua vez, a orientação sexual depende do gênero pelo qual a pessoa desenvolve atração sexual e laços românticos. Assim, o heterossexual se atrai por alguém de outro gênero, o homossexual se atrai por alguém do mesmo gênero e o bissexual por ambos. O termo expressão ou performance de gênero, corresponde às maneiras que as pessoas usam para expressar seu gênero

em sociedade, como por exemplo o uso de roupas, detalhes físicos, atitudes e timbre da voz (VAL *et al.*, 2010, p. 192-193).

Independentemente disso, o tratamento de dados cadastrados relativos à identidade de gênero da pessoa e o seu nome social pela administração pública federal direta, autárquica e funcional deverá observar os princípios da Lei Geral de Proteção de Dados nº. 13.709/2018 (BRASIL, 2018) (art. 6), entre eles a boa-fé (caput), a finalidade específica do tratamento (inciso I), a adequação para os propósitos legítimos (inciso II) e também o princípio da não discriminação (inciso IX), em que estará impossibilitado o tratamento desses dados para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos.

O que se pode perceber atualmente é que a plataforma que instrumentaliza a mediação digital se apresenta deficiente, seja quanto à obrigatoriedade de indicação do CPF e do gênero (masculino ou feminino) ou ausência de indicação do nome social. Porém, não se trata de uma crítica que deve ser dirigida à mediação digital ou ao processo eletrônico, mas à plataforma, a qual deve ser ajustada para contemplar brasileiros e estrangeiros, com a possibilidade de indicar qualquer número de documento, RG, CPF, passaporte ou outros.

Outrossim, deve ser contemplada pelas plataformas a identidade de gênero que o sujeito se reconhece e identifica, de modo a possibilitar campo para se incluir o nome social para o tratamento adequado, sob risco de afronta ao Decreto nº 8.727/2016 (BRASIL, 2016) e ofensa ao princípio da não discriminação trazido no inciso IX do art. 6º da Lei 13.709/2018 (LGPD) (BRASIL, 2018).

A esse respeito, algumas plataformas virtuais já se adequaram ao Decreto nº 8.727 (BRASIL, 2016), de 28 de abril de 2016, como é o caso do Processo Eletrônico do Judiciário do Paraná (PROJUDI), conforme Imagem 3 - Cadastro Tribunal de Justiça do Paraná – PROJUDI.

Imagem 3 – Cadastro Tribunal de Justiça do Paraná - PROJUDI

Fonte: PROJUDI (2021).

Já o Processo Judicial Eletrônico (PJe) desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça em parceria com os tribunais estaduais possibilita o cadastro de estrangeiros, porém ainda não disponibiliza campo apto para indicação do nome social, conforme Imagem 4 – Cadastro Estrangeiro (PJe) e Imagem 5 – Ausência Nome Social (PJe).

Imagem 4 – Cadastro Estrangeiro (PJe)

Fonte: PJe (2021).

Imagem 5 – Ausência de nome social (PJe)

Fonte: PJe (2021).

Por outro lado, o Portal Eletrônico do Sistema de Automação da Justiça (e-SAJ) do Estado de São Paulo possibilita o cadastro do nome social, porém não possibilita o cadastro de estrangeiros com indicação do número de passaporte, conforme Imagem 6 – Cadastro nome social e estrangeiro via e-SAJ.

Imagem 6 – Cadastro nome social e estrangeiro via e-SAJ

Fonte: E-SAJ (2021).

Deste modo, não é porque atualmente uma ou várias plataformas digitais de mediação não contemplam o acesso a todos nacionais ou estrangeiros que deverão ser descartadas, pelo contrário, é digna a crítica para que o sistema seja aperfeiçoado, assim como têm ocorrido nos demais sistemas eletrônicos da justiça.

3.2 REFLEXÕES ACERCA DOS ENTRAVES DA MEDIAÇÃO DIGITAL

Não há dúvidas que a mediação virtual possui barreiras, especialmente para o emprego das técnicas de mediação, em que o mediador observará a situação, não fisicamente, por si mesmo,

mas com o distanciamento e sob a utilização de aparelhos tecnológicos de áudio e vídeo, o que pode restar comprometida a percepção do caso.

No mais, é notório o valor da técnica na mediação, pois se aplica o conhecimento teórico, de modo a revelar um conjunto dos métodos e pormenores práticos essenciais à execução perfeita de uma arte ou profissão. Percebe-se, de pronto, que tal definição engendra forte exigência ao mencionar a perfeição como qualificativo da atividade.

Entre as técnicas comprometidas na mediação digital, pode-se citar a escuta ativa, a qual é compreendida como aquela que “permite à pessoa perceber que ela é objeto de atenção, mostrando-se o interlocutor interessado em seus pensamentos e em suas opiniões” (TARTUCE, 2018, p. 256), o que demonstra que as duas pessoas estão comprometidas no processo de ouvir ativamente e trocar informações.

Falhas dos sistemas tecnológicos podem comprometer uma escuta ativa, a qual possibilita fazer que o “escutar” se torne “ouvir”, em que passará o mediador a pressupor, a selecionar, a ouvir apenas parte do conteúdo revelado, ao invés de compreender as entrelinhas.

Além disso, é essencial que o mediador não se deixe envolver pela complexa experiência conflituosa das partes, que podem tentar manipulá-lo, logo o processo precisa ocorrer de forma democrática “sem restringir-se a determinadas matérias” (KLEIN; SPENGLER, 2016, p. 127), como acontece no sistema de mediação digital até então disponibilizado pelo Conselho Nacional de Justiça, em que não privilegia os conflitos familiares presentes na sociedade contemporânea.

A obra “a inclusão do outro” de Habermas (2002, p. 269) sopesa o tema da inclusão das minorias, dentro do contexto das sociedades democráticas. Assim, Habermas, pontualmente, no capítulo nove, elenca as compreensões da democracia: liberal, republicana e política e, na sequência, apresenta a terceira concepção, denominada de procedimentalista, que posteriormente nominou como “política deliberativa” acentuando que, “a diferença decisiva reside na compreensão do papel que cabe ao processo democrático” (HABERMAS, 2002, p. 269).

O conceito de ‘Democracia Deliberativa’, versa sobre a produção legítima de leis procedidas da deliberação pública pelos cidadãos. Complementa o autor que, do ponto de vista normativo, esse ideal funda-se tanto na herança liberal das liberdades públicas e da racionalidade das leis quanto na tradição cívico-republicana da democracia participativa (HABERMAS, 2002, p. 269), motivo pelo qual antes de se admitir ou restringir a mediação digital impõe o debate público a respeito da matéria.

Logo, não se trata de decidir inclusão ou não da mediação digital com base na soma das vontades individuais, até porque seria exatamente o oposto do que Rousseau passou a chamar de “vontade geral”. Por “vontade geral” Rousseau compreende a vontade do corpo político que se assume como intérprete da vontade do povo, na medida em que Rousseau considera a sociedade civil como uma pessoa e com atributos de uma personalidade. Deste modo, para o autor a sociedade civil não é, ou não deveria ser um conjunto de indivíduos organizados, mas antes uma pessoa coletiva (ROUSSEAU, 2015, p. 371). Assim, Rousseau entende que a vontade geral não pode ser identificada nas decisões majoritárias formadas por associações que, num contexto aparentemente

democrático encerra um confronto ou um debate político (PINTO, 2005, p. 89).

Deste modo, o interesse comum (vontade geral) não o interesse de todos, no sentido de uma confluência dos interesses particulares, mas o interesse de todos e de cada um enquanto componentes do corpo coletivo e exclusivamente nessa qualidade. Logo, quando se pensa na implementação ou não da mediação *on-line*, temerária a utilização do interesse da maioria, pois sempre será possível conseguir concordância dos interesses privados de um grande número e nem por isso estará atendendo ao interesse comum (ROUSSEAU, 2015, p. 49).

Isto posto, há de se reconhecer as dificuldades e os limites da comunicação virtual, especialmente no que diz respeito à realização de audiências de mediação com várias pessoas e auxiliares. No entanto, é necessário compreender a sistemática da questão, ou seja, quais novas técnicas devem ser empreendidas, ou ainda, que comportamentos devem ser adotados pelas partes nas plataformas digitais.

Assim, é possível citar regras de comportamento que passarão a ser sinônimo de etiqueta em audiências e reuniões *on-line*, como por exemplo, a necessidade de manter os microfones desligados enquanto o outro fala, a fim de evitar ruído, o que nas modalidades presenciais pode resumir-se ao simples conceito de não interromper a fala do outro.

Logo, as dificuldades de comunicação não são recentes ou próprias do ambiente da internet, porém se intensificam no ambiente virtual, seja com falhas de conexão, além disso, exige-se um comportamento cooperativo, de modo a evitar falar junto com a outra parte, o que de fato já requisito básico em qualquer diálogo presencial ou analógico, como o telefone.

Entre os riscos existentes na mediação digital, pode-se citar também aqueles atinentes ao sigilo e a confidencialidade do ato, em que um terceiro estranho à lide pode se fazer presente no mesmo ambiente das partes, sem que o mediador identifique, ou ainda o ato possa ser ouvido e até mesmo gravado de forma indevida, de forma a contrariar princípio da confidencialidade disposto no art. 2 da Lei 13.140/2015 (BRASIL, 2015b). Assim, a confidencialidade determina que tanto o mediador, quanto as partes, prepostos e advogados e as demais pessoas que participam direta ou indiretamente do procedimento de mediação mantenham o sigilo, conforme art. 30 e seguintes da Lei 13.140/2015⁸ (BRASIL, 2015b), de modo que no início da reunião serão as partes alertadas⁹, sendo vedada a utilização da prova em desacordo com essas disposições.

O risco de violação do sigilo e confidencialidade não se trata apenas de um problema que envolve a mediação digital, mas todo e qualquer reunião, audiência ou assembleia digital. Dito isso,

8 Art. 30. Toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação. § 1º O dever de confidencialidade aplica-se ao mediador, às partes, a seus prepostos, advogados, assessores técnicos e a outras pessoas de sua confiança que tenham, direta ou indiretamente, participado do procedimento de mediação, alcançando: I - declaração, opinião, sugestão, promessa ou proposta formulada por uma parte à outra na busca de entendimento para o conflito; II - reconhecimento de fato por qualquer das partes no curso do procedimento de mediação; III - manifestação de aceitação de proposta de acordo apresentada pelo mediador; IV - documento preparado unicamente para os fins do procedimento de mediação. § 2º A prova apresentada em desacordo com o disposto neste artigo não será admitida em processo arbitral ou judicial. § 3º Não está abrangida pela regra de confidencialidade a informação relativa à ocorrência de crime de ação pública. § 4º A regra da confidencialidade não afasta o dever de as pessoas discriminadas no caput prestarem informações à administração tributária após o termo final da mediação, aplicando-se aos seus servidores a obrigação de manterem sigilo das informações compartilhadas nos termos do art. 198 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional (BRASIL, 2015b).

9 Art. 14. No início da primeira reunião de mediação, e sempre que julgar necessário, o mediador deverá alertar as partes acerca das regras de confidencialidade aplicáveis ao procedimento (BRASIL, 2015b).

há de se pensar em meios técnicos e administrativos aptos para tutelar à questão, seja com *softwares* que possam fazer o reconhecimento de terceiros no ambiente ou outras medidas simples como a exposição completa do ambiente e a declaração dos participantes de que estão cientes das exigências e os riscos e sanções que implicam a violação do sigilo.

Apesar de todos os entraves técnicos que envolvem a mediação digital, em algumas hipóteses a mediação realizada em ambiente virtual pode ser um instrumento eficaz e democrático, como nos casos em que as partes não residem na mesma cidade ou Estado e não possuem condições financeiras para suportar o deslocamento e estadia. Outrossim, ao invés de se postergar o ato processual ou simplesmente dispensá-lo, será oportunizado às partes de forma complementar a possibilidade de ter o conflito mediado via plataforma digital.

CONCLUSÃO

Diante da problemática estabelecida e dos objetivos traçados, utilizando-se do método dedutivo, corresponde à extração discursiva do conhecimento a partir de premissas gerais aplicáveis a hipóteses concretas e das técnicas de levantamento de bibliografias e legislações, confirma-se parcialmente a hipótese da pesquisa.

Nessa medida, no primeiro capítulo, estabelece um conceito claro de mediação e identifica essa como um eficiente e respeitável instrumento de comunicação entre os indivíduos, no âmbito do direito de família, pois viabiliza o diálogo em uma tentativa de investigar a origem do conflito. Em seguida, passa a partir da teoria do agir comunicativo de Habermas verifica-se na mediação uma relação dialógica, em que procura apontar para o futuro na resolução do conflito, mas para tanto também reconstruir o passado.

Após estabelecer a relação da mediação familiar enquanto um agir comunicativo passa a discorrer no segundo capítulo acerca da relevância do processo, de modo que a partir da Lei n.º 13.105/2015 (BRASIL, 2015a) possibilitou a celebração do negócio jurídico processual, em que é oportunizado às partes um ajuste de interesses, inclusive em audiência de mediação. Seguidamente, por sua vez, procura compreender se a mediação familiar digital se mostra ou não um instrumento que viola o princípio constitucional da isonomia. Para tanto, compreende como isonomia tanto a necessidade de impedir a criação de normas com tratamentos abusivos e diferenciados às partes, como também na obrigatoriedade do interprete aplicar à lei de forma igual aos iguais, sem distinção de sexo, religião, convicções filosóficas ou outros.

Quanto a isso também, conclui-se que a mediação digital, ao que parece e diferente do que parte da doutrina aponta, não viola o princípio da isonomia, na medida em que exige um cadastro prévio na plataforma digital, pelo contrário, o cadastro é instrumento necessário para possibilitar o princípio da autenticidade e confiabilidade promovendo a segurança jurídica necessária.

Por outro lado, há de se reconhecer que a mediação familiar digital não contempla todo e qualquer cidadão, haja vista que até o ano de 2019 21,7% da população brasileira acima de 10 anos de idade não possui acesso à internet, conforme pesquisa nacional por amostra de domicílios contínua, realizada pelo IBGE e divulgada em abril 2021 (IBGE, [2019]), sem contar aqueles que possuem acesso, porém não sabem utilizá-la de forma minimamente adequada.

Nessa medida, a ausência de isonomia apontada trata-se de um problema político social e que não pode ser imputado à plataforma de mediação digital ou ainda ao processo eletrônico. Isso porque a isonomia é violada previamente pela própria realidade social. Assim, se o sistema de mediação virtual não promove isonomia, na medida em que parte da população não tem acesso à internet por razões econômicas e sociais, por outro também não viola a isonomia constitucional na medida em que não retira direitos ou promove tratamento discriminatório ao sujeito, até porque caso assim fosse, todos os instrumentos tecnológicos de comunicação, televisão e rádio, também violariam o princípio da isonomia, motivo pelo qual ao que parece seria um equívoco assim pensar.

Dito isso, depois de estabelecida a discussão acerca da ausência de garantias constitucionais, apresenta no terceiro capítulo situações de ordem técnica relativas à plataforma de Mediação Digital disponibilizada pelo Conselho Nacional de Justiça, que impossibilita o acesso de pessoas sem o cadastro de pessoa física (CPF) e também não disponibiliza a opção para inclusão do nome social, conforme Decreto nº 8.727/2016 (BRASIL, 2016) que dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero no âmbito da administração pública.

Logo, há de se reconhecer as deficiências da plataforma de mediação digital fornecida pelo Conselho Nacional de Justiça, porém essa é uma das formas de se instrumentalizar a mediação digital e não a única, haja vista que em litígios judiciais no âmbito da justiça federal e estadual a mediação digital poderá também ser instaurada.

Assim, as críticas devem restringir-se sobre a plataforma do Conselho Nacional de Justiça e outras equivalentes, que ainda não se adequaram, mas não sobre a mediação digital. Deste modo, a exemplo de alguns sistemas citados, entre eles o Processo Eletrônico do Judiciário do Paraná (PROJUDI) é possível tanto indicação do nome social, quanto o cadastro do estrangeiro, com indicação de passaporte ou outro número de documento. Já o Processo Judicial Eletrônico (PJe) também desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça em parceria com os tribunais estaduais, apesar de existir a possibilidade do cadastro de estrangeiros, ainda não disponibiliza campo apto para indicação do nome social. Por outro lado, o Portal Eletrônico do Sistema de Automação da Justiça (e-SAJ) do Estado de São Paulo possibilita o cadastro do nome social, porém não possibilita o cadastro de estrangeiros com número de passaporte.

Por fim, após trazer a discussão de ordem técnica dos sistemas eletrônicos judiciais, ao final do terceiro capítulo reconhece os limites da comunicação virtual, porém indispensável compreender que novas condutas deverão ser adotadas pelas partes nas plataformas virtuais, exigindo-se cautela e também etiqueta, pois se tratam muitas vezes de velhos problemas na comunicação, como o falar sem interrupção ou ruídos.

Além disso, há de se reconhecer os riscos decorrentes da ausência de sigilo ou confidencialidade, porém não se trata de um problema específico da mediação digital, mas que também envolve toda e qualquer reunião, audiência digital, motivo pelo qual imperioso o desenvolvimento de medidas técnicas e administrativas para fornecer a segurança jurídica necessário, a fim de que a mediação digital possa ser um instrumento eficaz e democrático no direito de família, para que se encurtem distâncias e diminuam barreiras entre as partes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

Brasília: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 jul. 2022.

BRASIL. **Sistema Mediação Digital - CNJ.** [Imagem 1]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/mediacaodigital>. Acesso em: 14 fev. 2019.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça.** Indisponibilidade do sistema Mediação Digital. [Imagem 2]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/mediacaodigital>. Acesso em: 22 ago. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2021.** Brasília: CNJ, 2021a. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/relatorio-justica-em-numeros2021-081021.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010.** Dispõe sobre a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília: CNJ, 2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 22 jul. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 390, de 6 de maio de 2021.** Dispõe sobre a extinção de soluções de Tecnologia da Informação e Comunicações e serviços digitais, que foram substituídos ou se encontram inoperantes, fixa regras para a criação de novas soluções de tecnologia e dá outras providências. Brasília: CNJ, 2021b. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original1328062021050760954066a11af.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2022.

BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovação e Comunicações. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, n. 157, p. 59, 15 ago. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 22 jul. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, ano 151, n. 51, p. 1, 17 mar. 2015a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 22 jul. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça. Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, p. 2, 20 dez. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111419.htm. Acesso em: 22 jul. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, n. 121, p. 4, 29 jun. 2015b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Acesso em: 22 jul. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça. Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. **Diário Oficial da União:** seção 1,

Brasília, DF, 21 out. 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18245.htm. Acesso em: 22 jul. 2022.

BRASIL. Ministério das Mulheres e Igualdade Racial, e dos Direitos Humanos. Decreto nº 8.727, de 28 de abril de 2016. Dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 153, n. 81, p. 1, 29 abr. 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8727.htm. Acesso em: 22 jul. 2022.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação**: conflitos do direito de família. Curitiba: Juruá, 2005.

DIAS, Saulo de Tarso Fernandes. **A relação entre direito e moral em Jürgen Habermas**. Belo Horizonte: Dialética, 2020.

E-SAJ. Cadastro nome social e estrangeiro via e-SAJ. Versão da Central: 2.6.0-0. [Imagem 6]. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/sajcas/login?service=https%3A%2F%2Fesaj.tjsp.jus.br%2Fesaj%2Fj_spring_cas_security_check. Acesso em: 22 dez. 2021.

HABERMAS, Jürgen. **Inclusão do outro**. Rio de Janeiro: Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**: racionalização da ação e racionalização social. Tradução Paulo A. Soethe. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. v. 1.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICAS. **PNAD Contínua** - pesquisa nacional por amostra de domicílios contínua. Rio de Janeiro: IBGE, [2019]. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/17270-pnad-continua.html?edicao=30362&t=o-que-e>. Acesso em: 22 jul. 2022.

KASEMIRSKI, André Pedroso. A proteção de dados pessoais sensíveis: distinções entre vida e orientação sexual e a formação de perfis sensíveis. *In*: MORENO, Cláudio César; PAVÃO, Juliana Carvalho; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa (org.). **Direito contratual contemporâneo**. Londrina: Thoth, 2021. v. 3, p. 57-72.

KLEIN, Angelica Denise; SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação digital: uma discussão acerca da (im)possibilidade da manutenção do diálogo interpessoal entre os monitores, a partir da democracia liberal. *In*: FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS, 2., 2016, Florianópolis. **Anais** [...]. Florianópolis: CONPEDI, 2016. p. 115-131. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/02q8agmu/x741469v/2PAa0wyY5w82LCke.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2022.

KOSINSKI, Michael; STILLWELL, David; GRAEPEL, Thore. Private traits and attributes are predictable from digital records of human behavior. **PNAS - Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America**, Washington, v. 110, n. 15, p. 5802-5805, 2013. Disponível em: <https://www.pnas.org/doi/epdf/10.1073/pnas.1218772110>. Acesso em: 22 jul. 2022.

LEAL, Rosemiro Pereira. Isonomia processual e igualdade fundamental a propósito das retóricas ações afirmativas. **Revista Faculdade Direito Universidade Federal Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 44, p. 265-277, 2004. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/1402>. Acesso em: 22 jul. 2022.

- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- MULLER, Jean-Marie. **O princípio da não-violência, percurso filosófico**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.
- PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- PINTO, Marcio Morena. A noção de vontade geral e seu papel no pensamento político de Jean-Jacques Rousseau. **Cadernos de Ética e Filosofia Política**, São Paulo, v. 2, n. 7, p. 83-97, 2005. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/cefpa/article/view/163361/157080>. Acesso em: 22 jul. 2022.
- PJE**. Cadastro Estrangeiro (PJe). Versão 2.7.7 – Araucaria. [Imagem 4]. Disponível em: <https://pje.trt9.jus.br/primeirograu/login.seam>. Acesso em 22 dez. 2021.
- PJE**. Ausência de nome social (PJe). Versão 2.7.7 – Araucaria. [Imagem 5]. Disponível em: <https://pje.trt9.jus.br/primeirograu/login.seam>. Acesso em 22 dez. 2021.
- PROJUDI**. Cadastro Tribunal de Justiça do Paraná – PROJUDI. Versão 2022.3.0. (release 2022.3.0.92). [Imagem 3]. Disponível em: <https://projudi.tjpr.jus.br/projudi/>. Acesso em 22 dez. 2021.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Ana Resende. São Paulo: Martins Claret, 2015.
- SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação: por uma outra cultura no tratamento de conflitos**. 2. ed. Ijuí: Editora UNIJUI, 2016.
- TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- TEIXEIRA, Tarcisio. **Curso de direito e processo eletrônico**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- TJDFT. **Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC**. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/novo-codigo-de-processo-civil/negocios-juridicos-processuais>. Acesso em: 22 ago. 2022.
- VAL, Alexandre Costa *et al.* Transtorno de identidade de gênero (TIG) e orientação sexual. **Revista Brasileira de Psiquiatria**, São Paulo, v. 32, n. 2, p. 192-193, 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-44462010000200016&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 22 jul. 2022.
- VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 5. ed. São Paulo: Método, 2017.
- Como citar:** KASEMIRSKI, André Pedroso. Reflexões sobre a mediação familiar digital na plataforma do conselho nacional de justiça. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 2, p.10-32, out. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n2p.10. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 04/11/2021

Aprovado em: 15/05/2022

O MODELO SOCIAL DE DEFINIÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A GARANTIA DO SEU LIVRE DESENVOLVIMENTO COMO DIREITO DA PERSONALIDADE

THE SOCIAL MODEL OF DEFINITION OF THE PERSONS WITH DISABILITIES AND THE GARANTEE OF THEIR FREE DEVELOPMENT AS THE RIGHT OF THE PERSONALITY

Dirceu Pereira Siqueira*
Jamile Sumaia Serea Kassem**

* Coordenador e Professor Permanente do Programa de Doutorado e Mestrado em Direito da Universidade Cesumar, Maringá, PR (UniCesumar); Pós-doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal), Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino - ITE/Bauru, Especialista Lato Sensu em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário de Rio Preto, Pesquisador Bolsista - Modalidade Produtividade em Pesquisa para Doutor - PPD - do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI), Professor nos cursos de graduação em direito da Universidade de Araraquara (UNIARA) e do Centro Universitário Unifafibe (UNIFAFIBE), Professor Convidado do Programa de Mestrado University Missouri State – EUA, Editor da Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (Qualis B1), Consultor Jurídico, Parecerista, Advogado. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9073-7759>
E-mail: dpsiqueira@uol.com.br

** Mestre em Direito pela Universidade Cesumar, Especialista em Direito aplicado pela EMAPR e em Direito Previdenciário pela UEL, Professora no curso de graduação da UNIFAMMA, Professora do curso de pós-graduação em Direito Previdenciário do IDCC, Conselheira da ABAP, Advogada, Mediadora. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1647-2542>
E-mail: jamilekassem.adv@gmail.com

Como citar: SIQUEIRA, Dirceu Pereira. KASSEM, Jamile Sumaia Serea. O modelo social de definição da pessoa com deficiência e a garantia do seu livre desenvolvimento como direito da personalidade. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 2, p. 33-46, out. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n2p.33. ISSN: 1980-511X

Resumo: O texto pauta-se na abordagem do modelo social de definição da pessoa com deficiência na formação da identidade social dela, à pergunta se este apresenta subsídios para fundamentar a identidade social dela e lhe garantir igualdade, como forma de efetivação do seu livre desenvolvimento como um direito da personalidade que lhe assegure autonomia existencial, com o intuito de pormenorizar sua incapacidade patológica e através deste modelo social de definição a sua inclusão social. Visa promover certa conscientização pela necessidade de (re)consideração de determinadas atuações sociais e políticas públicas, notadamente pelas mudanças no âmbito legislativo civil, com o fim da teoria das incapacidades, e promover o empoderamento da pessoa com deficiência, sejam debelados obstáculos impostos pela sociedade, os quais se opõem ao reconhecimento e à real participação das pessoas com deficiência na formação de elementos garantidores do pleno desenvolvimento da sua personalidade e de uma vivência digna, visando a sua inclusão social efetiva, o desenvolvimento da sua capacidade de adequação, relacionado ao estigma da deficiência face aos direitos fundamentais e civis como direitos da personalidade. Através do método dedutivo hipotético, no que tange à coleta de dados, a pesquisa se utilizou do levantamento bibliográfico, através de doutrinas e artigos jurídicos.

Palavras-chave: modelo social de definição; pessoa com deficiência; direitos da personalidade.

Abstract: The text is based on the approach of the social model for the definition of the person with disabilities adopted by the Statute of the person with disabilities (Law 13.146/15), the question whether it presents subsidies to support their social identity and guarantee equality, as a way of realization of his free development as a personality right that ensures autonomy, in order to detail his pathological disability and through this social model of defining his social inclusion. It aims to promote a certain awareness of the need to (re)consider certain social and public policy actions, notably due to changes in the civil legislative sphere, so that obstacles imposed by society are overcome, which are opposed to the recognition and real participation of people with disabilities. in the formation of elements that guarantee the full development of his personality and a dignified experience, aiming at his effective social inclusion, the development of his ability to adapt, related to the stigma of disability in the face of fundamental and civil rights as personality rights. Through the hypothetical deductive method, with regard to data collection, the research used the bibliographic survey, through doctrines and legal articles.

Keywords: social mode of definition; the disabled person; personality rights.

INTRODUÇÃO

Ultrapassado o modelo médico de definição da pessoa com deficiência pelo conceito introduzido pelo Estatuto da pessoa com deficiência (Lei 13.146/15) (BRASIL, 2015) passou-se ao modelo social de definição, num projeto de visibilidade que requer incorporar as pessoas com deficiência à pauta pública, garantindo o reconhecimento de que as pessoas com deficiência têm lugar na sociedade e que a independência e autonomia delas estão diretamente ligadas ao acesso e à equiparação de oportunidades, para o exercício da igualdade nas mesmas bases e condições. Para isso o estatuto introduziu o conceito de pessoa com deficiência pelo modelo social em que a deficiência é entendida como um problema criado pela sociedade, ela não é um atributo da pessoa, mas uma consequência de um conjunto complexo de situações, das quais um número razoável é criado pelo meio ambiente social.

Desenvolve o texto baseado neste modelo social que dá a visualização da identidade social da pessoa com deficiência, se ele apresenta subsídios para fundamentar esta identidade e lhe garantir autonomia existencial como um direito da personalidade que lhe assegure igualdade, com o intuito de pormenorizar sua incapacidade patológica e através deste modelo social de definição a sua inclusão social.

Visa promover certa conscientização pela necessidade de (re)consideração de determinadas atuações sociais e políticas públicas, notadamente pelas mudanças no âmbito legislativo civil, com o fim da teoria das incapacidades, e promover o empoderamento da pessoa com deficiência, sejam debelados obstáculos impostos pela sociedade, os quais se opõem ao reconhecimento e à real participação das pessoas com deficiência na formação de elementos garantidores do pleno desenvolvimento da sua personalidade e de uma vivência digna, visando a sua inclusão social efetiva, o desenvolvimento da sua capacidade de adequação, relacionado ao estigma da deficiência face aos direitos fundamentais e civis como direitos da personalidade. Através do método dedutivo hipotético, no que tange à coleta de dados, a pesquisa se utilizou do levantamento bibliográfico, através de doutrinas e artigos jurídicos.

1 O MODELO SOCIAL E A IDENTIDADE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA.

O modelo médico da deficiência foi responsável, em grande parte, pela resistência da sociedade em aceitar a necessidade de mudar suas estruturas e atitudes para incluir em seu seio as pessoas com deficiência. Este modelo tem relação com a homogeneidade porque trata a deficiência como um problema do indivíduo (e, no máximo, de sua família) que deve se esforçar para se normalizar perante os olhos da sociedade (WERNECK, 2005, p. 33).

No âmbito internacional esta definição norteou a Declaração dos direitos das pessoas deficientes em 1975, Convenção nº 159 da organização internacional do trabalho (OIT, 1983), do ano de 1983 e Convenção interamericana para a eliminação de todas as formas de discriminação contra pessoas portadoras de deficiência de 2001. Estes decretos acolhiam critérios objetivos e taxativos que conferiam ao intérprete segurança e simplificação na sua aplicação, mas que,

por outro lado, mostravam-se falhos ao omitir o reconhecimento de situações que faticamente enquadrar-se-iam ao seu conceito.

Dando corpo a aspiração do movimento internacional das pessoas com deficiência, a Organização Mundial da Saúde aprovou a Classificação Internacional do Funcionamento, da deficiência e da saúde, em 2001 e propôs a integração do modelo médico e do modelo social de deficiência, tentando realizar uma síntese que oferecesse uma imagem coerente das diferentes perspectivas sobre a saúde, sejam elas biológicas, individuais ou sociais, permitindo a visualização da interação pessoa-meio ambiente e as características do meio ambiente físico e social.

Atento à concepção relacional e dinâmica da identidade social e proposta da Organização mundial da saúde a Convenção internacional sobre os Direitos da pessoa com deficiência de 2007 estabeleceu como propósito fundamental promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente. Visa a superação das barreiras externas, de modo a reabilitar a sociedade para que esta possa acolher a todas pessoas, administrando as suas diferenças e integrando a diversidade, do que na perspectiva contemporânea coloca a definição da pessoa com deficiência num contexto social.

A principal contribuição da Convenção está exatamente no reconhecimento da autonomia e da capacidade das pessoas com deficiência, em igualdade de condições com as demais, como pressupostos de sua dignidade e de sua participação na vida social, familiar, laboral, econômica e política. Ela aponta para a incompletude do conceito de deficiência, que deverá ser verificado e atualizado em cada momento/contexto histórico, apontando, ainda, para sua dimensão social, não mais a considerando como algo intrínseco à pessoa.

Os impedimentos físicos, mentais, intelectuais e sensoriais passaram a ser considerados como características das pessoas, inerentes à diversidade humana; a deficiência é provocada pela interação dos impedimentos com as barreiras sociais, ou seja, com os diversos fatores culturais, econômicos, tecnológicos, arquitetônicos, dentre outros, de forma a gerar uma impossibilidade de plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade. (SILVA, 1987, p. 156) Como dito, não é a pessoa que apresenta uma deficiência, mas a sociedade, e superar a deficiência não é tão-somente cuidar dos impedimentos, mas possibilitar e criar mecanismos que eliminem as barreiras existentes no ambiente social.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência (lei 13.146 de 2015) (BRASIL, 2015), ao lançar esta nova perspectiva sobre a inclusão da pessoa com deficiência na sociedade, superou o modelo médico-social trazido na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) e adotou a definição dada pela Convenção Internacional da pessoa com deficiência (BRASIL, 2009), e o modelo social de definição com viés nos direitos humanos. Neste sentido Luiz Alberto David Araújo se posiciona favorável a esta mudança no que tange a afirmação de que a definição de pessoa com deficiência não está circunscrita as suas características físicas, mas às restrições encontradas nas formas de relação da pessoa com deficiência e a sociedade, ao grau das limitações que determinará se o indivíduo pode ou não ser caracterizado como pessoa com deficiência (ARAÚJO, 1997, p. 23).

Por conta disso, esta concepção legislativa pode ser lida a partir da análise da forma como os indivíduos foram estigmatizados, como aqueles que são identificados por alguma característica física ou moral, entendida como negativa pela sociedade na qual estão inseridos. E esta reflexão sobre as dificuldades de construção da identidade pessoal e social das pessoas que, por um atributo (ou a falta dele) são estigmatizadas como diferentes, resulta em discriminação e marginalização.

O estigma se evidencia pela discrepância entre a identidade social virtual - a caracterização do indivíduo baseada em elementos sociais pré-definidos - e a identidade social real - aquilo que o sujeito, na realidade, é (GOFFMAN, 1988, p. 20). Os meios de categorizar as pessoas são estabelecidos socialmente e, com base nesses pré-conceitos, enrijece-se o critério de categorização e normatizam-se as expectativas impostas aos indivíduos da sociedade. Aquele que não se encaixa nos rigorosos critérios sociais e, conseqüentemente, não corresponde às expectativas sociais, deixa de ser considerado criatura comum e total e passa a ser considerado uma pessoa diminuída e estigmatizada, o que impõe o processo de exclusão (GOFFMAN, 1988, p. 21).

Na visão sociológica a identidade social é tanto um fator de inclusão como de exclusão, capaz de identificar ou distinguir grupos sociais, e indaga-se a concepção de identidade que essa legislação porta consigo. E considerar que a identidade social é uma condição imanente do indivíduo, como algo estável e definitivo (CUCHE, 1999, p. 177). A identidade não existe em si mesma, é uma construção relacional, que opera o entrelaçamento da identidade pessoal e da identidade social. Quando identidade pessoal e identidade social convergem, tem-se a operacionalização da biografia do indivíduo, resultado da complexa teia de relações sociais na qual este está inserido. As identidades não são ilusões restritas às subjetividades, mas identidades que produzem efeitos sociais, sendo dotadas de eficácia formal e material (GOFFMAN, 1988, p. 96).

As identidades social e pessoal são parte, antes de mais nada, dos interesses e definições de outras pessoas em relação ao indivíduo cuja identidade está em questão... por outro lado, a identidade do eu é, sobretudo, subjetiva e reflexiva, que deve necessariamente ser experimentada pelo indivíduo cuja identidade está em jogo (GOFFMAN, 1988, p. 116).

A teoria de Reeve, citada por Victor Dinalli Ornellas Iglesias (2017), consistiu em investigar a influência da dimensão psíquico-emocional da deficiência sobre a construção da identidade por parte das pessoas com deficiência. Entendendo a deficiência como uma questão social, utilizou a teoria Foucautiana do poder para abordar o viés psicológico da deficiência. Com relação à identidade, afirma que a pessoa com deficiência, geralmente pode trazer para si a categorização de inferior e marginalizada, imposta pela sociedade capitalista vigente. E ainda, que ao ancorar sua identidade numa visão medicalista, possivelmente a construirá como inferior, ao passo que ela será positiva ao adotar uma visão social da deficiência (IGLESIAS, 2017, p. 15).

As pessoas com deficiência deveriam adaptar-se à sociedade se desejassem fazer parte desta, pois a sociedade era perfeita em si, não precisaria fazer modificações ou adaptações em razão destas pessoas, eis que não contribuíam ao desenvolvimento da sociedade, afinal eram vistos

como incapazes, diferentes, anormais não eram produtivos (SILVA, 1987, p. 163). A partir do modelo social a deficiência não está restrita mais à catalogação, ele veio quebrar a centralização da pessoa com deficiência na função médica de reabilitação social e denunciar a opressão a essa minoria populacional, ele ofereceu novos instrumentos para a transformação social e a garantia de direitos. Não era a natureza quem oprimia, mas a cultura da normalidade que descrevia alguns corpos como indesejáveis ao denunciar a opressão das estruturas sociais o modelo social mostrou que os impedimentos são uma das muitas formas de vivenciar o corpo.

A construção do modelo social dentro da sociedade revela a capacidade de se garantir uma isonomia nas relações básicas de direitos fundamentais propostas por Alexy (2012, p. 123) tendo em vista que existe atualmente uma cultura da normalidade, em que o estado normal e o procedimento normal são modos de ser e de atuar de acordo com o que é regular e coerente, em consonância com padrões estabelecidos e modelos aceitos. O problema está na sociedade, e não no indivíduo, este sim no centro de suas decisões, é o contexto social que gera a exclusão. A valoração do indivíduo como pessoa e a necessidade de sua inclusão social cercam o modelo social das premissas baseadas nos direitos fundamentais, sobretudo do princípio da dignidade da pessoa humana, ao considerar em primeiro plano o respeito à pessoa, seguida, quando necessário, de outras circunstâncias relacionadas propriamente com a sua deficiência, tal como a sua história clínica, o tipo de deficiência que o acomete.

Por esse prisma, claro que o “problema” *não* é do surdo, que não entende o que está sendo dito na TV, e, sim, da emissora que não colocou a legenda (sistema *clo-sed-caption*); o “problema” *não* é do cego que não consegue estudar e, sim, dos estabelecimentos de ensino que não publicam e nem adquirem computadores em braile e que também não habilitam seus professores na língua de libras; o “problema” *não* é do deficiente físico que não pode subir escada ou entrar num ônibus e, sim, do Estado que aprovou construções e veículos sem rampas ou elevadores de acesso (CRUZ, 2003, p 132-133).

As pessoas com deficiência são os próprios sujeitos que atribuem significação à vinculação com o grupo, em razão da situação relacional em que se encontram, de tal modo, que sua identidade se constrói e se reconstrói constantemente no interior das trocas sociais. A identidade da pessoa com deficiência não é construída de modo isolado, mas na alteridade ao passo que não há identidade em si, nem mesmo unicamente para si, a identidade existe sempre em relação a outra, ou seja, identidade e alteridade são ligadas e estão em uma relação dialética. A identificação acompanha a diferenciação, na medida em que a identidade é sempre resultante de um processo de identificação no interior de uma situação relacional, na medida também em que ela é relativa, pois pode evoluir se a situação relacional mudar (CUCHE, 1999, p. 101).

A inclusão social se dá quando membros de diferentes grupos realizam atividades semelhantes de maneira parecida (com as mesmas oportunidades e desafios). As barreiras sociais e as atitudes podem segregar mais que as limitações físicas. Há questões de preconceitos, estereótipos e estigmas que escapam à abrangência da legislação. Ressalta-se que é importante lembrar que as

dificuldades sociais enfrentadas pelas pessoas com deficiência, não raro, são acarretadas pelas deficiências da sociedade em atender e aceitar suas necessidades específicas. E grande parte das pessoas que não têm deficiência tem atitudes discriminatórias e inferiorizantes para com as pessoas com deficiência. Esse fato pode ser visto no dia a dia e parece ser decorrente da dificuldade de muitas pessoas conviverem com a diferença, principalmente as que podem vir a afetar a qualquer um em decorrência de um acidente ou doença inesperada. Uma das grandes lutas das pessoas com deficiência é justamente poder ser diferente, sem estar em desvantagem.

Considerando-se que a identidade social da pessoa com deficiência é tecida no contato cultural, o Estatuto da pessoa com deficiência ao estabelecer o princípio da igualdade e não discriminação, no artigo 4º, considera como discriminação em razão da deficiência toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoas com deficiência, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistidas. A concretização, do modelo social garante o respeito à dignidade da pessoa com deficiência e reconhece a necessidade de interdependência entre os seres humanos, de modo que “o modelo reconhece o fato de que nós, animais humanos, precisamos uns dos outros” (DHANDA, 2008, p. 50).

As transformações provocadas pela Convenção e que se somam as que o Estatuto da pessoa com deficiência impactam a forma pela qual a deficiência é percebida, e por conta disso os cuidados externados quando da elaboração do texto legal não se restringiram à mera preocupação com a utilização de termos politicamente corretos, trata-se de cautela fundamentada que deve ser respeitada pela sociedade como um todo de forma muito mais profunda, porque envolve a mudança de valores arraigados nas culturas dos povos.

Nesta forma, considerando que a autonomia referente à liberdade de escolha, bem como a afirmação social no viés de reconhecimento do indivíduo considerado no plano político-social (BOBBIO, 2002, p. 9), asseguram reais condições de desenvolvimento e digna vivência, é dever do Estado materializar determinadas prestações dentro de suas possibilidades, através de políticas públicas considerada no plano das capacidades de fomento e dos resultados alcançáveis, da proporcionalidade entre fins e meios, para uma efetiva realização prática dos elementos visados à digna e efetiva formação da pessoa com deficiência. Para uma sociedade adequada as políticas públicas devem ser resultado de uma participação popular com um diálogo democrático entre a sociedade e o Estado, para que sejam colhidos resultados das pessoas com deficiência.

3 O LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA ATRAVÉS DA AUTONOMIA COMO DIREITO DA PERSONALIDADE

A adoção do modelo social mencionado, também trouxe consigo a eliminação de qualquer referência à deficiência nos critérios de modulação da capacidade, ao modificar o regime das incapacidades. Excluíram-se os incisos I, II, III do artigo 3º e os incisos I e IV do artigo

4º do Código Civil (BRASIL, 2002), e com isso qualquer referência à deficiência como critério modulador da capacidade. A pessoa com deficiência tem garantidos seus direitos da personalidade e reconhecida sua capacidade para exercê-los, os poderes do curador não poderão incidir sobre as questões existenciais que o legislador arrolou no artigo 85, § 1º. do Estatuto da pessoa com deficiência, quais sejam: o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto. Nesse sentido a pessoa com deficiência intelectual ou psíquica tem capacidade civil em igualdade com as demais e, mesmo quando sujeita à curatela não se transmitirão ao curador os poderes para decidir sobre questões existenciais e personalíssimas.

A capacidade absoluta da pessoa com deficiência promove a dignidade da pessoa humana e sua inclusão social (TARTUCE, 2016, p. 537) o sistema de incapacidades deixou de ter um modelo rígido, passando a ser mais flexível: abandona-se o pensamento normativista, para uma visão jurídica organizativa, marcada pelo ideal igualitário, simultaneamente, a busca pelo reconhecimento destas pessoas é ativada de forma constante e dinâmica na sociedade, de recepção ora progressiva, ora regressiva no direito.

Relações existenciais são manifestações da personalidade que, por esta razão não pode ser coisificada. Os direitos e interesses protegidos nesse tipo de relação devem ser exercidos pelo próprio titular, sem que se permita o recurso à representação (TEIXEIRA; KONDER, 2010, p. 59). Para a garantia do desenvolvimento da personalidade é importante que a pessoa possa escolher como deseja conduzir a sua vida. Toda autonomia vai ser construída no processo de relações intersubjetivas e nas reflexões introspectivas e por meio dela se constrói e se delinea a sua própria identidade.

A proteção à autonomia existencial tem ganhado força na medida em que a sociedade se assume em sua diversidade, marcada pelas diferenças que identificam os seus membros (TEIXEIRA; KONDER, 2010, p. 73). Assim, garantir um projeto existencial da pessoa deve ser uma das prioridades do ordenamento jurídico, pois com essa possibilidade se pode afirmar que a sua dignidade está sendo respeitada é defeso ao Estado e ao legislador interferirem na edificação e na concretização desse projeto de vida individual, pois faz parte das escolhas mais íntimas que cada um faz para si. Com base nessa autonomia existencial, reflexo do princípio da dignidade da pessoa humana, a pessoa com deficiência possui autodeterminação que lhe permite o direito de conduzir a sua vida de modo independente, podendo realizar suas próprias escolhas, em igualdade de oportunidades com os demais.

A autonomia, portanto, é a chave para a efetivação da dignidade da pessoa humana. Para Sasaki (2006, p. 35-36), a autonomia está relacionada ao que ele denomina de “prontidão físico-social”, ou seja, a possibilidade de interagir com os ambientes físicos e sociais sem que necessite do auxílio de outra pessoa, característica que seria concedida pela acessibilidade. A autonomia individual está associada com o princípio de uma vida independente, isto é, com a capacidade de homens e mulheres com deficiência controlarem pessoalmente seus múltiplos aspectos de vida, tomando decisões e assumindo responsabilidades de modo a ascender aos bens materiais e imateriais comuns a todos (MADRUGA, 2016, p. 76).

Importante mencionar que a autonomia da pessoa com deficiência decorre da plena capacidade civil no sentido de possibilidade de decidir sobre seu destino e que sem este elemento há independência, liberdade e igualdade para o seu livre exercício dos direitos da personalidade. Direitos estes defendidos pelos jusnaturalistas como resultado jurídico-normativo e trabalham com o conteúdo expresso pela lei por considerar que entendimento diferente geraria insegurança jurídica pela utilização excessiva de juízos de valores (BITTAR, 2015, p. 7). Já, para autores positivistas estes direitos devem ser os reconhecidos pelo Estado, que lhes dá força jurídica e assim, dizem que todos os direitos subjetivos devem derivar do ordenamento positivado (CUPIS, 2008, p. 12).

A personalidade concebida como um valor ilimitado a ser tutelado tendo como referência a própria noção de pessoa e sua dignidade, trata-se de atributo da pessoa, devendo as normas de direito primarem por sua efetiva proteção. Não se deve adotar apenas a concepção legalista, pois é restritiva. O ideal é que seja considerada de forma geral e ampliada e o direito deve prever a proteção dos valores não positivados, sem os quais a personalidade se tornaria impossível.

Fachin ressalta que a personalidade do homem é uma faculdade, porém não individualmente, também é reconhecida aos entes morais que constituem um agrupamento de indivíduos ou que se associam para a conquista de um fim econômico ou social (HEINZMANN; FACHIN, 2010, p. 221).

Quando se busca garantir o pleno desenvolvimento da personalidade humana, trata-se de todas as etnias e grupos sociais, assim como as pessoas com deficiências, que buscam seus espaços entre todos, com igualdade e respeito às suas especificidades. Existem certos direitos sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo, o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal. São esses os chamados “direitos essenciais” com os quais se identificam precisamente os direitos de personalidade (CUPIS, 2008, p. 17).

Os direitos da personalidade com os direitos fundamentais sociais são posições jurídicas do homem que possui pelo simples fato de nascer e viver, são aspectos imediatos da exigência da integração do homem, e ainda são condições essenciais ao seu ser e dever ser, e desta forma servem para garantir a dignidade da pessoa com deficiência.

Dentro do racionalismo jurídico a autonomia existencial trazida pelo Estatuto da pessoa com deficiência a submete aos direitos da personalidade, à medida que estes cuidam de direitos intransmissíveis e irrenunciáveis como proteção da dignidade da pessoa humana, e bem descrito no artigo 12 do código civil seu sistema de proteção se destina a resguardar qualquer lesão ou ameaça de lesão ao exercício da autonomia existencial.

Os direitos da personalidade são aliados na busca pela inclusão social das pessoas com deficiência, posto que a autonomia existencial precisa deles já que a sociedade com frequência não leva a sério a autonomia das pessoas com deficiência que desfrutam de sua capacidade legal completa. Suas eleições vitais não se consideram tão merecedoras de apoio social como as das

pessoas sem deficiência [...]. Em sua maior parte, as sociedades não fazem o suficiente para habilitar as pessoas com deficiência que possuem uma clara capacidade de liberdade moral para exercer seus direitos à livre determinação (QUINN; DEGENER, 2002 apud MADRUGA, 2016, p. 78).

Por esse motivo destaca-se o direito da personalidade de vida digna como forma de empoderamento da pessoa com deficiência, um elemento em desenvolvimento com o objetivo de que o reconhecimento de seus direitos e de sua capacidade de decisão alimentará a consciência de poder, de modo que a efetivação do princípio da dignidade e da igualdade acontecerá de forma mais efetiva para as pessoas com deficiência.

A pessoa com deficiência deve ser considerada como membro ativo da sociedade e como cidadã imprescindível para o desenvolvimento de um país equânime. Desse modo, a formação de movimentos sociais em defesa de direitos das pessoas com deficiência coaduna com este ideal de empoderamento e de construção de autonomia destas pessoas. Urge, então, proporcionar espaços para a quebra da invisibilidade das pessoas com deficiência. Numa luta que a elas pertence, elas devem ser protagonistas, autônomas; é preciso reconhecê-las como sujeitos idiossincráticos, cessando o processo de fusão entre as pessoas com deficiência e aquelas que se colocam como suas representantes na sociedade (SOUZA, 2014, p. 75).

Para Sasaki (2006, p. 37): O que o movimento de vida independente vem exigindo é que seja reconhecida a existência desse poder nas pessoas com deficiência e que seja respeitado o direito delas de usá-lo como e quando bem lhes aprouver. Quando alguém sabe usar o seu poder pessoal, diz-se que ele é uma pessoa empoderada.

Além de todo o exposto, é importante lembrar que é dever do Estado, da sociedade e da família a efetivação dos direitos das pessoas com deficiência, dentre eles o respeito à sua autonomia existencial, o que está descrito no artigo 8º do estatuto e comentado por Farias, Cunha e Pinto (2016, p. 50):

Uma síntese desses direitos permite identificar a *ratio legis*, consistente em propiciar, ao deficiente, uma proteção quanto a seus bens mais fundamentais (vida, saúde, trabalho, previdência social etc.), à sua autodeterminação (sexualidade, paternidade e maternidade), e à sua integração na sociedade (cultura, desporto, turismo, lazer etc.).

É possível afirmar, que da dignidade da pessoa humana, decorre, em linhas gerais, conforme já explicitado neste trabalho, o respeito à autonomia existencial, donde decorre também um rol de direitos prestacionais, que deverão ser tutelados e efetivados pelo Estado e pela coletividade, no sentido de se garantir um mínimo essencial para a vida digna. Há aqui um direito a ter direitos, “ressalvando-se aqui não só os direitos inerentes à autodeterminação, mas também aqueles necessários à preservação de sua dignidade material, vale dizer, os chamados direitos fundamentais sociais” (NUNES JUNIOR, 2009, p. 113). Destarte, não cabe à sociedade questionar a autonomia da pessoa com deficiência, mas sim viabilizar mecanismos que possibilitam

a efetivação de seus direitos.

Barreiras fazem parte de uma sociedade pautada tanto por um padrão do perfeito e da normalidade quanto por uma lógica mercadológica caracterizada pela concorrência e a busca incessante do lucro. As políticas públicas relacionadas ao trabalho e à educação têm possibilitado às pessoas com deficiência a conquista da autonomia e da cidadania, contribuindo, portanto, de modo contundente, para o seu processo de visibilidade social. A vida humana se constitui social e historicamente, o ser humano se organiza e se estrutura a partir de suas referências, ninguém nasce pronto, assim como suas características biológicas e hereditárias não são determinantes; as pessoas aprendem e se humanizam em sociedade. Assim, pode-se dizer que a socialização é inerente à vida e nesse processo a educação é fundamental, pois é concebida como um processo de socialização e “está direta e intimamente relacionada com a realidade humana” (SAVIANI, 1983, p. 10).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Viu-se que a partir do modelo social a deficiência não está restrita mais à catalogação, ele veio quebrar a centralização da pessoa com deficiência, ele ofereceu novos instrumentos para a transformação social e a garantia de direitos. Não era a natureza quem oprimia, mas a cultura da normalidade que descrevia alguns corpos como indesejáveis. Ao denunciar a opressão das estruturas sociais o modelo social mostrou que os impedimentos são uma das muitas formas de vivenciar o corpo. Esta mudança vinda com o Estatuto da pessoa com deficiência trouxe elementos para fundamentar a identidade social destas pessoas no contato cultural ao estabelecer o princípio da igualdade e não discriminação e com isso afirma-se que a concretização do modelo social garante o respeito à dignidade da pessoa com deficiência e reconhece a necessidade de interdependência entre os seres humanos.

O fato demonstrado de o problema estar na sociedade e não no indivíduo exige da sociedade posturas condizentes com este modelo, a fim de uma maior participação social da pessoas com deficiência, que tenham garantido acessibilidade, pois é a acessibilidade que lhe permite a liberdade de locomoção, o que gera o empoderamento, visto como fator a ser incentivado para o desenvolvimento pleno das pessoas com deficiência. Ademais o fim da teoria da incapacidade, ao tornar a pessoa com deficiência plenamente capaz para os atos da vida civil reconsiderou seu status na sociedade e trouxe visibilidade para estas pessoas, no âmbito dos direitos fundamentais e dos direitos civil, pela efetivação do direito da personalidade da autonomia existencial.

A conscientização pretendida com o texto foi consolidada pela demonstração das efetivas mudanças no legislativo civil, o incentivo ao empoderamento da pessoa com deficiência, à superação dos obstáculos impostos pela sociedade, a acessibilidade como direito da personalidade. É preciso fazer conhecida sua questão social, é preciso produzir e fazer circularem informações, mobilizar comunidades, chamar à participação, construir políticas públicas. A resolução da questão social está na cidadania, no direito à igualdade, na integração, no respeito às diferenças que só a democracia pode alcançar. E essa inclusão não significa manter as pessoas com deficiência como

diferentes, significa sim torná-las iguais, aceitá-las no que têm de excelência, aquela a que aspiramos, sem reservas ou preconceitos. E esse processo pode se desenvolver por um longo caminho de conscientização, natural ou dirigido, mas sempre acontecendo na chave social e política.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2012.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. 2. ed. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração das Pessoa Portadora de Deficiência, 1997.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

BRASIL. **Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002**. Institui o **Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan.

BRASIL. [Constituição Federal (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

BRASIL. Ministério da Justiça. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, n. 127, p. 2, 7 jul. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm. Acesso em: 22 jul. 2022.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com deficiência e seu protocolo facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 3, 26 ago. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 22 jul. 2022.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença**: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CUCHE, Denys. **A noção de cultura nas ciências sociais**. Bauru: EDUSC, 1999.

CUPIS, Adriano de. **Os Diretos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Quorum, 2008.

DHANDA, Amita. Construindo um novo léxico dos direitos humanos: convenção sobre os direitos das pessoas com deficiências. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 5, n. 8, p. 43-59, 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sur/v5n8/v5n8a03.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2022.

FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo**. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

GOFFMAN, Erving. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Rio de Janeiro: Guanabara, 1988.

HEINZMANN, Clara; FACHIN, Zulmar. Os Direitos da personalidade como direitos subjetivos públicos. **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**, Maringá, v. 10, n. 1, p. 217-234, 2010. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/1122/1013>. Acesso em: 22 jul. 2022.

IGLESIAS, Victor Dinalli Ornellas. **Pessoa com deficiência e sua identidade para si na sociedade atual**. Curitiba: Juruá, 2017.

MADRUGA, Sidney. **Pessoas com deficiência e direitos humanos, ótica da diferença e ações afirmativas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania social na constituição de 1988**: estratégias de posituação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Convenção 159**. Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas Deficientes. Aprovada na 69ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra — 1983), entrou em vigor no plano internacional em 20.6.85. 1983. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236165/lang--pt/index.htm. Acesso em: 19 ago. 2022.

SASSAKI, Romeu Kazumi. **Inclusão**: construindo uma sociedade para todos. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora WVA, 2006.

SAVIANI, D. Escola e democracia. São Paulo: Cortez: Autores Associados, 1983.

TÍTULO do tratado. data do tratado. Disponível em: link. Acesso em: data de acesso

SILVA, Otto Marques da. **A epopeia ignorada**: uma questão de competência a integração das pessoas com deficiência no trabalho. São Paulo: Cedas, 1987.

SOUZA, Dalmir Pacheco de. **Políticas públicas e a visibilidade da pessoa com deficiência**: estudo de caso do Projeto Curupira. 2014. 197 f. Tese (Doutorado em Educação) – Universidade Federal do Amazonas, Manaus, 2014. Disponível em: <https://tede.ufam.edu.br/bitstream/tede/4131/2/Tese%20-%20Dalmir%20Pacheco%20de%20Souza.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2022.

TARTUCE, Flavio. **Manual de Direito Civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Autonomia e Solidariedade na disposição de órgãos para depois da morte. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, n. 18, p. 1-22, 2010. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1357/1145>. Acesso em: 22 jul. 2022.

WERNECK, Cláudia. **Manual sobre desenvolvimento inclusivo**. Rio de Janeiro: WVA, 2005.

Como citar: SIQUEIRA, Dirceu Pereira. KASSEM, Jamile Sumaia Serea. O modelo social de definição da pessoa com deficiência e a garantia do seu livre desenvolvimento como direito da personalidade. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 2, p. 33-46, out. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n2p.33. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 19/10/2020

Aprovado em: 04/05/2022

DOS PRESSUPOSTOS DE VALIDADE PARA A PRORROGAÇÃO POR INTERESSE PÚBLICO DAS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO

THE VALIDITY PRESUPPOSITIONS FOR THE PUBLIC INTEREST PROROGATION OF PUBLIC SERVICE CONCESSIONS

Odone Sanguiné*

Felipe Montenegro Viviani Guimarães**

*Pós-doutor em Direito pela Washington University School of Law in Saint Louis e pela Universiteit Utrecht. Doutor em Direito pela Universitat Autònoma de Barcelona. Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Consultor e Advogado.
E-mail: odoneang@hotmail.com

**Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Consultor e Advogado.
E-mail: felipemvg@hotmail.com

Como citar: SANGUINÉ, Odone; GUIMARÃES, Felipe Montenegro Viviani. Dos pressupostos de validade para a prorrogação por interesse público das concessões de serviço público. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 17, n. 2, p. 47-71, out. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n2p.47. ISSN: 1980-511X

Resumo: Este artigo trata da prorrogação das concessões de serviço público por meras razões de conveniência e oportunidade das partes (ou prorrogação por interesse público). Seu objetivo é verificar os pressupostos de validade para a realização dessa espécie de prorrogação. O método de abordagem do tema é o dedutivo, e o método de pesquisa, o bibliográfico. Por fim, a principal conclusão deste artigo é que os pressupostos de validade da prorrogação por interesse público são: (i) previsão em lei; (ii) outorga precedida de licitação; (iii) previsão no edital de licitação; (iv) concessão em vigor; (v) não realização de prorrogação por interesse público anteriormente; (vi) fiel cumprimento do contrato pela concessionária; (vii) vantajosidade da medida; (viii) consenso entre as partes; e (ix) qualificação no Programa de Parcerias de Investimentos – PPI.

Palavras-chave: direito administrativo; serviço público; concessão; prorrogação; pressupostos de validade.

Abstract: This article deals with the prorogation of public service concessions for mere reasons of convenience and opportunity of the parties (or public interest prorogation). Its purpose is to verify the validity presuppositions for the realization of this species of prorogation. The method of approach of the theme is the deductive, and the research method, the bibliographic. Finally, the main conclusion of this article is that the validity

presuppositions of the public interest prorogation are: (i) provision in law; (ii) grant preceded by public bidding; (iii) provision in the bid notice; (iv) concession in force; (v) non realization of public interest prorogation previously; (vi) faithful fulfillment of the concession contract by the concessionaire; (vii) advantage of the measure; (viii) agreement between the parties; and (ix) qualification in the Investment Partnership Program – PPI.

Keywords: administrative law; public service; concession; prorogation; validity presuppositions.

INTRODUÇÃO

No presente artigo, nós analisaremos o instituto jurídico da prorrogação das concessões de serviço público, mais especificamente a chamada “prorrogação por interesse público” dessas concessões.

A referida análise justifica-se por diversas razões. Em primeiro lugar, porque a prorrogação por interesse público de inúmeras concessões foi autorizada, recentemente, no Brasil, por diversos atos normativos, de modo que o interesse teórico e prático pelo tema realmente é muito grande neste momento em nosso País¹. Em segundo lugar, porque a prorrogação por interesse público constitui questão de monta, que afeta a vida de milhares de usuários, em geral por muitos anos, merecendo, pois, estudo acurado. E, em terceiro lugar, porque existem poucos artigos tratando, especificamente, da prorrogação por interesse público das concessões de serviço público, razão pela qual o presente trabalho buscará contribuir para o aprofundamento dos conhecimentos científicos sobre esse instituto do Direito Administrativo.

Assim sendo, nosso objetivo consiste em verificar os pressupostos de validade para a realização da prorrogação por interesse público das concessões de serviço público. E nossa hipótese de pesquisa é que esses pressupostos são bastante rígidos, dado o caráter excepcional do instituto da prorrogação.

O método de abordagem do tema é o dedutivo. E o método de pesquisa, o bibliográfico, consubstanciado na interpretação das diversas normas jurídicas (constitucionais e infraconstitucionais) que regulam o instituto da prorrogação no Brasil, à luz da jurisprudência e da doutrina.

Por fim, o presente artigo está dividido, basicamente, em duas seções. Na primeira, nós apresentaremos as espécies de prorrogação das concessões de serviço público, com vistas a determinarmos as características específicas da prorrogação por interesse público. E, na segunda, nós verificaremos os pressupostos de validade para a realização dessa espécie de prorrogação. Ao final, exporemos, resumidamente, nossas principais conclusões.

1 ESPÉCIES DE PRORROGAÇÃO

Em nível constitucional, o fundamento normativo do instituto jurídico da prorrogação das concessões de serviço público reside na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988), art. 175, par. ún., I, a qual estabelece que a lei disporá, dentre outras matérias, sobre a “prorrogação” dessas concessões.

No exercício da competência legislativa acima, foram editadas diversas leis ordinárias (gerais e setoriais) regulando a prorrogação das concessões de serviço público. Exemplo: (i) a Lei 8.987/95 (Lei de Concessões) (BRASIL, 1995), art. 18, XIV; 23, XII; e 42, §§ 2.º e 3.º; (ii) a Lei

1 Cf., ainda: no âmbito do Estado de São Paulo, a recente Lei 16.933/19 (SÃO PAULO, 2019), art. 1.º a 7.º; 16; e 17.

11.079/04 (Lei de Parcerias Público-Privadas) (BRASIL, 2004), art. 3.º, *caput* e § 1.º; 5.º, *caput* e I; e 11; (iii) a Lei 12.783/13 (Lei de Prorrogação do Setor Elétrico) (BRASIL, 2013), art. 1.º a 16; 21, III; e 26; (iv) a Lei 12.815/13 (Lei do Setor Portuário) (BRASIL, 2013), art. 57, 62, 66 e 67; e (v) a Lei 13.448/17 (Lei de Prorrogação dos Setores Rodoviário e Ferroviário) (BRASIL, 2017a), art. 1.º a 11; 22; 24 a 27; 30; e 32.

A interpretação sistemática das diversas leis gerais e setoriais sobre a matéria permite-nos concluir que a prorrogação das concessões de serviço público – ou seja, o prolongamento de seu prazo de vigência – pode ser classificada, basicamente, em três espécies; a saber: (i) a prorrogação por emergência; (ii) a prorrogação por reequilíbrio; e (iii) a prorrogação por interesse público, que se subdivide, por sua vez, em: (a) prorrogação comum; e (b) prorrogação antecipada^{2e3}.

Vejam, então, quais são as características específicas dessas espécies de prorrogação, especialmente da última delas.

1.1 PRORROGAÇÃO POR EMERGÊNCIA

A prorrogação por emergência visa a garantir a continuidade da prestação do serviço público concedido. Ela é realizada quando, próximo ao final da concessão, o Poder Concedente verifica que não tem condições de prestar, diretamente, o serviço público concedido nem tempo suficiente para realizar a licitação pública para nova outorga da atividade. Nesse caso, a concessão é prorrogada pelo tempo necessário para o Poder Concedente preparar-se para prestar, diretamente, o serviço público ou realizar a licitação pública para nova outorga da atividade – em regra, de seis a vinte e quatro meses.

Essa espécie de prorrogação está prevista, dentre outras, na Lei 13.448/17 (BRASIL, 2017a), a qual estabelece, em seu art. 32, que, se houver “estudo ou licitação em andamento”, e se não houver “tempo hábil para que o vencedor do certame assuma o objeto do contrato”, o Poder Concedente poderá “estender o prazo do contrato, justificadamente, por até vinte e quatro meses, a fim de que não haja descontinuidade na prestação do serviço”⁴.

Sobre o ponto, a jurisprudência já reconheceu a legitimidade da prorrogação por emergência. Com efeito, no AgRg no AREsp 481.094/RJ (BRASIL, [2014]), o Superior Tribunal de Justiça

2 Propomos as expressões “prorrogação por emergência”, “prorrogação por reequilíbrio” e “prorrogação por interesse público” (“comum” ou “antecipada”) para denominar as espécies de prorrogação das concessões de serviço público por sua relativa clareza e concisão. Nada obstante, reconhecemos que a expressão “prorrogação por interesse público” não é ideal, mas, apenas, utilitária, já que toda prorrogação visa, ao fim e ao cabo, a promover o interesse público – ademais, como toda medida administrativa destina-se a fazê-lo (finalidade genérica). Apesar desse problema de “rótulo”, buscaremos demonstrar, nas seções abaixo, que as espécies de prorrogação das concessões de serviço público possuem características específicas inconfundíveis. Por fim, vale destacar que ainda existe grande divergência na doutrina acerca da terminologia adequada para nomear as espécies de prorrogação.

3 Algumas leis setoriais utilizam as expressões “prorrogação contratual” e “prorrogação antecipada” para denominar as subespécies de prorrogação por interesse público. Exemplo: a Lei 12.815/13 (BRASIL, 2013), art. 57; e a Lei 16.933/19 (BRASIL, 2019), art. 3.º, I. Todavia, a nosso sentir, a expressão “prorrogação contratual” merece crítica. É que, tanto a “prorrogação não antecipada”, quanto a “prorrogação antecipada” prorrogam um contrato de concessão de serviço público, podendo, pois, ser chamadas de “prorrogação contratual”. Eis a razão pela qual, sem desconhecer a terminologia legal (e, principalmente, sem deixar de informá-la ao leitor), preferimos, para designar as subespécies de prorrogação por interesse público, fazer uso das expressões “prorrogação comum” e “prorrogação antecipada”, as quais, a nosso juízo, denotam, mais corretamente, seu objeto.

4 Cf., ainda: no âmbito federal, Lei 12.783/13 (BRASIL, 2013X), art. 9.º; e, no âmbito estadual, Lei 16.933/19 (SÃO PAULO, 2019), art. 16.

(STJ) decidiu que, para evitar a “paralisação na prestação do serviço de transporte”, “em completa afronta ao princípio da continuidade”, uma permissão de serviço público pode ser prorrogada pelo prazo necessário à “conclusão do procedimento licitatório” (no caso, foi autorizada a prorrogação por “até um ano”), se, “em razão da desmobilização da infraestrutura estatal”, for verificada a “impossibilidade de o ente público assumir, de forma direta, a prestação do referido serviço” ao término da outorga (BRASIL, [2014]).

Por fim, a doutrina também admite a prorrogação por emergência das concessões de serviço público. De fato, Dallari (1988, p. 83-88) ensina que, “com fundamento no princípio da continuidade do serviço público”, e com vistas a “evitar a interrupção abrupta e instantânea de um determinado serviço” público (“que, por definição, é essencial”), “o Poder Público pode determinar ao concessionário que permaneça executando esse serviço por mais algum tempo”, “até a sua integral regularização, o que se dará mediante a celebração de novas concessões, precedidas do indispensável procedimento licitatório”⁵.

1.2 PRORROGAÇÃO POR REEQUILÍBRIO

A prorrogação por reequilíbrio visa a recompor a relação inicial entre os encargos e a remuneração da concessionária sem a elevação do valor das tarifas, a redução das obrigações da concessionária e/ou o comprometimento de recursos públicos. Ela é realizada em caso de desequilíbrio econômico-financeiro da concessão, causado pela concretização de risco compreendido no conceito de álea extraordinária (administrativa ou econômica), atribuído, contratualmente, ao Poder Concedente – nomeadamente, a alteração unilateral do contrato, o fato do príncipe, o fato da Administração, as sujeições imprevistas e o caso fortuito/força maior. Nesse caso, a concessão é prorrogada pelo prazo necessário à integral recomposição do equilíbrio econômico-financeiro inicial da outorga.

Essa espécie de prorrogação está prevista, dentre outros, no Decreto 7.624/11 (BRASIL, 2011), o qual, ao dispor sobre as condições para a exploração do serviço público aeroportuário pela iniciativa privada em regime de concessão, estabelece, em seus art. 6.º e 18, II, que o prazo da outorga será definido pelo Poder Concedente, “podendo ser prorrogado uma única vez, por até cinco anos, para fins de reequilíbrio econômico-financeiro decorrente da efetivação de riscos não assumidos pela concessionária no contrato”⁶.

A propósito, a jurisprudência já afirmou a juridicidade da prorrogação por reequilíbrio. Com efeito, no Acórdão 774/16 (BRASIL, 2016b), que respondeu à consulta formulada pelo Ministro-Chefe da extinta Secretaria de Portos da Presidência da República, suscitando dúvida sobre a aplicação do instituto da prorrogação por reequilíbrio, o Tribunal de Contas da União (TCU) disse, “em conclusão”, que a “recomposição econômico-financeira dos contratos de arrendamento portuário [que muito se assemelham aos contratos de subconcessão de serviço público]”⁷ poderá ser

5 Cf., ainda: Câmara, 2014, p. 347; Morais, 1957, p. 447-457.

6 Cf., ainda: no âmbito federal, Resolução ANTAQ 3.220/14 (BRASIL, 2014), art. 14, III; no âmbito estadual, Lei 16.933/19 (SÃO PAULO, 2019), art. 4.º, § 2.º; 5.º, par. ún.; e 7.º, § 1.º, 8.

7 Moreira Neto e Freitas, (2015, p. 83-84, 88).

implementada, justificadamente, por meio de alargamento do prazo contratual” (BRASIL, 2016b).

Por derradeiro, a doutrina também apoia a prorrogação por reequilíbrio das concessões de serviço público. De fato, Amaral (2012, p. 16-30) leciona que a prorrogação por reequilíbrio busca “corrigir eventual desequilíbrio econômico-financeiro” da concessão, tendo lugar – “independentemente de constar do contrato cláusula de prorrogação” – em razão de “desequilíbrio econômico-financeiro” causado pela concretização de “risco contido na álea extraordinária”, pelo prazo “estritamente necessário ao reequilíbrio”⁸.

1.3 PRORROGAÇÃO POR INTERESSE PÚBLICO

A prorrogação por interesse público visa a promover a prestação adequada do serviço público. Ela é realizada por razões de conveniência e oportunidade das partes, desde que os pressupostos de validade da medida estejam presentes⁹ e a concessionária aceite determinadas condições (ou contrapartidas) propostas pelo Poder Concedente, caracterizadoras da vantagem da prorrogação *vis-à-vis* as alternativas da prestação direta do serviço público e da realização de licitação pública para nova outorga da atividade¹⁰. Nesse caso, a concessão é prorrogada pelo prazo previsto em lei ou no próprio ajuste.

Essa espécie de prorrogação está prevista, dentre outras, na Lei 9.472/97 (BRASIL, 1997), a qual dispõe, em seu art. 99, que o prazo de vigência das concessões do serviço público de telecomunicações será, no “máximo”, de “vinte anos”, podendo ser prorrogado “uma única vez, por igual período”, desde que a concessionária “tenha cumprido as condições da concessão” e aceite os “condicionamentos” propostos pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) em vista das circunstâncias vigentes à época – dentre outros, o “pagamento” pelo prolongamento da outorga do “direito de exploração do serviço”¹¹.

Sobre o ponto, a jurisprudência já reconheceu a legitimidade da prorrogação por interesse público. Com efeito, no Acórdão 2.200/15 (BRASIL, 2015a), o TCU decidiu que a prorrogação dos contratos de arrendamento portuário “não afronta o princípio de índole constitucional de prévia licitação para a celebração de contratos”, desde que: (i) a celebração de tais ajustes tenha sido precedida de “regular procedimento licitatório”; e (ii) a prorrogação seja condicionada à realização de “novos investimentos” na infraestrutura portuária (BRASIL, 2015b).

E, no Acórdão 2.253/15 (BRASIL, 2015b), o TCU considerou “constitucional” a prorrogação simultânea de quarenta e três concessões do serviço público de distribuição de energia elétrica com vencimento até 2017 (desde que as concessionárias aceitassem as novas metas de qualidade e de gestão econômico-financeira definidas pela Agência Nacional de Energia Elétrica), porque entendeu caracterizadas “situações de exceção” que justificavam a não realização de

8 Cf., ainda: Justen Filho, (2016, p. 128-129, 131-134); Santos, (2006, p. 108-110).

9 Os pressupostos de validade da prorrogação por interesse público serão apresentados na seção 2 abaixo.

10 Exemplo: (i) o pagamento pela prorrogação da outorga; (ii) a realização de novos investimentos na concessão; e (iii) a extinção do caráter de exclusividade da outorga.

11 Cf., ainda: no âmbito federal, Lei 9.074/95 (BRASIL, 1995), art. 19 c.c 25; e, no âmbito estadual, Lei 16.933/19 (SÃO PAULO, 2019), art. 3.º, I e II.

licitação pública (BRASIL, 2015a)¹².

Por fim, a doutrina também admite a prorrogação por interesse público das concessões de serviço público. De fato, Mello (2009, p. 57) ensina que as concessões de serviço público podem ser prorrogadas “por simples convicção da conveniência e oportunidade administrativa da extensão de seu prazo”, neste caso, desde que haja: (i) “previsão legal autorizadora”; (ii) “possibilidade [...] acolhida no edital”; (iii) “bom desempenho do concessionário”; e (iv) “interesse de ambos na continuidade daquele vínculo”¹³.

1.3.1 SUBESPÉCIES DE PRORROGAÇÃO POR INTERESSE PÚBLICO

Segundo o momento em que é realizada, a prorrogação por interesse público pode ser classificada em: (i) prorrogação comum; e (ii) prorrogação antecipada¹⁴.

Vejamos, então, no que consiste cada uma delas.

1.3.1.1 PRORROGAÇÃO COMUM

Prorrogação comum é aquela realizada ao final da concessão.

Essa subespécie de prorrogação por interesse público está prevista, dentre outras, na Lei 13.448/17 (BRASIL, 2017a), a qual estabelece, em seu art. 4.º, I, que a prorrogação comum das concessões dos serviços públicos rodoviário e ferroviário é aquela realizada ao “término da vigência do ajuste”¹⁵.

1.3.1.2 PRORROGAÇÃO ANTECIPADA

Prorrogação antecipada é aquela realizada antes do final da concessão, respeitado, porém, o limite máximo de antecipação previsto em lei ou, subsidiariamente, no próprio ato de outorga¹⁶.

Essa subespécie de prorrogação por interesse público está prevista, dentre outras, na Lei 12.783/13 (BRASIL, 2013), a qual estabelece, em seu art. 12, que o Poder Concedente poderá “antecipar os efeitos da prorrogação” das concessões do serviço público de energia elétrica, respeitado o limite máximo de antecipação de “até 60 (sessenta) meses do advento do termo

12 Outro precedente importante será a decisão do TCU sobre a prorrogação da concessão da Rumo-Malha Paulista, *leading case* em matéria de prorrogação antecipada de concessões ferroviárias na Corte. A propósito, a Agência Nacional de Transportes Terrestres já aprovou a referida prorrogação, que agora aguarda o aval da Corte de Contas. O TCU ainda não tem data para decidir sobre a matéria. Mas o Ministério Público de Contas apresentou, recentemente, parecer recomendando a “rejeição” da medida “em razão da ausência de vantagem na prorrogação do contrato em relação à realização de nova licitação”.

13 Cf., ainda: Garcia, (2015, p. 416-426); Marques Neto, (2015, p. 167-171).

14 Guimarães e Gaggiano (2017, p. 12) também entendem que “[a] distinção entre elas [ou seja, entre a prorrogação comum e a prorrogação antecipada] é mais cronológica do que de essência”, sendo certo que “[o] que distingue as duas medidas é o momento de implementação”.

15 Cf., ainda: no âmbito federal, Lei 9.472/97 (BRASIL, 1997), art. 99; e, no âmbito estadual, Lei 16.933/19 (SÃO PAULO, 2019), art. 3.º, I.

16 O limite máximo de antecipação varia caso a caso conforme a(s) finalidade(s) específica(s) da prorrogação antecipada, sendo balizada sua fixação pelo princípio da proporcionalidade (CRFB/88, art. 1.º). De fato, Jêze (1950, p. 313) ensina que “[e]l número de años [leia-se: de anos de antecipação da prorrogação] depende de la naturaleza del servicio público y de las mejoras posibles” na concessão.

contratual”¹⁷.

Vistas as características específicas da prorrogação por interesse público (comum ou antecipada), vejamos, agora, seus pressupostos de validade.

2 PRESSUPOSTOS

Pressupostos são as circunstâncias sem as quais a prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) não pode ser realizada validamente.

Anosso sentir, esses pressupostos são: (i) previsão em lei; (ii) outorga precedida de licitação; (iii) previsão no edital de licitação; (iv) concessão em vigor; (v) não realização de prorrogação por interesse público anteriormente; (vi) fiel cumprimento do contrato pela concessionária; (vii) vantajosidade da medida; (viii) consenso entre as partes; e (ix) qualificação no PPI.

Vejamos, então, o fundamento de cada um deles.

2.1 PREVISÃO EM LEI

Para que a prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) seja realizada validamente, é preciso, primeiro, que a possibilidade de prorrogação esteja prevista em lei.

É o que extraímos não apenas da reserva de lei estabelecida pela CRFB/88, art. 175, *caput* (que exige autorização legislativa para a delegação de serviços públicos – e, coerentemente, para a prorrogação dessa delegação), mas também da Lei 8.666/93, a qual prevê, em seu art. 92 c.c 124, que a “prorrogação” das concessões de serviço público “sem autorização em lei” constitui crime.

A propósito, a doutrina também afirma que a prorrogação por interesse público pressupõe autorização em lei. De fato, Meirelles (1982, p. 405-413) ensina que, “[p]ara a concessão originária, sua renovação ou prorrogação ou nova concorrência do mesmo serviço, haverá, sempre, necessidade de autorização por lei, regulamentação por decreto e transferência da execução por contrato”, já que a regra é a prestação direta do serviço público; e arremata: “Toda prorrogação de concessão de serviço público depende de autorização legislativa ao término de cada período contratual”¹⁸.

Por fim, é preciso dar destaque ao presente pressuposto, porquanto ele serve para distinguir, de um lado, a prorrogação por interesse público e, de outro, as prorrogações por emergência e por reequilíbrio. Com efeito, entendemos que, diferentemente da prorrogação por interesse público, as prorrogações por emergência e por reequilíbrio podem ser realizadas sem expressa permissão em lei, uma vez que elas têm lugar diante de situações excepcionais, imprevisíveis no momento da outorga, respectivamente: a proximidade do término da concessão, sem que o Poder Concedente tenha condições de prestar, diretamente, o serviço público concedido nem tempo suficiente para realizar a licitação pública para nova outorga da atividade; e o desequilíbrio econômico-

17 Cf., ainda: no âmbito federal, Lei 12.815/13 (BRASIL, 2013), art. 57; e, no âmbito estadual, Lei 16.933/19 (SÃO PAULO, 2019), art. 3.º, II.

18 Cf., ainda: Barcellos (2017, p. 177); Clève, (2012, p. 10 e 29).

financeiro da concessão causado pela concretização de risco compreendido no conceito de álea extraordinária¹⁹.

2.2 OUTORGA PRECEDIDA DE LICITAÇÃO

Para que a prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) seja realizada validamente, é preciso, ainda, que a outorga da concessão de serviço público tenha sido precedida de licitação pública.

É o que extraímos não apenas da CRFB/88, art. 175, *caput*, que estabelece que toda concessão de serviço público será precedida, “sempre”, de “licitação”, mas também das Leis 8.987/95 (BRASIL, 1995), art. 14, e 11.079/04 (BRASIL, 2004), art. 10, que reafirmam essa exigência.

Sobre o ponto, a jurisprudência já reconheceu que concessão de serviço público outorgada sem prévia licitação pública – mesmo antes da entrada em vigor da CRFB/88 – não pode ser prorrogada. De fato, no ARE 869.007/DF-ED-AgR (BRASIL, 2017b), o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que, “nos termos do art. 175, *caput*, da Constituição Federal, é imprescindível prévia licitação para a concessão ou a permissão da exploração de serviços públicos”, razão pela qual “são inconstitucionais as prorrogações de concessão e de permissão que vão de encontro à referida premissa, inclusive as de contratos formalizados antes de 5 de outubro de 1988” (BRASIL, 2017b).

Por derradeiro, a doutrina também afirma que a prorrogação por interesse público pressupõe outorga precedida de licitação. Com efeito, Rocha (1996, p. 60-61) leciona que, “[p]ara durar além do termo inicialmente estabelecido, urge, em primeiro lugar, que a concessão tenha sido contratada segundo o Direito”, pois “a prorrogação não é fórmula mágica permissiva de convalidação de vícios havidos na outorga da concessão, nem alarga, no tempo futuro, o que não pode existir no Direito vigente em determinado momento”²⁰.

2.3 PREVISÃO NO EDITAL DE LICITAÇÃO

Para que a prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) seja realizada validamente, é preciso, ainda, que a possibilidade de prorrogação esteja prevista no edital de licitação.

É o que extraímos não apenas do princípio da vinculação ao instrumento convocatório (Leis 8.987/95 (BRASIL, 1995), art. 14; e 11.079/04 (BRASIL, 2004), art. 12), mas também da Lei 8.666/93 (BRASIL, 1993), a qual estabelece, em seu art. 92 c.c 124, que a prorrogação das concessões de serviço público “sem autorização [...] no ato convocatório da licitação” constitui crime.

A propósito, a doutrina também afirma que a prorrogação por interesse público pressupõe autorização no edital de licitação – uma vez que tal circunstância possui aptidão para alterar

¹⁹ Cf. Freitas e Ribeiro, (2017, p. 297-298).

²⁰ Cf., ainda: Amorim, (2013, p. 58); Torgal, (2011, p. 234-235).

as propostas dos licitantes (a simples a previsão/não previsão da possibilidade de prorrogação por interesse público no edital de licitação torna a concessão, enquanto atividade econômica, financeiramente mais ou menos atraente para os investidores). De fato, Mello (2009, p. 57) ensina que a prorrogação por interesse público “depende de expressa previsão legal e contratual”, sob pena de “burla ao princípio da licitação, já que outros, se soubessem, antecipadamente, de tal possibilidade aberta pela lei e acolhida no edital, poderiam ter ocorrido ao certame ou, os que acorreram, poderiam ter feito oferta distinta da que fizeram”²¹.

Por fim, é preciso realçar o presente pressuposto, porquanto ele também serve para distinguir, de um lado, a prorrogação por interesse público e, de outro, as prorrogações por emergência e por reequilíbrio. Com efeito, entendemos que, diferentemente da prorrogação por interesse público, as prorrogações por emergência e por reequilíbrio podem ser realizadas sem permissão no edital de licitação, uma vez que, além de não terem aptidão para alterar as propostas dos licitantes, tais espécies de prorrogação têm lugar diante de situações excepcionais, imprevisíveis no momento da outorga, como visto na seção 2.1 acima²².

2.4 CONCESSÃO EM VIGOR

Para que a prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) seja realizada validamente, é preciso, ainda, que a concessão esteja em vigor.

É o que extraímos, dentre outras, da Lei 12.815/13 (BRASIL, 2013), a qual estabelece, em seu art. 57, que somente os contratos de arrendamento portuário “em vigor” poderão ser prorrogados.

Não fosse o bastante, é o que colhemos, ainda, da natureza jurídica do instituto sob análise. De fato, a prorrogação por interesse público possui natureza jurídica de negócio acessório, ou seja, não tem existência própria, pressupondo a do negócio principal, e seguindo a sorte deste. Assim sendo, extinta a concessão de serviço público, a prorrogação por interesse público torna-se juridicamente impossível por falta de objeto.

Sobre o ponto, a jurisprudência já reconheceu que concessão de serviço público extinta não pode ser prorrogada. Com efeito, na AMS 0000274-24.2004.4.03.6104/SP, o Tribunal Regional Federal da 3.^a Região decidiu que a “Lei 10.684/03”, que prorrogara as concessões e permissões do serviço público de armazenagem e movimentação de mercadorias em estação aduaneira interior vigentes em “30.05.2003”, não se aplicava a uma permissão finda em “23.05.2003”, “pois, afinal, não se prorroga contrato inexistente” (BRASIL, 2010).

Por sua vez, a doutrina também afirma que a prorrogação por interesse público pressupõe concessão em vigor. De fato, Meirelles (2002, p. 228-230) leciona que, nos “contratos que se extinguem simplesmente ao término do prazo” (como a “concessão de serviço público”), “[a] expiração do prazo de vigência sem prorrogação opera, de pleno direito, a extinção do contrato”, sendo certo que “[o] contrato extinto não se prorroga nem se renova: é refeito e formalizado em

21 Cf., ainda: Saadi e Santos Neto (2016, p. 87, 105);Schwind (2015, p. 502-505).

22 Cf. Mello (2014, p. 212, 218-220).

novo instrumento, inteiramente desvinculado do anterior”; por fim, o autor acrescenta: “[s]e a prorrogação não foi providenciada pela Administração antes de vencido o prazo contratual [...] será considerado irregular o instrumento de prorrogação feito posteriormente”, inclusive, “para a responsabilização dos agentes públicos envolvidos”²³.

Neste momento, é preciso considerar o entendimento de Beznos (1991, p. 268), para quem a prorrogação por interesse público pode ser realizada depois do término da concessão, desde que o “pedido de prorrogação” tenha sido protocolado pela concessionária “com antecedência [...] do termo final da avença”, já que “[t]al tempestiva manifestação de vontade [...] revela-se suficiente para fazer integrar ao seu patrimônio o direito à prorrogação, não se podendo penalizá-la com a demora administrativa para a formalização da mesma prorrogação”.

Sem desprestigiar, de modo algum, tão eminente administrativista, nós discordamos, respeitosamente, de seu entendimento. Com efeito, afora a impossibilidade jurídica de prorrogação de concessão extinta, entendemos que a prorrogação por interesse público também possui natureza jurídica de negócio bilateral, formando-se, pois, a partir de um acordo de vontades entre Poder Concedente e concessionária de serviço público. Assim sendo, não nos parece que a simples manifestação de vontade da concessionária seja “suficiente para fazer integrar ao seu patrimônio o direito à prorrogação” antes de o Poder Concedente verificar a conveniência e oportunidade da medida administrativa.

Em verdade, entendemos que o Poder Concedente deve servir-se da prorrogação por emergência, se, protocolado o pedido de prorrogação pela concessionária, ele verificar que não terá tempo suficiente para decidir sobre a matéria antes da extinção da concessão, valendo-se, posteriormente, da prorrogação por interesse público, caso constate a conveniência e oportunidade da medida.

2.5 NÃO REALIZAÇÃO DE PRORROGAÇÃO POR INTERESSE PÚBLICO ANTERIORMENTE

Para que a prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) seja realizada validamente, é preciso, ainda, que a concessão de serviço público não tenha sido prorrogada anteriormente por meras razões de conveniência e oportunidade das partes.

É o que extraímos, dentre outras:

(i) da Lei 9.472/97 (BRASIL, 1997), a qual estabelece, em seu art. 99, que as concessões do serviço público de telecomunicações só poderão ser prorrogadas “uma única vez”;

(ii) da Lei 12.815/13 (BRASIL, 2013), a qual dispõe, em seu art. 57, que a prorrogação dos contratos de arrendamento portuário só terá lugar, se “ainda não realizada”; e

(iii) da Lei 13.448/17 (BRASIL, 2017a), a qual prevê, em seu art. 5.º, § 3.º, que as concessões rodoviárias e ferroviárias poderão ser prorrogadas “uma única vez”, “desde que já não tenham sido prorrogadas anteriormente”.

23 Cf., ainda: Faria (1999, p. 385); Telles (2000, p. 240).

Em verdade, entendemos que o pressuposto sob análise decorre da própria Constituição Federal. Explicamos. Ao tratar do prolongamento do prazo de vigência das concessões de serviço público por meras razões de conveniência e oportunidade das partes, a CRFB/88, art. 175, par. ún., I; e 223, recorreu aos institutos da “prorrogação” e da “renovação”, atribuindo, coerentemente, regimes jurídicos distintos a eles. A possibilidade de prolongamentos sucessivos é uma das características específicas do regime jurídico do instituto da renovação (CRFB/88, art. 223, § 2.º). A nosso sentir, as características específicas do regime jurídico do instituto da renovação não podem ser replicadas nas leis que regulam o instituto da prorrogação por interesse público, sob pena de igualar-se aquilo que o legislador constituinte originário intencionalmente diferenciou. Assim sendo, concluímos, a partir da interpretação sistemática da CRFB/88, art. 175, par. ún., I; e 223, que as concessões dos demais serviços públicos (que não o de radiodifusão) não podem ser prolongadas por períodos sucessivos²⁴.

É claro que poderíamos chegar à mesma conclusão – isto é, à proibição de prorrogações sucessivas – por outro caminho constitucional, mais precisamente, recorrendo ao dogma jurídico da inalienabilidade das competências públicas e aos princípios da isonomia/impessoalidade (CRFB/88, art. 5.º e 37), moralidade/probidade (CRFB/88, art. 37) e eficiência/economicidade (CRFB/88, art. 37 e 70), que vedam a perpetuação de outorgas de serviço público e impõem ao Estado o dever de relimitar, de tempos em tempos, o direito de exploração da atividade econômica consubstanciada no serviço público – isto é, de convidar o mercado a concorrer, mais uma vez, pelo referido direito. Todavia, a nosso sentir, a interpretação sistemática da CRFB/88, art. 175, par. ún., I; e 223, permite reconhecer, com maior concretude, o pressuposto sob exame.

A propósito, a jurisprudência já reconheceu que a prorrogação por interesse público não pode ser realizada de maneira sucessiva. De fato, no REsp 912.402/GO, o STJ decidiu que, conquanto a Lei 8.987/97 não estabeleça “limitação do prazo de prorrogação” das concessões ou permissões do serviço público de “loteria”, tais outorgas não podem ser prorrogadas de maneira “sucessiva”, sem a abertura de novo procedimento licitatório, uma vez que “[a] prorrogação indefinida do contrato é forma de subversão às determinações legais e constitucionais que versam sobre o regime de concessão e permissão para exploração de serviços públicos” (BRASIL, [2007]).

E, no Acórdão 574/06, que tratou da prorrogação sucessiva dos contratos de franquia celebrados entre a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos e as Agências de Correio Franqueadas, o TCU decidiu que era “flagrante a inconstitucionalidade” da Lei 10.577/02 (BRASIL, 2002), que

²⁴ Neste momento, vale a pena fazer uma brevíssima digressão para dizer que, a nosso sentir, a possibilidade de prolongamentos sucessivos das concessões de radiodifusão só foi admitida pelo legislador constituinte de 1988 (que amargara o autoritarismo da ditadura militar) em razão da especial relevância do serviço público de radiodifusão para o exercício da cidadania (CRFB/88, art. 1.º, II). De fato, a radiodifusão é relevante para a cidadania, porque possibilita a transmissão de informações políticas e sociais de interesse geral com penetração social (em número e variedade de público) maior do que qualquer outro meio de comunicação; e a renovação sucessiva é relevante para a radiodifusão, porque, ao estabilizar a outorga, ela possibilita a transmissão livre e veraz dessas informações. Assim sendo, a possibilidade de renovações sucessivas das outorgas de radiodifusão faz parte de um microsistema jurídico de proteção da liberdade de informação, o qual busca evitar que as emissoras de televisão e de rádio que transmitam informações ou manifestem pontos de vista contrários aos interesses dos poderosos em geral sejam afastadas, facilmente, do Setor de Radiodifusão, em prejuízo da sociedade. Cf., ainda: Fagundes (1961, p. 51-53), Marques Neto (2015, p. 225-226), Rodrigues Junior (2005, p. 245-246).

prorrogara “por mais 5 anos” os referidos ajustes, uma vez que: (i) a CRFB/88, art. 21, X, classifica o serviço postal como “serviço público”; (ii) a CRFB/88, art. 175, estabelece que a prestação indireta de serviços públicos pelo Estado far-se-á, “sempre, através de licitação”; e (iii) “[d]e vigência inicialmente prevista para 1998, os contratos foram por diversas vezes prorrogados, até que esta última Lei os elasteceu até 2007, ou 9 anos a mais” (BRASIL, 2006).

Por sua vez, diversos doutrinadores de escol também afirmam que a prorrogação por interesse público pressupõe a não realização de prorrogação por conveniência e oportunidade anteriormente. Com efeito, Clève (2012, p. 13, 21, 30) ensina que “há disposição constitucional expressa admitindo a existência de prorrogação”; mas “o prazo da concessão deve ser, de outra parte, determinado, não sendo admissíveis sucessivas prorrogações, notadamente para evitar que as concessões eternizem-se, perpetuem-se, ensejando burla e fraude ao requisito da prévia licitação”; e acrescenta: “Convém lembrar que, com razão, têm sido objeto de severa crítica doutrinária [...] as concessões outorgadas sem prévia licitação, as concessões que permitem inúmeras prorrogações, as concessões cujas prorrogações são arbitrárias e/ou vinculadas a exigências subjetivas”²⁵.

Nada obstante, é preciso dizer que alguns doutrinadores admitem a prorrogação sucessiva das concessões de serviço público, desde que prevista em lei e no edital de licitação/contrato de concessão. Dentre outros, é o caso de Sundfeld e Câmara (2013, p. 64-65), para quem a Lei de Concessões “foi aberta em relação à prorrogação desses contratos”: “indicou a necessidade de tratar contratualmente o assunto, mas não fez qualquer determinação sobre o conteúdo a ser estabelecido sobre essa matéria”; por isso, “[o]s requisitos para a prorrogação, inclusive o número de vezes em que será admitida, devem ser disciplinados no próprio contrato”; por fim, os autores afirmam que, no “Setor de Radiodifusão”, a própria “Constituição Federal assegura a continuidade do vínculo, autorizando – e, até, incentivando – a prorrogação sucessiva das concessões”.

Sem desprestigiar, de modo algum, tão eminentes administrativistas, nós discordamos, respeitosamente, de seu entendimento. De fato, entendemos, a partir das razões normativas (constitucionais e infraconstitucionais), jurisprudenciais e doutrinárias acima, que, ao contrário da renovação das concessões de radiodifusão, a prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) das demais concessões de serviço público só pode ser realizada uma única vez, vedada, portanto, a possibilidade de prorrogações sucessivas – mesmo que tal possibilidade esteja prevista em lei e no edital de licitação/contrato de concessão (previsões que, a nosso sentir, são inválidas).

Em verdade, parece-nos que a prorrogação sucessiva das concessões de serviço público por razões de conveniência e oportunidade das partes é uma contrafação administrativa real²⁶ de renovação das concessões de radiodifusão, tomada a CRFB/88, art. 223, como parâmetro.

2.6 FIEL CUMPRIMENTO DO CONTRATO PELA CONCESSIONÁRIA

Para que a prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) seja realizada validamente, é preciso, ainda, que a concessionária de serviço público esteja cumprindo, fielmente,

²⁵ Cf., ainda: Barroso (2007, p. 272); Marques Neto (2015, p. 169-170).

²⁶ Martins (2016, p. 117-119, 127-128).

seu contrato de concessão – e, por conseguinte, prestando serviço adequado aos usuários.

É o que extraímos, dentre outras, da Lei 13.448/17 (BRASIL, 2017a), a qual estabelece, em seu art. 6.º, § 2.º, II, que a prorrogação antecipada das concessões do serviço público ferroviário pressupõe a “prestação de serviço de transporte ferroviário adequado” pela concessionária, entendendo-se, como tal, “o cumprimento [...] das metas de produção e de segurança definidas no contrato”²⁷.

Em verdade, parece-nos que o pressuposto sob análise decorre da própria Constituição Federal, a qual estabelece, em seu art. 175, par. ún. I e IV, que a lei disporá sobre a “prorrogação” das concessões de serviço público, sem prejuízo da “obrigação [do Estado] de manter serviço adequado”.

Sobre ponto, a jurisprudência já reconheceu que as concessões de serviço público só podem ser prorrogadas, se a concessionária estiver cumprindo seu contrato de concessão. De fato, no recente Acórdão 1.171/18, que tratou da prorrogação antecipada do contrato de arrendamento portuário celebrado entre a Companhia Docas do Estado de São Paulo (Codesp) e o Grupo Libra, o TCU decidiu que tal prorrogação era “irregular” em razão do histórico de descumprimentos contratuais da arrendatária – a saber: (i) a “Libra não pagou integralmente à Codesp os valores do arrendamento portuário”; e (ii) “a arrendatária nunca atingiu a movimentação projetada para os terminais” (BRASIL, 2018).

Por derradeiro, a doutrina também afirma que a prorrogação por interesse público pressupõe o fiel cumprimento do contrato de concessão pela concessionária. Com efeito, Nascimento (2017, p. 52, 55) leciona que “há de se ter em mente que a simples boa conduta do concessionário não pode ser condição para a prorrogação, mas, sim, em todos os casos, um requisito para definir se vale a pena considerar o prolongamento da relação entre o Concedente e o concessionário”; e acrescenta: “o comportamento pretérito – serviço adequado – é requisito de admissibilidade da prorrogação como opção a ser considerada e deve ser aferido por critérios objetivos indicados no contrato original”²⁸.

2.7 VANTAJOSIDADE DA MEDIDA

Para que a prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) seja realizada validamente, é preciso, ainda, que se verifique uma situação excepcional, caracterizadora da vantajosidade da medida *vis-à-vis* as alternativas da prestação direta do serviço público e da realização de licitação pública para nova outorga da atividade – situação essa avaliada pelo Poder Concedente com base em um juízo de conveniência e oportunidade (discricionariedade administrativa).

É o que extraímos, dentre outras, da Lei 13.448/17 (BRASIL, 2017a), a qual estabelece, em seu art. 8.º, que o Poder Concedente deve demonstrar, por meio de “estudo técnico prévio”, a

27 Cf., ainda: no âmbito federal, Lei 9.472/97 (BRASIL, 1997), art. 99; e, no âmbito estadual, Lei 16.933/19 (SÃO PAULO, 2019), art. 7.º, § 2.º.

28 Cf., ainda: Aragão (2013, p. 554); Azevedo e Alencar (1998, p. 101-102).

“vantagem” da prorrogação das concessões rodoviárias e ferroviárias “em relação à realização de nova licitação para o empreendimento”²⁹.

Em verdade, entendemos que o pressuposto sob análise também decorre da própria Constituição Federal. Explicamos. A CRFB/88, art. 175, par. ún., I, estabelece, expressamente, que a prorrogação das concessões de serviço público possui “caráter especial”. Etimologicamente, a palavra “especial” significa aquilo “que não é geral” (HOUAISS; VILLAR, 2009, p. 814). No contexto da prorrogação por interesse público, isso significa, a nosso sentir, que o prolongamento de prazo tem lugar, apenas e tão somente, diante de situação especial (ou melhor, excepcional), caracterizadora da vantagem da prorrogação *vis-à-vis* às alternativas da prestação direta do serviço público e da realização de licitação pública para nova outorga da atividade ao final da concessão (CRFB/88, art. 175, *caput*).

A propósito, a jurisprudência já reconheceu que a prorrogação por interesse público só pode ser realizada, se for vantajosa para o Poder Concedente. De fato, no Acórdão 2.200/15 (BRASIL, 2015a), que tratou da prorrogação antecipada dos contratos de arrendamento portuário, o TCU decidiu que “a prorrogação [...] demanda a demonstração prévia e inequívoca de que as condições do contrato em vigor permanecem vantajosas para a Administração, quando comparadas com o que se poderia obter no mercado por meio de nova licitação” (BRASIL, 2015b).

Por fim, a doutrina também afirma que a prorrogação por interesse público pressupõe a vantajosidade da medida. Com efeito, Torgal (2011, p. 229-230) ensina que a prorrogação por interesse público só tem lugar, quando, a partir de uma “ponderação”, o Poder Concedente concluir pela “existência [...] de interesse em permitir ao concessionário o exercício dos direitos outorgados pelo contrato por um período adicional”, juízo que só será positivo, quando “se verificar que a actuação pretérita do co-contratante justifica um renovado voto de confiança” e, sobretudo, quando “se estimar que, tudo ponderado, essa solução prossegue, mais cabalmente, o interesse público do que as alternativas de exercício pela Administração das actividades em causa ou de abertura de um procedimento concorrencial visando à escolha de uma nova proposta para o efeito”³⁰.

2.8 CONSENSO ENTRE AS PARTES

Para que a prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) seja realizada validamente, é preciso, ainda, que haja consenso entre Poder Concedente e concessionária.

É o que extraímos, dentre outras, da Lei 9.472/97 (BRASIL, 1997), a qual estabelece, em seu art. 99, que as concessões do serviço público de telecomunicações poderão ser prorrogadas, “desde que a concessionária manifeste expresso interesse na prorrogação”, sendo certo que, nesse caso, a Anatel decidirá sobre a matéria a seu “critério [...] tendo em vista as condições vigentes à época”³¹.

29 Cf., ainda: no âmbito federal, Lei 8.666/93 (BRASIL, 1993), art. 57, II (por analogia); e, no âmbito estadual, Lei 16.933/19 (SÃO PAULO, 2019), art. 7.º.

30 Cf., ainda: Canto e Guzela (2017, p. 212); Garcia (2015, p. 593-594).

31 Cf., ainda: no âmbito federal, Lei 13.448/17 (BRASIL, 2017a), 4.º; e, no âmbito estadual, Lei 16.933/19 (SÃO PAULO, 2019), art. 3.º, I e II; e 4.º, § 1.º.

Não fosse o bastante, é o que colhemos, ainda, da natureza jurídica do instituto sob análise. De fato, na seção 2.4 acima, vimos que a prorrogação por interesse público tem natureza jurídica de negócio bilateral, formando-se, pois, a partir do acordo de vontades entre Poder Concedente e concessionária de serviço público. Assim sendo, ela não pode ser imposta, unilateralmente, pelo Poder Concedente, nem exigida pela concessionária.

Sobre o ponto, a jurisprudência já reconheceu que a prorrogação por interesse público possui caráter bilateral, pressupondo, pois, o consenso entre as partes. Com efeito, no RMS 34.203/DF (BRASIL, 2017c), o STF deixou dito que a “bilateralidade” é uma “característica” da prorrogação por interesse público, pelo que existe, sempre, “a necessidade de manifestação das concessionárias quanto ao interesse de permanecer sob a contratação” (BRASIL, 2018).

Por sua vez, a doutrina também afirma que a prorrogação por interesse público pressupõe consenso entre Poder Concedente e concessionária. Com efeito, Garcia (2015, p. 601-602) leciona que “[p]onto incontestado é que a prorrogação do prazo não é uma daquelas cláusulas exorbitantes que podem ser unilateralmente impostas pela Administração Pública ou, mesmo, no caso de recusa da sociedade empresária contratada, resultar em aplicação de qualquer sanção administrativa”; e acrescenta: “Trata-se de ato bilateral e convencional, que assegura ao contratado o direito de não permanecer no vínculo contratual além daquele prazo originalmente fixado, salvo por expressa vontade própria”³².

Por fim, é preciso dar destaque ao presente pressuposto, porquanto ele também serve para distinguir, de um lado, a prorrogação por interesse público e, de outro, as prorrogações por emergência e por reequilíbrio. De fato, entendemos que, diferentemente da prorrogação por interesse público, as prorrogações por emergência e por reequilíbrio podem ser impostas, unilateralmente, pelo Poder Concedente à concessionária de serviço público: a primeira, com fundamento no princípio da continuidade dos serviços públicos (CRFB/88, art. 175, par. ún., IV); e a segunda, com base no princípio da proporcionalidade (CRFB/88, art. 1.º), na vertente do cumprimento do dever de recompor o equilíbrio econômico-financeiro da concessão do modo menos oneroso para o Poder Concedente³³.

2.9 QUALIFICAÇÃO NO PROGRAMA DE PARCERIAS DE INVESTIMENTOS – PPI

Por derradeiro, especificamente em relação à prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) das concessões rodoviárias e ferroviárias, a Lei 13.448/17 (BRASIL, 2017a), art. 2.º, estabelece que somente poderão ser prorrogados as concessões dessa espécie previamente “qualificados para esse fim no Programa de Parcerias de Investimentos – PPI”.

A propósito, vale ressaltar que o referido programa de governo foi criado pela Medida Provisória 727/16, posteriormente convertida na Lei 13.334/16 (BRASIL, 2016a), com vistas a promover a execução (estruturação e/ou a liberação) de empreendimentos de infraestrutura públicos ou privados considerados prioritários para o País (art. 1.º, 5.º e 21). E que a qualificação (leia-se:

32 Cf., ainda: Cretella Júnior (1996, p. 168); Gonçalves (1999, p. 328).

33 Cf. Reale (1969, p. 65); Torgal (2011, p. 255-256).

a inclusão) de um empreendimento de infraestrutura no PPI é feita por decreto do Presidente da República, ouvido, previamente, o Conselho do PPI (art. 4.º, II c.c 7.º, I).

Apresentados os pressupostos da prorrogação por interesse público, vejamos, agora, as principais conclusões deste artigo.

CONCLUSÃO

Ao fim deste artigo, expomos, resumidamente, nossas principais conclusões:

(i) em nível constitucional, o fundamento do instituto da prorrogação das concessões de serviço público reside na CRFB/88, art. 175, par. ún., I; e, em nível infraconstitucional, em diversas leis e regulamentos;

(ii) a prorrogação das concessões de serviço público – isto é, o prolongamento de seu prazo de vigência – pode ser classificada, basicamente, em três espécies; a saber: (a) a prorrogação por emergência; (b) a prorrogação por reequilíbrio; e (c) a prorrogação por interesse público;

(iii) prorrogação por interesse público é aquela realizada por razões de conveniência e oportunidade das partes, desde que os pressupostos de validade da medida estejam presentes e a concessionária aceite determinadas condições (ou contrapartidas) propostas pelo Poder Concedente, caracterizadoras da vantagem da prorrogação *vis-à-vis* as alternativas da prestação direta do serviço público e da realização de licitação pública para nova outorga da atividade;

(iv) as subespécies de prorrogação por interesse público são: (a) a prorrogação comum; e (b) a prorrogação antecipada;

(v) prorrogação comum é aquela realizada ao final da concessão; e prorrogação antecipada, aquela realizada antes do final da concessão, respeitado, porém, o limite máximo de antecipação previsto em lei ou, subsidiariamente, no próprio ato de outorga;

(vi) dado o caráter excepcional do instituto da prorrogação, a prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) está sujeita a rígidos pressupostos de validade, ou seja, circunstâncias sem as quais ela não pode ser realizada validamente; e

(vii) com base nas razões normativas, jurisprudenciais e doutrinárias apresentadas, os pressupostos de validade da prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) são: (a) previsão em lei; (b) outorga precedida de licitação; (c) previsão no edital de licitação; (d) concessão em vigor; (e) não realização de prorrogação por interesse público anteriormente; (f) fiel cumprimento do contrato pela concessionária; (g) vantajosidade da medida; (h) consenso entre as partes; e, exclusivamente para a prorrogação das concessões rodoviárias e ferroviárias, (i) qualificação no PPI.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Concessão de serviço público: novas tendências**. São Paulo: QuartierLatin, 2012.

AMORIM, João Pacheco de. O princípio da temporalidade dos contratos públicos: considerações sobre a duração máxima dos contratos e respetiva prorrogabilidade dentro e para lá desse limite temporal. *In*: GONÇALVES, Pedro Costa (org.). **Estudos de contratação pública**. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. v. 4, p. 19-77.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALENCAR, Maria Lúcia Mazzei de. **Concessão de serviços públicos: comentários às Leis 8.987 e 9.074 (Parte Geral), com as modificações introduzidas pela Lei 9.648, de 27.5.98**. São Paulo: Malheiros, 1998.

BARCELLOS, Ana Paula de. A gestão do tempo pela regulação: parâmetros constitucionais para a prorrogação de prazos e alguns casos concretos. *In*: PEREIRA, Caio Mario da Silva; PINHEIRO, Luis Felipe Valerim. **Direito da Infraestrutura**. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 2. p. 173-213.

BARROSO, Luís Roberto. Alteração dos contratos de concessão rodoviária. *In*: OLIVEIRA, Farlei M. Riccio de (coord.). **Direito Administrativo Brasil – Argentina: estudos em homenagem a Agustín Gordillo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 245-280.

BEZDOS, Clovis. Concessão de serviço público, prorrogação, vícios do edital de licitação. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 24, n. 97, p. 263-271, 1991.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Resolução n.º 3.220, de 8 de janeiro de 2014. Aprova a norma que estabelece procedimentos para a elaboração de projetos de arrendamentos e recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de arrendamento de áreas e instalações portuárias nos portos organizados. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 6, 9 jan. 2014. Disponível em: 3220-14 – ANTAQ JURIS. Acesso em: 21 out. 2022.

BRASIL. Decreto n.º 7.624, de 22 de novembro de 2011. Dispõe sobre as condições de exploração pela iniciativa privada da infraestrutura aeroportuária, por meio de concessão. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 5, 23 nov. 2011. Disponível em: Decreto n.º 7624 (planalto.gov.br). Acesso em: 21 out. 2022.

BRASIL. Lei n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 6, 30 dez. 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm. Acesso em: 2 ago. 2022.

BRASIL. Lei n.º 12.815, de 5 de junho de 2013. Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela

União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários; altera as Leis nºs 5.025, de 10 de junho de 1966, 10.233, de 5 de junho de 2001, 10.683, de 28 de maio de 2003, 9.719, de 27 de novembro de 1998, e 8.213, de 24 de julho de 1991; revoga as Leis nºs 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, e 11.610, de 12 de dezembro de 2007, e dispositivos das Leis nºs 11.314, de 3 de julho de 2006, e 11.518, de 5 de setembro de 2007; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 5 jun. 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112815.htm. Acesso em: 2 ago. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1917, 13 fev.1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987compilada.htm. Acesso em: 2 ago. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 15081, 16 jul. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19472.htm. Acesso em: 2 ago. 2022.

BRASIL. Lei estadual nº 16.933, de 24 de janeiro de 2019. Estabelece as diretrizes gerais para a prorrogação e relicitação dos contratos de parceria e dá providências correlatas. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**: Volume 129, Número 18, Seção 1 – Poder Executivo, São Paulo, SP, 25 jan. 2019. Disponível em: Lei nº 16.933, de 24 de janeiro de 2019 - Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Acesso em: 21 out. 2022.

BRASIL. Ministério da Administração e Reforma do Estado. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 8269, 21 jul. 1993. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=8666&ano=1993&ato=beaEzYU5ENFpWTd78>. Acesso em: 2 ago. 2022.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016. Cria o Programa de Parcerias de Investimentos - PPI; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 153, n. 176-A, p. 1, 13 set. 2016a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113334.htm. Acesso em: 2 ago. 2022.

BRASIL. Ministério das Comunicações. Lei nº 10.577, de 27 de novembro de 2002. Prorroga o prazo constante do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, acrescentado pelo art. 3º da Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 27 maio 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110577.htm. Acesso em: 2 ago. 2022.

BRASIL. Ministério dos Transportes. Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017. Estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da

administração pública federal, e altera a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 154, n. 107, p. 1, 5 jun. 2017a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113448.htm. Acesso em: 2 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 481.094 - RJ (2014/0042986-1)**. Recurso especial do departamento de transportes rodoviários do estado do rio de janeiro - detro-rj. Processual civil. Administrativo. Transporte público coletivo. Permissão. Ausência de licitação. Nulidade. Princípio da continuidade do serviço público [...]. Agravante: Linave Transportes LTDA. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, [2014]. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/C?seq=35273953&tipo=91&nreg=201400429861&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20140521&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 2 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 912.402 - GO (2007/0002453-5)**. Civil, processual e administrativo. Concessão de serviços públicos. Loteria. Prorrogação do contrato sem licitação. Impossibilidade [...]. Recorrente: Gerplan Gerenciamento e Planejamento Ltda. Recorrido: Ministério Público Do Estado De Goiás e Estado De Goiás. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, [2007]. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/C?seq=5621759&tipo=91&nreg=200700024535&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20090819&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 2 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Ag.Reg. Nos Emb. Decl. No recurso extraordinário com agravo 869.007 Distrito Federal**. Agravo regimental nos embargos de declaração no recurso extraordinário com agravo. Direito Administrativo. Prequestionamento. Ausência. Indeferimento de diligência probatória. Inexistência de repercussão geral. Concessão de transporte público. Prorrogação do contrato sem licitação. Impossibilidade. Precedentes. Agravante: Viação Paraíso Ltda. Agravados: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Dias Toffoli, 05 de maio de 2017b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12955430>. Acesso em 2 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Recurso Ord. em mandado de segurança 34.203 Distrito Federal**. Recurso ordinário em mandado de segurança. Contrato de concessão de usina hidrelétrica. Prorrogação contratual. Cláusula de natureza discricionária. Ausência de direito líquido e certo. Denegação da segurança pelo STJ. Manutenção da decisão recorrida. Recurso ordinário não provido. Recorrente: Cemig Geracao e Transmissao S. A. Recorrido: União. Relator: Min. Dias Toffoli, 21 de novembro de de 2017c. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14526265>. Acesso em: 2 ago. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1.171/18**. Representação de unidade técnica. Irregularidades na prorrogação antecipada de contrato de concessão portuária. Oitivas. Descumprimento de exigências. Determinação no sentido de limitar a vigência do aditivo de prorrogação. Determinação para que se realize nova licitação. Formação de apartado para apuração de responsabilidades. Recomendação. Ciência. Recorrente: Maurício Quintella Malta Lessa, José Alex Botelho de Oliva e Mário Povia. Relatora: Ministra Ana Arraes, 23 de maio de 2018. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/%253A1171%2520ANOACORDAO%253A2018%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=49474b90-de06-11e9-af7d-799ced588129. Acesso em: 2 ago. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2.200/15**. Acompanhamento dos procedimentos para prorrogação antecipada de contratos de concessões portuárias. Constitucionalidade do instituto e legalidade dos instrumentos de normatização. Fragilidades no processo de análise. Obrigatoriedade de instituição de mecanismos de garantia da realização dos investimentos. Necessidade de aprimoramento e sistematização das metodologias de avaliação dos estudos de viabilidade e dos projetos executivos. Medidas para definição de parâmetros de eficiência ao longo do novo prazo de concessão e individualização das informações contábeis de cada arrendamento. Determinações corretivas. Recomendações de aperfeiçoamento. Ciência. Arquivamento. Recorrente: Mário Povia e Edson Edinho Coelho Araújo. Relatora: Ministra Ana Arraes, 2 de setembro de 2015a. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2200%2520ANOACORDAO%253A2015/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uid=3afa5850-afb4-11e9-994d-fd70d475765f. Acesso em: 2 ago. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2.253/15**. Monitoramento. Item 9.3.2 do acórdão 1.836/2013-plenário. Prorrogação das concessões de distribuição de energia elétrica que vencem até 2017. Ações adotadas pelo poder público. Recomendações. Demoras no atendimento a determinações do tribunal. Constituição de apartado para apuração de responsabilidades Recorrente: Tribunal de Contas da União. Relator: Ministro José Múcio Monteiro, 9 de setembro de 2015b. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/O%253A2253%2520ANOACORDAO%253A2015%2520RELATOR%253A%2522JOS%25C3%2589%2520MUCIO%2520MONTEIRO%2522%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%-25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uid=4d054560-8a3d-11e. Acesso em: 2 ago. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 574/06**. Representação. Eventual descumprimento de Decisão 601/94 - Plenário em face da IN 1/2002 da Subsecretaria de Serviços Postais do Ministério das Comunicações. Diligências efetuadas junto à ECT e à SSP/MC. Não comprovação da hipótese de descumprimento. Apreciação da constitucionalidade da Lei 10.577/2002, que acarretou prorrogação dos contratos das agências de correios franqueadas. Considerações sobre a gênese do controle da constitucionalidade e a competência atribuída pelo Direito Sumular do STF à Corte de Contas para negar aplicação à norma inconstitucional. Conhecimento. Procedência parcial. Inconstitucionalidade do art. 1º da referida lei. Representação à Procuradoria-Geral da República a fim de se avaliar a conveniência de ser proposta, perante o Supremo Tribunal Federal, ação direta de inconstitucionalidade. Determinações. Comunicações. Arquivamento. Recorrente: Ministério Público junto ao TCU. Relator: Ministro Lincoln Magalhães da Rocha, 19 de abril de 2006. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A574%2520ANOACORDAO%253A2006/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uid=c845a050-dfbd-11e9-95f1-d3be58ccd055. Acesso em: 2 ago. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 774/16**. Consulta formulada pelo titular da secretaria de portos da presidência da república - sep/pr. Dúvidas sobre: 1) como avaliar o impacto da nova equação econômico-financeira que se instala após a consolidação dos contratos de arrendamento portuário sobre o prazo da avença unificada, considerando que as respectivas vigências, em geral, se esgotarão em momentos diferentes; 2) limitações para a utilização da extensão do prazo de vigência de contratos de arrendamento portuário para fins de recomposição

do equilíbrio econômico financeiro. Conhecimento. Resposta ao consulente. Recorrente: secretaria de portos. Relator: ministro walton alencar rodrigues, 6 de abril de 2016b. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/%253A774%2520A%2520NOACORDAO%253A2016%2520RELATOR%253A%2522WALTON%2520ALENCAR%2520RODRIGUES%2522%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuiid=ed4b0ba0-8a3c-11e9-910. Acesso em: 2 ago. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (3. Região). **Apelação/Reexame Necessário nº 0000274-24.2004.4.03.6104/SP**. Direito constitucional. Direito administrativo. Direito processual civil. Mandado de segurança. Pedido de reforma da sentença em sede de contrarrazões, impossibilidade. Continência, litispendência e fato superveniente. Não ocorrência. Nulidade e ineficácia de edital de leilão afastada. Contrato de permissão para prestação de serviços públicos de movimentação e armazenagem de mercadorias em estação aduaneira interior. Prorrogação de prazo de vigência. Art. 1º, lei 9.074/1995. § 2º inserido pelo artigo 26 da lei 10.684/2003. Prorrogação. Impossibilidade. Apelante: Armazéns Gerais Colômbia S/A. Apelado: União Federal. Relator: Juiz Federal Valdeci dos Santos, 7 de julho de 2010. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/697528>. Acesso em: 2 ago. 2022.

CÂMARA, Jacintho Arruda. O prazo nos contratos públicos. *In*: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di (coord.). **Tratado de Direito Administrativo**: licitação e contratos administrativos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 6, p. 339-353.

CANTO, Mariana Dall’Agnol; GUZELA, Rafaella Peçanha. Prorrogações contratuais em contratos de concessão. *In*: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**: a lógica das concessões e parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 207-221.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Lei municipal que regula a concessão do serviço público de transporte coletivo e exigência constitucional de prévia licitação pública. **Revista dos Tribunais online**, São Paulo, v. 2, p. 239-288, 2012. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/t?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000016d4a81a378b91bfb8d&docguid=Icd5752d0e82d11e1b70f010000000000&hitguid=Icd5752d0e82d11e1b70f010000000000&spos=1&epos=1&td=70&context=5&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1#noteDTR.2012.450427-n36>. Acesso em: 19 set. 2019.

CRETELLA JÚNIOR, José. Direito da concessionária à continuação do desempenho do serviço público. *In*: CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito Administrativo perante os tribunais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996. v. 2, cap. 9.

DALLARI, Adilson Abreu. Transporte coletivo: concessão de serviço público: impossibilidade de prorrogação. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 88, p. 79-88, 1988.

FAGUNDES, Miguel Seabra. O regime legal do rádio e da televisão em face da Constituição Federal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 65, p. 49-63, 1961.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de Direito Administrativo positivo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho. O prazo como elemento da economia contratual das concessões: as espécies de “prorrogação”. *In*: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**: a lógica das concessões e parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 283-300.

GARCIA, Flavio Amaral. As parcerias público-privadas: prazo e prorrogação. *In*: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). **Parcerias público-privadas**: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 579-608.

GONÇALVES, Pedro. **A concessão de serviços públicos**: uma aplicação da técnica concessória. Coimbra: Almedina, 1999.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel; GAGGIANO, Heloísa Conrado. O que mudou no direito das concessões com a aprovação da MP n. 752: perguntas e respostas. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 15, n. 58, p. 9-22, 2017.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss de língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

JÈZE, Gaston. **Principios generales del Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Depalma, 1950. v. 6.

JUSTEN FILHO, Marçal. A ampliação do prazo contratual em concessões de serviço público. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, São Paulo, v. 4, n. 23, p. 109-135, 2016.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria das contrafações administrativas. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 16, n. 64, p. 115-148, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. Concessão de serviço público: prorrogação. *In*: MEIRELLES, Hely Lopes. **Estudos e pareceres de Direito Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. v. 6, p. 405-414.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**: de acordo com as Leis 8.666, de 21.6.1993, 8.883, de 8.6.1994, e 9.648, de 27.5.1998. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Consulta da Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias – ABCR. *In*: CARVALHO, André Castro (org.). **Contratos de concessão de rodovias**: artigos, decisões e pareceres jurídicos. São Paulo: MP, 2009. p. 51-65.

MELLO, Rafael Munhoz de. Prorrogação de concessão de serviço público. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 12, n. 46, p. 207-222, 2014.

MORAIS, Antão de. Serviço telefônico, expiração do prazo da concessão, fixação, fiscalização e revisão de tarifas, taxa de expansão do serviço. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 49, p. 445-464, 1957.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. **A nova regulação portuária**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

NASCIMENTO, Carlos Fernando do. A prorrogação de contratos de concessão de infraestruturas de transporte terrestre em uma visão luso-brasileira. 2017. Artigo científico apresentado como requisito para aprovação na Disciplina Direito Administrativo da Universidade de Lisboa.

REALE, Miguel. Mutabilidade dos contratos administrativos. *In*: REALE, Miguel. **Direito Administrativo: estudos e pareceres**. Rio de Janeiro: Forense. 1969. p. 45-66.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1996.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Da renovação das concessões e permissões de serviços de radiodifusão em face do arquivamento por órgão camerário do Congresso Nacional. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 6, n. 22, p. 241-249, 2005.

SAADI, Mário; SANTOS NETO, Raul Dias dos. Prorrogação antecipada de prazo de contratos de concessão. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, São Paulo, v. 4, n. 27, p. 79-107, 2016.

SÃO PAULO. Lei nº 16.933, de 24 de janeiro de 2019. Estabelece as diretrizes gerais para a prorrogação e relicitação dos contratos de parceria e dá providências correlatas. **Diário Oficial Estado de São Paulo**: seção 1, São Paulo, SP, v. 129, n. 18, p. 1, 25 jan. 2019. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2019/lei-16933-24.01.2019.html>. Acesso em: 2 ago. 2022.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Concessão de serviço público: a prorrogação do prazo de exploração para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre, v. 8, n. 38, p. 85-111, 2006.

SCHWIND, Rafael Wallbach. Prorrogação dos contratos de arrendamento portuário. *In*: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (org.). **Direito portuário brasileiro: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem**. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 494-518.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Uma crítica à tendência de uniformizar com princípios o regime dos contratos públicos. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 11, n. 41, p. 57-72, 2013.

TELLES, Antonio A. Queiroz. **Introdução ao direito administrativo**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TORGAL, Lino. Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos. **Revista de Contratos Públicos**, Coimbra, n. 1, p. 219-263, 2011.

Como citar: SANGUINÉ, Odone; GUIMARÃES, Felipe Montenegro Viviani. Dos pressupostos de validade para a prorrogação por interesse público das concessões de serviço público. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 2, p. 47-71, out. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n2p.47. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 02/10/2019

Aprovado em: 31/05/2020

APLICAÇÃO DO ACORDO DE ESCAZÚ À GESTÃO DO REGIME LEGAL DE BIOMASSA NO BRASIL

APPLICATION OF THE ESCAZÚ AGREEMENT TO THE MANAGEMENT OF THE BIOMASS LEGAL FRAMEWORK IN BRAZIL

Marcelo Kokke*

Como citar: KOKKE, Marcelo. Aplicação do acordo de Escazú à gestão do regime legal de biomassa no Brasil. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 2, p. 72-88, out. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n2p.72. ISSN: 1980-511X

Resumo: O presente artigo propõe abordagem dos direitos instrumentais ambientais a partir do Acordo de Escazú. Sustenta-se que o Tratado Internacional propicia uma nova formulação do direito ao acesso à informação ambiental. O direito à informação assume o papel de subsidiar Estado, mercado e sociedade para a definição de alternativas e tomadas de decisão no quadro de demandas energéticas. Nesse pano de fundo, cabe ao Estado e aos agentes de mercado elaborarem bases de dados e elementos para ampliação do conhecimento e potencialidades de energias sustentáveis, em especial, da biomassa. O potencial de biomassa é subutilizado no Brasil. A ampliação do uso de biomassa depende do acesso à informação como via para construção de alternativas socioeconômicas sustentáveis para produção de energia. A partir do método crítico-propositivo, o artigo sustenta o Acordo de Escazú como uma via de promoção da biomassa como energia sustentável e superação de déficits operacionais de seu regime jurídico.

Palavras-chave: acordo de Escazú; biomassa; direito à informação ambiental; sustentabilidade.

Abstract: This article proposes an approach about environmental instrumental rights in accordance with the Escazú Agreement. It is sustained that the international agreement provides a new approach of environmental information access law. The information law assumes the function of to subsidize the government, market and society in order to definite alternatives and decisions make into the energy demands framework. In this background, it's task of government and market agents to elaborate databases and elements in favor of to enlarge knowledges and potentialities of sustainable energies, in special, of biomass energy. The biomass

*Pós-Doutor em Direito Público - Ambiental pela Universidade de Santiago de Compostela – ES. Mestre e Doutor em Direito pela PUC-Rio. Especialista em processo constitucional. Pós-graduado em Ecologia e Monitoramento Ambiental. Procurador Federal da Advocacia-Geral da União. Professor do Doutorado, Mestrado e Graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara. Professor colaborador da Escola da Advocacia-Geral da União. Membro da Associação dos Professores de Direito Ambiental do Brasil.
E-mail: marcelokokke@yahoo.com.br

energy potentiality is underused in Brazil. The enlargement of biomass energy use depends of information access as a way to construct sustainable social-economics alternatives for energy production. From critical propositive method, the article sustain that Escazú Agreement is a way to promote biomass as sustainable energy andin favor of overcoming of operational deficits in its legal framework.

Keywords: Escazú agreement; biomass; environmental information law; sustainability.

INTRODUÇÃO

A geração de energia sempre irá produzir impactos sobre o meio ambiente. Seja a energia solar, seja a energia fóssil, toda captação ou geração, transmissão e uso de energia implica potenciais efeitos negativos ao meio ambiente. Esse ponto de partida é relevante para se compreender as conflituosidades e confrontações que podem surgir entre opções energéticas e tutela dos bens ambientais, com o conseqüente avaliar de populações e ecossistemas atingidos. A identificação dos limites, possibilidades e viabilidades econômica e ambiental de adoção de fontes de energia para suprir as necessidades humanas está atrelada ao sentido, profusão e manejo das informações ambientais.

As implicações das informações ambientais nas escolhas e decisões sociais quanto a fontes energéticas requerem a articulação de instrumentos jurídicos e sociais, tanto no plano internacional quanto no plano do direito interno. O balizamento de viabilidades ambientais e atendimento a necessidades econômico-sociais exige níveis de ponderação que passam pela clareza e conhecimento de impactos dos empreendimentos e fontes geradoras de energia. E o alcance desses objetivos somente pode ocorrer por meio do acesso qualificado da informação.

O presente artigo propõe abordar o direito à informação sob a vertente estruturada pelo Acordo de Escazú, assim, proporcionar enfoque das obrigações ambientais procedimentais na gestão de fontes de energia sustentável. O tema é posto em um recorte específico. O artigo avalia a política nacional energética calcada na biomassa e correlaciona seus impactos sociais às obrigações ambientais substantivas e às obrigações ambientais procedimentais. Isso permite levantar aspectos próprios relativos à aplicação do direito à informação e, em especial, à aplicação do Acordo de Escazú nas confrontações ligadas à política energética.

A partir da aplicação do método crítico-propositivo, propõe-se identificar pilares e fatores ligados à sustentabilidade e gestão de impactos do regime energético de biomassa. O problema articulado consiste em mapear os cenários de dificuldade na implementação e desenvolvimento do modelo energético de biomassa em razão do desenvolvimento ainda restrito de acesso à informação quanto ao regime jurídico que envolve esse tipo de fonte energética sustentável. O método permite proceder a críticas e afirmações voltadas para identificar os níveis de informação ambiental necessários à construção da sustentabilidade em matéria de geração de energia sustentável através da biomassa.

Almeja-se, a partir do desenvolvimento, situar o direito à informação, a partir do Acordo de Escazú, como base angular para solidez do modelo energético de biomassa no Brasil. O objetivo estabelecido é contextualizar o direito à informação a partir do marco regulatório de Escazú para assim confrontar vertentes de sustentabilidade e críticas às bases legais e aplicadas do modelo energético de biomassa. A gestão do regime jurídico regulador da biomassa deve combinar intrinsecamente elementos técnicos, jurídicos e de legitimidade, a partir dos quais lhe será possível se apresentar como via apta a atender necessidades sociais, econômicas e ambientais.

1 ESCAZÚ E O ACESSO À INFORMAÇÃO AMBIENTAL ÀS ALTERNATIVAS ENERGÉTICAS

A disponibilização e o acesso à informação ambiental alcançaram patamar e relevo próprios, com significativa concretização de efeitos normativos, a partir do Acordo Regional sobre Acesso à Informação, Participação Pública e Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais na América Latina e no Caribe, conhecido como Acordo de Escazú. O Acordo de Escazú foi celebrado no dia 4 de agosto de 2018, na Costa Rica, tendo sido subscrito pelo Brasil (NAÇÕES UNIDAS, 2018), e se propõe a referenciar as bases de aplicação do direito à informação em matéria ambiental.

O Acordo se apoia na Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável e visa concretizar as disposições da Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (Rio + 20). A Agenda 2030 estabelece Objetivos de Desenvolvimento Sustentável como parâmetros econômicos, sociais e ecológicos de empreendimentos e atividades antrópicos e de arranjos institucionais, antenados em propostas de transformação e voltadas para implementação e eficácia de novas matrizes de desenvolvimento. Combinam-se aqui, parâmetros referenciais com metas específicas e mecanismos de avaliação e acompanhamento (GARCIA; GARCIA, 2016, p. 201).

O ponto central de Escazú é formular bases concretas para desempenho e afirmação do direito ao acesso à informação ambiental, que possui seu lastro normativo ambiental no Princípio 10 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992. O Princípio sustenta que a melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar o acesso à informação e participação dos interessados nas atividades econômico-sociais que produzam efeitos sobre bens ecológicos e impactem o modo de viver das coletividades.

O princípio reflete ainda contornos de compartilhamento de dados, elementos, impactos e perspectivas de implicação tanto de empreendimentos quanto de necessidades sociais e econômicas, e desta forma possibilita efetiva participação e formação de convencimento racional na sociedade. Mas não basta prever abstratamente o acesso à informação como um postulado ambiental, é necessário delimitar mecanismos e bases de implementação do princípio, assim como seu papel na concretização de deliberações ecológicas. Essa compreensão propicia expansão e densificação da força impositiva do princípio da informação e da participação, fator que alicerça um direito subjetivo público ao conhecimento das possibilidades de fontes energéticas e de seu valor de sustentabilidade.

O artigo 2 do Acordo de Escazú articula o direito à informação com o direito de acesso, definindo ambos em seus itens 'a' e 'c'. O direito de acesso à informação ambiental é identificado como direito de participação pública no processo de tomada de decisão e definição de políticas estatais que afetem o meio ambiente. O acesso à informação não implica apenas uma expressão do impacto de empreendimentos e atividades, mas também de alternativas energéticas e impactos positivos e negativos de sua produção e uso na sociedade.

Análises de sustentabilidade passam, portanto, por avaliações de fontes energéticas, principalmente, por avaliações quanto aos potenciais e aos fatores de impacto na geração de

energia de fontes renováveis. A informação ambiental é primado para escolhas sustentáveis nas vias energéticas e na dimensão dos impactos ambientais projetados pelas atividades antrópicas. As escolhas ambientais de fontes energéticas sustentáveis, e primordialmente renováveis, demandam aproximação social e econômica da sociedade em face das opções tecnológicas e de recursos naturais disponíveis.

As decisões de gestão de matrizes de energia estão investidas de planejamento, fator que exige a pesquisa e difusão dos impactos, positivos e negativos, que são produzidos pelas escolhas sociais de geração de energia para atendimento às necessidades sociais e econômicas postas em planejamento (VELOSO, 2014). Nesse contexto, a opção energética se implica em uma gestão de alternativas postas em informação e acesso ambiental, de modo que “a conscientização ambiental baseada na ética ambiental coletiva terá de ser construída no seio da sociedade, com a participação de todos, para que consiga atingir seu grau máximo de eficácia” (GALLI, 2008, p. 178).

O Acordo de Escazú dota a informação e o direito de acesso com atributos instrumentais, mas conectados diretamente ao exercício da sustentabilidade. A informação assume teor amplo, a compreender qualquer informação escrita, visual, sonora, eletrônica ou registrada em qualquer formato, seja relativa aos recursos naturais, seja ao meio ambiente como ecossistema ou a seus atributos, aos fatores de implicação negativa e positiva de empreendimentos e atividades, assim como ao respectivo risco que projetam.

A disponibilização e o acesso à informação quanto a fontes energéticas sustentáveis, dissuadindo falsas impressões e expondo alternativas socioeconômicas e socioambientais que ponderem efeitos amplos nas escalas de geração e de consumo passam a ser reconhecidas como um direito público subjetivo. A gestão dos recursos naturais acarreta também uma ímpar consequência. Os Estados que integram Escazú devem reforçar uma interligação entre os contextos energéticos próprios de seus repertórios de recursos naturais para com o fomento de bases decisórias quanto a essas opções. Em outros termos, Escazú prescreve a capacitação social e econômica para escolhas energéticas sustentáveis em face das alternativas existentes.

O Acordo propõe antes de tudo a conexão entre o direito de acesso e o exercício racional prático em face dos dados e informações de impacto ambiental. Coligam-se fatores instrumentais de compreensão social e de gestão ambiental para com a sustentabilidade, tendo como pano de fundo o contexto socioambiental e tecnológico existente. Justamente no contexto da sustentabilidade, vem a se projetar uma obrigação procedimental de construção de informações e gestão de acesso a alternativas energéticas renováveis. O programa normativo amparado pelo Acordo promove em si o dever público e privado de revelação e desenvolvimento de canais que possibilitem o avanço de fontes energéticas limpas ou de baixo impacto.

A perspectiva de obrigação procedimental está presente em deliberação da Corte Interamericana, na Opinião Consultiva n. 23/2017. A Corte fala em obrigações de procedimento, no sentido de que “existe un grupo de obligaciones que, en materia ambiental, se identifican como de procedimiento, en la medida en que respaldan una mejor formulación de las políticas ambientales” (CIDH, 2017, p. 85). A obrigação procedimental para gestão dos recursos naturais de

biomassa como fonte energética se traduz em implicação direta nos arranjos institucionais estatais e do próprio mercado de modo a favorecer essa modalidade de energia renovável, assim como no fomento de dados e referências quanto aos seus impactos.

É no contexto do direito de acesso e na instrumentalização prática da sustentabilidade que se situam energia de biomassa e suas potencialidades, em seu teor de alternativa energética renovável e de baixo impacto em face das opções social e economicamente existentes (LEFF, 2009, p. 360). Garantir o acesso à informação ambiental implica gestão de oportunidades e impactos que capacite os agentes sociais e de mercado a compreenderem o potencial que os níveis de recursos naturais existentes podem produzir de energia a partir de fonte renovável. A gestão da informação de impacto ambiental energético se materializa como dever jurídico de comprometimento direto a práticas sustentáveis.

As matrizes de fontes energéticas deixam de ser uma opção fechada, cabendo a exposição pública de suas razões de seleção no quadro econômico. Há uma conjuntura de justificação e expressão viabilizadora a partir do quadro instrumental de acesso a tecnologias de geração limpa de energia. É no quadro em questão que se situa a análise da informação ambiental relativa à energia que pode ser produzida a partir da biomassa. O direito ao acesso à informação ambiental implica a necessidade de levar-se ao conhecimento social e a mecanismos de impulso e sustentação o uso de fontes de energia que sejam sustentáveis e alinhadas às potencialidades territoriais de cada região ou país. Articulam-se em combinação a produção técnica e científica de dados e registros com a participação social e o acesso de informações nas deliberações quanto às matrizes energéticas a serem adotadas em contextos socioeconômicos definidos.

O direito de acesso e a informação propriamente dita são repelidas pelo Acordo de Escazú como fatores de função contemplativa, nos quais se situe a sociedade, o Estado e os agentes de mercado como espectadores ou meros ouvintes. A informação e o acesso de dados devem se acompanhar de uma conjuntura de mecanismos que propicie a conversão da informação em bases operacionais para a concretização de usos e produções energéticas em sustentabilidade.

O direito de acesso à informação afetará encargos estatais e mesmo privados para levar-se ao conhecimento social as alternativas de geração energética dentro das possibilidades do território e insumos existentes (LIMMER, 2015). No caso brasileiro, o alto potencial de energia a ser produzida por meio da biomassa implica um direito subjetivo público a políticas estatais voltadas ao seu incentivo de mercado na geração, produção e consumo, manejando instrumentos para mitigação dos efeitos negativos e gerindo os reflexos econômico-sociais pertinentes à matriz energética. Se as implicações de Escazú sobre o setor de energia possuem ponto de partida nos patamares decisórios sobre o modelo de fonte energética, para que se exercite a deliberação decisória, é necessário dar conhecimento e subsídios para manifestação das escolhas.

O Acordo de Escazú vincula o efetivo desenvolvimento sustentável com a interiorização de processos discursivos e deliberativos que se fazem dependentes do ciclo da informação de impacto ambiental. O acesso à informação ambiental não pode se converter em um mecanismo simbólico de legitimação, pelo inverso, é ele semente produtiva de caminhos acolhidos democraticamente em

favor de uma pauta ética intergeracional (KOKKE, 2019, p. 114-115). Em decorrência, o cenário de recursos naturais do Brasil implica uma obrigação estatal de construir alicerces para que a sociedade e os agentes de mercado tomem pleno conhecimento das possibilidades e potencialidades de geração de energia a partir da biomassa.

2 A INFORMAÇÃO COMO FONTE DE AMPLIAÇÃO DO POTENCIAL ENERGÉTICO DA BIOMASSA

Em todo âmbito de discussão acerca das fontes de energia há um dilema que se reproduz. De um lado, aspectos ecológicos e sociais, a versar sobre impactos positivos e negativos sobre o meio ambiente, possibilidade de redução de fontes poluidoras, efeitos sociais e econômicos em relação às populações afetadas. De outro, figuram a população como um todo, as demandas de mercado e anseios de crescimento econômico de forma ampla, estes últimos a reclamar elevação no fornecimento e na geração de energia. Não é diferente em relação à biomassa, que é principalmente utilizada para produção de energia elétrica, térmica e combustíveis específicos.

O ponto peculiar em relação à biomassa é o déficit de informação e conhecimento socialmente difundidos acerca de sua possibilidade e configuração como alternativa de desenvolvimento sustentável. Esse déficit compromete o efetivo alcance de concretizações ambientais para viabilização de usos de energia renovável e de baixo impacto. As reformulações de sentido e obrigação de direito de acesso e informação previstas no Acordo de Escazú podem viabilizar a superação desse déficit e viabilizar a tematização social e econômica ampla sobre as potencialidades dessa fonte energética.

A relevância do Acordo de Escazú para este debate não está em si na decisão, mas nas falhas de suporte de conhecimento e informação para formação do juízo deliberativo. Não há como se ponderar argumentos de um lado ou outro nas definições de fontes energéticas e suas aplicações socioambientais e econômicas se não há informação, se não há conhecimento armazenado e em fontes de difusão claras em seu acesso. As disposições de Escazú são essencialmente relevantes para se afirmar um imperativo dever do Estado, dos agentes de mercado e da sociedade como um todo na produção e divulgação do valor da biomassa como fonte sustentável de energia.

O substrato devidamente amparado em informações amplas para a tomada de decisão quanto às fontes energéticas deve ser garantido, fator que aproxima Escazú da Convenção de Aarhus (GUERRA; PAROLA, 2019). A informação erige-se elementar na avaliação dos impactos das ações antrópicas, é tonificada como verdadeiro direito fundamental atrelado à promoção da tutela ambiental (FERREIRA; RIBEIRO, 2018, p. 86). Promover o conhecimento e a informação do marco legal de regulação da energia de biomassa proporciona combater o déficit de uso de energias renováveis e permite um caminho efetivo de sustentabilidade a ser trilhado socialmente.

A biomassa passa inclusive por desconhecimento quanto ao seu caráter renovável. A queima de combustível de biomassa ainda é confundida com a queima de combustível fóssil pelo

simples fator externo em que se apresentam os processos de combustão, sem levar em conta a origem dos insumos. Sob esse teor, a adotar mecanismos de explicitação informativa à coletividade, a Diretiva Europeia 2001/77 fora expressa em seu artigo 2º em situar a biomassa como energia renovável (UNIÃO EUROPEIA, 2001). A biomassa é ali definida como “fracção biodegradável de produtos e resíduos provenientes da agricultura (incluindo substâncias vegetais e animais), da silvicultura e das indústrias conexas, bem como a fracção biodegradável de resíduos industriais e urbanos” (UNIÃO EUROPEIA, 2001). Em sua sequência, a Diretiva Europeia 2009/28, também no artigo 2º, identificou biomassa como “a fracção biodegradável de produtos, resíduos e detritos de origem biológica provenientes da agricultura (incluindo substâncias de origem vegetal e animal), da exploração florestal e de indústrias afins, incluindo da pesca e da aquicultura, bem como a fracção biodegradável dos resíduos industriais e urbanos” (UNIÃO EUROPEIA, 2009).

O potencial a ser extraído com a energia derivada da biodegradação é um dos pontos ocultos e que passam ao largo da efetiva e transparente oferta de informação à população. O Brasil concentra atenção quase que exclusiva à informação como fonte de controle e fiscalização e não como substrato para formação de juízos racionais de desenvolvimento. Sob esse paradigma, “as bases do que hoje se entende por transparência ambiental (pro) ativa e passiva foram estabelecidas muito antes do advento da Lei 12.527/2011, conhecida por Lei de Acesso à Informação (LAI)” (RIBEIRO; MACHADO, 2018, p. 253).

Estão essas bases amarradas aos critérios da Lei n. 10.650, de 16 de abril de 2003 (BRASIL, 2003), que dispõe sobre o acesso público aos dados e informações nos órgãos e entidades do Sistema Nacional do Meio Ambiente. O Acordo de Escazú confere novo suporte à informação ambiental de modo a dotá-la de critérios de decisão e conhecimento quanto às opções de gestão e uso dos recursos naturais energéticos. Escazú permite um passo adiante ao patrocinar não o acesso às informações existentes, tão somente, e sim fomentar a gestão de bases que derivem informações e registros para plena participação e decisão na gestão dos recursos naturais e das matrizes de desenvolvimento. Promove-se o dever de produzir a informação e assim garantir o efetivo acesso ao conhecimento de opções de desenvolvimento.

A atividade de promoção ativa da informação envolve o impulso estatal para usos da energia, seja com atuações educacionais e técnicas, seja com incentivos financeiros. Emblemático para demonstrar o uso subestimado da biomassa é sua aplicação em aterros sanitários, que proporciona a obtenção de biogás, inclusive de biometano. Em pesquisa desenvolvida por Nascimento, Freire, Dantas e Giansante, apurou-se que o Brasil explora somente de 7% a 20% do biogás produzido nos aterros sanitários (NASCIMENTO *et al.*, 2019). Se for levada em conta a baixa quantidade de municípios que possuem aterros sanitários, a subutilização fica ainda mais evidente.

A soma de fatores ambientalmente nocivos é manifesta, pois agregam-se o fato do déficit de destinação adequada dos resíduos sólidos e o déficit de uso dos recursos energéticos derivados da decomposição apta a gerar bioenergia. Por sua vez, isso decorre de um claro déficit de informação e de realização de potencialidades, afinal, “o país ainda não conhece o seu potencial de geração de energia elétrica por meio de seus recursos renováveis no caso específico da biomassa contida nos

RSU e, conseqüentemente, aproveita pouco o biogás gerado nos seus aterros” (NASCIMENTO *et al.*, 2019, p. 153).

Situações similares ocorrem com resíduos tanto agrícolas quanto industriais. A situação de perda de biomassa que poderia ser convertida em energia é comumente acompanhada de lançamento de resíduos no ambiente com riscos de contaminação. O desperdício vem atrelado à poluição por destinação indevida. A conversão energética se perde por falta de informação ou mesmo por falta de anteparo econômico para viabilizar o uso do produto da biomassa, a fonte de energia é confundida com simples detrito ou resíduo a ser eliminado. Nessa linha,

[...] os resíduos de biomassa gerados nas atividades agrícolas ainda são subutilizados, comumente deixados para a decomposição natural, sem aproveitamento da energia neles contida e gerando passivos ambientais significativos. Nesse contexto, define-se resíduo como a sobra de um processo de produção ou de exploração de transformação ou de utilização. (MORAES *et al.*, 2017, p. 62)

O problema se acentua em duas frentes. A primeira delas advém da energia renovável que simplesmente não é gerada. A segunda advém da utilização de outras fontes energéticas, tais como combustíveis fósseis, para gerar uma energia que poderia ser oriunda de fonte sustentável. O Balanço Energético Nacional de 2022, ano base de 2021, categoriza a oferta de energia elétrica por fonte, situando a biomassa no percentual de 8,2%, mais de três vezes superior à energia solar, situada em 10,6% (EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA, 2021, p. 12).

A biomassa como fonte de energia encontra como referência comparativa os combustíveis fósseis, ou seja, ela surge e se projeta como uma alternativa em face do modelo energético hegemônico. Um dos principais pontos de distinção reside no fato de ser a biomassa um recurso natural renovável derivado do ciclo da matéria, em contraposição aos combustíveis fósseis. A biomassa compreende o complexo resultante de processos ligados ao fluxo ecológico do carbono, envolvendo material vegetal derivado direta ou indiretamente da fotossíntese, assim como matéria orgânica ligada à cadeia energética.

A linha mestra para a produção de energia está na combustão de material orgânico, fator que a coloca como energia renovável e que pode ser classificada em três categorias diretamente ligadas à biodegradação florestal, sendo “a. biomassa energética florestal, seus produtos e subprodutos ou resíduos; b. biomassa energética agrícola, as culturas agro energéticas e os resíduos e subprodutos das atividades agrícolas, agroindustriais e da produção animal; e c. resíduos urbanos (poda e varrição)” (MORAES *et al.*, 2017, p. 59).

Os sistemas ecológicos se fundamentam em captação e repartição de energia (ODUM; BARRET, 2017, p. 77). Na geração de energia por combustão de biomassa haverá lançamento de gás carbônico na atmosfera, entretanto, o cálculo do custo ambiental se dá pela avaliação do carbono que já fora fixado pelo material orgânico anteriormente. A atuação de geração energética influenciará o produto final e a geração do resíduo poluidor.

É como se fosse gerada uma conta de crédito e débito para a formação da energia em

relação ao carbono envolvido no processo. Não se produz lançamento de “carbono novo” em um sistema de geração de energia de biomassa controlado, ao contrário do que ocorre com os combustíveis fósseis. Há assim caráter renovável e favorável inclusive para fins de controle dos desequilíbrios climáticos (WEDY, 2019). A biomassa tenta operar a geração de energia a partir do próprio ciclo do carbono.

A legitimidade do processo de geração da fonte energética, uso de insumos, reforço com incentivos econômicos para mecanismos produtivos de energia, assim como incentivos fiscais aos empreendedores, depende justamente do grau de informação produzida e assimilada socialmente quanto ao *modus operandi* do ciclo energético da biomassa. O combustível oriundo da bioenergia pode, inclusive, ser aparentemente mais caro, mas se consideradas as relações de passivo ambiental gerado, o ganho final será proeminente. Não se pode, portanto, avaliar o custo-benefício da relação econômica como um todo sem ponderar os fatores ambientais adjacentes ao ciclo produtivo. A informação ambiental é essencial para a tomada decisória e esclarecimento de pontos elementares sem os quais as decisões de gestão e compreensão social podem enveredar por caminhos equivocados e contrários à própria sustentabilidade.

O papel da informação e da expressão do conhecimento de potencialidades energéticas se desenvolve em uma constante atuação voltada para educação ambiental e aprimoramento de técnicas de gestão ecologicamente correta das fontes de energia. Em relação à biomassa, a projeção do acesso à informação de sustentabilidade passa por identificar suas diversas fontes de origem e diferentes tipos de produção. Não é possível falar em “uma” energia de biomassa, mas sim de energia de biomassa extraída de determinada fonte de compostos orgânicos. A alteração do composto orgânico submetido à combustão resultará em alteração de estoques diferentes e, por consequência, em diversidade de impactos ambientais. A informação ambiental e seu acesso ficam evidentes em sua relevância, pois irão refletir diretamente no alcance de sustentabilidade, na geração energética e nos impactos socioambientais produzidos.

A utilização de lenha como combustível será produção energética por biomassa, assim como a utilização de bagaço de cana-de-açúcar ou do capim-elefante, mas os efeitos ambientais na geração de resíduos, na afetação de estoques de compostos e, também, nos processos sociais que envolvem os insumos energéticos são totalmente diferentes. É tarefa do Direito Ambiental e das avaliações de aplicação do princípio da informação irem além de conjecturas abstratas para assumir seu papel de esclarecimento social de fatores de instrumentalidade prática. A reformulação do princípio da informação e do direito de acesso viabilizam interligação aplicada do Direito à ecologia e à economia ambiental. Ultrapassa-se uma informação simbólica para alcançar uma informação de aplicada em decisões motivadas e racionais.

Além disso, é relevante identificar no processo comunicativo o tipo da atividade que leva à utilização da biomassa tal como garantir bases para uma diversidade de matérias-primas na geração de energia. Essa estratégia evita dependência de colheitas, previne efeitos de eventos climáticos e mesmo pragas, de modo a permitir “maior segurança de que a produção não será comprometida, atendendo à demanda do mercado” (SILVA; DUTRA, 2011, p. 386). A informação

e o direito de acesso aplicados em uma instrumentalidade prática permitem a gestão integrada que considere aspectos econômicos, sociais e ecológicos, de modo a lograr maior efetividade ao sistema e corrigir riscos de base operacional na produção da bioenergia.

A informação qualificada, conforme se extrai do Acordo de Escazú, expressa a diferença entre manter uma base energética poluente e abrir espaço para vias alternativas de sustentabilidade. Isso inclui políticas públicas favoráveis ao conhecimento operacional de adoção da energia de biomassa com superação dos déficits de informação que refletem em prejuízos na sua compreensão como opção de matriz energética sustentável.

A expressão normativa contribui muito para com as imagens restritas de utilização da biomassa, além de um recorte muito específico quanto à aplicação social do recurso energético em suas potencialidades. A matriz energética nacional ligou a biomassa de forma excessiva ao biocombustível. Não que se trate de fator negativo essa utilização, pelo inverso. O ponto que se coloca é o ofuscamento de outras utilizações possíveis para a fonte de energia, fato que contribui para um acanhado visualizar de potencialidades sociais no setor energético.

A Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997 (BRASIL, 1997), que dispõe sobre a política energética nacional, estabelece em seu artigo 1º que um de seus objetivos é incentivar a geração de energia elétrica a partir da biomassa e de subprodutos da produção de biocombustíveis, em razão do seu caráter limpo, renovável e complementar à fonte hidráulica. A biomassa é normativamente designada como uma fonte prioritária. Logo em seguida, no artigo 6º, incisos XXIV e XXV, há um afunilamento normativo, concentrando a atenção na biomassa como biocombustível, especialmente biodiesel, etanol e bioquerosene. Portanto, para além do ponto de vista científico ou ambiental, a biomassa é legalmente visualizada como alternativa aos combustíveis fósseis. E nesse suporte sua utilização se difundiu.

Nessa linha, agrega-se àquele diploma a Lei n. 13.576, de 26 de dezembro de 2017 (BRASIL, 2017), que dispõe sobre a Política Nacional de Biocombustíveis – RenovaBio. A geração da energia aqui é enfatizada como uma ferramenta de cumprimento dos compromissos nacionais com o Acordo de Paris, sob a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima. A fonte energética é destacada em seu valor renovável e compensatório nas emissões de gases causadores do efeito estufa.

A busca de interligação dos fatores econômicos, ambientais e sociais é enfatizada no artigo 3º, inciso IV, na qualidade de princípio, pelo qual as ações, atividades, projetos e programas ligados à Política Nacional de Combustíveis devem observar o papel potencial dos biocombustíveis na geração de renda e benefícios econômicos. Além disso, o marco legal abre espaço e diretriz para a utilização da biomassa no desenvolvimento regional, fator apontado em planejamento governamental de sua expansão de uso no nordeste brasileiro (BRASIL, 2018, p. 119). A eficácia do modelo depende de efetiva interiorização de informações e técnicas por parte da população local, justamente um dos pontos de ênfase do Acordo de Escazú para produção de informações voltadas para ganhos práticos de sustentabilidade.

O grau estreito de tratamento normativo e econômico da biomassa, com uma hipertrofia

normativa centrada no biocombustível, prejudica o desempenho de sua captação plena em termos de possibilidade de uso. A combinação ativa de informação instrumental de teor prático promovida no Acordo de Escazú se revela como via possível de reversão dessa tendência, com ampliação das possibilidades de gestão técnica e política dos órgãos ambientais, tal como de atuação estratégica impulsionada dos atores econômicos.

Afinal, como argumentado por José Carlos Barbieri (2011, p. 21), a gestão ambiental inclui a dimensão espacial, pertinente à “área na qual espera-se que as ações de gestão tenham eficácia”, a dimensão temática, que por sua vez “delimita as questões ambientais às quais as ações se destinam” (BARBIERI, 2011, p. 21) e a dimensão institucional, “relativa aos agentes que tomam as iniciativas de gestão” (BARBIERI, 2011, p. 21). Tematizar as informações ambientais para uma plena decisão ou crítica envolve uma abordagem de diagnóstico de todos esses fatores influentes na formação e eficácia da biomassa em sua qualidade de fonte energética renovável.

Em paralelo ao setor de combustíveis propriamente dito, a Lei n. 9.427, de 26 de dezembro de 1996 (BRASIL, 1996), que rege o marco regulatório de energia elétrica no Brasil, também remete à biomassa, mas em um papel auxiliar no sistema. O Atlas de Energia Elétrica no Brasil, editado pela Agência Nacional de Energia Elétrica (2008), possui capítulo específico a cuidar da biomassa, enfatizando seu potencial para suprir a demanda por energia elétrica. Aqui se encontra a geração de energia elétrica em termelétricas movidas à biomassa, em grande parte confundidas com os custos ambientais das termelétricas movidas a carvão ou combustíveis fósseis (ANEEL, 2008, p. 70). Essa confusão, sintomática em razão da queima em si para a geração de energia produz resistências quanto ao modelo energético, reforçando mais uma vez os déficits de informação existentes.

A biomassa se depara com uma auspiciosa programação normativa que não alcança eficácia prática em razão dos baixos níveis de interiorização da razão instrumental aplicada de sua validade como energia renovável e apta para suprir as necessidades sociais. Ainda se faz vista como uma experiência distante e contemplativa, com ares de futuro ao invés de teor concreto de aplicação viabilizado pelo acesso aplicado da informação de geração e uso.

Embora o potencial de aplicação na energia elétrica e nos biocombustíveis seja muito profícuo e promissor, ainda há um nível de conhecimento um tanto quanto acanhado em aproveitamento energético e nos problemas que podem estar relacionados ao uso da biomassa. O acesso ao conhecimento das potencialidades e impactos da matriz energética são pouco explorados. Os fatores de influência desse cenário são ligados a patamares de informação pouco desenvolvidos e ao restrito exercício discursivo das opções ambientais e socioeconômicas a considerar inclusive impactos no ambiente.

Em outros termos, os mesmos problemas que carregam a aplicação da biomassa no setor de combustíveis estão presentes em sua aplicação no cenário de energia elétrica. O déficit de informação para biomassa em matéria energética ainda atinge um patamar de exclusão e custo social, pois comunidades que anseiam pela chegada da energia vinda de hidrelétricas ainda a produzem por via de geradores que utilizam combustível fóssil, quando poderiam estar utilizando

a via sustentável da biomassa. Portanto, projetam-se custos e níveis de poluição que poderiam ser evitados, agregam-se custos que são desnecessários, alimenta-se uma dependência quando se poderia estar a promover a autonomia, com a comunidade gerando sua energia por suas próprias matérias-primas (LEAL-ARCAS, 2019, p. 231).

O cenário econômico-ecológico e social indica que os déficits de uso e potencial da biomassa, da bioenergia como um todo, são situados essencialmente nas limitações de conhecimento e informação, em uma expressão de perspectiva na qual o direito de acesso e a informação ambiental em si eram tomados como contemplativos, sem desenvolvimento difundido e aplicado. A absorção da matriz de gestão e instrumentalidade prática presente no Acordo de Escazú é imperativa para reconfigurar o sentido da avaliação ambiental de opções energéticas e de seus impactos.

Como salienta Fernanda Cavedon-Capdeville (2018, p. 189), a relevância de Escazú está no reconhecimento direto de uma dimensão ambiental de gestão nos mecanismos procedimentais ligados ao acesso da informação. Este reconhecimento permite o reforço do arsenal decisório que em escala final contribui para garantia do cumprimento das obrigações ambientais e propõe um substrato técnico-democrático para se processarem tomadas de decisões em sustentabilidade.

CONCLUSÃO

O direito de acesso e o direito à informação ambiental são direitos procedimentais ambientais. Eles se configuram como alicercestanto para a gestão pública quanto para a gestão privada na tomada de elementos, circunstâncias, conjecturas e impactos, positivos e negativos, sobre o meio ambiente. A perspectiva de informação ambiental como direito e do direito de acesso propriamente dito ainda são centrados em uma expressão contemplativa, de espectador da realidade, e não em uma postura ativa de cenários construtivos em favor das definições de opções energéticas.

O ordenamento brasileiro parte de um pressuposto da informação como controle e profusão de dados e registros existentes ou de apuração construída. É necessária sua expansão de modo a se alcançar uma perspectiva da informação como obrigação de formação de repertório de elementos e dados aptos à deliberação racional sustentável. O Acordo de Escazú permite essa ampliação, viabiliza uma perspectiva de municiamento de atuações do Estado, do mercado e da sociedade com informações que signifiquem atendimento a um direito público de subsídios técnicos estruturais para a construção de uma gestão energética sustentável.

A biomassa como fonte energética sustentável enfrenta desafios intensos, configurados como verdadeiros déficits, que lhe prejudicam não somente a adoção ampla como matriz de energia de baixo impacto negativo, mas também lhe atrofiam as potencialidades econômicas, ecológicas e sociais. Parte dessa atrofia ocorre, inclusive, pelo tratamento estreito das potencialidades da matriz de bioenergia ou de confusões quanto ao seu processo de geração energética.

A expansão jurídica, econômica e social de perspectivas pode ser alcançada por meio de

uma efetiva adoção dos parâmetros compreensivos de uma instrumentalidade prática, presentes no Acordo de Escazú. A informação e o acesso alçam uma condição simultaneamente ligada à legitimidade, ao caráter finalístico da sustentabilidade e ao planejamento de gestão. Permite-se antes de tudo construir bases para o desempenho do exercício racional de opções de sustentabilidade na dinâmica interativa de fontes de energia diversas e com impactos ambientais também diferenciados.

A aplicação e a eficácia do paradigma do Acordo de Escazú valorizam vias de autorreflexão e autocríticas sociais acerca das matrizes energéticas e do potencial de uso da biomassa para resolver o problema de geração de resíduos e o problema de demanda escalonar por energia. A adoção efetiva e profunda do novo marco regulatório da informação ambiental permite revisitação do marco energético da biomassa e viabiliza a expansão de aplicações dos suprimentos de energia, com consequentes impactos positivos ao meio ambiente como um todo.

Para fins de estímulo e desenvolvimento de políticas públicas e políticas privadas de gestão das necessidades energéticas, Escazú se mostra promissor para o desenvolvimento da energia derivada da biomassa. Mas para que isso ocorra é necessária uma reformulação de panoramas institucionais públicos e privados. Em nada valerá uma nova norma se são mantidas velhas posturas diante do mundo e dos desafios que lhe são imprimidos.

REFERÊNCIAS

ANEEL - AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. **Atlas de energia elétrica do Brasil**. Brasília: ANEEL, 2008.

BARBIERI, José Carlos. **Gestão ambiental empresarial: conceitos, modelos e instrumentos**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Lei nº 13.576, de 26 de dezembro de 2017. Dispõe sobre a Política Nacional de Biocombustíveis (RenovaBio) e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, n. 247, p. 4, 26 dez. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13576.htm. Acesso em: 2 ago. 2022.

BRASIL. Ministério de Minas e Energias. Lei n. 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 28653, 26 dez. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9427cons.htm. Acesso em: 2 ago. 2022.

BRASIL. Ministério de Minas e Energias. Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 16925, 6 ago. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19478.htm. Acesso em: 2 ago. 2022.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Biomassa para energia no nordeste: atualidades e perspectivas**. Brasília: MMA, 2018. Disponível em: <https://www.undp.org/sites/g/files/>

zskgke326/files/migration/br/Livro_APNE_NE_AGO20.pdf. Acesso em: 2 ago. 2022.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Lei nº 10.650, de 16 de abril de 2003. Dispõe sobre o acesso público aos dados e informações existentes nos órgãos e entidades integrantes do Sisnama. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 16 abr. 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.650.htm. Acesso em: 2 ago. 2022.

CAVEDON-CAPDEVILLE, Fernanda Sales. Jurisprudência ecologizada nas cortes de direitos humanos: contribuições para a ecologização dos direitos humanos. *In*: LEITE, José Rubens Morato. **A ecologização do direito ambiental vigente**: rupturas necessárias. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018. p. 185-221.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - CIDH. **Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017**: solicitada por la República de Colombia. [S. l.: s. n.], 2017. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf. Acesso em: 2 ago. 2022.

EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA - EPE (Brasil). **Balço Energético Nacional – BEN**. Ano 2021. Relatório final. Rio de Janeiro: EPE, 2022.

FERREIRA, Leandro José; RIBEIRO, José Cláudio Junqueira. A participação popular na avaliação de impacto ambiental: um olhar democrático para a proteção ambiental. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 63, n. 2, p. 59-87, 2018. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/58522/35972>. Acesso em: 3 ago. 2022.

GALLI, Alessandra. **Educação ambiental como instrumento para o desenvolvimento sustentável**. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; GARCIA, Heloise Siqueira. Alcances dos objetivos de desenvolvimento do milênio e perspectivas dos objetivos do desenvolvimento sustentável. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 35, p. 192-206, 2016. Número especial. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/69455/40499>. Acesso em: 3 ago. 2022.

GUERRA, Sidney; PAROLA, Giulia. Implementing principle 10 of the 1992 Rio Declaration: a comparative study of the Aarhus Convention 1998 and the Escazú agreement 2018. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 2, n. 55, p. 1-33, 2019. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3382/371371818>. Acesso em: 3 ago. 2022.

KOKKE, Marcelo. Cidadania intergeracional e proteção da Mata Atlântica. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, p. 85-116, 2019. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/32886/27982>. Acesso em: 3 ago. 2022.

LEAL-ARCAS, Rafael. Cidadãos no centro da transição energética: um novo modelo de governança. Tradução Íris Ferreira Moriyama. *In*: NUSDEO, Ana Maria de Oliveira; TRENNEPOHL, Terence. **Temas de direito ambiental econômico**. São Paulo: Thompson Reuters; Revista dos Tribunais, 2019. p. 231-244.

LEFF, Enrique. **Ecologia, capital e cultura**: a territorialização da racionalidade ambiental.

Tradução Jorge E. Silva. Petrópolis: Vozes, 2009.

LIMMER, Flavia da Costa. Concessões florestais e geração de energia por biomassa de resíduos madeireiros. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p. 537-588, 2015. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/16960/12754>. Acesso em: 3 ago. 2022.

MORAES, Sandra Lúcia de; MASSOLA, Camila Peres; SACCOCCI, Eduardo Maziero; SILVA, Dafne Pereira da; GUIMARÃES, Yuri Basile Tukoff. Cenário brasileiro da geração e uso de biomassa adensada. **Revista IPT – Tecnologia e Inovação**, [Butantã], v. 1, n. 4, p. 58-73, 2017. Disponível em: <http://revista.ipt.br/index.php/revistaIPT/article/view/37/33>. Acesso em: 3 ago. 2022.

NAÇÕES UNIDAS. **Acordo regional sobre acesso à informação, participação pública e acesso à justiça em assuntos ambientais na América Latina e no Caribe**. Santiago: Publicação das Nações Unidas, 2018.

NASCIMENTO, Maria Cândida Barbosa; FREIRE, Elcires Pimenta; DANTAS, Francisco de Assis Souza; GIANANTE, Miguel Bortoletto. Estado da arte dos aterros de resíduos sólidos urbanos que aproveitam o biogás para geração de energia elétrica e biometano no Brasil. **Engenharia Sanitária e Ambiental**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 1, p. 143-155, fev. 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/esa/a/xLRVKFVf9p46XTX563ztCfJ/?lang=pt>. Acesso em: 3 ago. 2022.

ODUM, Eugene P.; BARRET, Gary W. **Fundamentos de ecologia**. Tradução Pégasus Sistemas e Soluções. São Paulo: Cengage Learning, 2017.

RIBEIRO, Érica Bezerra Queiroz; MACHADO, Bruno Amaral. O Acordo de Escazú e o acesso à informação ambiental no Brasil. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 15, n. 3, p. 251-265, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/5746/pdf>. Acesso em: 3 ago. 2022.

SILVA, Solange Teles da; DUTRA, Carolina. Política brasileira de biodiesel: um caminho para mitigar os efeitos da mudança do clima? *In*: SILVA, Solange Teles da; CUREAU, Sandra; LEUZINGER, Márcia. **Mudança climática: desafios jurídicos, econômicos e socioambientais**. São Paulo: Editora Fiuza, 2011. p. 372-396.

UNIÃO EUROPEIA. Directiva 2001/77/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de setembro de 2001 relativa à promoção da electricidade produzida a partir de fontes de energia renováveis no mercado interno da electricidade. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**, Bruxelas, 2001. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001L0077&from=PT>. Acesso em: 3 ago. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Directiva 2009/28/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de abril de 2009 relativa à promoção da utilização de energia proveniente de fontes renováveis que altera e subsequentemente revoga as Directivas 2001/77/CE e 2003/30/CE. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**, Bruxelas, 2009. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0028&from=EN>. Acesso em 3 ago. 2022.

VELOSO, Juliano Ribeiro Santos. **Direito ao planejamento**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2014.

WEDY, Gabriel. **Litígios climáticos**: de acordo com o direito brasileiro, norte-americano e alemão. Salvador: Editora Jus Podivm, 2019.

Como citar: KOKKE, Marcelo. Aplicação do acordo de Escazú à gestão do regime legal de biomassa no Brasil. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 2, p. 72-88, out. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n2p.72. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 04/09/2020

Aprovado em: 10/05/2022

DESAFIOS DA PARTICIPAÇÃO POPULAR NO BRASIL

CHALLENGES OF POPULAR PARTICIPATION IN BRAZIL

Priscilla de Oliveira Calegari*
Luciana Gaspar Melquíades Duarte**

*Atua como advogada e professora na área de Direito Público. Foi professora substituta na UFJF. Possui mestrado em Direito e Inovação pela Universidade Federal de Juiz de Fora e pós graduações em Direito Constitucional e Direito Militar pela Universidade Cândido Mendes.

E-mail: pri_calegari@hotmail.com

**Possui mestrado em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais (2005) e doutorado em Direito Público pela mesma Casa (2009). Atualmente é Professora Associada de Direito Constitucional e Administrativo da Universidade Federal de Juiz de Fora, Pesquisadora, Professora do Mestrado em Direito e Inovações da Faculdade de Direito da UFJ, colaboradora do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu Saúde Coletiva da mesma UFJF.

E-mail: lg.melquiades@uol.com.br

Como citar: CALEGARI, Priscilla de Oliveira; DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. Desafios da participação popular no Brasil. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 17, n. 2, p. 89-110, out. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n2p.89. ISSN: 1980-511X

Resumo: A presente pesquisa debruça-se sobre os mecanismos de participação popular no país a fim de responder a indagação acerca do acesso às tecnologias da informação e comunicação como meio de aprimorar a democracia. Para alcançar tal finalidade, parte-se da análise da obra de Rousseau (2002) e pretende-se esclarecer se a tecnologia eletrônica ou digital pode melhorar os dilemas enfrentados pelos mecanismos de democracia direta no Brasil. A investigação possuiu natureza bibliográfica e qualitativa, com emprego preponderante da metodologia dedutiva e de fontes indiretas. Partiu-se da hipótese de que a internet e as demais tecnologias da comunicação e informação são pouco onerosas, rápidas e aptas a viabilizar a participação de todos os indivíduos nas decisões da comunidade, o que restou comprovado ao final.

Palavras-chave: participação popular; democracia direta; democracia eletrônica; internet.

Abstract: The present research focuses on the mechanisms of popular participation in the country in order to answer the question about access to information and communication technologies as a means to improve democracy. In order to achieve this goal, the author analyzes Rousseau's (2002) work and aims to clarify whether electronic or digital technology can improve the dilemmas faced by direct democracy mechanisms in Brazil. The research has a bibliographic and qualitative nature, with a predominant use of the deductive methodology and indirect sources. It was hypothesized that the Internet and other communication and information technologies are inexpensive,

quick and apt to enable the participation of all individuals in the community's decisions, which remains proven at the end.

Keywords: popular participation; direct democracy; electronic democracy; internet.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa debruçou-se sobre institutos de democracia participativa no país a fim de responder se a utilização das tecnologias da informação e comunicação podem ser úteis para superar os principais problemas enfrentados pelos mecanismos de democracia direta.

O marco-teórico adotado foi a teoria democrática de Rousseau (2002), um dos grandes críticos das Monarquias Absolutistas que dominavam a Europa durante a Idade Moderna. O autor era partidário dos ideais democráticos e acreditava que um governo verdadeiramente do povo só seria possível se todos os indivíduos da comunidade pudessem se manifestar sobre todas as decisões estatais, ficando conhecido, por tal motivo, como um árduo defensor da participação popular direta.

A partir da análise de sua obra, o objetivo do presente trabalho foi compreender a importância da participação popular direta para a legitimação do agir estatal e auferir se a democracia eletrônica ou digital poderia aperfeiçoar os mecanismos de democracia participativa no Brasil.

Alcançou-se o objetivo geral da pesquisa através da demonstração da pertinência do marco-teórico adotado para a análise do problema apresentado, da exposição dos conceitos de “democracia”, “democracia direta” e “participação popular” dentro do referencial escolhido e da realização do estudo dos mecanismos de democracia direta previstos na Constituição (BRASIL, [1988]). Além disso, identificaram-se as principais críticas aos mecanismos de democracia participativa existentes no país por meio dos trabalhos empíricos consultados de Duarte e Carvalho (2013); Pinheiro (2014); Pereira (2014); Santos (2012).

O primeiro capítulo deste trabalho apresenta a teoria democrática de Rousseau (2002). Já, o segundo capítulo apresenta os mecanismos de participação popular no Brasil, bem como seus principais problemas. E, finalmente, o terceiro capítulo trata da democracia eletrônica como uma nova perspectiva para a impulsionar a participação popular, seguido pela conclusão.

1 A DEFESA PELA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA EM ROUSSEAU

Jean-Jacques Rousseau, importante filósofo político da Idade Moderna, nasceu na Suíça em 1712 e faleceu na França em 1778. Foi um dos teóricos da democracia mais influentes no século XVIII e suas ideias inspiraram fortemente a Revolução Francesa (ARANHA; MARTINS, 2003).

O autorem questão também faz parte da vertente contratualista da Teoria Política Moderna, e acreditava que o contrato social jamais teria sido formalmente enunciado, mas que, na verdade, foi algo tacitamente aceito e admitido pelos homens, ao alienar seus direitos naturais, em favor de toda a comunidade, na busca de uma condição igual para todos, de um bem comum.

Em sua obra, Rousseau (2002) esclarecia que a vontade do Estado só poderia ser soberana enquanto condizente com a vontade geral (formada pela vontade de cada um dos indivíduos daquela

sociedade). Desse modo, o autor colocou-se claramente contra o poder absolutista que dominava a França até o século XVIII.

Apesar de ter sido um grande defensor da busca pela concretização da vontade geral, o autor reconheceu que ela também poderia conter equívocos e, nem sempre a vontade da maioria estaria correta. O povo sempre quer o próprio bem, entretanto, nem sempre consegue enxergar aquilo que é, de fato, o seu bem. “Nunca se corrompe o povo, mas se o engana com frequência, e é somente então que ele parece desejar o mal” (ROUSSEAU, 2002).

Na época em que a obra de Rousseau (2002) foi escrita, ainda não se falava largamente sobre proteção aos direitos fundamentais. No entanto, o autor já se preocupava em demonstrar que a vontade da maioria não poderia ultrapassar os limites mínimos dos valores que regiam a comunidade. Rousseau (2002) defendia, ainda, que o povo deveria ser consideravelmente esclarecido sobre os temas que permeavam a vida social e sobre as implicações de suas decisões, pois só a partir do conhecimento seria possível alcançar verdadeira vontade geral com as deliberações corretas.

O filósofo criticava as brigas e associações parciais ou partidárias, pois, segundo ele, a vontade de cada uma dessas associações tornava-se geral em relação a seus membros, e particular no concernente ao Estado. Diante disso, de acordo com Rousseau (2002), para se chegar a uma perfeita vontade geral, não deve haver no Estado sociedade parcial e cada cidadão só deve manifestar o seu próprio pensamento de forma independente. Além disso, o povo não deveria desviar a atenção dos alvos gerais para se concentrar nos objetos particulares. Nada poderia ser mais perigoso do que a influência dos interesses privados nos negócios públicos.

O autor admitia que, rigorosamente falando, nunca existiu verdadeira democracia nem jamais poderá existir, pois a democracia pressupõe uma série de requisitos, como um Estado bastante pequeno, no qual seja fácil reunir o povo, e onde os cidadãos possam conhecer uns aos outros; além disso, faz-se necessária uma grande simplicidade de costumes, bastante igualdade socioeconômica, e, finalmente, pouco ou nenhum luxo; pois o luxo, enquanto efeito das riquezas, torna-as necessárias, corrompendo ricos e pobres ao mesmo tempo, “uns pela posse, outros pela cobiça, vende a pátria à lassidão e à vaidade, e afasta do Estado todos os cidadãos, submetendo-os uns aos outros, e todos à opinião” (ROUSSEAU, 2002).

Assim, defendia que a virtude é o princípio essencial para que todas essas condições subsistam em uma República Democrática. Rousseau (2002) acrescenta que não há governo tão sujeito às guerras civis e às agitações intestinas como o democrático ou popular, pois que não há nenhum outro que tenda tão frequente e continuamente a mudar de forma.

“Se houvesse um povo de deuses, ele se governaria democraticamente. Tão perfeito governo não convém aos homens” (ROUSSEAU, 2002). Com essas palavras, o autor (ROUSSEAU, 2002) demonstrava claramente que, apesar de ser um grande defensor da democracia, na realidade ele também era um cético quanto a possibilidade de se alcançar um pleno governo democrático na realidade fática.

2 A PARTICIPAÇÃO POPULAR

A democracia direta consagra a participação popular como a grande atriz das decisões políticas. Diversos autores demonstram que a própria noção de democracia enquanto governo do povo induz ao raciocínio de que os indivíduos possam deliberar diretamente sobre os rumos da comunidade, como idealizado por Rousseau (2002).

Rousseau (2002) destacou-se como o grande defensor da democracia participativa por acreditar que ela realmente dá voz ao verdadeiro titular do poder: o povo. No mesmo sentido, Bobbio (1992; 2000), revisitando os ensinamentos dele, concluiu que os institutos da democracia direta são extremamente relevantes, uma vez que garantem a liberdade de dissentir, expressando o pluralismo da sociedade e contribuindo para a distribuição do poder.

Seguindo a mesma lógica, Bonavides (2008) defendeu que, diante da grande crise de representatividade política que assola a América Latina nos últimos anos, a adoção de mecanismos plebiscitários seria melhor forma de tornar novamente legítima a lei e a atuação da Administração Pública.

A respeito do tema, é preciso destacar que a Constituição (BRASIL, [1988], grifo nosso) garante a democracia direta quando dispõe, em seu art. 1º, parágrafo único, que “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos **ou diretamente**, nos termos desta Constituição”.

Ademais, o texto constitucional menciona expressamente alguns mecanismos de participação popular a serem adotados no país em seu art. 14:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I - plebiscito;

II - referendo;

III - iniciativa popular (BRASIL, [1988]).

Além desses três mecanismos de democracia direta expressamente mencionados na Constituição (BRASIL, [1988]), existem alguns outros criados pela legislação infraconstitucional brasileira, como, por exemplo, a consulta pública e a audiência pública previstas, respectivamente, nos artigos 31 e 32 da Lei nº 9784 (BRASIL, 1999) – que regulamenta o processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

O art. 33 da Lei nº 9784 (BRASIL, 1999) ainda prevê a possibilidade da Administração Pública Federal adotar outros mecanismos que permitam a participação direta dos administrados ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas. Nesse sentido, faz-se mister destacar que a referida lei, apesar de determinar que suas regras seriam aplicáveis apenas aos processos administrativos no âmbito da União, deve ter uma interpretação conforme a Constituição¹.

¹ A União detém a competência privativa para legislar sobre direito processual, enquanto a competência para legislar sobre procedimentos é concorrente entre os diversos entes federativos (BRASIL, [1988]). Assim, compete à União a edição de normas gerais sobre o processo administrativo. Por este motivo, as normas gerais e os princípios fundamentais contemplados na Lei nº 9784 (BRASIL, 1999) são de observância obrigatória para todos os entes federativos (JUSTEN FILHO, 2014).

Portanto, os princípios gerais da Lei nº 9784 (BRASIL, 1999) desenvolveram um modelo para a elaboração das leis sobre processo administrativo em várias esferas federativas, razão pela qual também há, em tese, possibilidade dos cidadãos participarem diretamente das decisões administrativas nos Estados e Municípios (JUSTEN FILHO, 2014).

Meios de democracia direta não são exclusividade brasileira. Na verdade, esses meios de participação popular estão cada vez mais frequentes ao redor do mundo e têm sido comemorados pela população (ZVIRBLIS, 2006). Em diversos países da América Latina, como Cuba, Bolívia, Venezuela, Peru, Colômbia, as Constituições nacionais preveem mecanismos de democracia direta (ARAÚJO; FERNANDES; FEDALTO, 2012). Apesar do mérito da existência de tais previsões, há, ainda, um grande descompasso entre a norma e a realidade: ou esses mecanismos só existem no texto normativo e não são aplicados, ou são aplicados de forma subvertida (ARAÚJO; FERNANDES; FEDALTO, 2012).

O Brasil, do mesmo modo, prevê na Constituição (BRASIL, [1988]) e na legislação infraconstitucional a garantia do exercício da soberania popular através da adoção dos mecanismos de democracia participativa em consonância com o exercício da democracia representativa. Sua realidade fática, contudo, tem demonstrado a ineficiência do Poder Público em dar efetividade ao texto constitucional, conforme dados obtidos a partir das pesquisas de Duarte e Carvalho (2013); Pereira (2014); Santos (2012); Pinheiro (2014), como se verá adiante.

2.1 OS DESAFIOS DA DEMOCRACIA DIRETA NO BRASIL

Apesar do ideal de democracia direta ou participativa ter sido trabalhado por Rousseau (2002) desde o século XVIII, suas concepções não conseguiram ser inteiramente colocadas em prática até hoje.

No Brasil, a Constituição (BRASIL, [1988]) garante que a soberania popular seja exercida não só pelo sufrágio, mas também por mecanismos de democracia direta; no entanto, ainda são poucas as decisões políticas tomadas no país que atentam para uma participação popular efetiva, como se depreende a partir dos dados pelo próprio Tribunal Superior Eleitoral sobre a realização de referendos, plebiscitos e projetos de leis de iniciativa popular no país (BRASIL, [2022]).

O art. 14 da Constituição (BRASIL, [1988]), nos seus incisos I e II prevê, respectivamente, a possibilidade de convocação de plebiscito e referendo, dois instrumentos de democracia participativa que correspondem a consultas realizadas aos eleitores para decidir sobre matéria de relevância para a nação, seja de natureza constitucional, legislativa ou administrativa. Enquanto o plebiscito é convocado previamente à criação do ato legislativo ou administrativo, o referendo será convocado apenas em momento posterior, competindo ao povo ratificar ou rejeitar a proposta (BRASIL, 1998). Ambos os mecanismos são regulamentados pela Lei nº 9.709 (BRASIL, 1998).

Apesar do mérito constitucional prever esses dois recursos de participação popular direta, desde 1988 foi realizado no país apenas um referendo e um plebiscito de âmbito nacional. Em 21 de abril de 1993, foi realizado um plebiscito para a escolha da forma e do sistema de governo

no Brasil. A população precisava escolher entre monarquia ou república e parlamentarismo ou presidencialismo. Optou-se por uma república presidencialista (BRASIL, [2022]).

Já em 23 de outubro de 2005, os brasileiros foram convocados a participar de um referendo sobre a proibição do comércio de armas de fogo e munições no país. Uma alteração no art. 35 da Lei nº 10.826 (BRASIL, 2003), o Estatuto do Desarmamento, tornava proibida a comercialização de arma de fogo e munição em todo o território nacional, salvo algumas exceções previstas na referida lei. Consultado o povo, houve a rejeição da alteração da lei (BRASIL, [2022]).

Como é possível perceber, essas duas manifestações de democracia participativa no país são extremamente raras, na prática, e só ocorreram uma única vez, cada, desde a promulgação da Constituição (BRASIL, [1988]), sendo que o plebiscito já estava obrigatoriamente previsto para ocorrer por determinação constitucional no art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (BRASIL, [1988]).

Outra possibilidade de participação popular no processo democrático é a iniciativa popular, prevista no inciso III do art. 14 da Constituição (BRASIL, [1988]). No âmbito federal, o art. 61, §2º (BRASIL, [1988]) estabelece:

Art. 61:

(...)

§2º A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

A exigência da subscrição do projeto de lei por apenas 1% (um por cento) do eleitorado nacional pode até parecer algo simplório. Porém, atualmente, para alcançar esse percentual e levar um projeto de lei à apreciação da Câmara, é preciso alcançar 1400000 (um milhão e quatrocentas mil) assinaturas (BLUME, 2015). Além disso, ainda é preciso alcançar eleitores dispostos a assinar o projeto em, pelo menos, cinco Estados diferentes com não menos de 0,3% (três décimos por cento) dos eleitores de casa um deles. Um detalhe importante consiste no fato de não ser permitida a assinatura por meio digital a projetos de iniciativa popular.

Na realidade, é extremamente difícil que um projeto de iniciativa popular de lei chegue a ser apreciado pela Câmara dos Deputados; afinal, a movimentação em diversos Estados recolhendo uma colossal quantidade de assinaturas demanda tempo e recursos financeiros. Exatamente por isso, apenas quatro projetos de iniciativa popular tornaram-se leis desde 1988.

Em 1992, com o brutal assassinato de Daniella Perez, filha da autora de telenovelas Glória Perez, deu-se início à primeira iniciativa popular que se tornou lei – a que promoveu a modificação na Lei nº 8.072 (BRASIL, 1990) -Lei de Crimes Hediondos, incluindo homicídio qualificado nas penas da referida lei. Graças à notoriedade do caso e o acesso aos meios de comunicação de massa, a mãe da vítima, Glória Perez, conseguiu emplacar a campanha para a coleta de assinaturas. Em 1994, o projeto foi sancionado (BLUME, 2015).

Em 1997, foi lançado o projeto “Combatendo a corrupção eleitoral”, de um grupo da

Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, com o objetivo de coibir o crime de compra de votos, através da cassação do mandato do condenado e pagamento de multa. Assim, foi elaborado um projeto que modificava a Lei nº 9.504 (BRASIL, 1997) e a Lei nº 4.737 (BRASIL, 1965) – o Código Eleitoral. Trinta e duas entidades apoiaram o projeto para alcançar o número necessário de assinaturas. Em 1999, o projeto foi promulgado (BLUME, 2015).

O terceiro projeto de iniciativa popular aprovado pelo Congresso Nacional foi apresentado à Câmara dos Deputados no ano de 1992, mas, somente em 2005 a referida lei foi sancionada. Ou seja, depois de toda a demanda para colheita de assinaturas no país, ainda foi necessário esperar por longos 14 (quatorze) anos de espera para que a vontade popular fosse reconhecida pelos legisladores e transformada efetivamente em lei (BLUME, 2015).

Foi criada a Lei nº 11.124 (BRASIL, 2005) – Lei do Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social – com a pretensão de criar um sistema de acesso à terra urbanizada pela população de baixa renda, na tentativa de diminuir o déficit habitacional do país. Esse fundo pode ser acessado pelos três níveis de governo - federal, estadual e municipal (BLUME, 2015).

Finalmente, a mais recente lei criada por iniciativa popular foi a Lei Complementar nº 135 (BRASIL, 2010) – a famosa Lei da Ficha Limpa. A partir dessa disposição legal, tornam-se inelegíveis para ocupar cargos eletivos, por oito anos, pessoas que tenham cometido algum crime de natureza eleitoral ou alguma outra infração relacionada ao seu mandato. Esse projeto de lei partiu de uma iniciativa do Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE), do mesmo grupo que conseguiu aplicar cassação e multa para o crime de compra de votos (BLUME, 2015).

Ao longo dos 28 (vinte e oito) anos da vigência da Constituição (BRASIL, [1988]), apenas quatro projetos de iniciativa popular foram efetivamente transformados em lei. Um detalhe importante deve ser notado: dois desses projetos versavam sobre temas relacionados à corrupção, demonstrando uma preocupação especial da população com a lisura dos seus agentes públicos. Esse fato demonstra, mais uma vez, que a falta de confiança na atuação nos representantes políticos é tão grande que chega ao ponto de mobilizar os cidadãos para legislar sobre a matéria.

Existem outras formas de exercer a democracia direta que não estão positivadas no texto constitucional brasileiro, mas que merecem igual atenção – como a experiência dos orçamentos participativos ou as das audiências públicas no âmbito do Poder Executivo, do Poder Legislativo ou do Poder Judiciário – todas elas objetivando dar uma maior legitimidade democrática às decisões do Poder Público.

De acordo com Santos (2012), diante da crise da representatividade, o controle não eleitoral torna-se o meio mais efetivo para alcançar um verdadeiro controle social sobre a atuação estatal. Nesse sentido, instrumentos de participação popular como os orçamentos participativos deveriam constituir-se em importantes instrumentos para a qualidade e a responsividade da atuação da Administração Pública (SANTOS, 2012).

O autor critica veementemente a visão tradicional de um controle social dos atos dos representantes políticos *a posteriori*, pois, de acordo com ele, isso prejudicaria a legitimidade e a efetividade da atuação estatal (SANTOS, 2012). O orçamento participativo surgiria como

alternativa de controle prévio sobre os atos dos administradores públicos, permitindo a participação direta dos cidadãos nas escolhas políticas a serem realizadas durante o exercício financeiro.

O orçamento participativo é realizado em duas etapas. Na primeira, realizam-se rodadas de assembleias locais e regionais para debater e elencar prioridades em determinadas áreas temáticas. Na segunda etapa, forma-se o conselho do orçamento participativo – ao qual compete discutir e aprovar a proposta orçamentária do Poder Executivo e acompanhar sua execução (SANTOS, 2012).

Como é possível perceber, essa prática participativa é dotada de um intenso potencial democratizante dos orçamentos públicos; contudo, é estéril; uma potencialidade não concretizada. De acordo com Santos (2012), o Governo Federal adotou o procedimento orçamentário participativo na confecção do Plano Plurianual de 2003, mas a atuação popular limitou-se à fase preliminar. As conclusões dessa participação, no entanto, sequer foram consideradas durante a tramitação legislativa (SANTOS, 2012). Ressalte-se que, no Plano Plurianual imediatamente posterior, em 2007, a participação popular não foi sequer cogitada (SANTOS, 2012).

O autor ainda destaca que as dificuldades na implementação e consecução dos orçamentos participativos não se verificam, apenas, na esfera federal. Em São Paulo, por exemplo, a gestão 2000-2004 implantou esse mecanismo de democracia direta apenas para legitimar decisões pré-adotadas pelo governo, gerando frustrações (SANTOS, 2012). As pesquisas de Dias (2006) e Santos (2012) demonstraram que, das 31 subprefeituras da capital paulista, apenas 15 subprefeituras do município conseguiram participar efetivamente da execução do orçamento participativo. Ademais, diversos secretários municipais negaram-se a realizar os investimentos nos moldes decididos pela população (DIAS, 2006).

Nesse mesmo sentido, Pinheiro (2014), percebeu a estruturação dos orçamentos participativos em outras cidades brasileiras, como Recife e São Luís. De acordo com a autora, em Recife, a divisão da participação popular em microrregiões impediu que a população conseguisse pensar em sua cidade como um todo (PINHEIRO, 2014). Ademais, no modelo participativo da capital pernambucana a população não poderia votar e escolher diretamente as prioridades de investimento em sua região. Os cidadãos escolhiam delegados regionais e estes sim, representariam a comunidade no diálogo com o Poder Público (PINHEIRO, 2014).

Em São Luís, desentendimentos político-partidários entre prefeito e vice-prefeito, bem como a falta de compromisso governamental com as escolhas populares e ausência de transparência na demonstração dos resultados fizeram com que a experiência do orçamento participativo na capital maranhense durasse poucos anos: iniciou-se em 1997 e foi definitivamente abandonado em 2003 (PINHEIRO, 2014).

Outro exemplo da participação popular para a formação de decisões pela Administração Pública é a criação dos Conselhos. Os conselhos são temáticos e existem no âmbito federal, estadual e municipal. De acordo com Pereira (2014), eles criam um novo padrão de relação entre Estado e comunidade, na medida em que “fortalecem os espaços de representação da sociedade civil, exigindo que os próprios espaços de gestão de políticas públicas fossem ampliados, pela

inclusão e participação de novos sujeitos sociopolíticos” (PEREIRA, 2014).

Em sua pesquisa sobre os Conselhos Municipais da cidade de Juiz de Fora, Pereira (2014) concluiu que a atuação desses órgãos está sendo prejudicada pelo excesso de atribuições burocráticas e pela falta de informação à população sobre a sua atuação e importância. Tais órgãos estão desvirtuando-se da sua finalidade primordial – de deliberação e tomada de decisões administrativas de forma democrática – para tornarem-se meros órgãos de fiscalização no âmbito da Administração Pública (PEREIRA, 2014).

A participação popular pode, ainda, ser visualizada através das audiências públicas. De acordo com Duarte e Carvalho (2013), as audiências públicas surgiram diante de uma crise de legitimidade da democracia puramente representativa, uma vez que os eleitores clamavam por maior controle sobre a atuação dos representantes. Assim, surgiu a audiência pública como canal de diálogo direto do povo com o Estado. Inicialmente empregada na seara Administrativa, foi, posteriormente, introduzida no âmbito do Judiciário, como mecanismo de legitimação de decisões judiciais, especialmente, do Supremo Tribunal Federal (DUARTE; CARVALHO, 2013).

No entanto, a pesquisa de Duarte e Carvalho (2013) aponta para o fato de que o instituto da audiência pública não tem resultado em uma atuação jurisdicional realmente democrática. A possibilidade de participação limitada de apenas alguns setores da sociedade civil não é capaz de assegurar o amplo debate de ideias. Ademais, constatou-se que muitas das manifestações proferidas durante as audiências públicas sobre a saúde sequer foram consideradas pelo Supremo Tribunal Federal quando do pronunciamento da decisão judicial sobre o tema.

A ausência de uma participação realmente ampla da sociedade e de critérios argumentativos claros sobre todos os pareceres levantados permitem críticas à forma como tem se estruturado esse mecanismo de democracia direta no Judiciário brasileiro. Nesse sentido, Duarte e Carvalho (2013) alerta para o risco de que a roupagem de democracia participativa nas audiências públicas redunde em um disfarce para encobrir decisões autoritárias.

As audiências públicas no âmbito do Poder Legislativo também merecem reprovação por não conseguirem alcançar uma efetiva democraticidade. As audiências realizadas pela Comissão Especial sobre a Reforma Política Infraconstitucional, por exemplo, diziam-se interativas, pois permitiram que internautas enviassem seus comentários e perguntas. No entanto, a participação dos internautas não foi significativa, haja vista o fato de que ficava a critério dos parlamentares repassar as perguntas da sociedade civil aos convidados, se assim desejassem. Ressalta-se, também, que as audiências públicas foram realizadas em horário comercial, entre 09 horas e 14:30 horas, o que dificulta ainda mais a participação do cidadão via internet, por tratar-se de horário de trabalho (BRASIL, [2015]).

Apesar da Reforma Política ser um tema tão relevante para toda a população e ter dado ensejo à criação de uma “Coalização pela reforma política democrática e eleições limpas” composta por 102 órgãos e entidades (CPRPDEL, c2014), as audiências públicas realizadas sobre o tema no âmbito da Câmara dos Deputados só consultaram treze indivíduos, sendo que, desses, apenas duas pessoas eram representantes da sociedade civil: um era economista e outro era cientista político.

Todos os outros onze indivíduos convidados a falar nas cinco audiências realizadas – entre os dias 07 e 28 de abril de 2015 – sobre a Reforma Política eram presidentes ou líderes de partidos (BRASIL, [2015]).

Diante de todos os dados e pesquisas apresentados sobre os instrumentos de democracia direta, torna-se evidente que os procedimentos para a participação popular existem, mas não são capazes de dar realmente voz ao povo. Na verdade, tais mecanismos têm servido para dar uma simples aparência de legitimidade democrática às decisões tomadas pelos agentes públicos.

3 DEMOCRACIA ELETRÔNICA E NOVAS PERSPECTIVAS SOBRE A PARTICIPAÇÃO POPULAR

Conforme revelam as pesquisas realizadas nos sítios eletrônicos do Tribunal Superior Eleitoral (BRASIL, [2022]) e da Câmara dos Deputados (BRASIL, [2015]), além dos dados apresentados pelos trabalhos de Duarte e Carvalho (2013); Pereira (2014); Pinheiro (2014) e Santos (2012), é possível concluir que os atuais mecanismos de democracia direta, da forma como estão estruturados, ainda são pouco eficientes para a satisfação dos anseios populares.

Conforme conceituado por Rousseau (2002), a democracia direta ou democracia participativa é aquela na qual é dado ao povo o poder de manifestar-se diretamente sobre determinado tema. O referido autor foi um dos grandes defensores da democracia participativa, por acreditar que um sistema político representativo não seria capaz de corresponder aos desejos da população e que a escolha de representantes divididos em associações ou partidos, poderia retirar a autonomia do cidadão, na medida em que seu voto deixaria de corresponder a sua vontade autônoma e trinar-se-ia mais um voto de determinado grupo.

Desse modo, Rousseau (2002) acreditava que a melhor opção política para um Estado seria a democracia direta, permitindo aos indivíduos que votassem individualmente em cada decisão a ser tomada, por sua livre e consciente escolha, sem influência de grupos. No entanto, apesar de todos os elogios que ele tecia a essa forma de governo, o próprio autor admitia que não seria possível existir uma verdadeira democracia tal qual ele idealizava, pois a democracia direta demandaria a inexistência de grandes desigualdades socioeconômicas e um Estado pequeno, no qual fosse fácil reunir o povo (ROUSSEAU, 2002).

Bobbio (1992; 2000), ao escrever sobre o tema, considerou essa concepção de Rousseau (2002) e concluiu que, passados mais de dois séculos desde a publicação das obras deste último, os Estados ditos democráticos ainda se encontravam distantes da democracia almejada pelo escritor, tornando-se cada vez mais populosos, com costumes mais complexos, maiores problemas e níveis altíssimos de desigualdade social.

O autor admitia que o próprio Rousseau (2002) não acreditava ser possível uma democracia puramente direta, com a participação popular na escolha de todas as decisões. Mas, apesar das dificuldades da sua implementação, Bobbio (1992; 2000) acreditava que seria uma insensatez deixar de esforçar-se pela difusão de mecanismos de democracia participativa, pois a participação

popular dentro de um Estado permitiria um maior controle do povo sobre a atuação dos agentes públicos e estimularia o pluralismo e o debate dentro da sociedade.

Já Paulo Bonavides (2008) acredita que o sonho da implementação concreta da democracia direta idealizada por Rousseau (2002) não está tão distante. Apesar dos Estados abrangerem maiores circunscrições territoriais, com uma população enorme e cheia de diferenças sociais, culturais e econômicas, a modernidade conta com uma arma poderosa que pode unir toda a população rapidamente: a internet.

Assim, de acordo com o autor, através da tecnologia, torna-se possível a manifestação e organização de todos os indivíduos em prol das mais variadas causas. Bonavides (2008) defende, até mesmo, a abolição do voto nas urnas, uma vez que já seria possível o exercício da democracia direta através do uso do computador doméstico. A utilização da internet para esses fins tornaria possível a participação popular em tempo real nas mais diversas medidas políticas a serem tomadas, bem como poderia tornar essas decisões mais conscientes – na medida em que daria maior publicidade sobre os efeitos da decisão a ser adotada e permitiria o debate sobre novas alternativas na gestão pública.

A denominada democracia eletrônica, também conhecida como democracia digital, democracia virtual ou i-governo, pode ser compreendida como o uso amplo da internet e das demais tecnologias de informação e comunicação para aumentar a participação democrática e apresenta-se hoje como uma grande alternativa para tornar real o sonho democrático de Rousseau (2002), aproximando o povo - o verdadeiro titular do poder - da atuação estatal.

Essa conceituação de democracia eletrônica abrange a criação de arranjos institucionais inovadores que possibilitem a interação entre cidadãos e os representantes políticos. Trata-se da possibilidade de utilizar as novas tecnologias da comunicação e informação para possibilitar a divulgação de informações públicas em canais de fácil acesso, a realização de requerimentos e o recebimento de respostas dos órgãos públicos pela via cibernética. A democracia eletrônica abrange, ainda, a possibilidade de assinatura digital de projetos de iniciativa popular, realização de reuniões por videoconferência e transmissão das mesmas pela internet, a promoção de debates em tempo real entre cidadãos e agentes políticos, além de diversos outros mecanismos que permitam um contato rápido e direto entre qualquer indivíduo e o ente estatal.

De acordo com Rodotà (2008), a internet é capaz de retirar o cidadão de uma postura passiva, de apenas receber a informação (produzida de forma vertical, sobretudo pela televisão) e elevá-lo a uma postura ativa, de produtor dessa informação, o que o autor chama de comunicação horizontal. Essa democratização dos meios de comunicação que pode ser gerada pelas novas tecnologias é celebrada por Bonavides (2008) como meio de tornar o cidadão mais educado para a vivência política, assim como almejava Bobbio (1992; 2000).

Bonavides (2008) defende que a internet pode ser o grande artifício para a promoção de uma verdadeira democracia direta. A utilização dos computadores domésticos permitiria que qualquer indivíduo, de qualquer local, votasse e opinasse sobre os mais variados temas. Assim, de acordo com o autor, a internet seria capaz de tornar real o governo dos deuses almejado por

Rousseau (2002), na medida em que a extensão territorial dos países e até mesmo a diversidade cultural poderiam ser superadas pela velocidade e pela proximidade gerada a partir da internet. Em tempo real, indivíduos de diferentes partes do mundo podem conversar, e com os programas de tradução simultânea, até mesmo as diferenças linguísticas tornam-se barreiras superáveis em prol de um diálogo amplo, aberto e democrático.

Ademais, as várias informações que podem ser encontradas no ambiente virtual permitem que qualquer indivíduo interessado pesquise e aprenda sobre temas relevantes para a atuação estatal, como inflação, orçamento público, geração de emprego, bioética, diferenças culturais, entre outros. Desse modo, as novas tecnologias da informação demonstram ser infundada a crítica de autores como Schumpeter (1961) de que uma verdadeira democracia não poderia existir pelo simples fato de ser impossível aos cidadãos comuns entenderem sobre os temas que cercam o cotidiano político de um Estado.

Rodotà (2008) aponta a democracia eletrônica como forma de superar os modelos tradicionais e problemáticos de exercício da democracia participativa. Através do uso da tecnologia (sobretudo da internet), a participação popular nas decisões do poder não ocorreria de forma alternada, mas, sim, de forma contínua, rápida e barata. Os cidadãos poderiam fazer-se presentes a qualquer tempo e em qualquer localidade (RODOTÀ, 2008).

O acesso à rede mundial de computadores permite muito mais que um simples voto de concordância ou discordância em determinada proposta ou em determinado candidato a um cargo eletivo. O exercício da democracia eletrônica permite a consulta de informações, a exposição de ideias e opiniões, o debate de argumentos, o acompanhamento em tempo real da atuação dos representantes eleitos e o exercício de influência e até mesmo de pressão popular direta sobre os mesmos. Isso é um exercício da cidadania ativa, que Rodotà (2008) chama de era da “tecnopolítica”.

Mas, para que o ideal da democracia eletrônica torne-se um fato concreto e verossímil, é preciso mais do que a simples existência da tecnologia. As inovações no meio virtual só podem servir de fato ao povo se a elas for dada publicidade e uma real possibilidade de participação.

Nesse sentido, Rodotà (2008) defende que o Estado Democrático de Direito deve salvaguardar não só o direito à informação, mas também o direito ao acesso. De acordo com o autor, o direito à informação implica em publicidade dos atos estatais e permissão do acesso às informações de interesse social por qualquer indivíduo (RODOTÀ, 2008). Todavia, a simples divulgação das informações não é o suficiente. Conforme dito, Rodotà (2008) defende também a garantia do direito ao acesso, que, segundo o autor, não se limita ao direito de ser informado. Em verdade, o seu âmbito é muito maior, na medida em que o acesso é a faceta dinâmica do direito à informação. O direito ao acesso significa, portanto, o direito de obter a informação e de manifestar-se sobre ela. Dessa forma, o indivíduo deixa de ser sujeito passivo e torna-se também sujeito criador da informação, com a possibilidade de ouvir e ser ouvido pelos agentes do poder público, influenciando em suas decisões e oportunizando uma redistribuição do poder (RODOTÀ, 2008).

Assim, para que se garanta o direito à informação, à publicidade e à transparência, faz-se necessário cumprir três requisitos. Em primeiro lugar, essa publicidade precisa ser efetiva, ou

seja, os indivíduos precisam ter conhecimento da existência dos canais onde ocorrem divulgações oficiais sobre as decisões políticas do Estado. Além disso, essa publicidade precisa ser material, não bastando a divulgação da informação se ela é incompreensível para o cidadão comum. Deve-se divulgar as informações de modo que elas sejam facilmente compreendidas pelo povo. E, finalmente, deve-se divulgar as informações em meios de baixo custo de tempo e dinheiro, pois, é infrutífero dar transparência a dados e informações que não podem ser visualizados pela maior parte da população diante dos elevados dispêndios financeiros ou da grande dificuldade para encontrá-los.

O direito ao acesso, do mesmo modo, deve atender a alguns requisitos. Não basta apresentar informações, é preciso criar canais aptos ao recebimento e à troca de ideais e manifestações. Ademais, o acesso precisa ser universal para ser considerado efetivo. Desse modo, a criação de mecanismos de democracia eletrônica em um país onde nem todos podem ter acesso à internet não garantiria um real direito ao acesso.

A respeito do tema, cumpre destacar que no Brasil já estão sendo implementadas, aos poucos, iniciativas em prol da democracia eletrônica. É preciso ressaltar que foi um grande avanço a criação da Lei nº 12.527 (BRASIL, 2011), a Lei de Acesso à Informação, que previu a obrigatoriedade da União, Estados, Distrito Federal e Municípios manterem sítios oficiais na rede mundial de computadores. Esse diploma legal destaca, de forma intensa, a necessidade desses entes divulgarem informações e notícias aos cidadãos sobre as decisões tomadas no ambiente político.

Apesar do mérito da Lei nº 12.527 (BRASIL, 2011) ao garantir a publicidade, atualmente, espera-se um passo adiante na concretização da democracia eletrônica em solo brasileiro: o passo da efetiva participação popular. Não basta criar canais de acesso à informação nos quais o cidadão possa deixar uma mensagem ou sugestão. É preciso que o Estado trate com seriedade a participação popular, considerando a manifestação dos indivíduos, divulgando a existência e o modo de funcionamento desses canais de comunicação e habilitando todos os membros da comunidade política para utilizá-los.

Duarte e Carvalho (2013); Pereira (2014); Pinheiro (2014) e Santos (2012), e ao pesquisar sobre os diversos mecanismos de participação popular no Brasil, deixam claro que não basta a existência de instrumentos de democracia direta para que se torne uma decisão estatal legitimamente democrática. É preciso mais. É necessária uma atuação realmente proativa do Poder Público para divulgar os meios de participação e incentivar a atuação da sociedade civil na esfera pública.

É imprescindível garantir o maior acesso viável a todas as informações pertinentes para a comunidade e, além disso, permitir que os cidadãos conheçam a realidade sob todas as perspectivas, diminuindo a manipulação (RODOTÀ, 2008).

Tornam-se necessárias medidas para dar a todos a oportunidade de atuar nos espaços públicos da *web*. De acordo com Rodotà (2008), isso deve ser feito através da alfabetização e da educação sobre os serviços universais de computação. Do mesmo modo, surge o dever de criar políticas públicas adequadas para enfrentar essa nova realidade, permitindo uma conectividade adequada ao exercício de uma cidadania consoante o mundo sem fronteiras do *cyber* espaço

(RODOTÀ, 2008).

Na mesma linha, Pereira (2014) afirma que não é necessária só a existência de instrumentos de democracia direta; é preciso permitir que todos os conheçam e consigam participar efetivamente dos processos decisórios. Dessa forma, Pereira (2014) defende a utilização de propagandas educativas em meios de comunicação de massa - como rádio, ampla divulgação da pauta de convocação para participar de conselhos, consultas públicas e audiências públicas. O autor alerta, ainda que as deliberações nesses mecanismos de democracia direta sejam realizadas fora do horário comercial, a fim de permitir que estudantes e trabalhadores possam participar do processo decisório (PEREIRA, 2014).

Hoje, é possível dizer que esse direito ao acesso confunde-se com o direito à internet, na medida em que o *cyber* espaço torna-se o terreno capaz de permitir a ampla manifestação de todos os indivíduos sobre os rumos da comunidade. Assim, necessária a criação de medidas para que todos tenham oportunidade de atuar no ambiente público virtual de construção da democracia.

Desde a edição da Lei nº 12.527 (BRASIL, 2011), existe a obrigatoriedade dos órgãos públicos manterem sítios eletrônicos; no entanto, esses ambientes virtuais precisam reestruturar-se para criação de áreas de debates e votações públicas. Dentro dessa ótica de democracia digital, seria possível cogitar a utilização desses portais oficiais na internet para que o cidadão aprovasse ou rejeitasse projetos de normas jurídicas em conjunto com os legisladores. Assim, institutos como o plebiscito e o referendo, praticamente inócuos no Brasil (BRASIL, [2022]), poderiam ser revigorados a partir da possibilidade dos cidadãos manifestarem-se, dentro de suas próprias casas, sobre a concordância ou discordância a respeito de leis e emendas constitucionais.

Do mesmo modo, a partir de mecanismos de democracia eletrônica, seria possível a divulgação *online* a assinatura digital de leis de iniciativa popular, dando vida ao instituto que, apesar de previsto no art.14, III da Constituição (BRASIL, [1988]), ainda é tão pouco utilizado (BLUME, 2015).

A democracia virtual diminuiria, ainda, adversidades enfrentadas por outros mecanismos de democracia direta, como os problemas já mencionados por Duarte e Carvalho (2013); Pereira (2014); Pinheiro (2014); Santos (2012), e na medida em que possibilitaria a participação popular em qualquer horário, em qualquer local, para discutir e votar nas decisões a serem tomadas pelo Poder Público. As possibilidades são imensas. A internet pode ser utilizada como meio para impulsionar a realização de uma série de manifestações de democracia direta, uma vez que o *cyber* espaço apresenta-se como um campo hábil a permitir um debate plural das ideias a respeito dos temas que cercam a vida pública.

Nesse sentido, uma importante ação a ser tomada no âmbito da democracia digital a fim de permitir que a população requeira uma prestação estatal ou o delibere sobre as ações públicas de forma fácil e rápida é a utilização das redes sociais (*facebook, twitter, whatsapp*, entre outras) pelas entidades públicas. Tais redes sociais já apresentaram ao mundo o seu potencial democrático e estão sendo largamente utilizadas atualmente pela sociedade civil para a divulgação de opiniões e notícias não veiculadas pela grande mídia, além de serem um ambiente propício para a convocação

de assembleias populares, protestos, greves, ocupações e outras diversas espécies de manifestações (CASTELLS, 2013).

Um exemplo de utilização das redes sociais está no movimento “Ocupa UFJF” (OCUPA..., [2015]). Esse movimento está inserido dentro de uma série de ocupações estudantis ocorridas em todo o Brasil, no ano de 2016, contra vários projetos de leis, medidas provisórias e emendas à Constituição (BRASIL, [1988]), que seriam contrários aos anseios populares. Todas essas manifestações foram convocadas através das redes sociais e os manifestantes posicionaram-se contra os Projetos de Emenda Constitucional nº 53 (BRASIL, 2016b) e 55 (BRASIL, 2016c), que, de acordo com eles, permitiria a limitação do direito de greve por profissionais da educação e limitaria o investimento do Governo Federal em direitos sociais. As manifestações também eram contrárias à Medida Provisória nº 746 (BRASIL, 2016a), que alterava a estrutura do ensino médio - com a implementação de escolas de ensino médio em tempo integral e ampliação da carga horária mínima anual - além de tornar facultativo o ensino da arte e da educação física durante esse período escolar (BRASIL, 2016c). Nesse contexto, mais de mil escolas e mais de oitenta universidades foram ocupadas no Brasil em 2016 (RBA, 2016), revelando insatisfação, principalmente dos jovens, com o Poder Executivo e Legislativo do país e uma intensa crise de representatividade democrática.

Dentro do contexto das ocupações em âmbito nacional, o movimento “Ocupa UFJF” (OCUPA..., [2015]) ocupou a Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Os manifestantes acamparam por vários dias no prédio da reitoria, protestando contra a referida medida provisória e os projetos de emenda constitucional, bem como por outras demandas estudantis de âmbito local.

O movimento “Ocupa UFJF” (OCUPA..., [2015]) logrou êxito em alguns dos seus requerimentos, como o aumento da representação estudantil no Conselho Superior (CONSU) - órgão de deliberação máxima da UFJF. Além disso, conseguiu-se implementar medidas que estão aliadas à necessidade da democracia eletrônica, como a transparência nas reuniões do CONSU, com a transmissão das mesmas por *streaming* (OCUPA..., [2015]), permitindo aos alunos acompanhar em tempo real as decisões tomadas por esse Conselho.

Percebe-se, assim, que a internet tem ganhado um espaço importante para a garantia da democracia, uma vez que se torna *locus* de voz aos anseios populares, sendo campo hábil a permitir uma interação direta não só entre Poder Público e cidadãos, como também entre estes e o restante do mundo, dando uma maior amplitude às manifestações e demandas sociais, facilitando a reunião de pessoas em prol de objetivos comuns.

Obviamente, jamais se poderá assegurar uma segurança absoluta na internet. Mas isso também não se revela uma novidade, haja vista que não há segurança completa em qualquer meio democrático. A própria história brasileira está repleta de tentativas de fraude ou manipulação das decisões políticas, seja pelo uso da força, através do voto de cabresto ou pela violência armada contra as manifestações populares (HISTÓRIA DO BRASIL, 2017b), seja pela censura à imprensa e demais meios de comunicação (HISTÓRIA DO BRASIL, 2017a). No restante do mundo não é diferente. Um exemplo dessa tentativa de fraude à vontade popular ocorreu recentemente no

escândalo da fraude nas eleições norte-americanas, que ainda são eleições realizadas pelo voto em cédulas de papel, sem urnas eletrônicas (24 ESTADOS..., 2016).

Apesar dos mecanismos da democracia eletrônica estarem sujeitos à fraude tanto quanto os demais instrumentos democráticos já existentes, a sua grande vantagem reside no fato de que o controle absoluto dos meios digitais é impossível, pois as inovações destinadas a garantir a privacidade crescem à medida que suspeitas de ataques e fraudes aparecem. Assim, não há como existir um órgão ou entidade alcançar o controle geral e irrestrito da *web*.

A internet apresenta-se, cada vez mais, como um ambiente eficiente e adaptável de comunicação, capaz de superar tentativas de interrupção por parte de organizações político-ideológicas ou governos autoritários (CASTELLS, 2013). Nesse sentido, físico britânico, cientista da computação e criador da *World Wide Web*, Tim Berners-Lee (MILÊNIO..., 2016), já esclareceu que a internet foi criada de forma descentralizada, através de um complexo de máquinas interligados por fios, satélites e cabos submarinos ao redor do globo terrestre, sendo impossível ocorrer um desligamento total da rede mundial de computadores (MILÊNIO..., 2016).

Finalmente, destaca-se que outros mecanismos mais protegidos e eficazes podem ser pensados para garantir plataformas altamente seguras de participação popular pela via digital. Os indivíduos, geralmente, estão acostumados a navegar pela *surface web*, uma plataforma visível, na qual existem os buscadores como o *Google* e as *home pages* de diversos sites (FRANCO, 2015). Mas, diante da insegurança da *surface web*, hoje já existem outras plataformas muito mais seguras. A *deep web*, por exemplo, é a plataforma na qual estão os sites protegidos, que necessitam de *login* e senha. Nela estão localizados os *e-mails* e o *whatsapp* (FRANCO, 2015). No entanto, na *deep web* já não se consegue garantir a privacidade total, razão pela qual foi criada a *dark web*, a plataforma mais protegida na atualidade, pois é praticamente impossível rastrear os passos dos usuários, já que suas informações passam por várias camadas de encriptação até chegar ao destino, tornando altamente improvável que algum dado transmitido dessa forma seja descriptado e modificado (FRANCO, 2015). Infelizmente, hoje, a *dark web* ainda é vista só como um local propício para a prática de crimes, no entanto, a sua tecnologia poderia ser usada na criação de ambientes seguros para a votação e participação popular.

É inegável o poder democratizante a partir da utilização da tecnologia; no entanto, para alcançar uma verdadeira e efetiva participação popular através dos meios digitais, é preciso garantir transparência e publicidade dos atos estatais, bem como criar ambientes virtuais seguros e de fácil acesso, com uma linguagem simples e didática que permitam a aproximação de todo e qualquer cidadão das decisões públicas.

CONCLUSÃO

O presente trabalho pretendia responder à indagação sobre a viabilidade do uso das tecnologias da informação e comunicação para o aprimoramento da democracia direta.

A partir da teoria democrática de Rousseau (1985; 2002) concluiu-se que os atuais mecanismos de democracia participativa são pouco eficientes para a satisfação dos anseios populares e, na busca de uma alternativa para salvar a democracia direta, permitindo que o povo torne-se o verdadeiro titular do poder, surge a hipótese de utilização do ciberespaço como local apto a permitir a aproximação de toda a população aos centros do poder.

A partir da pesquisa realizada, demonstrou-se que a difusão ampla de informações, a possibilidade de manifestação, debates e convocação de reuniões tornam a internet um ambiente próspero para a concretização da participação democrática.

No entanto, para confirmar a referida hipótese, é preciso encarar os mecanismos de democracia eletrônica com seriedade e considerar que o direito de acesso deve significar não só a publicidade das informações, mas também a transmissão dessas informações de forma clara e segura, a fim de realmente permitir ao povo a prerrogativa de influenciar as decisões do Estado.

Ao analisar de forma detalhada a questão da democracia eletrônica, a presente pesquisa foi capaz de demonstrar que a tecnologia da comunicação e informação torna-se essencial para a participação popular efetiva e plural nas decisões políticas do Estado e, conseqüentemente, para possibilitar novas perspectivas para a participação popular.

REFERÊNCIAS

24 ESTADOS e DF têm protestos contra o governo Temer nesta sexta. **G1**, Rio de Janeiro, 10 jun. 2016. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2016/06/estados-tem-protestos-contra-governo-temer-nesta-sexta-feira.html>. Acesso em: 4 ago. 2022.

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. **Filosofando**: introdução à filosofia. 3. ed. São Paulo: Moderna, 2003.

ARAÚJO, Eduardo Borges; FERNANDES, João Marcos Silva; FEDALTO, Thyse. Instrumentos de democracia direta na América Latina: uma breve incursão no direito comparado. **Paraná Eleitoral**, Curitiba, v. 1, n. 2, p. 171-182, 2012. Disponível em: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tre-pr-parana-eleitoral-revista-2-artigo-5-araujo-fernandes-e-fedalt>. Acesso em: 3 ago. 2022.

BLUME, Bruno André. **04 projetos de iniciativa popular que viraram leis**. Juiz de Fora: POLITIZE!, 2015. Disponível em: <https://www.politize.com.br/4-projetos-de-iniciativa-popular-que-viraram-leis/>. Acesso em: 4 ago. 2022.

BOBBIO, Norberto. Teoria Geral da Política. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

_____. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 3 ago. 2022.

BRASIL. Advocacia Geral da União. Lei complementar nº 135, de 4 de junho de 2010. Altera a lei complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 4 jun. 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp135.htm. Acesso em: 4 ago. 2022.

BRASIL. Advocacia Geral da União. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 148, n. 221-A, p. 1, 18 nov. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm. Acesso em: 4 ago. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Reforma política infraconstitucional**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2015]. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/reforma-politica-infraconstitucional>. Acesso em: 8 ago. 2022.

BRASIL. Lei nº 11.124, de 16 de junho de 2005. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social – SNHIS, cria o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social – FNHIS e institui o Conselho Gestor do FNHIS. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 142, n. 115, p. 1, 16 jul. 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111124.htm. Acesso em: 3 ago. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 29 jan. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm. Acesso em: 3 ago. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça. Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 140, n. 249, p. 1, 22 dez. 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.826.htm. Acesso em: 3 ago. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça. Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 6746, 15 jul. 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm. Acesso em: 3 ago. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 14303, 25 jul. 1990. Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm. Acesso em: 3 ago. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 135, n. 189, p. 21801, 30 set. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm. Acesso em: 3 ago. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça. Lei nº 9.709, de 18 de novembro de 1998. Regulamenta a execução do disposto nos incisos I, II e III do art. 14 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 9, 18 nov. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19709.htm. Acesso em: 4 ago. 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Medida Provisória nº 746, de 2016**. Institui a política de fomento à implementação de escolas de ensino médio em tempo integral, altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, e a Lei nº 11.494 de 20 de junho 2007, que regulamenta o fundo de manutenção e desenvolvimento da educação básica e de valorização dos profissionais da educação, e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 2016a. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/126992>. Acesso em: 4 ago. 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de emenda à constituição nº 53, de 2016**. Altera os arts. 9º e 37 da Constituição Federal para estabelecer a educação como serviço essencial. Brasília, DF: Senado Federal, 2016b. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127317>. Acesso em: 4 ago. 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de emenda à constituição nº 55, de 2016**. Altera o Ato das disposições constitucionais transitórias, para instituir o novo regime fiscal, e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 2016c. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127337>. Acesso em: 4 ago. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Plebiscitos e referendos**. Plebiscito e referendo são consultas ao povo para decidir sobre matéria de relevância para a nação em questões de natureza constitucional, legislativa ou administrativa. Brasília, DF: TSE, 2022. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/plebiscitos-e-referendos/plebiscito-e-referendo>. Acesso em: 4 ago. 2022.

CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança: Movimentos sociais na Era da Internet**. Editora: Zahar. 2013.

CPRPDEL - **COALIZÃO PELA REFORMA POLÍTICA DEMOCRÁTICA E ELEIÇÕES LIMPAS**. Brasília: CPRPDEL, c2014. Disponível em: <https://www.facebook.com/ReformaPoliticaDemocratica>. Acesso em: 04 ago. 2022

DIAS, João Marcus Pires. **O orçamento participativo na cidade de São Paulo**: confrontos e enfrentamentos no circuito do poder. 2006. 165 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <https://sapiencia.pucsp.br/bitstream/handle/3757/1/CSO%20-%20Joao%20Marcus%20Pires%20Dias.pdf>. Acesso em: 4 ago. 2022.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades; CARVALHO, Ecaroline Pessoa de. **Análise do impacto**

das decisões dos Tribunais Superiores nas decisões do STF após a audiência pública da saúde. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, n. 58, p. 83-107, 2013. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/34866/21634>. Acesso em: 4 ago. 2022.

FRANCO, Deivison Pinheiro; MAGALHÃES, Suyanne Ramos. **A dark web – navegando no lado obscuro da internet.** Revista Amazônia em foco: ciência e tecnologia. Volume 04, nº 06, 2015. Disponível em: <<http://revistafcat.fcet.dominiotemporario.com/index.php/path/article/view/27/0>>. Acesso em: 10 de abril de 2016.

HISTÓRIA DO BRASIL. **Ditadura Militar no Brasil.** Disponível em: <<http://www.historiadobrasil.net/ditadura/>>. Acesso em: 15 de abril de 2017a.

HISTÓRIA DO BRASIL. **República Velha.** Disponível em: <<http://www.historiadobrasil.net/republica/>>. Acesso em: 15 de abril de 2017b.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MILÊNIO: “O primeiro objetivo da web era que ela fosse universal”, diz Tim Berners Lee. **G1**, Rio de Janeiro, 24 maio 2016. Disponível em: <https://g1.globo.com/globonews/milenio/video/milenio-o-primeiro-objetivo-da-web-era-que-ela-fose-universal-diztim-berners-lee-5044712.ghtml>. Acesso em: 4 ago. 2022.

OCUPA UFJF. [S. l.: s. n.], [2015]. Disponível em: <https://www.facebook.com/ocupaUFJF/?fref=ts>. Acesso em: 4 ago. 2022.

PEREIRA, Lucas Delage. **Os conselhos municipais como instrumento de democracia participativa:** análise do conselho municipal de educação de Juiz de Fora. 2014. 49 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2014. Disponível em: <https://repositorio.ufjf.br/jspui/bitstream/ufjf/4919/1/lucasdelagepereira.pdf>. Acesso em: 4 ago. 2022.

PINHEIRO, Raíssa. **O orçamento à luz da democracia participativa:** análise de algumas experiências de orçamento participativo. 2014. 73 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2014. Disponível em: <https://repositorio.ufjf.br/jspui/bitstream/ufjf/5073/3/raissapinheiro.pdf>. Acesso em: 4 ago. 2022.

RBA - REDE BRASIL ATUAL. **Ocupações contra PEC 241 chegam a 1.108 escolas e 82 universidades.** São Paulo: RBA, 2016. Disponível em: <https://www.redebrasilatual.com.br/educacao/2016/10/82-universidades-e-mais-de-mil-escolas-estao-ocupadas-contra-a-pec-241-871/>. Acesso em: 4 ago. 2022.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância:** a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens.** Brasília, DF: Editora UnB, 1985.

_____. **Do contrato social.** Ridendo Castigat Mores Ebook. 2002.

Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/contratosocial.pdf>. Acesso em: 10 de julho de 2015.

SANTOS, Bruno Grego. Democracia e sustentabilidade: a participação popular na administração pública ambiental. *In*: SANTOS, Bruno Grego; BERNARDO, Leandro Ferreira; FRACALOSSO, William (org.). **Temas avançados da advocacia pública II: meio ambiente e sustentabilidade**. Maringá: UniCorpore, 2012. p. 37-80.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961.

ZVIRBLIS, Alberto Antônio. **Democracia participativa e opinião pública: cidadania e desobediência civil**. São Paulo. Editora RCS. 2006.

Como citar: CALEGARI, Priscilla de Oliveira; DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. Desafios da participação popular no Brasil. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 2, p. 89-110, out. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n2p.89. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 16/09/2020

Aprovado em: 04/05/2022

**A REGULAÇÃO DE SANEAMENTO BÁSICO
E O NOVO MARCO REGULATÓRIO:
CARACTERÍSTICAS, COMPETÊNCIAS E
DELEGAÇÃO**

THE REGULATION OF BASIC SANITATION
AND THE NEW REGULATORY FRAMEWORK:
CHARACTERISTICS, COMPETENCIES AND
DELEGATION

Paulo André Freires Paiva*
Rômulo Guilherme Leitão **

*Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (Fortaleza - CE, Brasil). Especialista em Processo Civil. Procurador do Município de Fortaleza.
E-mail: p.a.freirepaiva@gmail.com

**Professor da Universidade de Fortaleza (Fortaleza - CE, Brasil). Pós-doutorado em Ciência Política na Boston University. Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza.
E-mail: romuloleitao@unifor.br

Como citar: PAIVA, Paulo André Freires; LEITÃO, Rômulo Guilherme. A regulação de saneamento básico e novo marco regulatório: características, competências e delegação. **Revista de Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 2, p. 111-131, out. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n2p.111. ISSN: 1980-511X.

Resumo: O direito social fundamental ao saneamento básico é concretizado por meio da oferta universal dos respectivos serviços públicos à população. Todavia, o Estado tem encontrado sérias dificuldades para universalizar o serviço. Nesse contexto, a função de regulação assume papel central, apresentando-se como instrumento de garantia da realização do direito constitucional, sobretudo diante da tendência atual de maior participação do investidor privado no setor, sendo necessário indagar quais são suas características principais. Para tanto, este artigo pretende analisar a função de regulação de saneamento básico, a fim de compreender seus elementos, investigando seu processo de delegação, com a proposição de um modelo adequado para transferência da função. O estudo dá especial destaque às alterações promovidas no marco regulatório pela Lei nº 14.026/2020 e traz a análise do modelo de delegação para a agência reguladora do Estado do Ceará. Adota-se a metodologia de pesquisa teórica, bibliográfica e documental, com a utilização de doutrina, artigos científicos e jurisprudência.

Palavras-chave: saneamento básico; regulação; características; delegação; requisitos.

Abstract: Basic sanitation is a fundamental right that is upheld with the universal provision of respective public utilities to the

population. However, the State has encountered serious difficulties in universalizing this utility. In this context, the regulatory function of the State assumes a central role, presenting itself as an instrument to guarantee the realization of this constitutional right, especially in view of the current trend of greater participation of private investors in this sector. Moreover, it is necessary to question what its main characteristics are. Additionally, this article intends to analyze basic sanitation regulation, understand its elements, its delegation process, and offer a proposal of a functional model. Finally, this study emphasizes the changes in the regulatory framework promoted by Law 14.026/2020 and investigates a delegation model for the regulatory agency of the State of Ceará, Brazil. The theoretical, bibliographic, and documentary research methodology is utilized, with the use of doctrine, scientific articles, and jurisprudence.

Keywords: Basic sanitation; regulation; characteristics; delegation; requirements.

INTRODUÇÃO

Este artigo pretende analisar a regulação setorial dos serviços públicos de saneamento básico e o seu processo de delegação, com ênfase nas alterações promovidas pela Lei nº 14.026/2020 (BRASIL, 2020a) no marco regulatório Lei nº 11.445/2007 (BRASIL, 2007b). Em específico, tem por escopo examinar aspectos da Lei nº 14.394/2009 (CEARÁ, 2009), do Estado do Ceará, que trata da competência da Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará (ARCE) para regular o setor.

É inquestionável que o direito ao saneamento básico goza do *status* de direito fundamental social. Não por outra razão, em 2010, a Resolução A/RES/64/292 (UNITED NATIONS, 2010), da Assembleia Geral das Nações Unidas incluiu o saneamento básico no rol dos direitos humanos essenciais.

Tal direito fundamental é concretizado pela oferta universal de serviços públicos de saneamento básico à população, que demanda investimentos constantes e progressivos. Para incrementar o volume de recursos aplicados no setor e viabilizar a realização das novas metas de expansão (atendimento de 99% da população com água potável e de 90% da população com coleta e tratamento de esgotos até 31 de dezembro de 2033, nos termos do art. 11-B, *caput*, da Lei nº 11.455/2007 (BRASIL, 2007b), a Lei nº 14.026/2020 (BRASIL, 2020a), que atualizou o marco do saneamento básico, pretende atrair o capital privado, induzindo a delegação dos serviços a empresas particulares, com a redução do campo para gestão associada, fórmula de cooperação entre entes federativos.

Neste contexto de maior abertura à participação privada e de maior demanda por efetividade e qualidade na prestação dos serviços, com a inserção de metas vinculantes expressas na legislação, a função de regulação tende a se expandir, assumindo papel fundamental para o desenvolvimento do setor, a demandar um estudo adequado do marco regulatório, a fim de compreender suas características principais e seus propósitos específicos.

Salvo em regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, a regulação dos serviços de saneamento básico é competência exclusiva municipal. Todavia, a maioria dos Municípios brasileiros não dispõe de estrutura para realizar a referida atividade, razão pela qual o legislador faculta sua delegação a entidades reguladoras de outros entes federativos. Considerando a relevância da função, importa encontrar o modelo adequado para tratar da sua transferência.

Ademais, no Estado do Ceará, a Lei estadual nº 14.394/2009 (CEARÁ, 2009) estabelece que compete à ARCE a regulação dos serviços de saneamento básico sempre que forem prestados pela Companhia de Água e Esgoto do Ceará (CAGECE). Por pretender inovar sobre as regras de delegação, tal dispositivo também merece ser objeto de análise, com vistas a perquirir se seu conteúdo é compatível com a Lei nº 11.445/2007 (BRASIL, 2007b) e se respeita a autonomia do ente titular dos serviços.

Para alcançar os objetivos traçados, é realizada pesquisa bibliográfica e documental na legislação e na jurisprudência. A abordagem é qualitativa. Quanto à estrutura, de início, analisa-

se os aspectos relevantes dos serviços públicos de saneamento básico. Em seguida, é tratada da regulação dos serviços públicos. Depois, são vistas as características próprias da regulação setorial do saneamento básico. Por fim, examina-se a constitucionalidade da forma de delegação da função de regulação à ARCE, prevista pela Lei estadual nº 14.394/2009 (CEARÁ, 2009).

1 SERVIÇOS PÚBLICOS DE SANEAMENTO BÁSICO: COMPETÊNCIA E FORMAS DE PRESTAÇÃO

A Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) alterou de modo significativo a competência para execução do saneamento básico. Antes, a participação dos Municípios na prestação de serviços de saneamento era diminuta, pois o financiamento ficava a cargo da União e a operação material, sob responsabilidade dos Estados (NOHARA; POSTAL JÚNIOR, 2018, p. 393).

Após a divisão de competências promovida pela Constituição, salvo em regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, quando a sua prestação é compartilhada entre Municípios e Estados, os serviços públicos de saneamento básico são de interesse local, na forma do art. 30, V, da Constituição e, por isso, de competência exclusiva dos Municípios.

É importante não confundir a competência para prestação dos serviços com a atribuição para promover a melhoria das condições de saneamento básico, prevista no art. 23, IX, da Constituição, que diz respeito à obrigação comum, de todos os entes, de aportar recursos no segmento. Em suma: a responsabilidade para o investimento é comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, mas a tarefa de prover os serviços de saneamento básico, isto é, de fazer com que tal comodidade chegue à população, é, em regra, exclusiva dos Municípios ou, em casos específicos, realizada em conjunto com Estados.

Consoante o art. 30, V, da Constituição Federal, é competência dos Municípios a prestação dos serviços públicos de interesse local, concebidos como aqueles que se relacionam mais intensamente com a realidade municipal, razão pela qual devem se conformar e se organizar de acordo com as particularidades de cada Município.

Não é exigido que o interesse seja exclusivamente local, porquanto se adota o critério predominância. Logo, para definir o âmbito do alcance de determinado serviço, classificando-o como local, regional e nacional, deve-se perquirir qual ente mais afetado pela prestação. Se o serviço há que se ajustar às características de cada Município, então, ele será de interesse local. Ao realizar essa operação comparativa, conclui-se que o serviço de saneamento básico se conecta de forma direta aos interesses municipais.

No exercício de sua autonomia, dois ou mais Municípios, observadas determinadas condições, também podem conjugar forças e compartilhar a titularidade dos serviços de saneamento básico em regime de gestão associada de serviços, mediante a celebração de consórcio público ou convênio de cooperação. Trata-se de forma de parceria intermunicipal consensual.

Ainda que os Municípios se reúnam em regiões metropolitanas, aglomerações urbanas

e microrregiões, mediante lei complementar estadual, o serviço de saneamento básico não se converte em serviço de interesse regional, exclusivo do Estado, mas passar a ser comum de Municípios e Estado, que o prestarão de forma conjunta. Essa foi a tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento da ADI 1.842/RJ (BRASIL, 2013a). Tal entendimento também restou positivado no art. 8º da Lei nº 11.445/2007 (BRASIL, 2007b), com redação dada pela Lei 14.026/2020 (BRASIL, 2020a).

Portanto, a titularidade dos serviços de saneamento básico pertence: ao Município, isoladamente; a um grupo de Municípios reunidos em regime de gestão associada e, por último, aos Municípios e ao Estado, conjuntamente, em regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões.

Quanto à execução, os serviços de saneamento básico admitem duas formas de prestação: a direta ou a indireta. A prestação direta ocorre por meio de órgão ou entidade do próprio do titular dos serviços, inclusive autarquia intermunicipal da qual integre, no âmbito da gestão associada de serviços. Também será considerada execução direta, no caso de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, a prestação de serviços por intermédio de entidade administrativa de qualquer um dos Municípios ou do Estado que integram o complexo regional, visto que a titularidade do serviço é partilhada entre aqueles entes (art. 8º, II, da Lei nº 11.445/2007 (BRASIL, 2007b).

A execução indireta, por outro lado, faz-se por delegação negocial, formalizada por contrato de concessão de serviços públicos, quando a entidade que executar os serviços for empresa privada ou estatal não pertencente à Administração do ente titular dos serviços. Trata-se espécie de descentralização por colaboração, que “transfere a execução de determinado serviço público a pessoa jurídica de direito privado, previamente existente, conservando o poder público a titularidade do serviço” (DI PIETRO, 2017, p. 58).

Destaca-se que a liberdade do poder público para decidir pela delegação integral ou apenas uma ou algumas das quatro espécies de serviços, segundo a regra da interdependência (art. 12, *caput*, da Lei nº 11.445/2007 (BRASIL, 2007b), foi mitigada pela previsão do princípio da prestação concomitante dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário (art. 2º, XVI, da Lei nº 11.445/2007 (BRASIL, 2007b). Desse modo, o serviço de abastecimento deve ficar atrelado ao de esgotamento, a serem ambas as atividades executadas pelo mesmo prestador.

Também cumpre dizer que, antes das alterações promovidas pela Lei nº 14.026/2020 (BRASIL, 2020a), a prestação indireta podia ser realizada de duas maneiras: por concessão, precedida de licitação na modalidade concorrência; ou mediante contrato de programa, autorizado por contrato de consórcio público ou por convênio de cooperação, a permitir que uma entidade da Administração Indireta de outro ente da federação fosse convocada a prestar os serviços de saneamento básico. Apenas vedava-se a delegação formalizada por convênios, termos de parceria ou outros instrumentos de natureza precária.

Pois bem. Com a edição da Lei nº 14.026/2020 (BRASIL, 2020a), restou proibida a celebração de novos contratos de programa para prestação de serviços de saneamento básico,

preservados os vigentes até seu termo final, art. 10, § 3º, da Lei nº 11.445/2007 (BRASIL, 2007b). Isso significa que a única forma de execução indireta é pela via da concessão precedida de certame licitatório. Note-se que ainda é possível a execução de tais atividades por pessoas administrativas de outro ente federativo, mas desde que participem de procedimento licitatório e, no bojo do certame, ofereçam a melhor proposta e se saírem vencedoras, não se cogitando sequer dispensa ou inexigibilidade de licitação (art. 10, *caput*, da Lei nº 11.445/2007 (BRASIL, 2007b).

A exigência de licitação para prestação indireta dos serviços é reforçada pelo princípio da seleção competitiva do prestador, art. 2º, XV, da Lei nº 11.445/2007 (BRASIL, 2007b). Dessa forma, também deixa de existir respaldo legal para outorga direta de serviços a empresas e entidades de direito público vinculadas a ente federativo que não o titular, por meio da celebração de contrato não precedido de certame licitatório.

Além de proibir o contrato de programa, a Lei nº 14.026/2020 (BRASIL, 2020a) cria uma série de condições para gestão associada de serviços de saneamento básico por meio de consórcios, interditando a participação de Estados na composição dos consórcios públicos e, principalmente, determinando que sua atribuição fique restrita ao financiamento da infraestrutura necessária ao serviço.

Destaque-se que a prestação de serviços públicos de saneamento pelo consórcio intermunicipal aos consorciados requer a criação de autarquia intermunicipal, formada por todos os entes participantes, a impedir a utilização de entidade exclusiva de determinado Município, ainda que integrante do consórcio, art. 8º, § 1º, I e II, da Lei nº 11.445/2007 (BRASIL, 2007b).

Em contrapartida, a gestão associada por meio de convênio de cooperação é facilitada, com a dispensa de autorização legal para sua celebração, admitindo a presença da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, art. 8º, § 4º, da Lei nº 11.445/2007 (BRASIL, 2007b). Destaque-se que tal formato de gestão associada, além da prestação propriamente dita dos serviços, pode ter por objeto a realização de outras funções relacionadas à execução da atividade, a exemplo da função de regulação.

Por esse panorama, vê-se que a reforma do marco do saneamento básico não chega a vedar por completo a gestão associada para prestação de serviços de saneamento básico, pois admite os convênios de cooperação e os consórcios públicos. Contudo, de um modo geral, reduz o espaço para cooperação interfederativa consensual, ao restringir as atribuições do consórcio público e ao obstar a celebração contrato de programa. A intenção do legislador é que o investidor privado aporte recursos e tome o lugar das autarquias e empresas estatais, com pouca ou nenhuma capacidade financeira para cumprir as novas metas de expansão e que prestavam serviços a outros entes com base em contratos de programa.

Seguindo esse movimento em direção ao setor privado, a reforma legislativa também torna expressa a concessão da atividade de saneamento por meio de parceria público-privada de que trata a Lei nº 11.079/2004 (BRASIL, 2004), que possui como característica a união de recursos públicos e particulares e a repartição de riscos e ganhos econômicos entre as partes, ao contrário da concessão comum, regida pela Lei nº 8.987/1995 (BRASIL, 1995), que não prevê a realização

de investimentos por parte do poder concedente e que coloca os riscos da atividade como encargo do concessionário.

Acrescente-se ainda que, com a recente previsão de compartilhamento de receitas entre concedente e concessionário, art. 10-A, II, da Lei nº 11.445/2007 (BRASIL, 2007b), o regime comum de concessão de serviços de saneamento básico, de um modo geral, já ganha a forma de uma parceria público-privada, aproximando-se de tal regime.

A propósito, no âmbito dos serviços de saneamento básico, tem-se que a modalidade mais adequada de parceria público-privada é a concessão patrocinada, por meio da qual o serviço é custeado por tarifa dos usuários, a ser complementada com a contraprestação pecuniária do parceiro público.

A outra modalidade de parceria público-privada é a concessão administrativa, quando o serviço concedido é remunerado apenas por contraprestação do parceiro público. A despeito de não haver vedação legal, tal forma de contratação parece não se ajustar aos fins pretendidos pela Lei nº 11.445/2007 (BRASIL, 2007b), notadamente após as alterações promovidas pela Lei nº 14.026/2020 (BRASIL, 2020a). Importante dizer que, caso seja adotado o regime de parceria, é possível subdelegar até 25% do valor contratual, art. 11-A da Lei nº 11.445/2007 (BRASIL, 2007b).

Os aspectos dos serviços públicos de saneamento básico apresentados acima são determinantes para compreensão do modelo de regulação setorial, a ser tratado nas seções seguintes.

2 REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

O termo regulação estatal comporta vários sentidos, que variam em amplitude. Por uma noção mais alargada, representa qualquer intervenção do Estado no campo econômico, voltada a fins específicos, seja pelo uso de meios diretos, seja com o emprego de mecanismos indiretos. Sob uma visão menos abrangente, significa a atuação estatal indireta de regramento da economia, compreendendo atos legislativos e administrativos. Essa última acepção é a adotada pelo art. 174, *caput*, da Constituição (BRASIL, 1988).

Afastada desse último conceito a atividade própria do Poder Legislativo, tem-se a noção de regulação como função administrativa, consistente na atividade de normatização técnica, atribuição de direitos e de incentivos, fiscalização e solução de conflitos, no âmbito de atividade econômica ou serviço público (SOUTO, 2008). Trata-se do conceito funcional de regulação.

Com foco no seu objeto, regulação também pode ser entendida como a competência estatal de disciplina das atividades econômicas, inclusive serviços públicos, que dirige o comportamento dos agentes econômicos para determinada direção, com o estímulo dos padrões de conduta reputados adequados e inibição dos indesejados (MOREIRA, 2014, p. 111-112).

Quanto ao aspecto finalístico, Souto (1999, p. 129) assinala que a função regulatória pode possuir três objetivos essenciais, a saber: controlar monopólios; fomentar a competição e, por

fim, assegurar a prestação de serviços públicos adequados. Para tanto, congrega uma gama de outras funções administrativas, como a de fomento, de polícia administrativa e a normativa. Essa interconexão de funções em torno de propósitos comuns dá à função de regulação identidade própria (MENDONÇA, 2010, p. 131).

O movimento de delegação de serviços públicos para o setor privado, ocorrido no Brasil na década de 1990, no âmbito do Plano Diretor de Reforma do Aparelho de Estado, foi fator determinante para o fortalecimento da regulação e reformulação do perfil regulatório, com adoção do modelo de agências reguladoras independentes, inspirado na experiência norte-americana (MARQUES NETO, 2005).

No Brasil, a função de regulação chega em seu estágio atual quando a execução dos serviços públicos passa a ser delegada à iniciativa privada. Ou seja, a partir do momento no qual o Estado se afasta da função de provedor direto dos serviços públicos e se concentra em atuar como gestor e regulador dos serviços (VIEIRA, 2018, p. 457).

Sob o paradigma da prestação direta de serviços públicos, a função regulatória integrava a própria execução do serviço, visto que o ente prestador, sob o controle estatal, atuava como *longa manus* do Estado, entendendo-se por prestação direta de serviços públicos aquela realizada por empresas sob controle estatal, inclusive pertencentes à Administração Indireta. Assim, prestação e regulação concentravam-se em uma mesma estrutura estatal (MARQUES NETO, 2005).

Contudo, após a reforma da Administração Pública da década de 1990, a função regulatória teve que ser destacada da atividade de prestação e cometida a instâncias estatais especializadas e independentes, despontando como instrumento indispensável para garantir que o prestador privado explore a atividade de forma legítima, cumpra as obrigações assumidas e, assim, forneça o serviço adequado aos usuários.

A par disso, a regulação destinada aos serviços públicos possui fins específicos em relação a que incide sobre atividades econômicas em sentido estrito. Importa notar que a atividade econômica é gênero, que compreende os serviços públicos (atividade econômica em sentido amplo) e as atividades econômicas em sentido estrito (GRAU, 2010, p. 101). Enquanto o enfoque da regulação da atividade econômica em sentido estrito é a promoção da competição e da livre concorrência, o escopo da regulação dos serviços públicos é garantir que o prestador privado forneça o serviço adequado (SOUTO, 2008, p. 8).

É dizer: a regulação setorial assegura que o usuário receba um serviço que atenda as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia e modicidade das tarifas, art. 6º, § 1º, da Lei nº 8.987/1995 (BRASIL, 1995). Tais elementos serão densificados pelo titular do serviço, por meio das disposições das cláusulas editalícias e contratuais e, principalmente, pelo trabalho da normatização técnica da entidade reguladora (GARCIA, 2019, p. 81).

A noção de serviço público adequado expressa um ideal social, qual seja: a oferta de utilidades capazes de atender satisfatoriamente necessidades coletivas. Por outro lado, é cediço que os serviços públicos são considerados, pelo menos em sentido amplo, atividades econômicas

(GRAU, 2010, p. 101). O reflexo disso é o entrelaçamento de aspectos sociais e econômicos. Mesmo porque “toda regulação é sustentada por uma mistura de valores sociais e econômicos interconectados e interdependentes” (WINDHOLZ; HODGE, 2013, p. 14).

Entretanto, o que vem a prevalecer na regulação dos serviços públicos são os fatores sociais inerentes ao conceito de serviço adequado e à própria noção material de serviço público, compreendida como atividade provedora de utilidades materiais, destinada a atender o “bem-estar” da coletividade (ARAGÃO, 2009).

Isso não significa desconsiderar o ideal da livre concorrência, valor que também deve ser protegido pela regulação dos serviços públicos, sempre que possível (SOUTO, 2008). Todavia, a promoção da competição representa um objetivo secundário, a ser promovido na medida em que for útil a alcançar o serviço adequado. Ademais, importa considerar que a livre concorrência nem sempre é viável, como no caso dos serviços públicos que constituem monopólios naturais. Nesse caso, a regulação setorial deve compensar a falha de mercado, atuando em substituição à ação da concorrência (GARCIA, 2019, p. 84-85).

Com efeito, na seara dos serviços públicos, até questões eminentemente econômicas recebem o influxo de ideais sociais e de interesse público, como a matéria relativa à política tarifária, que deve se orientar pelo princípio da modicidade da tarifa, previsto no art. 6º, § 1º, da Lei nº 8.987/1995 (BRASIL, 1995).

Portanto, conclui-se que a regulação dos serviços públicos é preponderantemente social, entendida como aquela que tem o propósito primordial de assegurar que demandas importantes da sociedade sejam atendidas, sem, contudo, desconsiderar os fatores secundários econômicos relevantes (WINDHOLZ; HODGE, 2013, p. 26-30).

3 CARACTERÍSTICAS DA REGULAÇÃO SETORIAL DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SANEAMENTO BÁSICO

Os serviços públicos demandam a criação de uma regulação setorial específica, delineada de acordo com as características das atividades desenvolvidas, como as que dizem respeito ao perfil dos usuários, às limitações do titular, escassez de bens, à existência de monopólios naturais, à infraestrutura necessária, entre outros fatores.

A regulação dos serviços de saneamento básico não foge à regra da especificidade e traz as seguintes peculiaridades: regulação com foco na universalização e com caráter social reforçado; adoção obrigatória do modelo de agência reguladora, no caso de prestação indireta de serviços; repartição da função normativa regulatória entre instâncias locais de regulação e Agência Nacional de Águas (ANA) e delegação da função regulatória em regime de gestão associada. Tais características serão tratadas a seguir.

3.1 COMPROMISSO FUNDAMENTAL COM A UNIVERSALIZAÇÃO E REFORÇO DO CARÁTER SOCIAL

O art. 22 da Lei nº 11.445/2007 (BRASIL, 2007b) prevê quatro tarefas básicas para a regulação de saneamento básico, quais sejam: garantir o cumprimento das condições e metas; coibir o abuso do poder econômico; estabelecer padrões e normas e, por último, definir tarifas que garantam o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos e a modicidade tarifária. Não obstante, o compromisso fundamental da regulação do setor é o de fazer que os titulares e os prestadores sigam em direção ao ideal contido no princípio da universalização dos serviços. Sendo assim, tem-se que as demais funções assumem caráter auxiliar à garantia de universalização do acesso ao saneamento básico.

Conforme tratado anteriormente, a principal meta da função de regulatória de serviços públicos é garantir que o usuário receba o serviço adequado. Para o setor de saneamento básico, a universalização, além de integrar a noção de serviço adequado, constitui seu elemento de maior relevância, sobretudo em razão das dificuldades enfrentadas pelos entes titulares de atender integralmente a demanda pelos serviços. Por isso, a Lei nº 14.026/2020 (BRASIL, 2020a) insere ao marco regulatório metas vinculantes e precisas de expansão dos serviços.

O princípio da universalização também é corolário da ideia de serviço público, já que o principal efeito de enquadrar determinada atividade em tal categoria é o de tornar sua prestação obrigatória a quem necessitar.

Mas a universalização é um ideal que concorre com a realidade, marcada pela insuficiência de investimentos, e seu nível de realização é determinado pela essencialidade do serviço. Quanto maior a essencialidade do serviço, maior deve ser o grau da sua universalização. No âmbito do saneamento básico, a universalização corresponde ao atendimento de 99% da população com água potável e de 90% da população com coleta e tratamento de esgotos até 31 de dezembro de 2033, art. 11-B da Lei nº 11.445/2007 (BRASIL, 2007b).

Saliente-se que o caráter social, característica de qualquer regulação de serviços públicos, ganha mais relevância no setor de saneamento básico, por constituir um direito fundamental social, decorrência direta do princípio da dignidade da pessoa humana (SARLET; FENSTERSEIFER, 2011, p. 116-117). Em regra, a realização dos direitos fundamentais sociais admite diversas atividades prestacionais públicas. Contudo, a concretização do direito ao saneamento básico só comporta uma via de atuação: a prestação dos serviços públicos, que se confunde com o próprio direito.

Assim, embora neutra, a entidade de regulação dos serviços de saneamento básico deve compreender a prestação dos serviços como a realização de um direito fundamental e que o destinatário dos serviços, além de usuário, é titular de direito constitucional, o que dá base para o reconhecimento do princípio do serviço como direito fundamental, vetor interpretativo a ser utilizado no processo de decisão regulatória.

Característica importante do setor e que comprova a natureza social da regulação é a previsão de subsídios destinados a usuários de baixa renda, com critérios de concessão definidos

por norma da instância reguladora. O subsídio é um mecanismo destinado a reduzir o valor da contraprestação a ser paga pelo usuário, de modo que seu ônus financeiro fica a cargo do poder público. É decorrência do princípio da universalização, na medida que viabiliza o acesso de todas as classes sociais aos serviços.

A despeito do texto legal sugerir que a instituição de subsídios é uma faculdade, art. 29, § 2º, da Lei nº 11.445/2007 (BRASIL, 2007b), sua previsão deve ser considerada como dever do titular, por ser instrumento de acesso das camadas sociais mais vulneráveis aos serviços de saneamento básico, utilidades indispensáveis para uma condição digna de vida. Portanto, é papel da regulação dar efetividade ao direito fundamental ao saneamento básico e tornar obrigatória a concessão de subsídios.

Isso posto, sem prejuízo de outros objetivos coadjuvantes, a principal finalidade da regulação do setor de saneamento básico é conduzir a ação dos agentes executores em direção à concretização do direito fundamental, cuidando para que as metas progressivas e graduais de expansão dos serviços sejam cumpridas e o serviço universalizado.

3.2 INSTÂNCIA REGULADORA E SEU FORMATO INSTITUCIONAL

O art. 21 da Lei nº 11.445/2007 (BRASIL, 2007b) dispõe que a regulação setorial será exercida por entidade autárquica, dotada de autonomia administrativa, orçamentária e financeira, além de independência decisória, a sugerir a adoção do modelo institucional de agência reguladora, já que tais atributos são inerentes às agências reguladoras, instâncias técnicas com receita própria, oriunda da taxa de regulação, e administradas por dirigentes detentores de mandatos fixos (SOUTO, 1999, p. 138).

A agência reguladora reúne competências executivas, normativas e judicantes. A primeira atribuição se refere aos atos de delegação do serviço e a sua fiscalização. A regulação normativa, por sua vez, diz respeito à edição de normas técnicas que especificam os conceitos legais. Por fim, a função judicante consiste na resolução de conflitos decorrentes da prestação dos serviços (SOUTO, 2008).

Apesar da lei indicar o referido modelo institucional indistintamente, tem-se que o formato de agências reguladoras destina-se à prestação indireta de serviços, uma vez que idealizadas para regulação de serviços públicos transferidos a terceiros, caso em que o agente prestador se distancia da ingerência do titular, a exigir uma entidade de regulação dotada de maior autonomia. Nessa hipótese, a adoção do modelo de agência é de caráter obrigatório.

Por outro lado, se os serviços são prestados por órgão ou entidade do próprio ente titular, não é imprescindível que a autoridade reguladora assuma a condição de agência, bastando que a função seja realizada por ente especializado. Por isso, a legislação emprega o termo genérico “entidade”, ao dispor que, independentemente da forma de prestação, deverá existir “entidade responsável pela regulação”, art. 8º, § 5º e art. 9º, II, ambos da Lei nº 11.445/2007 (BRASIL, 2007b). A lei só passa a fazer referência expressa à agência reguladora quando trata da delegação

da atividade de regulação à entidade atuante em outro estado membro, caso em que tal formato também é impositivo.

Ademais, não é dado ao titular instituir mais de uma instância de regulação para o setor, ainda que os serviços de saneamento básico sejam executados de forma interdependente. Assim, uma única entidade deve exercer a regulação dos serviços de abastecimento de água potável; esgotamento sanitário; limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e drenagem e manejo das águas pluviais urbanas. Trata-se da regra da unicidade da autoridade reguladora, art. 12, *caput*, da Lei nº 11.445/2007 (BRASIL, 2007b).

3.3 REPARTIÇÃO DA FUNÇÃO NORMATIVA ENTRE A ANA E A ENTIDADE REGULADORA LOCAL

A norma criada pela instância de regulação é técnica por natureza e goza de neutralidade política. Não substitui a lei, mas condensa o entendimento técnico da entidade reguladora sobre as disposições do marco legal regulatório. Além disso, tem a função de dar sentido a pontos da legislação de regência que requerem uma especificação técnica (SOUTO, 2008).

Sobre esse tema, a Lei nº 14.016/2020 (BRASIL, 2020b) traz uma importante inovação, ao atribuir à ANA a competência para criar normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico, a serem seguidas por entidades reguladoras e pelos entes titulares dos serviços, art. 25-A da Lei nº 11.445/2007 (BRASIL, 2007b). É dizer, a função normativa está dividida entre a agência federal e as agências reguladoras locais. Cabe à ANA a normatização de primeiro grau, definindo diretrizes regulatórias gerais. Já a agência reguladora local compete realizar a normatização de segundo grau, com a criação de normas específicas.

A legislação autoriza a ANA a criar padrões de referência sobre todos os aspectos da prestação de serviços de saneamento básico, art. 4-A, § 1º, da Lei nº 9.984/2000 (BRASIL, 2000a), o que, em rigor, configura forma de controle à competência regulatória do ente titular dos serviços, com potencial para violar pacto federativo, caso não se atenham a fixar parâmetros regulatórios genéricos, de abrangência nacional, relacionados diretamente à atividade de saneamento básico, estabelecendo limites mínimos ou máximos sobre aspectos quantitativos e qualitativos dos serviços.

A norma de referência deve ser aberta o suficiente para viabilizar o exercício da atribuição normativa pela agência local. Caso imponha um modelo fechado, será inconstitucional, por usurpar a autonomia do ente titular dos serviços e de sua entidade reguladora. Decerto, não é franqueado à ANA assumir a posição de agência tutora das demais entidades reguladoras.

Portanto, como condição para sua validade, as normas de referência a serem editadas pela ANA devem: tratar de questões técnicas próprias dos serviços públicos; não avançar sobre questões específicas e deixar espaço adequado para atuação normativa regulatória do ente titular.

Com base nisso, pelo menos em uma hipótese já se vislumbra afronta à autonomia do ente regulador, qual seja: a criação pela ANA de norma de governança para entidades reguladoras locais, art. 4º-A, VIII, da Lei nº 9.984/2000 (BRASIL, 2000a). Isso porque a principal característica das autoridades reguladoras é a independência administrativa, o que inclui a competência para decidir

acerca do perfil de governança. A edição de norma sobre esse assunto representa interferência na estrutura institucional da entidade, a criar uma relação indevida de subordinação entre a agência federal e as agências locais.

Ademais, tal questão não versa sobre aspectos técnicos da prestação dos serviços de saneamento básico. O termo governança “diz respeito aos meios e processos que são utilizados para produzir resultados eficazes” (GONÇALVES, 2005). No âmbito da regulação, governança representa os instrumentos de participação e de eficiência utilizados pelas instâncias reguladoras (OLIVEIRA, 2012, p. 5). Portanto, trata-se de questão relativa à organização da entidade e à forma como se relaciona com a sociedade civil, assunto que escapa ao alcance da normatização técnica regulatória.

3.4 DELEGAÇÃO DA FUNÇÃO REGULATÓRIA

Com efeito, no âmbito dos serviços públicos, a regulação é função inerente à titularidade dos serviços, que, em regra, é exclusiva dos Municípios. Não obstante, facultar-se ao titular dos serviços de saneamento básico delegar tal função (art. 23, § 1º (OLIVEIRA, 2012), uma vez que, dos mais de cinco mil Municípios, apenas aqueles com maior porte possuem condições de regular o setor por meio estrutura administrativa própria (ALMEIDA; NIEBUHR; REISDORFER, 2020, p. 335).

Para evitar o vácuo regulatório, o que impediria a prestação dos serviços, por ser a regulação uma condição para execução da atividade (BARBOSA; MARRARA, 2019, p. 136), admite-se que a regulação dos serviços de saneamento básico seja exercida de forma direta ou indireta. Diz-se direta a realizada por entidade que integre a Administração do titular ou titulares dos serviços. Será indireta, quando a função regulatória for delegada à entidade vinculada a ente que não o titular dos serviços.

Também se considerada direta a regulação promovida em regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões por entidade de qualquer um dos Municípios ou do Estado que integram a estrutura regional, visto que compartilham a titularidade do serviço, art. 8º, II, da Lei nº 11.445/2007 (BRASIL, 2007b). Nessa hipótese, não há propriamente delegação, mas organização de competência, a ser definida por deliberação dos entes interessados, na forma do art. 7-A, I e II, da Lei nº 13.089/2015 (BRASIL, 2015).

Em que pese o silêncio da legislação, a delegação da competência regulatória depende de autorização legislativa, por representar parcela do poder estatal do ente titular. Ademais, é necessário que entidade delegatária, que pode ser vinculada a qualquer outro ente da federação, detenha habilitação técnica e a atribuição legal para regulação na área de saneamento básico.

A delegatária, em regra, deve atuar dentro do estado no qual o ente titular está inserido. Não obstante, admite-se transferir a competência à entidade atuante em outro estado membro, desde que atendidas as seguintes condições: inexistir no estado do titular agência reguladora constituída que tenha aderido às normas de referência da ANA; priorizar a entidade mais próxima ao titular;

anuência da agência reguladora, art. 23, § 1-A, da Lei nº 11.445/2007 (BRASIL, 2007b). Além disso, é necessário que a entidade assuma a condição de agência reguladora, conforme averbado anteriormente.

A lei também menciona a celebração de contrato de prestação de serviços para formalizar a delegação, art. 23, § 1-B, da Lei nº 11.445/2007 (BRASIL, 2007b). Nesse ponto, não há como deixar de criticar a falta de técnica do legislador, visto que a agência reguladora não presta serviços ao ente titular, mas exerce função típica estatal do ente delegante, a título de cooperação federativa, de modo que se afigura manifestamente inadequado o tratamento da matéria por contrato administrativo.

Da mesma forma, não é correto que a agência reguladora seja remunerada pelo ente delegante em razão do exercício de tal atribuição, o que não impede o titular de prestar assistência financeira à agência delegatária, como forma de viabilizar o exercício da função regulatória. Ademais, esclareça-se que a taxa de regulação, a ser paga pelo ente regulado, deve constituir receita da agência reguladora delegatária.

Ponto que merece atenção é a real capacidade da agência delegatária para assumir a atribuição. Decerto, a competência delegada não deve se reduzir à atuação formal e burocrática. Nessa perspectiva, a agência reguladora deve dispor de condições para se fazer presente no local onde os serviços públicos são prestados, mantendo-se próxima do titular, do prestador e, principalmente, dos usuários dos serviços.

Para tanto, o titular dos serviços e a autoridade reguladora devem construir uma relação de cooperação, podendo compartilhar estrutura física ou realizar outra forma de parceria institucional, para permitir o pleno exercício da função regulatória. É o que se depreende do art. 23, § 1º, da Lei nº 11.445/2007 (BRASIL, 2007b), que dispõe que ato de delegação deve detalhar a forma de atuação e a abrangência das atividades a serem desempenhadas pelo ente delegante e entidade delegatária.

De fato, o adequado desempenho da função delegada pode requerer a conjugação de esforços de delegante e delegatário, o que não é capaz de comprometer a independência da agência reguladora, posto que tal auxílio não constitui liberalidade do titular dos serviços, mas sim cumprimento de um dever.

Cabe considerar que a delegação não significa renúncia de competência, tampouco exonera o ente titular do encargo de tornar efetiva a regulação, de modo que cabe ao delegante não só controlar o exercício da função delegada, mas servir de interlocutor entre usuários e instância reguladora.

Uma vez que a outorga da função de regulação, em rigor, representa a transferência de poderes entre entes estatais, a exigir a formação de vínculo de cooperativo entre os entes, é indispensável que se processe no âmbito da gestão associada. Advirta-se que a vedação legal à celebração de contratos de programa incide apenas sobre a prestação dos serviços públicos de saneamento básico, não alcançando a função regulatória.

Logo, o trespassse da função de regulação deve ser objeto de convênio de cooperação e

contrato de programa. É o que se depreende do art. 8º, § 4º, da Lei nº 11.445/2007 (BRASIL, 2007b), que prevê a gestão associada para o exercício de funções relativas aos serviços públicos de saneamento básico. Conforme já adiantado, a expressão “funções relativas”, contida no dispositivo legal, abarca atividades relacionadas e conexas, mas que não constituem propriamente serviços de saneamento básico. Saliente-se que a função de regulação se encaixa perfeitamente nesse conceito. Também cabe considerar que, antes das alterações promovidas pela Lei nº 14.026/2020 (BRASIL, 2020a), o art. 8º da Lei nº 11.445/2007 (BRASIL, 2007b) já admitia que a regulação fosse tratada no âmbito da gestão associada.

Para a gestão associada de funções relativas a serviços de saneamento básico, a legislação federal dispensa a autorização legal para celebração do convênio de cooperação. Todavia, no caso da função regulatória, visto que a atividade constitui parcela do poder estatal, representativa da própria autonomia do ente, sua delegação deve ser decidida mediante a participação do Poder Legislativo do titular dos serviços.

Também é importante registrar que o convênio de cooperação, a ser celebrado entre entes federados, por si só, não delega a função, mas apenas autoriza uma posterior delegação, que será levada a efeito pela formalização do contrato de programa com a entidade delegatária, instrumento que definirá as obrigações dos entes e regulamentará as condições para transferência do poder de regulação.

Em síntese, o repasse da competência regulatória deve atender os seguintes requisitos: primeiro, o titular da competência deve editar lei autorizando a celebração de convênio de cooperação para delegar o poder regulatório; em seguida, deve celebrar o convênio de cooperação com o ente federativo; por último, firmará o contrato de programa com a autoridade reguladora delegatária.

Quando a titularidade dos serviços couber a Municípios reunidos sob o regime de gestão associada, a delegação da função regulatória também deverá ser aprovada pela instância representativa dos Municípios interessados. Nesse caso, há dois tipos de gestão associada: uma para prestar o serviço e outra, para delegar a função de regulação.

4 REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SANEAMENTO BÁSICO PELA ARCE

No âmbito do Estado do Ceará, a Lei Estadual nº 14.394/2009 (CEARÁ, 2009) disciplina a atuação da ARCE, na regulação dos serviços públicos de saneamento básico. Para além de questões de organização, referida lei cria regras sobre a delegação da função regulatória, apresentando dois problemas: primeiro, prevê instrumento inadequado para tratar da transferência do poder regulatório e, segundo, cria hipótese de transferência automática da função de regulação, em afronta à autonomia do ente titular dos serviços e do poder regulatório.

A lei estadual autoriza expressamente a agência reguladora estadual a receber dos titulares do serviço a delegação das funções de regulação do setor (art. 1º). Nesse ponto, o dispositivo é

legítimo e, em princípio, não conflita com o arranjo regulatório desenhado na Lei nº 11.445/2007 (BRASIL, 2007b). Sobre o tema, o STF, no julgamento da ADI 2.095/RS (BRASIL, 2000b), entendeu constitucional norma que conferia à agência reguladora estadual a atribuição de regular os serviços de saneamento básico em razão da celebração de convênios com Municípios.

Ressalva-se apenas que, desde a edição da Lei nº 11.445/2007 (BRASIL, 2007b), o convênio de cooperação e o contrato de programa são requisitos indispensáveis à delegação da função de regulatória, no âmbito do setor de saneamento básico, o que torna inadequado o emprego do regime de convênio administrativo, que se destina a tratar de assuntos de caráter administrativos.

Com efeito, o escopo do convênio é disciplinar a transferência de recursos financeiros para execução de programa de governo, a compreender a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento (art. 1º, §1º, I, do Decreto nº 6.170/2007 (BRASIL, 2007a). A delegação da função regulatória, por seu turno, constitui transferência de poder estatal, a ser realizada em regime de gestão associada, consoante registrado anteriormente.

Logo, o entendimento fixado pela Corte Suprema, na ADI 2.095/RS (BRASIL, 2000b), deve ser compreendido à luz do quadro normativo superveniente, estando prejudicado na parte que faz referência ao convênio como instrumento apto a delegar as funções regulatórias.

Dito isso, tem-se pela inconstitucionalidade parcial do art. 1º da Lei Estadual nº 14.394/2009 (CEARÁ, 2009), que adotou o modelo de convênios administrativos para instrumentalizar a transferência de funções regulatórias entre entes, mesmo preexistindo quadro normativo a regulamentar a matéria de modo diverso.

O art. 4º da Lei Estadual nº 14.394/2009 (CEARÁ, 2009) também contém vício de inconstitucionalidade, por transferir à ARCE a função de regulação setorial de forma automática, sempre que o serviço público for prestado pela CAGECE, sociedade de economia mista estadual.

A referida norma estadual diz que, além da função regulatória delegada por meio de convênio, também compete à ARCE a regulação dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário transferidos à companhia estadual, sem necessidade da celebração de qualquer instrumento de delegação. Nesse caso, a agência reguladora recebe competências por efeito automático da delegação dos serviços à companhia estadual.

Pela Lei nº 11.445/2007 (BRASIL, 2007b), a concessão de serviços e da delegação da função regulatória recebem tratamento distinto e devem ser decididas de forma autônoma pelo ente titular. Desse modo, é facultado ao titular transferir ambas ou apenas uma das competências. Pode delegar apenas o serviço público, permanecendo com a função de regulação. Do mesmo modo, é admitido delegar apenas a regulação, prestando diretamente o serviço.

Portanto, não cabe à legislação estadual, a pretexto de regulamentar as funções de entidade vinculada ao Estado, atrelar a delegação da função reguladora à concessão dos serviços públicos, reduzindo a autonomia do ente titular para decidir sobre questões de sua competência e de seu interesse.

O fato da agência reguladora e a empresa prestadora dos serviços integrarem sua Administração, por si só, não atribui ao Estado competência para dispor sobre o serviço público de

saneamento básico, inclusive sua regulação setorial. Com base nesse fundamento, o STF declarou inconstitucional norma estadual que pretendia regulamentar o serviço de abastecimento de água, ADI 2.340/SC (BRASIL, 2013b).

Esclareça-se que, em regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, casos em que a titularidade dos serviços é repartida entre Municípios e o Estado do Ceará, entende-se legítimo que a ARCE realize a regulação dos serviços, desde que resultado de decisão tomada pelos entes interessados. É o que se depreende do art. 7º-A, I e II, da Lei nº 13.089/2015 (BRASIL, 2015) (Estatuto da Metrôpole). Nesse caso, não se trata de delegação, mas de organização de competências comuns.

CONCLUSÃO

A reforma do marco do saneamento básico não veda em absoluto a gestão associada. Mas reduz seu alcance, por reduzir as competências dos consórcios públicos e obstar a celebração contrato de programa para prestação de serviços públicos. Além disso, com a previsão de compartilhamento de receitas, a concessão de serviços de saneamento básico fica mais próxima do regime de parceria público-privada.

Sem olvidar os fatores econômicos inerentes, a regulação dos serviços públicos é social, por possuir o propósito primordial de assegurar que demandas da sociedade, condensadas no ideal de serviço adequado, sejam atendidas, o que não exclui a proteção à livre concorrência, enquanto meio para alcançar seu fim último: a oferta do serviço público adequado.

Em específico, a regulação dos serviços de saneamento básico apresenta as seguintes características: regulação voltada à universalização e com caráter social reforçado; adoção obrigatória do modelo de agência reguladora, no caso de prestação indireta de serviços; repartição da função normativa regulatória entre as instâncias federal e locais e possibilidade de delegação.

O fato de os serviços públicos de saneamento básico constituírem direitos fundamentais reforça o caráter social da regulação setorial, que tem a função principal de conduzir a ação dos agentes executores em direção à concretização do direito, garantindo o acesso ao serviço universalizado à população.

Quando a prestação dos serviços de saneamento básico for delegada, a entidade responsável pela função de regulação setorial deve necessariamente assumir o formato institucional de agência reguladora, obrigatoriedade inexistente para prestação de direta de serviços.

As normas de referência editadas pela ANA devem tratar de aspectos técnicos próprios dos serviços públicos; não podem avançar sobre questões específicas e devem deixar espaço para atuação normativa regulatória do ente titular. Por afrontar a autonomia do ente regulador e versar sobre matéria estranha à prestação dos serviços, é inconstitucional a edição por instância federal de normas de referência de governança para entidades reguladoras locais.

A delegação da função regulatória há de ser realizada no âmbito da gestão associada e

formalizada por convênio de cooperação e contrato de programa, mediante autorização legislativa. Como a delegação não implica renúncia de competência, o ente delegante deve manter vínculo cooperativo com a entidade reguladora e cuidar para que a delegatária não se distancie dos usuários dos serviços.

Por fim, no âmbito do Estado do Ceará, a Lei estadual nº 14.394/2009 (CEARÁ, 2009) apresenta duas inconstitucionalidades. Primeiro, prevê instrumento inadequado (convênio administrativo) para tratar da transferência do poder regulatório. Segundo, cria hipótese de transferência automática da função de regulação à agência reguladora estadual, restringindo a autonomia municipal.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NIEBUHR, Karlin Olbertz; REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. Novas considerações sobre a regulação do Direito Positivo brasileiro. *In*: FONSECA, Reynaldo Soares da; COSTA, Daniel Castro Gomes da (coord.). *Direito regulatório: desafios e perspectivas para a Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 325-347.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O conceito de serviços públicos no direito constitucional brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 17, p. 1-55, 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=353>. Acesso em: 14 out. 2022.

BARBOSA, Allan Fuezi; MARRARA, Thiago. As funções do regulador de saneamento básico no Brasil. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 10, n. 3, p. 127-147, 2019. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/view/25359/24230>. Acesso em: 14 out. 2022.

BRASIL. Congresso Nacional. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, ano 126, n. 191-A, p. 1, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 14 out. 2022.

BRASIL. Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007. Dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 26 jul. 2007a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6170.htm. Acesso em: 14 out. 2022.

BRASIL. Justiça e Segurança Pública. Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020. Atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, [...]. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, ano 157, n. 135, p. 1, 16 jul. 2020a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14026.htm#art7. Acesso em: 14 out. 2022.

BRASIL. Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; [...] e dá outras providências [...]. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, n. 5, p. 3, 08 jan. 2007b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11445.htm. Acesso em: 14 out. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015. Institui o Estatuto da Metrópole, altera a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, n. 8, p. 2, 13 jan. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13089.htm. Acesso em: 14 out. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 1917, 14 fev. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm. Acesso em: 14 out. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000. Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas - ANA, [...] e dá outras providências [...]. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 18 jul. 2000a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9984.htm. Acesso em: 14 out. 2022.

BRASIL. Ministério das Cidades. Lei nº 14.016, de 23 de junho de 2020. Dispõe sobre o combate ao desperdício de alimentos e a doação de excedentes de alimentos para o consumo humano. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, n. 119, p. 2, 24 jun. 2020b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/114016.htm. Acesso em: 14 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.842/RJ*. Instituição de região metropolitana e competência para saneamento básico. Ação direta de inconstitucionalidade contra Lei Complementar n. 87/1997, Lei n. 2.869/1997 e Decreto n. 24.631/1998, [...]. Inconstitucionalidade. Recorrente: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Relator: Min. Luiz Fux, 6 de março de 2013a. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur241775/false>. Acesso em: 14 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.095/RS*. Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos do Estado do Rio grande do Sul (AGERGS). [...]. Inconstitucionalidade. Requerente: Governo do Estado do Rio Grande do Sul. Requerida: Assembleia Legislativa do estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Octavio Gallotti, 22 de março de 2000b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347425>. Acesso em: 14 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.340/SC*. Distribuição de água potável. Lei Estadual que obriga seu fornecimento por meio de caminhões-pipa [...]. Inconstitucionalidade. Requerente: Governo do Estado de Santa Catarina. Requerida: Assembleia Legislativa do estado de Santa Catarina. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 6 de março de 2013b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630010>. Acesso em: 14 out. 2022.

CEARÁ. Lei nº 14.394, de 07 de julho de 2009. Define a atuação da Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará – ARCE, relacionada aos serviços públicos de saneamento básico, e dá outras providências. Fortaleza: Assembleia Legislativa, 2009. Disponível em: <https://www2.al.ce.gov.br/legislativo/legislacao5/leis2009/14394.htm>. Acesso em: 14 out. 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 11. ed. Rio de Janeiro:

Forense, 2017.

GARCIA, Flávio Amaral. *Concessões, parcerias e regulação*. São Paulo: Malheiros, 2019.

GONÇALVES, Alcindo. O conceito de governança. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 14., 2005, Fortaleza. *Anais [...]*. Fortaleza: CONPEDI, 2005. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/078.pdf>. Acesso em: 14 out. 2022.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulamentação dos serviços públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 1, p. 1-18, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=10>. Acesso em: 22 dez. 2020.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Uma teoria do fomento público: critérios em prol de um fomento público democrático, eficiente e não-paternalista. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 65, p. 115-175, 2010. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTE00A%2C%2C>. Acesso em: 14 out. 2022.

MOREIRA, Egon Bockmann. Qual é o futuro do direito da regulação no Brasil? In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (org.). *Direito da regulação e políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014.

NOHARA, Irene Patrícia; POSTAL JÚNIOR, Jairo. Perspectiva da gestão do saneamento básico no Brasil: prestação indireta e deficiências setoriais. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 9, n. 1, p. 380-398, 2018. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/view/21305/22834>. Acesso em: 14 out. 2022.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Governança e análise de impacto regulatório. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 29, 2012. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=723>. Acesso em: 20 dez. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental: estudos sobre a Constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Agências reguladoras. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 216, p. 125-162, 1999.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Função regulatória. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 13, p. 1-11, 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=259>. Acesso em: 14 out. 2022.

UNITED NATIONS-UN. *Resolution adopted by the general assembly on 28 July 2010: 64/292 the human right to water and sanitation*. New York: UN, 2010. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/479/35/pdf/N0947935.pdf?OpenElement>. Acesso em: 14 out. 2022.

VIEIRA, Marcelo Palladino Machado. A federação na perspectiva regulatória: em busca de uma cooperação eficiente. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; PEREIRA, Anna Carolina Migueis; LISBOA, Leticia Lobato Anicet (coord.). *Regulação e infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 451-473.

WINDHOLZ, Eric; HODGE, Graeme A. Conceituando regulação social e econômica: implicações para agentes reguladores e para atividade regulatória atual. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 264, p. 13-56, 2013. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/14076/31331>. Acesso em: 14 out. 2022.

Como citar: PAIVA, Paulo André Freires; LEITÃO, Rômulo Guilherme. A regulação de saneamento básico e novo marco regulatório: características, competências e delegação. **Revista de Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 2, p. 111-131, out. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n2p.111. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 26/01/2021

Aprovado em: 05/10/2022

**INDISPENSABILIDADE DA TERRA PARA
A EFETIVAÇÃO DO DIREITO HUMANO AO
ALIMENTO DOS POLÍTICAS PÚBLICAS E A
EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL
À ÁGUA**

PUBLIC POLICIES AND THE EFFECTIVENESS OF
THE FUNDAMENTAL RIGHT TO WATER

Glauca Maria de Araújo Ribeiro*
Nicole Rabelo Souto Maior**
Louise Oliveira Braga***

*Profª Drª da Universidade do Estado do Amazonas (UEA/AM): Direito e PPGDA.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0695-5257>.
E-mail: gribeiro@uea.edu.br.

**Mestranda em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA/AM), integrante do Grupo de Estudos em Direito de Águas (GEDA), pós-graduada em Direito Público pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA/AM), advogada.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3114-7446>.
E-mail: nrsm.dir@uea.edu.br.

***Mestranda em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA), integrante do Grupo de Pesquisa Direito Educacional Ambiental (DEA). Advogada.
E-mail: louisebraga.adv@gmail.com

Como citar: RIBEIRO, Glauca Maria de Araújo; MAIOR, Nicole Rabelo Souto; BRAGA, Louise Oliveira. Reflexões sobre a mediação familiar digital na plataforma do conselho nacional de justiça. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 17, n. 2, p. 123-153, out. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n2p.123. ISSN: 1980-511X.

Resumo: A presente pesquisa objetivou analisar a maneira pela qual o direito humano ao acesso à água potável e ao esgotamento sanitário encontra-se intrinsecamente relacionado às políticas públicas, enquanto instrumentos efetivadores de direitos fundamentais, precipuamente, os de viés prestacional, que exigem uma atuação positiva do Estado, criando as condições materiais necessárias ao exercício de tais direitos. Com isso, buscou-se discorrer a respeito das principais nuances acerca da importância do reconhecimento do direito à água e ao saneamento básico enquanto direito humano. Almejou-se, ainda, verificar a problemática tangenciada na consubstancialização dos direitos fundamentais de cunho social, por meio do implemento de políticas públicas. Por derradeiro, intencionou-se evidenciar o dever do Estado na escolha e promoção de medidas que viabilizem o direito à água potável e ao saneamento básico – enquanto direito humano fundamental e autônomo – indispensável ao conteúdo mínimo de diversos outros direitos, que dependem deste para a sua completa fruição. Concluiu-se que apesar das previsões legais, o saneamento básico no Brasil ainda é um desafio complexo. A metodologia utilizada nesta pesquisa, quanto aos meios, foi desenvolvida mediante o método dedutivo, descritivo e qualitativo, através da análise bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial. Quanto aos fins, a pesquisa foi qualitativa.

Palavras-chave: direito humano ao acesso à água potável e ao

esgotamento sanitário; direitos fundamentais; Direitos sociais; políticas públicas.

Abstract: The present research explores the way in which the human right to access to drinking water and sanitation is intrinsically related to public policies, because they are effective instruments for guaranteeing fundamental rights. Moreover, to guarantee these rights, material conditions are necessary for the exercise of such rights. Furthermore, this study sought to discuss the main nuances about the importance of recognizing the right to water and basic sanitation as a human right. It was also aimed at verifying the problematic tangential in the consubstantialization of fundamental social rights, through the implementation of public policies. Finally, this study highlights the State's duty in choosing and promoting measures that make the right to drinking water and basic sanitation viable - as a fundamental and autonomous human right - indispensable to the minimum content of several other rights, which depend on it for their complete enjoyment. It is concluded that despite the legal provisions, basic sanitation in Brazil is still a complex challenge. Similar to other essential public services, deficits show the country's slowness in providing basic essential rights to life, such as access to water and the safe destination of waste and solid waste. This study is qualitative, and with the deductive, descriptive and qualitative method examined bibliographic, doctrinal and jurisprudential texts.

Keywords: The human right to water and sanitation; fundamental rights; social rights; public policies.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo analisar a maneira pela qual o direito humano ao acesso à água potável e ao esgotamento sanitário encontra-se intrinsecamente relacionado às políticas públicas, enquanto instrumentos efetivadores de direitos fundamentais, precipuamente, os de viés prestacional, quem exigem uma atuação positiva do Estado, criando as condições materiais necessárias ao exercício de tais direitos.

Diante disso, o questionamento trazido neste trabalho é: Qual o papel atribuído às políticas públicas, enquanto programas de ação governamental destinados ao alcance dos objetivos constitucionais estabelecidos, perante a efetivação do direito humano ao acesso à água potável e ao esgotamento sanitário?

A problemática abordada nesta pesquisa se justifica na compreensão de que as políticas públicas de acesso à água e ao saneamento reivindicam mecanismos e ações efetivas que atendam as suas múltiplas finalidades e objetivos, e garantam o acesso e a ótima utilização dos recursos hídricos enquanto patrimônio da humanidade.

Desse modo, especificamente, busca-se discorrer a respeito das principais nuances acerca da importância do reconhecimento do direito à água e ao saneamento básico enquanto direito humano.

Almeja-se, ainda, verificar a problemática tangenciada na consubstancialização dos direitos fundamentais de cunho social, por meio do implemento de políticas públicas. Por derradeiro, intenciona-se evidenciar o dever do Estado na escolha e promoção de medidas que viabilizem o direito à água potável e ao saneamento básico – enquanto direito humano fundamental e autônomo – indispensável ao conteúdo mínimo de diversos outros direitos, que dependem deste para a sua completa fruição.

Quanto à metodologia aplicada no presente trabalho, foi utilizado o método dedutivo e descritivo, pois possibilitam que o investigador chegue a conclusões formais a partir do estabelecimento de uma cadeia de raciocínio em ordem descendente, da análise do geral para o particular.

1 A ÁGUA ENQUANTO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

Para que se possa ter uma melhor compreensão da importância e da amplitude conceitual do direito humano à água e ao saneamento básico, necessário se faz traçar um panorama geral acerca de suas principais abordagens.

Inicialmente, cumpre observar que a preocupação da sociedade (inter)nacional quanto ao reconhecimento do direito humano ao acesso à água potável é recente. Nesse sentido, convenções e tratados vêm garantindo o acesso à água de forma independente a determinados grupos, tal como se percebe perante a Convenção das Nações Unidas para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (*UN Convention on the Elimination of All Forms of*

Discrimination against Women – CEDAW), assim como a Convenção das Nações Unidas para os Direitos da Criança (CRC). No entanto, - em caráter universal – o direito humano fundamental à água ainda não se encontra expressamente formalizado (AMORIM, 2015, p. 115).

Dessa forma, a não identificação do acesso à água potável enquanto direito autônomo implica na carência de meios para o fomento da gestão participativa de recursos hídricos, nas crescentes vulnerabilidades hídrica e social, e nas discrepâncias concernentes ao abastecimento de água e saneamento, bem como a falta de transparência na atuação dos gestores, representando assim, os atuais desafios à implementação do citado direito (MAIA, 2017, p. 316).

Outrossim, ainda que o *status* do direito humano à água seja evidenciado por sua ausência normativa, não vislumbrado – de forma expressa – no Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), a confirmação da água enquanto direito humano foi posta em votação na Assembleia Geral das Nações Unidas, em 28 de julho de 2010, figurando como um marco mundial perante o contexto histórico das lutas pela efetivação do acesso à água. Por meio da Resolução n. 64/292 da Organização das Nações Unidas (ONU), a água potável e o saneamento básico restaram reconhecidos enquanto direito humano, destacando a temática hídrica entre o conjunto de valores primordiais do ser humano, a partir de uma concepção de “universalidade, indivisibilidade, interdependência e inter-relação atribuída aos aludidos direitos” (LUZ; TURATTI; MAZZARINO, 2016, p. 273).

Contudo, depreende-se que a base intelectual para as compreensões acima alcançadas foi firmada por meio dos entendimentos trazidos pelo Comentário Geral (CG) n. 15/2002 (ONU, 2003), do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (*Committee on Economic, Social and Cultural Rights – CESCR*), perfazendo-se a interpretação mais abrangente e impositiva do direito humano ao acesso à água potável e ao esgotamento sanitário (BULTO, 2015, p. 26-32).

Assim, o Comentário Geral n. 15/2002 (ONU, 2003) foi o precursor na interpretação segundo a qual há um direito à água autônomo – independente – constante nos instrumentos de direitos humanos já pactuados e efetivos, especificamente o PIDESC. Ademais, o CG n. 15/2002 (ONU, 2003) elaborou o conteúdo normativo do direito em comento sob o PIDESC, versando sobre as tipologias e a extensão das obrigações Estatais perante a concretização do direito humano à água (BULTO, 2015, p. 32).

Nessa linha, o primeiro parágrafo do CG n. 15/2002 destaca a importância da água enquanto bem público indispensável à vida:

1. El agua es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud. El derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos. El Comité ha constatado constantemente una denegación muy generalizada del derecho al agua, tanto en los países en desarrollo como en los países desarrollados. Más de 1.000 millones de personas carecen de un suministro suficiente de agua y varios miles de millones no tienen acceso a servicios adecuados de saneamiento, lo cual constituye la principal causa de contaminación del agua y de las enfermedades

relacionadas con el agua. La polución incesante, el continuo deterioro de los recursos hídricos y su distribución desigual están agravando la pobreza ya existente. Los Estados Partes deben adoptar medidas eficaces para hacer efectivo el derecho al agua sin discriminación alguna, como se establece en la presente observación general (ONU, 2003, p. 1-2).

Por essa cognição, o direito humano à água é indispensável ao usufruto e gozo de vida com dignidade, bem como para a consubstancialização de muitos outros direitos: particularmente, o direito à vida, e à níveis adequados de vida, moradia, alimentação e saúde. O acesso à água e saneamento é condição *sine qua non* para o cumprimento de tais direitos. A realidade global revela que ao menos 900 milhões de pessoas não têm acesso à água potável e cerca de 2,5 bilhões (40% da população mundial) não possuem saneamento básico, de modo a ensejar enormes custos humanos, em termos sociais e econômicos (UNESCO, 2009, p. 1).

Nessa compreensão, a insuficiência quanti-qualitativa das águas repercute tanto nos presentes, quanto nas futuras gerações, vez que altera a natureza como um todo, atingindo diretamente a saúde física e mental dos seres vivos, principalmente quanto a qualidade e expectativa de vida. E assim completa Paulo Affonso Leme Machado (2013, p. 46):

A saúde dos seres humanos não existe somente numa contraposição a não ter doenças diagnosticadas no presente. Leva-se em conta o estado dos elementos da Natureza – águas, solo, ar, flora, fauna e paisagem – para se aquilatar se esses elementos estão em estado de sanidade e de seu uso advenham saúde ou doenças e incômodos para os seres humanos.

Cabe destacar que, para identificar o direito humano à água enquanto constante no PIDESC, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – CESCR utilizou três abordagens interpretativas, quais sejam: a abordagem teleológica da interpretação, a abordagem derivativa, e o reconhecimento por meio do procedimento de relatoria do Estado (BULTO, 2015, p. 32-41). Quanto à abordagem teleológica, o CESCR constatou um direito à água independente no tocante às previsões – dentre outras – do Art. 11 (o direito a um nível de vida adequado) do PIDESC. Nesse sentido, o artigo prevê:

1º. Os Estados-Parte do presente acordo reconhecem o direito de todos a um padrão de vida adequado para si e sua família, **incluindo** alimentação, vestuário e moradia adequados, e à melhoria contínua das condições de vida. Os Estados-Parte realizarão os passos apropriados para assegurar a realização deste direito, reconhecendo para isto a importância crucial da cooperação internacional baseada em livre consentimento (ONU, 1966, grifo nosso).

O CESCR optou por dar ênfase à inserção da palavra *incluindo* no texto do Art. 11, de modo que - ainda que não haja menção expressa do direito à água na lista dos direitos essenciais ao um nível adequado de vida – o termo sinaliza o fato de que o catálogo de direitos asseverados pelo

Art. 11, § 1º, do PIDESC não é taxativo. Logo, a compreensão do direito à água como constante na lista de direitos garantidos se encontra em consonância ao objeto e propósito do artigo em comento, posto que o acesso a uma quantidade e qualidade de água adequada é tão substancial – ou, provavelmente ainda mais – quanto os elementos expressamente configurados como ensejadores do direito ao padrão de vida adequado, listados sob a previsão do Art. 11, § 1º (BULTO, 2015, p. 33-34). E complementa, assim, o CG n. 15/2002 ao ratificar que “el derecho al agua se encuadra claramente en la categoría de las garantías indispensables para asegurar un nivel de vida adecuado, en particular porque es una de las condiciones fundamentales para la supervivência” (ONU, 2003, p. 2).

No que tange a abordagem da derivação, o CG n. 15/2002 utilizou o Art. 12 do PIDESC, o qual estipula, em seu § 1º, que os “Estados-Parte no presente acordo reconhecem o direito de todos de usufruir o mais alto padrão possível de saúde física e mental” (ONU, 1966). A partir do mencionado texto, o CESCR constatou a estreita relação entre o direito humano à água e outros direitos previstos expressamente no PIDESC, os quais – para a sua efetivação – demandam a concomitante observância do direito à água. Desse modo, o CESCR asseverou que “o direito humano à água deveria ser visto em conjunção com as garantias do Artigo 12, § 1º, do ICESCRs notadamente o direito ao mais alto padrão possível de saúde, os direitos à moradia e alimentação adequadas” além dos demais direitos consagrados na Lei Internacional dos Direitos Humanos (BULTO, 2015, p. 38).

Todavia, cumpre elucidar que tal compreensão exarada pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais possui a implicação negativa de proteger o direito humano à água por via reflexa, em decorrência de sua utilidade para outros direitos – carecendo, então, de existência ou proteção independente – cuja violação somente seria reivindicada a partir da violação do direito-mãe (direito à alimentação, à saúde, à vida, entre outros).

Quanto à terceira abordagem, a CESCR também se valeu de sua própria prática consistente, ao tratar sobre o direito humano à água em pelo menos 33 das 114 observações conclusivas sobre os relatórios dos Estados-Parte, assumindo o silêncio de tais Estados como um indicativo de anuência tácita de que o PIDESC contém o direito humano à água, e as correspondentes obrigações estatais. Nessa percepção, ainda que as abordagens utilizadas pelo CESCR sejam suscetíveis a críticas e ponderações – enquanto instrumentos analíticos – a utilização conjunta das três perspectivas (interpretação teleológica, abordagem derivativa e aquiescência dos Estados) fornece uma base jurídica sólida para o direito humano à água, de maneira a clarificar os deveres dos Estados participantes do PIDESC (BULTO, 2015, p. 41).

Assim sendo, o direito à água deve ser concebido enquanto direito fundamental por excelência, fomentando uma postura estatal – em conjunto com a sociedade – que possibilite a instituição dos meios necessários à garantia da água potável a todos (FLORES, 2011, p. 11). Ademais, conforme ensina Sarlet (2003, p. 84), dentre os direitos fundamentais universais e consensuais figuram o direito à água e o respeito à dignidade humana, os quais demandam que se atribua ao Estado “o dever de garantir um mínimo essencial à sadia qualidade de vida, das

presentes e futuras gerações” (BARBOSA; OLIVEIRA, 2019, p. 115).

Nessa lógica, a percepção mais pertinente do direito humano à água deve ser a que o reconhece como direito jurídico *per se* - autônomo em si mesmo -, e não meramente um direito derivativo a ser protegido em decorrência de sua utilidade à fruição de outros direitos a este relacionados (BULTO, 2015, p. 49).

Outrossim, tal como todos os direitos humanos, o direito à água impõe três tipos de obrigações aos Estados-Partes, quais sejam: (i) *respeitar* – exigindo que os Estados-Partes se abstenham de qualquer prática ou atividade que negue ou restrinja o acesso à água potável em condições de igualdade; (ii) *proteger* – suscitando um comportamento estatal que impeça terceiros de prejudicar o uso e gozo do direito à água; e, (iii) *cumprir* – de maneira que os Estados-Partes adotem medidas positivas que possibilitem os indivíduos e comunidades a exercer o direito - promovendo informações adequadas sobre o uso higiênico da água -, e garantindo a efetivação do usufruto do direito à água àqueles indivíduos e grupos que não estejam em posição de exercer esse direito, eles próprios, com a ajuda dos meios para sua disposição (ONU, 2003, p. 9-11).

Com efeito, uma vez que a vulnerabilidade hídrica e social caminham *pari passu*, e que sem água, inúmeros outros direitos restam violados, o acesso à água e ao saneamento compõe o conteúdo mínimo do direito à dignidade humana, havendo o dever de observância quanto a qualidade – a água deve ser potável -, quantidade – o suficiente para a sobrevivência -, com ênfase ao acesso humano em caso de escassez, e gratuidade – no tocante ao mínimo necessário à sobrevivência - de modo a ser alcançada a “dignidade hídrica” (MAIA, 2017, p. 303-305).

Para mais, é o que restou assegurado perante a Declaração Universal dos Direitos da Água (1992), com a convocação da sociedade global ao desenvolvimento da consciência hídrica:

A água faz parte do patrimônio do planeta. Cada continente, cada povo, cada nação, cada região, cada cidade, cada cidadão, é plenamente responsável aos olhos de todos.

A água é a seiva de nosso planeta. Ela é condição essencial de vida de todo vegetal, animal ou ser humano. Sem ela não poderíamos conceber como são a atmosfera, o clima, a vegetação, a cultura ou a agricultura.

[...]

A água não é somente herança de nossos predecessores; ela é, sobretudo, um empréstimo aos nossos sucessores. Sua proteção constitui uma necessidade vital, assim como a obrigação moral do homem para com as gerações presentes e futuras.

A água não é uma doação gratuita da natureza; ela tem um valor econômico: precisa-se saber que ela é, algumas vezes, rara e dispendiosa e que pode muito bem escassear em qualquer região do mundo.

A água não deve ser desperdiçada, nem poluída, nem envenenada. De maneira geral, sua utilização deve ser feita com consciência e discernimento para que não se chegue a uma situação de esgotamento ou de deterioração da qualidade das reservas atualmente disponíveis.

A utilização da água implica respeito à lei. Sua proteção constitui uma obrigação jurídica para todo homem ou grupo social que a utiliza. Esta questão não deve ser ignorada nem pelo homem nem pelo Estado.

A gestão da água impõe um equilíbrio entre os imperativos de sua proteção e as necessidades de ordem econômica, sanitária e social.

O planejamento da gestão da água deve levar em conta a solidariedade e o consenso em razão de sua distribuição desigual sobre a Terra (ONU, 1992, p. 1).

Nesse contexto, Mirandola e Sampaio (2006, p. 265-266) elucidam que a água, enquanto direito fundamental, apresenta quatro dimensões essenciais: (i) *dimensão humanitária e de dignidade humana* – urgindo a criação de meios para o acesso ao mínimo essencial de água necessário à sobrevivência humana; (ii) *dimensão econômica* – remetendo à ideia de água enquanto bem natural limitado quanti-qualitativamente, o qual suscita grandes investimentos econômicos para a sua exploração; (iii) *dimensão social* – que identifica a água enquanto fator de inclusão; e, (iv) *dimensão sanitária* – que traz a noção de higidez da água enquanto questão de saúde pública (FLORES, 2011, p. 7).

Não obstante, embora o direito à água não encontre previsão expressa perante a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) (BRASIL, 1988), uma análise interpretativa do texto constitucional, precipuamente dos arts. 1º, III, e 3º, IV, - dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos e o bem social como um dos objetivos fundamentais -, e do conteúdo do art. 225 (tutela do meio ambiente), é capaz de conduzir à compreensão segundo a qual a água faz parte do rol de direitos fundamentais, ainda que implicitamente (LUZ; TURATTI; MAZZARINO, 2016, p. 271-272).

Por essa perspectiva, uma nova cultura de cuidado com a água se faz indispensável, conduzida por três princípios norteadores: *água é um direito humano*, que não pode ser percebido tão somente por seu viés econômico; *boa governança*, a partir da corresponsabilidade entre sociedade e diversas instâncias governamentais; e, *permanência e amparo dos ecossistemas* que suportam os processos de renovação da água no planeta (MAIA, 2017, p. 323).

Ademais, de acordo com a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura – UNESCO, considerar a água – igualmente - como um bem cultural, implica no reconhecimento das múltiplas dimensões socioculturais do vínculo das pessoas com a água, por sua identidade, patrimônio, e senso de pertencimento (UNESCO, 2009, p. 4).

Isto posto, cumpre observar, no tópico que se segue, a forma pela qual as políticas públicas consubstancializam os direitos fundamentais - em especial - os direitos sociais, onde se insere o direito à água e ao saneamento básico, por meio do reconhecimento e implementação sistemática de normas protetivas.

2 A IMPORTÂNCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

É possível depreender que o Estado Social - de modo diverso à configuração do Estado

Liberal - ratifica-se pela concretização de políticas, enquanto programas de ação, de modo a não compreender a produção do direito como seu fim único (BONAVIDES, 1998, p. 518).

Desse modo, tal modelo de Estado persegue a efetivação dos direitos constitucionalmente garantidos – sobretudo, os direitos sociais – a partir de sua própria atuação, por meio de políticas públicas (CAVALHIERI; MACHADO, 2008, p. 3384). Assim, o Estado Democrático de Direito consiste em “superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize justiça social” (SILVA, 2004, p. 111).

A partir de tal percepção, infere-se que os direitos humanos tidos como de primeira geração (ou dimensão) são direitos cujo exercício pelo cidadão suscita uma conduta negativa do Estado, e, de igual modo, dos demais cidadãos. Nesse sentido, Paulo Bonavides (2000, p. 517) os identifica como “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”, enquanto garantias negativas que asseguram o indivíduo de não ser frustrado em seu gozo e fruição (ARAÚJO, 2017, p. 121).

Quanto à segunda geração, onde se encontram os direitos sociais, o Estado intervém positivamente na sociedade, criando as condições materiais necessárias ao exercício de tais direitos. No que tange os direitos de terceira geração, estes classificam-se como transgeracionais e transindividuais, vinculados à proteção do gênero humano (ARAÚJO, 2017, p. 121-122).

É notório que, ante os direitos sociais, existe uma discrepância entre a tutela que lhes é conferida na CRFB/1988 e sua efetividade. Tal descompasso é ocasionado - principalmente - pela inércia estatal e o conseqüente lapso na aplicação de políticas públicas imprescindíveis ao adequado usufruto dos direitos e garantias constitucionalmente estabelecidos (ARAÚJO, 2017, p. 128-129).

Nesse sentido, Mendes ensina que os direitos de caráter prestacional reivindicam uma postura ativa do Poder Público, na medida em que:

[...] vinculados à concepção de que ao Estado incumbe, além da não-intervenção na esfera da liberdade pessoal dos indivíduos, garantida pelos direitos de defesa, a tarefa de colocar à disposição os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais, os direitos fundamentais a prestações objetivam, em última análise, a garantia não apenas da liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado), mas também da liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa de que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção de sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos (MENDES, 2004, p. 6).

Dessa forma, ao prever direitos sociais a todos os cidadãos, de modo universal e sem distinções, a CRFB/1988 optou por compreender as políticas públicas como instrumentos postos a substancializá-los (CAVALHIERI; MACHADO, 2008, p. 3383), tendo em conta que a simples positivação constitucional dos direitos fundamentais não enseja, por si só, na aplicação material das citadas normas (CUNHA, 2011, p. 68).

Ademais, para a garantia de direitos prestacionais tais como saúde, moradia, educação, alimentação e acesso à água potável e saneamento básico, por exemplo, as políticas públicas não

devem apenas salvaguardar certos bens da vida, mas - igualmente - estabelecer planos de inclusão social, de modo a empoderar grupos socialmente excluídos, proporcionando-lhes a igualdade material necessária para exercerem com efetividade sua condição de cidadão pertencente a um espaço de argumentação (SODRÉ, 2015, p. 244).

Nesse viés, releva-se a acepção de política pública explanada por Bucci (2006, p. 39), enquanto:

[...] programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados (BUCCI, 2006, p. 39).

Por tal cognição, o sujeito ativo das políticas públicas é sempre o Estado, posto ter competência constitucional para lhes dar impulso oficial. Nessa inteligência, a elaboração, planejamento, execução e financiamento de políticas públicas realizam-se em observância aos correspondentes instrumentos normativos, sob a égide do Estado Democrático de Direito (ARAÚJO, 2017, p. 127-128).

Isto posto, Oliveira Junior (2009, p. 37) partilha do entendimento consoante o qual “[...] não há caminhos para a humanidade concretizar a dignidade humana, que não seja o da realização dos seus direitos fundamentais através de políticas públicas que ofereçam proteção adequada e eficiente [...]”, as quais devem ser conduzidas pelos princípios instrumentais da vedação do retrocesso, do dever de otimização, da garantia do núcleo essencial mínimo dos direitos (mínimo existencial) e da proteção às minorias.

À vista disso, a concreção dos direitos fundamentais – para além do seu conteúdo dogmático – passa pelo contexto da cidadania inclusiva e multidimensional, permitindo espaços de cooperação com o fito de reduzir as desigualdades sociais e corporificar a solidariedade (TORRES, 2001, p. 243-244). Nesse sentido, a cidadania inclusiva repercute o processo de conscientização social e a substancialização dos direitos fundamentais básicos, imprescindíveis à condição humana (OLIVEIRA JUNIOR, 2009, p. 38-39).

Outrossim, quando da escolha e implementação de políticas públicas, a Administração Pública, e, por conseguinte, o administrador:

[...] está vinculado à Constituição e à implementação das políticas públicas da ordem social (quer diretamente quer em parceria com a sociedade civil – nesse sentido atuando também como fiscalizador), estando adstrito às finalidades explicitadas na Constituição, bem como nas leis integradoras, e não cumpri-las caracteriza omissão, passível de responsabilidade. Essa obrigação de cumprir as

normas constitucionais da ordem social insere-se no devido processo legal que deve ser obedecido pela Administração, na implementação das políticas públicas (FRISCHEISEN, 2000, p. 91).

Assim, o controle das políticas públicas pode ser efetuado de três formas, com o objetivo de fiscalizar o cumprimento da ordem constitucional de efetivação dos direitos fundamentais: pelos cidadãos; pela própria Administração Pública (autocontrole ou controle interno); e, por outros setores do Estado não vinculados à Administração (controles político, financeiro, jurisdicional e pelo Ministério Público) (FARO, 2013, p. 265-266).

Diante disso, o Estado assume um duplo dever perante a concretização dos direitos fundamentais. Por um lado, encontra-se jurídico-constitucionalmente comprometido com um dever de proteção dos direitos fundamentais, e, por outro, obriga-se a promover tais direitos (NOVAIS, 2010, p. 261-262). Nesse sentido, é o cumprimento estatal dos citados deveres que materializa normativamente as políticas públicas de direitos sociais (CARVALHO, 2019, p. 779).

Logo, o interesse público deve preponderar quando do planejamento e execução de políticas públicas, posto que:

Uma política é pública quando contempla os interesses públicos, isto é, da coletividade – não como fórmula justificadora do cuidado indiferenciado de interesses que merecem proteção – mas como realização desejada pela sociedade. Mas uma política pública também deve ser expressão de um processo público, no sentido de abertura à participação de todos os interessados, diretos e indiretos, para a manifestação clara e transparente das posições em jogo (BUCCI, 2002, p. 269).

Cumprir destacar, ainda no presente tópico, a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) que objetiva incluir o direito à água explicitamente no rol de direitos sociais constantes no art. 6º da CRFB/1988, o qual passaria a conter a seguinte redação:

“Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, **o acesso à água tratada**, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”(NR)” (BRASIL, 2019, p. 1, grifo nosso).

Dessa forma, a justificativa da PEC 232/2019, de autoria do Deputado Orlando Silva, fundamenta-se no fato de o art. 6º da Constituição Federal estar sendo reiteradamente modificado, no intuito de reconhecer direitos mínimos enquanto direitos sociais, elevando-os à condição de direitos com expressa previsão ante a CRFB/1988. Nessa compreensão, “assim como foi com a moradia, a alimentação e o transporte, o acesso à água não pode ser diferente, porquanto se colocam também como direitos mínimos, sem os quais a dignidade humana, assegurada pela Constituição Federal” não pode se materializar, de maneira a figurar o acesso à água, então, como direito decorrente do mínimo existencial (BRASIL, 2019, p. 1-2).

Por essa lógica, o serviço de abastecimento de água potável consiste em um serviço público

essencial que suscita atuação a estatal para prestá-lo (direta ou indiretamente), e o correspondente implemento de políticas públicas para a sua progressiva efetivação. Nesse sentido, tal serviço público consubstancia verdadeiro instrumento de concreção do direito fundamental de acesso à água (BRASIL, 2019, p. 4).

Pelo exposto, ainda que esteja em fase de apreciação, a PEC 232/2019 (BRASIL, 2019) visa incrementar os meios pelos quais o direito à água potável possa ser exercido amplamente - por todos os seguimentos sociais - fomentando o reconhecimento expresso do citado direito fundamental, e a decorrente concepção de políticas públicas constitucionalmente amparadas e direcionadas ao seu implemento.

3 AS POLÍTICAS PÚBLICAS ENQUANTO INSTRUMENTOS EFETIVADORES DO DIREITO FUNDAMENTAL À ÁGUA

A hodierna preocupação com os Recursos Hídricos tem levado a humanidade a reconsiderar a forma como intervém e contribui para a sua iminente escassez e deterioração. Nesse sentido, torna-se inescusável qualquer motivação (tecnológica, financeira, econômica, social, etc.) tendente a permitir que a água se converta em fonte de conflitos, doenças e destruição ambiental, quando este recurso pode transformar a busca de bem-estar econômico e de satisfação de interesses em uma possibilidade de cooperação e desenvolvimento conjunto, em um sistema de regulamentação que perceba a água como um bem da humanidade (PETRELLA, 2002, p. 31).

Nesse sentido, a água não pode ser percebida como os demais recursos naturais, posto não existir qualquer outra alternativa que a substitua, de forma que “podemos viver sem a Internet, sem petróleo, até mesmo sem fundo de investimentos ou uma conta bancária. Mas – um argumento banal, embora frequentemente esquecido – não nos é possível viver sem água” (PETRELLA, 2002, p. 24). Assim, todo ser humano tem o direito, individual e coletivamente, a ter acesso à água, assim como o correspondente dever de conservá-la enquanto bem da vida insuscetível de apropriação individual privada. Logo, o sujeito primário do patrimônio comum da água é a comunidade humana mundial (PETRELLA, 2002, p. 128-129).

Por essa perspectiva, estabelecer um direito humano à água é apenas o primeiro passo para assegurar que tal direito será realizado e universalmente desfrutado. A implementação do direito à água requer não apenas recursos econômicos e técnicos, mas igualmente vontade política. Nesse sentido, o CG n. 15/2002 especifica que os Estados devem tomar medidas assertivas e concretas voltadas à plena realização do direito à água, de modo a garantir que os direitos humanos das pessoas sob a sua jurisdição sejam efetivados (UNESCO, 2009, p. 5).

Ademais, conforme elucida Mr Koïchiro Matsuura, Diretor-Geral da UNESCO, por ocasião do Dia Mundial da Água (2009), para além da necessidade de novas declarações e normas, a prioridade coetânea é a ação, de forma a mobilizar o compromisso político, as capacidades humanas e a boa vontade política necessárias para assegurar que as previsões sobre crises hídricas não se concretizem (UNESCO, 2009, p. 6).

Nessa lógica, quando do encontro internacional de especialistas em direito à água, realizado em Paris, entre os dias 07 e 08 de julho de 2009, diversas sugestões foram apresentadas no intuito de auxiliar os tomadores de decisão em seus esforços para a implementação do direito humano à água e ao esgotamento sanitário, destacando-se: (i) o estímulo a medidas voltadas à capacitação dos indivíduos e grupos para o exercício de seus direitos; (ii) universalização do acesso aos serviços de água e saneamento; e, (iii) cooperação (inter)nacional para investimentos voltados a serviços básicos de água potável e saneamento, com ênfase nos direitos humanos (UNESCO, 2009, p. 9).

No âmbito nacional, o tratamento dado aos recursos hídricos revela o gradativo despertar pela conservação da água por parte dos legisladores, e de toda a sociedade. Nesse aspecto, o constituinte de 1988 designou um capítulo inteiro para a tratativa do meio ambiente (Capítulo VI, Título VII), o qual prevê, no art. 225, o direito de todos ao gozo de um meio ambiente ecologicamente equilibrado – nele inserido os recursos hídricos - incumbindo ao poder público e coletividade o dever de preservação (SOARES; BARBOSA, 2019, p. 448-450).

Em relação à legislação infraconstitucional, a Lei n. 9.433/1997 (BRASIL, 1997) é a norma mais significativa concernente à proteção dos recursos hídricos, instituindo a Política Nacional de Recursos Hídricos e criando o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos. Logo em seu primeiro artigo, apresenta seus fundamentos, a partir de uma nova perspectiva sobre a água, denominando-a um bem de domínio público, não sujeito a apropriação. Desse modo, é o que dispõe o Art. 1º, incisos I a VI:

Art. 1º A Política Nacional de Recursos Hídricos baseia-se nos seguintes fundamentos:

I - a água é um bem de domínio público;

II - a água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico;

III - em situações de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação de animais;

IV - a gestão dos recursos hídricos deve sempre proporcionar o uso múltiplo das águas;

V - a bacia hidrográfica é a unidade territorial para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos;

VI - a gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades (BRASIL, 1997).

Quanto aos seus objetivos, a Lei n. 9.433/1997, em seu art. 2º, traz a imprescindibilidade da garantia para as gerações presentes e futuras da disponibilidade de água em níveis adequados de qualidade e quantidade; o uso racional e integrado dos recursos hídricos, com o intuito de viabilizar o desenvolvimento sustentável; a prevenção e a defesa contra eventos hidrológicos naturais ou decorrentes da ação humana; e, o incentivo e promoção da captação, da preservação, e do aproveitamento de águas pluviais (BRASIL, 1997).

Dessa forma, a Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH) é uma política pública que merece destaque por suas dimensões social, ambiental e econômica, de forma a ensejar uma gestão

de recursos hídricos mais equânime, descentralizada e participativa, garantindo, assim, o gozo e usufruto do direito fundamental à água para as atuais e futuras gerações (AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS, 2017, p. 165).

Ademais, a renovação da própria PNRH e demais legislações referentes aos recursos hídricos deve ser estimulada, de modo a incrementar todo o plano legal e institucional em que se alicerça a gestão nacional de recursos hídricos. Nessa cognição, a política pública em comento:

[...] deve estar conectada à realidade e, a partir dela, tentar se antecipar na tarefa de enfrentar os problemas atuais e futuros com o intuito de garantir seu objetivo final: o acesso aos recursos hídricos em qualidade e [quantidade] para as presentes e futuras gerações. Uma política pública de sucesso deve ser dinâmica e propensa a alterações que considere necessidades, adversidades e oportunidades que surgem involuntária e inesperadamente de diversas maneiras e por diferentes causas, gerando consequências que, embora não previstas, não devem ser ignoradas (AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS, 2017, p. 169, grifo nosso).

Outrossim, é importante salientar que, embora o planeta Terra seja coberto por cerca de 70% de água, a distribuição desarmônica deste mineral faz com que diversas localidades padeçam com a sua falta. Mesmo o Brasil, que logra 13% da água doce de todo o Planeta, enfrenta a má distribuição deste bem da vida, e a conseqüente escassez em determinadas regiões (SOUZA; MORAES, 2016, p. 913).

Tal desequilíbrio da distribuição orgânica das reservas hídricas brasileiras revela que mais de 65% de toda a água doce nacional encontra-se na região Amazônica, que possui a menor densidade populacional. A região Nordeste, por sua vez, é a mais pobre e a que menos possui o recurso hídrico em questão, concentrando 30% da população brasileira e menos de 5% de água doce. As regiões Sul e Sudeste, que reúnem cerca de 60% da população, dispõem de menos de 13% da água doce brasileira (AUGUSTO *et al.*, 2012, p. 1513).

Cabe destacar que o Brasil dispõe de 12 regiões hidrográficas que enfrentam diferentes peculiaridades para manter sua disponibilidade e qualidade hídrica. Nessa linha, as bacias que compreendem a região Norte são impactadas, em grande parte, pela expansão da geração de energia elétrica. Na região Centro-Oeste, a continuidade de usufruto dos recursos hídricos é ameaçada pelo alargamento da fronteira agrícola. Já as regiões Sul e Nordeste enfrentam déficit hídrico e a região Sudeste evidencia a problemática da poluição hídrica (BRITO, 2018, p. 2).

Outrossim, o desperdício de água é outro importante fator que contribuiu para a sua escassez. A falsa ideia de que a água é um recurso natural infinito – intrinsecamente enraizada na cultura da sociedade -, faz com que a população a desperdice nos mais diferentes âmbitos de aplicação deste bem natural, de maneira que:

[...] a agricultura é responsável por aproximadamente 70% do consumo de toda a água no Brasil, e também é recordista de desperdício na irrigação. É na agricultura que se concentra um dos maiores agravantes na ordem de desperdício de água

tanto no Brasil quanto no mundo. Os projetos de irrigação no mundo perdem quantidades significativas de água potável, e se houvesse a redução de apenas 10% de toda a água utilizada na agricultura já seria suficiente para abastecer o dobro da população existente hoje no mundo, cerca de 7,0 bilhões de pessoas (OLIVO; ISHIKI, 2014, p. 46).

Somado a isso estão as porcentagens de perda total da água tratada e injetada nas redes de distribuição situadas em território nacional - as quais variam em torno de 40% a 60% (REBOUÇAS, 2003, p. 342) – estimulando a perpetuação do elevado número de mais de 35 milhões de brasileiros sem acesso à água tratada no Brasil (BRITO, 2018, p. 4).

Nessa cognição, a Agência Nacional de Águas (ANA) estima que para regularizar a efetivação do direito fundamental à água e concretizar as medidas essenciais à adequada destinação do esgoto – que atualmente compromete mais de 110 mil quilômetros de rios com dejetos – seriam necessários pelo menos R\$ 150.000.000.000,00 (cento e cinquenta bilhões) em investimentos até 2035 (BRITO, 2018, p. 4). Assim, as constatações sobre a realidade da distribuição, tratamento da água e esgotamento sanitário no País atuam como verdadeiros “gatilhos para a geração ou intensificação de conflitos pelo uso da água que impactam na qualidade de vida da população, inclusive com consequências na saúde pública. Já em uma perspectiva de longo prazo, podem refletir na limitação do desenvolvimento socioeconômico do País” (AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS, 2017, p. 165).

Dessa forma, a água do Planeta não está acabando ou diminuindo, o que ocorre é a crescente dificuldade de manutenção da potabilidade da água, em decorrência da forma com que os seres humanos utilizam os recursos hídricos existentes, ensejando numa gestão ineficiente deste recurso (SOUZA; MORAES, 2016, p. 913-914).

Por isso, conforme elucida o Relatório Conjuntura dos Recursos Hídricos no Brasil (2017), a garantia de oferta de água para o abastecimento humano e demais atividades produtivas, e a redução de riscos associados a eventos críticos, configuram objetivos que se inserem:

[...] nas dimensões abordadas no atual **conceito de segurança hídrica**. O planejamento e a implantação de infraestrutura hídrica adequada, vinculada a sistemas que operem a partir de uma gestão integrada de riscos, com foco na otimização do uso e do armazenamento da água, são medidas necessárias e que devem ser adotadas pelo setor de recursos hídricos (AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS, 2017, p. 166, grifo do autor).

Nessa inteligência, o conhecimento das medidas legais e políticas públicas adotadas pelo poder público podem estimular a cobrança - pela sociedade - do cumprimento e observância das Leis já existentes, as quais, se efetivamente concretizadas, podem em muito aperfeiçoar a preservação dos recursos hídricos no Brasil (SOUZA; MORAES, 2016, p. 914).

No que concerne, a seu turno, o gerenciamento dos recursos hídricos nacionais, a Lei n. 9.984/2000 (BRASIL, 2000) criou a Agência Nacional de Águas (ANA), sob a forma de autarquia

em regime especial, com a incumbência de implementar a Política Nacional de Recursos Hídricos e integrar o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, executando políticas públicas federais referentes a tais recursos (BRASIL, 2000). Nesse sentido, dentre as várias políticas públicas conduzidas pela entidade, em âmbito nacional, destacam-se as seguintes: (i) Programa de Despoluição de Bacias Hidrográficas (PRODES) – também conhecido como “programa de compra de esgoto tratado”, que objetiva conceder estímulos financeiros para Prestadores de Serviço de Saneamento que investem em tratamento de esgotos; (ii) Produtor de Água – que objetiva a redução da erosão e do assoreamento dos mananciais nas áreas rurais, com previsão de apoio técnico e financeiro à execução de ações para conservação do solo e da água, bem como o pagamento de incentivos financeiros; e, (iii) Programa Nacional de Avaliação da Qualidade das Águas (PNQA) – que tem por meta oferecer à sociedade o conhecimento adequado da qualidade das águas superficiais brasileiras, com o intuito de auxiliar os tomadores de decisão na definição de políticas públicas para a recuperação da qualidade das águas, de forma a contribuir para a gestão sustentável dos recursos hídricos (SOUZA; MORAES, 2016, p. 917-918).

Nessa lógica, o adequado funcionamento da gestão dos recursos hídricos decorre de quatro “engrenagens”, quais sejam: políticas públicas, leis regulamentadoras de tais políticas, instituições e, sobretudo, participação popular, com papel essencial na conciliação, mediação e reivindicação das demais ações (TRINDADE; SCHEIBE, 2014, p. 99).

Ademais, a maior causa da “inércia” social quanto a cobrança na efetivação de políticas públicas é o desconhecimento, que pode vir a ser superado mediante processos formais e não formais de inclusão da educação ambiental no cotidiano dos diferentes segmentos da sociedade (TRINDADE; SCHEIBE, 2014, p. 110).

Por esse viés, uma conduta ativa da sociedade perante as políticas públicas de governo e na própria gestão da água é a forma mais adequada de se atingir a “consciência hídrica” necessária à garantia da “distribuição igualitária e justa dos recursos e serviços e impedir que a água seja objeto de apropriação privada ou mercadológica (FERREIRA; RAMOS; BERNARDES, 2015, p. 105).

Logo, a água como um direito humano coletivo, decorrente do próprio exercício da cidadania, deve ser garantida a todos - enquanto questão de saúde pública - em qualidade e quantidade adequadas para suprir todas as necessidades humanas fundamentais, sem distinção, de classe, sexo, cor e idade (BRITTO, 2015, p. 223).

Outrossim, a partir da constatação de que 36,1% dos domicílios ainda não possuem abastecimento e 7,2% do volume de água distribuída não são tratadas, bem como 48% dos municípios brasileiros não contam com rede de esgoto (TRINDADE; SCHEIBE, 2014, p. 111), a Lei n. 11.445/2007 (BRASIL, 2007) (alterada pela Lei n. 14.026, de 15 de julho de 2020, que atualiza o marco legal do saneamento básico aprimorando as condições estruturais) é tida como um importante marco para a regulamentação do saneamento básico no país, norteando as ações governamentais, e reunindo as diretrizes necessárias à implantação de medidas que desenvolvam a política de saneamento nacional (SILVA; BASTOS, 2012, p. 8). Dessa forma, estabelece em seu art. 2º os princípios fundamentais dos serviços públicos de saneamento básico, dentre os quais se

destacam:

I - universalização do acesso e efetiva prestação do serviço;

II - integralidade, compreendida como o conjunto de atividades e componentes de cada um dos diversos serviços de saneamento que propicie à população o acesso a eles em conformidade com suas necessidades e maximize a eficácia das ações e dos resultados;

III - abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos realizados de forma adequada à saúde pública, à conservação dos recursos naturais e à proteção do meio ambiente;

[...]

VI - articulação com as políticas de desenvolvimento urbano e regional, de habitação, de combate à pobreza e de sua erradicação, de proteção ambiental, de promoção da saúde, de recursos hídricos e outras de interesse social relevante, destinadas à melhoria da qualidade de vida, para as quais o saneamento básico seja fator determinante (BRASIL, 2007).

Desse modo, ainda que encontre previsão legal, o saneamento básico no Brasil ainda é um desafio complexo. Semelhantemente a outros serviços públicos essenciais, os déficits ressaltam a morosidade do País na prestação de direitos básicos essenciais à vida, como o acesso à água e ao destino seguro dos dejetos e resíduos sólidos (BORJA, 2014, p. 434).

Nesse sentido, o direito à água potável e ao saneamento básico - além de direito fundamental autônomo - integra o conteúdo mínimo de diversos outros direitos, que dependem deste para a sua completa fruição, tais como o direito à saúde e à dignidade humana (RAVAGNANI; OLIVEIRA, 2018, p. 9).

Portanto, as políticas públicas de acesso à água e ao saneamento reivindicam mecanismos e ações efetivas - que atendam as suas múltiplas finalidades e objetivos - de modo a garantir o acesso e a ótima utilização dos recursos hídricos enquanto patrimônio da humanidade.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa pôde constatar que a percepção mais coerente do direito à água identifica-o como direito jurídico *per se* - autônomo em si mesmo -, a ser protegido não apenas por sua instrumentalidade em relação aos demais direitos humanos, mas por sua identificação e relevância enquanto direito humano fundamental.

Restou evidenciado que, ante os direitos sociais, existe uma discrepância entre a tutela que lhes é conferida na CRFB/1988 e sua efetividade. Tal descompasso é ocasionado - principalmente - pelo lapso na aplicação de políticas públicas imprescindíveis ao adequado usufruto dos direitos e garantias constitucionalmente estabelecidos.

Neste trabalho foi possível identificar, ainda, que o reconhecimento do direito humano à água é apenas o primeiro passo para assegurar que tal direito seja realizado e universalmente desfrutado. A implementação do acesso à água requer não apenas recursos econômicos e técnicos,

mas igualmente vontade política. Nessa cognição, semelhantemente a outros serviços públicos essenciais, os déficits evidenciam a morosidade do País na prestação de direitos básicos essenciais à vida.

Por todo o exposto, conclui-se que as políticas públicas de acesso à água e ao esgotamento sanitário reivindicam mecanismos e ações efetivas - que atendam as suas múltiplas finalidades e objetivos - de modo a garantir o acesso e a ótima utilização dos recursos hídricos enquanto patrimônio da humanidade.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. *Conjuntura dos recursos hídricos no Brasil 2017*: relatório pleno. Brasília: ANA, 2017.

AMORIM, João Alberto Alves. *Direito das águas: o regime jurídico da água doce no direito internacional e no direito brasileiro*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015.

ARAÚJO, Danielle Ferreira Medeiro da Silva de. Política pública, efetividade e direitos sociais. *Revista Jurídica do Curso de Direito da UESC*, Ilhéus, v. 17, n. 2, p. 115-146, 2017. Disponível em: <https://periodicos.uesc.br/index.php/dike/article/view/1791>. Acesso em: 17 jan. 2021.

AUGUSTO, Lia Giraldo da Silva; GURGEL, Idê Gomes Dantas; CÂMARA NETO, Henrique Fernandes; MELO, Carlos Henrique de; COSTA, André Monteiro. O contexto global e nacional frente aos desafios do acesso adequado à água para consumo humano. *Ciência e Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 6, p. 1511-1522, jun. 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/>

BLQQZStH GK3KMFZdj9zwQKL/?format=pdf&lang=pt. 17 jan. 2021.

BARBOSA, Wouille Aguiar; OLIVEIRA, Sara Franciene de. A água como direito fundamental e inalienável: a luta contra a subversão política e econômica pela privatização desse bem comum e universal. *Direito & Realidade*, Monte Carmelo, v. 7, n. 9, p. 110-125, 2019. Disponível em: <https://revistas.fucamp.edu.br/index.php/direito-realidade/article/view/1769>. Acesso em: 17 jan. 2021.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

BORJA, Patrícia Campos. Política pública de saneamento básico: uma análise da recente experiência brasileira. *Saúde Sociedade*, São Paulo, v. 23, n. 2, p. 432-447, 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sausoc/a/gn7vpPFZYBHq6s6JVtHCHbw/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 17 jan. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição n. 232, de 2019*. Altera o Art. 6º da Constituição Federal para incluir o acesso à água tratada entre os direitos sociais.

Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1848603&filename=PEC+232/2019. Acesso em: 17 jan. 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, ano 126, n. 191-A, p. 1, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 14 jan. 2021.

BRASIL. Lei n. 11.445, de 05 de janeiro de 2007. Estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico; cria o Comitê Interministerial de Saneamento Básico; altera as Leis [...]. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, n. 5, p. 3, 8 jan. 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111445.htm. Acesso em: 17 jan. 2021.

BRASIL. Lei n. 9.433, de 08 de janeiro de 1997. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta [...]. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, n. 6, p. 470, 9 jan. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19433.htm. Acesso em: 17 jan. 2021.

BRASIL. Lei n. 9.984, de 17 de julho de 2000. Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA), [...]. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 18 jul. 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19984.htm. Acesso em: 14 jan. 2021.

BRITO, Débora. A água no Brasil: da abundância à escassez. *Agência Brasil*, Brasília, 25 out. 2018.

BRITTO, Ana Lucia. Tarifas sociais e justiça social no acesso aos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário no Brasil. In: CASTRO, José Esteban; HELLER, Léo; MORAIS, Maria da Piedade (ed.). *O direito à água como política pública na América Latina: uma exploração teórica e empírica*. Brasília: Ipea, 2015. p. 209-225.

BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *O conceito de política pública em direito: políticas públicas reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BULTO, Takele Sokoba. Muito familiar para ignorar, muito novo para reconhecer: a situação do direito humano à água em nível global. In: CASTRO, José Esteban; HELLER, Léo; MORAIS, Maria da Piedade (ed.). *O direito à água como política pública na América Latina: uma exploração teórica e empírica*. Brasília: Ipea, 2015. p. 25-56.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. As políticas públicas como concretização dos direitos sociais. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 6, n. 3, p. 773-794, 2019. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/59730/40602>. Acesso em: 14 jan. 2021.

CAVALHIERI, Juliana Raquel; MACHADO, Ednilson Donisete. Políticas públicas como instrumentos de concretização dos direitos sociais. In: CONGRESSO NACIONAL DO

CONPEDI, 17., 2008, Brasília. *Anais [...]*. Brasília: CONPEDI, 2008. p. 3379-3400. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/06_509.pdf. Acesso em: 17 jan. 2021.

CUNHA, Bruno Santos. Direitos fundamentais: da constituição às políticas públicas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 65-82, 2011.

FARO, Júlio Pinheiro. Políticas públicas, deveres fundamentais e concretização de direitos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 250-269, 2013.

FERREIRA, Hermelinda Maria Rocha; RAMOS, Alexandre Sávio Pereira; BERNARDES, Denis Antônio de Mendonça. A política de racionamento de água na cidade do Recife, Brasil: impactos e desigualdades nos assentamentos precários. In: CASTRO, José Esteban; HELLER, Léo; MORAIS, Maria da Piedade (ed.). *O direito à água como política pública na América Latina: uma exploração teórica e empírica*. Brasília: Ipea, 2015. p. 83-108.

FLORES, Karen Müller. O reconhecimento da água como direito fundamental e suas implicações. *RFD - Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, n. 19, p. 01-14, 2011. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1724/1337>. Acesso em: 17 jan. 2021.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o ministério público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

LUZ, Josiane Paula da; TURATTI, Luciana; MAZZARINO, Jane Marcia. Água: direito humano fundamental. *Revista Estudo e Debate*, Lajeado, v. 23, n. 2, p. 265-279, 2016.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 21. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2013.

MAIA, Ivan Luis Barbalho. O acesso à água potável como direito humano fundamental no direito brasileiro. *Revista do CEPEJ*, Salvador, v. 20, p. 301-338, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

MIRANDOLA, Carlos Mauricio Sakata; SAMPAIO, Luiza Saito. Universalização do direito à água. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (org.). *Direito ambiental e desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 265-298.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

OLIVEIRA JUNIOR, Valdir Ferreira de. Políticas públicas concretizadoras dos direitos fundamentais: controle judicial do dever de progresso e da proibição de retrocesso. *Cadernos de Ciências Sociais Aplicadas*, Vitória da Conquista, n. 7, p. 33-49, 2009. Disponível em: <https://periodicos2.uesb.br/index.php/ccsa/article/view/1930/1647>. Acesso em: 17 jan. 2021.

OLIVO, Andréia de Menezes; ISHIKI, Hamilton Mitsugu. Brasil frente à escassez de água.

Revista Colloquium Humanarum, Presidente Prudente, v. 11, n. 3, p. 41-48, 2014. Disponível em: <https://revistas.unoeste.br/index.php/ch/article/view/1206/1279>. Acesso em: 17 jan. 2021.

ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos da Água*. 1992. Disponível em: http://www.cecol.fsp.usp.br/dcms/uploads/arquivos/1483371864_ONU-Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20da%20%C3%81gua.pdf. Acesso em: 17 jan. 2021.

ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Observación general n° 15 (2002): el derecho al agua (artículos 11 y 12 del pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales)*. 2003. Disponível em: [https://www.refworld.org/es/publisher,CESCR,GENERAL,,47ebcbfa2,0.html](https://www.refworld.org/es/publisher/CESCR,GENERAL,,47ebcbfa2,0.html). Acesso em: 17 jan. 2021.

ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. 1966. Disponível em: https://brazil.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/pacto_internacional.pdf. Acesso em: 17 jan. 2021.

PETRELLA, Riccardo. *O manifesto da água: argumentos para um contrato mundial*. Tradução de Vera Lúcia Mello Joscelyne. Petrópolis: Vozes, 2002.

RAVAGNANI, Christopher Abreu; OLIVEIRA, José Carlos de. A efetivação do direito humano à água potável e ao saneamento básico: um estudo de caso. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 34, n. 1, p. 01-22, 2018. Disponível em: <https://revista.fdsu.edu.br/index.php/revistafdsu/article/view/225/245>. Acesso em: 17 jan. 2021.

REBOUÇAS, Aldo da C. Água no Brasil: abundância, desperdício e escassez. *Revista Bahia Análise & Dados*, Salvador, v. 13, p. 341-345. 2003. Número especial.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, Flávia Maria da; BASTOS, Priscila Felix. *A atuação das políticas públicas na gestão e implementação do saneamento básico*. In: SEMINÁRIO REGIONAL NORTE E NORDESTE DE PÓS-GRADUAÇÃO EM GEOGRAFIA, 3., 2012, João Pessoa, PB. *Anais [...]*. João Pessoa: SERNNE, 2012. Disponível em: <http://www.geociencias.ufpb.br/leppan/gepat/files/gepat021.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2021.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOARES, Jane Arimercia Siqueira; BARBOSA, Erivaldo Moreira. Políticas públicas de acesso à água no Brasil: pensando a evolução das políticas de combate à seca no semiárido. *Revista Gestão & Sustentabilidade Ambiental*, Florianópolis, v. 8, n. 4, p. 443-467, 2019. Disponível em: https://portaldeperiodicos.animaeducacao.com.br/index.php/gestao_ambiental/article/view/6338/4766. 7 out. 2022.

SODRÉ, Jorge Irajá Louro. Direitos sociais e políticas públicas: a dificuldade de efetivação. *Revista de Direito*, Viçosa, v. 7, n. 2, p. 235-254, 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/1654/732>. Acesso em: 17 jan. 2021.

SOUZA, Jocemar Santos de; MORAES, Beatriz Stoll. Análise das políticas públicas implementadas para a gestão dos recursos hídricos no Brasil. *Revista do Centro de Ciências Naturais e Exatas - UFSM*, Santa Maria, v. 38, n. 2, p. 913-919, 2016.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 243-342.

TRINDADE, Larissa de Lima; SCHEIBE, Luiz Fernando. A gestão dos recursos hídricos a partir de uma análise das políticas públicas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 4, n. 2, p. 98-116, 2014.

UNESCO – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. *Outcome of the international experts' meeting on the right to Water*. Paris: UNESCO, 2009. Disponível em: https://www.unescoetxea.org/dokumentuak/Paris2009_right_to_water.pdf. Acesso em: 17 jan. 2021.

Como citar: RIBEIRO, Glaucia Maria de Araújo; MAIOR, Nicole Rabelo Souto; BRAGA, Louise Oliveira. Reflexões sobre a mediação familiar digital na plataforma do conselho nacional de justiça. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 2, p. 123-153, out. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n2p.123. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 27/01/2021

Aprovado em: 10/11/2022

**UM REFORÇO À DEMOCRACIA PARTICIPATIVA
NA LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO:
A NECESSÁRIA PREVISÃO LEGAL DE
IMPLEMENTAÇÃO DOS CONSELHOS DE
TRANSPARÊNCIA**

STRENGTHENING PARTICIPATORY DEMOCRACY
IN THE ACCESS TO INFORMATION ACT: THE
NECESSARY LEGAL PROVISION FOR THE
ESTABLISHMENT OF TRANSPARENCY COUNCILS

Denise Auad*

* Graduação pela Faculdade de Direito da USP, na qual obteve os títulos de Mestre e Doutora pelo Departamento de Direito do Estado. Pós-Doutorado pela Universidade de Bolonha. É Professora Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Advogada, bem como membro da Comissão Especial dos Direitos da Criança e o Adolescente da OAB/SP e do Conselho de Transparência da Administração Pública do Estado de São Paulo. Também integra o Conselho Consultivo do Projeto Prioridade Absoluta do Instituto Alana.
E-mail: deauad@yahoo.com.br

Como citar: AUAD, Denise. Um reforço à democracia participativa na lei de acesso à informação: a necessária previsão legal de implementação dos conselhos de transparência **Revista de Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 2, p. 154-172, out. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n2p.154. ISSN: 1980-511X.

Resumo: A aprovação da Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/11- LAI) representa uma grande conquista para o Brasil, no sentido de promover diretrizes para que o funcionamento do Estado e para que os dados de órgãos públicos se tornem transparentes para os cidadãos. A transparência é um meio eficaz para aprimorar a qualidade e o alcance das políticas públicas, bem como para combater mecanismos de corrupção. A sociedade civil organizada tem se empenhado para consolidar a Lei 12.527/11 e encontra um importante espaço de protagonismo nos Conselhos de Transparência, órgãos consultivos que auxiliam o governo no incremento da cultura da transparência. Muitos avanços na área do acesso à informação foram alcançados por meio da atuação destes Conselhos participativos. Assim, para que sua atuação seja preservada e impulsionada, é importante que haja previsão legal da implementação do referido órgão colegiado na própria LAI.

Palavras-chave: lei 12.527/11; estado democrático de direito; democracia participativa; transparência; conselhos de transparência.

Abstract: The sanction of the Access to Information Act (Law 12.527/11-LAI) represents a great achievement for Brazil, in the sense that it promotes transparency guidelines related to

the functioning of the State and the access to public agencies data. Transparency is an effective means to improve the quality and scope of public policies, as well as to combat corruption. Organized civil society has endeavored to consolidate Law 12.527/11 and finds an important role in the Transparency Councils, which are consulting bodies that assist the government in enhancing the culture of transparency. Many advances in access to information have been achieved because of these participatory Councils. Furthermore, with the goal of preserving and promoting its activities, it is important that a legal provision for the establishment of such collegiate body be consolidated in the aforementioned law.

Keywords: Law 12.527/11; democratic state of law; participatory democracy; transparency; transparency councils.

INTRODUÇÃO

Vivemos na era da informação. Nossas experiências se multiplicam em dados com o auxílio das ferramentas digitais. A era da informação permite que diferentes ideias, anseios e sentimentos sejam compartilhados, o que aumenta o potencial de comunicação entre as pessoas. Todavia, como reflete BAUMAN (2001, p. 141) em seu livro *Modernidade líquida*, os paradigmas nos quais acreditávamos como verdades absolutas estão ruindo e, em seu lugar, aparece uma multiplicidade de pontos de vista sobre uma mesma situação.

O que é a verdade, então? Como diferenciar o que são as diferentes perspectivas que um fato pode conter e o que são relatos falsos sobre esse mesmo fato, fenômeno que denominamos de “falsas verdades” ou *fake news*, tão terríveis para a democracia?

Essas indagações levam à conclusão de que a informação, hoje, é um direito fundamental a ser protegido. Precisamos zelar pela produção da informação e, principalmente, por sua qualidade e veracidade.

Quando a natureza dos dados a serem analisados é pública, as questões de transparência e de acesso à informação tornam-se ainda mais cruciais, na medida em que tais dados têm potencial para mudar vidas, transformar condições sociais e produzir riqueza, já que podem ser decisivos para moldar o sentido e o alcance de políticas públicas.

Por esses motivos, a Lei de Acesso à Informação Lei 12.527/11- LAI (BRASIL, 2011) é uma conquista muito relevante para o fortalecimento do Estado Democrático no Brasil, pois reconhece a informação enquanto um direito fundamental, fomenta a cultura da transparência e os torna paradigmas de um marco legal.

Além disso, nosso pacto constitucional, com mais de trinta anos de vigência, estabelece como princípios norteadores do Estado Democrático de Direito a participação e o controle social.

Nesse sentido, a sociedade civil organizada tem sido um importante protagonista para que os fundamentos da LAI avancem, pois qualificam o debate sobre transparência e tem força para exigir dos órgãos públicos a produção e a disponibilização dos dados.

A atuação da sociedade civil organizada é essencial para a democracia justamente porque a produção de dados, sua análise e a construção comparações ou estatísticas podem não ser de interesse direto do governo que está no poder, visto que podem comprovar a ineficiência de uma política pública, ou, então, revelar mecanismos de corrupção na gestão.

Conforme aponta BARCELLOS (2018, p. 7):

O direito de acesso à informação acerca da realidade da promoção dos direitos fundamentais é, portanto, um tema profundamente constitucional e, passados 30 anos, parece ter chegado a hora de levá-lo mais a sério. Em primeiro lugar, por seu caráter potencialmente contramajoritário, a exigir o manejo do Direito Constitucional. Coletar informação, processá-la e colocá-la à disposição do público é uma atividade complexa, por vezes demorada e custosa, e provavelmente com

pouco retorno eleitoral, já que ela pode demonstrar, por exemplo, que os resultados anunciados não foram alcançados. Por isso mesmo não seria contrafático assumir como premissa que o Poder Público preferiria, do ponto de vista político, gerar e divulgar apenas a informação que revele seus avanços e sucessos.

Todavia, tais informações são de máxima relevância para os cidadãos, os quais têm o direito fundamental de saber a verdade sobre as atividades da gestão pública, até para poder exercer seu direito fundamental ao voto e eleger novos representantes ou cobrar resultados que melhorem as estatísticas observadas.

Na medida em que avançamos no Brasil, substituindo a Administração Pública Patrimonialista e a Burocrática pela Administração Pública Gerencial (PEREIRA, 1998, p. 47-80), a máxima *The King can do no wrong* é substituída e descortina-se a possibilidade de responsabilização do gestor público, juntamente com consolidação do direito de o cidadão fiscalizar a disponibilidade e o uso dos bens públicos.

Todavia, para que exerça esse direito, a sociedade necessita do acesso à informação e da garantia de transparência do funcionamento dos órgãos públicos. Ressalta-se que a prerrogativa de “acesso à informação” deve ser considerada a partir de uma concepção ampla, pois envolve não apenas receber um dado “pronto” das instituições estatais, mas também a possibilidade de exigir a existência da informação e que esta seja dotada de autenticidade e integridade, principalmente quando a informação é relevante para a proteção de direitos fundamentais. Nas palavras de BARCELLOS (2018, p. 6):

Mas o que dizer de uma informação que não esteja disponível, seja porque não foi coletada, seja porque não foi processada? Como a informação acerca dos resultados de uma determinada política pública que jamais foram coletados? É nesse ponto que se manifesta um segundo efeito do direito de acesso à informação de interesse geral: é preciso que exista a informação de interesse geral, “existir” entendido no sentido de ter sido coletada e estar disponível [...] respeitar, proteger e promover os direitos fundamentais é o compromisso fundamental do Estado brasileiro e há, portanto, um direito constitucional à informação sobre se e como os direitos estão sendo garantidos para os diferentes grupos, nas diferentes regiões do País a dimensão da realidade desagregada. Até porque, será impossível avaliar a execução das políticas públicas e dos programas de governo em geral, como exigido pela própria Constituição, se o Poder Público não monitorar ao longo do tempo suas ações e seus resultados, a fim de coletar, processar e divulgar tais informações.

Como a disponibilização da informação nem sempre pode ser do interesse do gestor, então torna-se necessário que a sociedade civil organizada tenha um espaço garantido para atuar em prol da cultura da transparência.

Dessa forma, os Conselhos de Transparência são um *locus* que potencializam a atuação da sociedade civil organizada e, por isso, devem ser valorizados e preservados, inclusive como

instrumentos necessários para que se viabilize o pacto constitucional pautado na democracia participativa. Por esse motivo, a implementação dos Conselhos de Transparência deve ser garantida, e, para isso, a Lei 12.527/11 (BRASIL, 2011) deve dispor sobre sua institucionalização.

1 APROVAÇÃO DA LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO COMO UM IMPORTANTE PASSO PARA O FORTALECIMENTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO BRASIL

No início do séc. XXI, intensificou-se, internacionalmente, um movimento em defesa de maior transparência na gestão estatal, o qual também influenciou a sociedade civil organizada no Brasil, que passou a pressionar o Congresso Nacional para aprovar uma lei mais ampla sobre esse assunto. O tema começou a ser formalmente debatido no Legislativo Brasileiro por meio do Projeto de Lei nº 219/2003 (BRASIL, 2003a), proposto pelo Deputado Reginaldo Lopes.

A tramitação legislativa durou em torno de oito anos e contemplou muitas discussões, relacionadas, principalmente, com a tensão entre transparência *versus* sigilo de dados públicos, bem como entre direito à informação *versus* proteção do indivíduo e da segurança nacional. Em 18 de novembro de 2011, a Lei 12.527 (LAI) (BRASIL, 2011) foi aprovada, tendo o objetivo de regular o acesso à informação de acordo com os parâmetros constitucionais contidos no art. 5º, inciso XXXIII¹, no art. 37, § 3º, inciso II², e no art. 216, § 2º³, da CF/88.

Para garantia de eficácia, a LAI foi posteriormente regulamentada pelo Decreto nº 7.724/12 (BRASIL, 2012a), que dispõe sobre procedimentos de transparência ativa e passiva, pelo Decreto nº 7.845/12 (BRASIL, 2012b), que disciplina procedimentos de classificação de informações e pelo Decreto nº 8.777/16 (BRASIL, 2016), o qual estabelece a Política de Dados Abertos do Poder Executivo Federal. Em fevereiro de 2019, o governo federal editou o Decreto nº 9.680 (BRASIL, 2019e), o qual foi alvo de muitas críticas, por permitir a delegação da competência para classificação de documentos ultrassecretos a ocupantes de cargos em comissão, a dirigentes de autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista. A delegação foi posteriormente revogada pelo Decreto nº 9716/19 (BRASIL, 2019a). Na sequência, no mesmo ano, foi aprovado o Decreto nº 9781 (BRASIL, 2019f), que determina às entidades privadas de serviço social autônomo responsabilidade pelo fornecimento de informações sobre recursos públicos recebidos. Em julho de 2019, entrou em vigor o Decreto nº 9.903 (BRASIL, 2019g), relacionado à Política de Dados Abertos do Poder Executivo Federal, estabelecendo que os dados do Executivo e informações advindas de transparência ativa podem ser livremente utilizados pelos

1 Art. 5º, XXXIII, da CF/88: “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado” (BRASIL, 2011).

2 Art. 37, § 3º, II, da CF/88: “A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII” (BRASIL, 2011).

3 Art. 216, § 2º, da CF/88: “Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem” (BRASIL, 2011).

Poderes e pela sociedade.

Pelo fato de o Brasil possuir uma organização político-administrativa com base no modelo federativo, cabem às demais unidades federativas – Distrito Federal, Estados e Municípios – regularem, dentro de suas esferas de competência, aplicação das disposições da LAI.

Vale lembrar que, em 2009, o Congresso aprovou a Lei Complementar 131 (BRASIL, 2009), a qual ficou conhecida como “Lei Capiberibe”, também relacionada ao tema da transparência. Todavia, esta foi uma lei mais restrita, diretamente relacionada à Lei de Responsabilidade Fiscal, que garantiu a disponibilização, em tempo real, de informações detalhadas sobre a execução orçamentária da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Desse modo, pelo fato de a Lei 12.527/11 (BRASIL, 2011) ter sido mais profunda em relação aos aspectos da cultura da transparência, foi ela que estabeleceu o marco legal sobre acesso à informação pública no Brasil. A LAI não se restringe à transparência da gestão fiscal e abrange, segundo disposição expressa de seu art. 1º, o acesso à informação em todas as unidades da Federação, no tocante às atividades dos órgãos públicos integrantes da administração direta dos Poderes Executivo, Legislativo, incluindo as Cortes de Contas, o Judiciário e o Ministério Público, além das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas, das sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

É importante destacar que um dos principais protagonistas para o aprofundamento dos temas inseridos na Lei 12.527/11 (BRASIL, 2011) foi o Conselho de Transparência Pública e Combate à Corrupção (CTPCC) do governo federal, criado em 2003, órgão consultivo da administração pública direta, composto de forma paritária entre integrantes do governo e da sociedade civil organizada e ligado à estrutura Controladoria-Geral da União (CGU). Este fato demonstra a importância do Conselho de Transparência enquanto instituição propulsora do fortalecimento da democracia participativa e do controle social no Brasil⁴.

A Lei 12.527/11 (LAI) (BRASIL, 2011) é, portanto, um marco legal muito importante para o aprofundamento do Estado Democrático de Direito no Brasil, ao garantir à sociedade conhecimento sobre as decisões de natureza pública, bem como maior clareza sobre o funcionamento do Estado. Com base nesse conhecimento, a sociedade pode questionar pautas da agenda pública e lutar para que suas demandas entrem no contexto das políticas oficiais do Estado. Além disso, o acesso à informação permite uma fiscalização ativa da sociedade civil em face das decisões de interesse público. Ressalta-se que o controle social, exercido de forma democrática, é uma poderosa arma de combate à corrupção (SILVEIRA, 2013, p. 131).

O conhecimento é um dos instrumentos mais importantes para a consolidação do empoderamento responsável da sociedade civil. Permite uma visão mais realista das causas e consequências de decisões que são tomadas pelos agentes do Estado e que atingem os mais diversos

4 Conferir, no endereço eletrônico <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/transparencia-publica/conselho-da-transparencia>, relacionado ao site da CGU, as informações sobre o Conselho de Transparência Pública e Combate à Corrupção. Estabelece expressamente o referido site que “O Conselho de Transparência Pública e Combate à Corrupção, órgão consultivo integrante da estrutura básica da Controladoria-Geral da União, tem por finalidade debater e sugerir medidas de aperfeiçoamento e fomento de políticas e estratégias, no âmbito da administração pública federal”. Também “tem o papel de planejar estratégias de combate à corrupção e à impunidade”.

interesses dos cidadãos. Também garante maior grau de justiça e de equidade na distribuição da riqueza social, pois os cidadãos passam a ter melhores ferramentas para fiscalizar a atuação dos agentes públicos.

Bobbio, em sua obra *O futuro da democracia* (BOBBIO, 2002, p. 22), é claro ao defender que a democracia requer, como pressuposto, que os cidadãos compreendam as “regras do jogo” do Estado, para que, a partir deste conhecimento, possam participar das decisões políticas. Para tanto, é necessário que o poder seja transparente e que este mecanismo gere um círculo virtuoso pautado na educação para a cidadania.

É notório que o fortalecimento dos grandes aparatos de corrupção, os quais envolvem a colaboração ilícita de agentes do Estado e de particulares, é facilitado quando a máquina administrativa do Estado funciona a partir de procedimentos extremamente burocráticos e obscuros, pois tais mecanismos dificultam e impedem que o controle social seja exercido. Por conseguinte, tornar a estrutura e o funcionamento do Estado transparente à sociedade é uma medida essencial para o enfrentamento corrupção desde a sua raiz.

Nessa linha de raciocínio, o art. 3º da LAI (BRASIL, 2011) estabelece as diretrizes do direito fundamental de acesso à informação:

- I- observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção;
- II- divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações;
- III- utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação;
- IV- fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública;
- V- desenvolvimento do controle social da administração pública (BRASIL, 2011).

Na medida em que a Lei 12.527/11 (BRASIL, 2011) foi se consolidando, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios começaram a estruturar mecanismos institucionais para garantir ao cidadão acesso à informação, tanto de forma presencial ou virtual, seja por meio da transparência ativa quanto da transparência passiva. Segundo o art. 5º da Lei 12.527/11: “É dever do Estado garantir o direito de acesso à informação, que será franqueada, mediante procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão” (BRASIL, 2011).

Entende-se por transparência ativa a obrigatoriedade de as instituições públicas disponibilizarem aos cidadãos, independentemente de solicitação, informações organizadas sobre suas atividades e funcionamento. Assim, com o auxílio de ferramentas digitais, os governos dos mais diversos níveis da federação, bem como os órgãos públicos relacionados aos Poderes do Estado, inclusive os Tribunais de Contas e o Ministério Público, passaram a disponibilizar Portais

de Transparência⁵ na internet com relevantes dados relacionados às suas atividades.

Por meio da transparência passiva, os cidadãos podem requerer ao poder público informações de interesse pessoal e social. Importante ressaltar, neste âmbito, a criação do Sistema Eletrônico de Informações ao Cidadão (e-SIC) nas unidades da Federação, o qual é um importante canal de acesso para que o cidadão faça o pedido da informação que deseja.

A LAI estabelece, em seus artigos 10 a 20, um procedimento de acesso à informação, inclusive com a possibilidade de recurso mediante a negativa do acesso (BRASIL, 2011). Como já mencionado anteriormente, segundo o art. 3º da LAI, inciso I, a concessão da informação deve ser a regra e o sigilo, a exceção:

Em diversos países do mundo, há uma preocupação com a difusão indiscriminada e generalizada de informações, a qual resulta de uma abertura excessiva. Encontrar o equilíbrio entre a transparência e o sigilo não é uma tarefa fácil, contudo, a experiência atual mostra que o esforço para balancear esses dois extremos é essencial para a prevenção da corrupção, como também para promover a integridade. A exceção da defesa nacional não pode ser desprovida de limites, sendo ampliada para questões que, claramente, com ela não se relacionam (SCAPIN, 2014, p. 4).

Conforme o art. 21 da Lei 12.527/11 (BRASIL, 2011), a informação não poderá ser negada caso seja necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais. Também não poderá ser negada no caso de condutas que impliquem violação dos direitos humanos praticadas por agentes públicos ou a mando de autoridades públicas. A LAI deve respeitar o direito de intimidade dos cidadãos no tocante à disponibilização de informações pessoais, bem como as hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça, além das hipóteses de segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o poder público, conforme determina seu art. 22.

Outra importante consequência advinda da Lei 12.527/11 (BRASIL, 2011) é a possibilidade de os dados públicos fomentarem pesquisas mais consistentes nas Universidades em prol do aprimoramento do funcionamento das funções do Estado. Além disso, o acesso aos dados permite que a sociedade civil formule ações criativas que impactem positivamente na efetividade de políticas públicas, seja por meio de *startups*, seja por meio de programas desenvolvidos por organizações sociais que atuam no terceiro setor.

Cabe ressaltar que ter um marco legal sobre acesso à informação não garante, de forma isolada, a construção de uma cultura de transparência, é necessário, também, que a sociedade se aproprie de tais comandos normativos e incentive sua aplicação. Neste sentido, discorreremos, a seguir, sobre a relevância dos Conselhos de Transparência como indutores da participação da sociedade civil organizada em prol do fortalecimento da LAI e, conseqüentemente, para a construção de uma cultura de transparência no Brasil.

⁵ Vide, por exemplo, o Portal de Transparência da União, organizado pela Controladoria-Geral da União, o qual pode ser acessado pelo endereço eletrônico: <http://www.portaltransparencia.gov.br>. Outro portal de referência é o do Estado de São Paulo, que pode ser consultado pelo endereço eletrônico: <http://www.transparencia.sp.gov.br>.

2 OS CONSELHOS DE TRANSPARÊNCIA ENQUANTO PROTAGONISTAS DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA EM PROL DO FORTALECIMENTO DA LAI

A Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) estabeleceu mecanismos institucionais de participação para além da democracia representativa, conforme seu art. 1º, parágrafo único. Como paradigma desses mecanismos, podemos citar o referendo, o plebiscito e a iniciativa popular (art. 14), a realização de audiências públicas (art. 58, § 2º, II), conferências (art. 216-A, § 2º, III), bem como a previsão da atuação de Conselhos Participativos na implementação de políticas públicas em áreas sensíveis da gestão administrativa do Estado (art. 10, art. 194, VII, 198, III, art. 204, II, 206, VI, art. 216-A, § 2º, II, art. 224, todos da CF/88 e art. 77, § 3º, do ADCT). O Conselho de Transparência, por exemplo, pode ser classificado como um Conselho Participativo.

O objetivo da criação de um Conselho Participativo é possibilitar que ações estatais e políticas públicas de grande relevância sejam realizadas com a colaboração e *expertise* da sociedade civil organizada. Desse modo, evita-se que decisões estratégicas, as quais dependem de maior conhecimento, da troca de experiências, do “lugar de fala”, bem como de uma visão mais madura das necessidades sociais, sejam tomadas apenas pelo administrador e sua equipe, situação que propicia o insulamento burocrático das políticas públicas e seu distanciamento em relação aos reais anseios de seus destinatários (AUAD, 2007, p. 5).

A consolidação de Conselhos Participativos em áreas sensíveis possibilita a continuidade das políticas públicas para além dos desígnios da “política partidária”. Isso permite que as políticas públicas sensíveis se tornem verdadeiras “políticas de Estado” e não apenas ações pontuais de representantes no exercício temporário de seus mandatos, o que, inclusive, reforça as condições para que o Brasil cumpra metas de longo prazo relacionadas à incorporação de Tratados Internacionais de Direitos Humanos (AUAD, 2007, p. 79).

Vale mencionar, como exemplo, as metas relacionadas à erradicação do analfabetismo, ao aprimoramento do sistema de saúde, ao combate à corrupção e violência estatal, à proteção do meio ambiente, à garantia de melhores condições para o desenvolvimento de crianças e adolescentes, dentre outras. Assim, é importante lembrar o papel que a Dra. Zilda Arns realizou, por meio da Pastoral da Criança para melhorar sensivelmente o número de mortes de crianças por desnutrição, bem como a condição social de famílias pobres no Brasil, sendo internacionalmente reconhecido por sua excelência. A Dra. de Zilda Arns participou, à época, do Conselho Nacional de Saúde e do Conselho Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social e possibilitou que as demandas de comunidades carentes ecoassem para dentro do aparato estatal e sensibilizassem as autoridades.

O exercício da democracia participativa e a readequação da estrutura administrativa do Estado para valorizar e conviver institucionalmente com os Conselhos participativos são práticas que não estão isentas de conflitos, principalmente porque a extensão da participação também intensifica o debate, trazendo maior tensão política em torno de divergências de ideias e propostas.

O ponto central desta questão, no entanto, é a forma de se lidar com o potencial desse debate. Sob o ponto de vista de uma democracia qualificada, a existência da divergência de opiniões é saudável e desejável, pois torna as escolhas públicas mais maduras e mais propícias a beneficiar um maior número de pessoas, na medida em que o nível de exigência dos cidadãos em relação às atividades do Estado aumenta para que suas expectativas sejam atendidas da melhor forma possível. A democracia participativa, portanto, garante mais espaço para que os anseios de minorias sejam trazidos aos órgãos decisores do Estado e, como consequência, também potencializa ações de controle social (AUAD, 2007, p. 101).

A democracia participativa, aliada a um Estado que promove uma cultura de transparência, eleva a qualidade de vida de seus cidadãos. Todavia, esta estrutura não se constrói rapidamente e, por esse motivo, lidar com a tensão política em torno da divergência de ideias e propostas entre a sociedade civil e o governo pode significar, para muitos gestores públicos, sinônimo de ineficiência e entrave. Nesse sentido, os Conselhos Participativos passam a ser vistos como um incômodo à gestão administrativa e seu potencial construtivo é desvalorizado:

[...] a complexidade inerente à novidade dos espaços públicos no Brasil inclui também os possíveis embates entre organização da sociedade civil e partidos, ao lado dos conflitos entre representatividade advinda das urnas e aquela que se articula nos espaços de participação da sociedade civil (DAGNINO, 2002, p. 279-80).

Um olhar mais profundo, no entanto, em relação à democracia participativa leva à conclusão de que as divergências são positivas, amadurecem a qualidade da decisão política e agem como um obstáculo natural em face de deliberações imediatistas. Há de ser reconhecido, todavia, que conviver institucionalmente com o trabalho dos Conselhos Participativos requer do gestor estatal visão estratégica sob o enfoque da alteridade, bem como maior habilidade política para formar consensos (GOMES, 2003, p. 10).

A democracia participativa exige que se quebre o paradigma de que o “público” é uma apropriação do Estado e de quem está no poder. Envolve, por conseguinte, a conscientização de que o interesse público resulta de um processo de construção coletiva pautado no diálogo e no enfrentamento responsável dos interesses divergentes.

O Estado dissolve-se como agente unitário de intervenção e de ação: ultrapassado no ápice por um sistema de relações internacionais com forte interdependência; dividido numa multiplicidade de governos parciais; com sistemas próprios de representação e de decisão; definido por um entrelaçamento de aparatos que incorporam o público e o privado de maneira, agora, inextrincável (MELUCCI, 2001, p. 136).

Dessa forma, os Conselhos Participativos exercem um papel de enorme relevância para o aprimoramento do Estado Democrático de Direito.

No entanto, é importante reconhecer que, desde a promulgação da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), o processo de consolidação dos Conselhos Participativos deu-se de forma bastante assimétrica. Houve uma multiplicação desenfreada de colegiados com natureza jurídica, atuação, alcance decisório e composição bastante diversos, fator que banaliza a importância institucional desses órgãos e implica gastos desnecessários à estrutura administrativa do Estado.

A razão para a existência de um Conselho Participativo reside no fato de este colegiado atuar para qualificar políticas públicas sensíveis, as quais não podem ser tomadas de forma isolada pela Administração Pública, sob o risco de deixarem de atingir os reais anseios de seus destinatários. São políticas sensíveis aquelas que, de alguma forma, atingem a efetivação de direitos fundamentais. Assim, em um breve exemplo, justifica-se plenamente a existência de Conselhos Participativos nas áreas da saúde, educação, habitação, segurança pública, assistência social, proteção de crianças e adolescentes, idosos, e, com foco específico no estudo desenvolvido neste artigo, na área da transparência do Estado e combate à corrupção.

É por este motivo que o Conselho de Transparência deve ser considerado um protagonista da democracia participativa em prol do fortalecimento da LAI. Sua área de atuação tem natureza sensível, o que plenamente justifica a importância de seu funcionamento.

O Conselho de Transparência atua na formulação de medidas e ações para que os cidadãos tenham pleno acesso a dados de natureza pública e ao funcionamento do Estado. Nesse sentido, garante subsídios para a sociedade compreender o processo de formulação, implantação e monitoramento das políticas públicas. Como consequência, também atua para garantir a efetivação de direitos fundamentais⁶. Esta é uma relação de base que comunga com a construção do conceito de cidadania proposto por Arendt (1989, p. 332), pautado na ideia do *direito a ter direitos*, que se realiza a partir da garantia de um espaço público que permita o debate de ideias e uma relação de pertencimento. Dessa forma, o Conselho de Transparência tem potencialidade para ser um *locus* fomentador deste conceito de cidadania.

3 ESTRUTURA DOS CONSELHOS PARTICIPATIVOS E A NECESSÁRIA PREVISÃO LEGAL DO CONSELHO DE TRANSPARÊNCIA NA LEI 12.527/11

Ainda não há um marco legal para uniformizar e organizar a natureza jurídica dos Conselhos

⁶ Como exemplos de avanços conquistados pelo Conselho de Transparência para a efetivação da LAI, apresentamos, a seguir, algumas deliberações do Conselho de Transparência da Administração Pública do Estado de São Paulo que foram concretizadas: Deliberação nº 16/2013: “Desenvolver uma parceria da Corregedoria Geral da Administração e o Conselho de Transparência da Administração Pública com a OAB/SP, para estimular a cultura da transparência junto à sociedade, com a realização de seminários e debates, nas subsedes da OAB/SP, Centros de Integração da Cidadania, ETECs etc [...]” (SÃO PAULO, [2012-2020], p. 5); Deliberação nº 17/2013: “Recomendação ao Governo do Estado de São Paulo para adoção do Projeto Ideias.sp como política de governo. Esse projeto permite que o sentido de democracia participativa, previsto na Constituição Federal, seja exercido, possibilitando que o cidadão apresente sugestões ao gestor público e seja viabilizado, aprimorando a ação do governo democrático” (SÃO PAULO, [2012-2020], p. 6); Deliberação nº 31/2015: “Disponibilização pelos agentes responsáveis pelos órgãos integrantes da administração direta, indireta ou fundacional, de suas agendas de trabalho, nos sítios e portais respectivos, como forma de submeter sua atuação ao princípio da publicidade implementando o direito fundamental de informação e a cultura da transparência” (SÃO PAULO, [2012-2020], p. 9); Deliberação nº 57/2020: Elaboração de Anteprojeto de Lei, a convite da Frente Parlamentar pelo Fortalecimento da Transparência da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, sobre políticas de dados abertos (SÃO PAULO, [2012-2020], p. 17). O relatório das deliberações do Conselho de Transparência da Administração Pública do Estado de São Paulo pode ser encontrado no endereço eletrônico: <http://www.transparencia.sp.gov.br/conselho.html>

Participativos. Houve uma tentativa, nesse sentido, em 2014, pelo governo federal, por meio do Decreto n.º 8.243 (BRASIL, 2014), o qual estabelecia a Política Nacional de Participação Social - PNPS e o Sistema Nacional de Participação Social. Todavia, o Decreto não foi bem recebido por diversos setores da sociedade, os quais compreenderam que tal regulamentação tinha caráter ideológico e usurpava a competência do Congresso Nacional para delimitar o tema, o qual deveria ser previsto por lei e não por decreto do Poder Executivo.

No entanto, seria importante o Brasil aprovar uma lei para instituir o marco legal dos Conselhos Participativos, inclusive para organizar esses colegiados, garantir sua atuação com autonomia em setores realmente estratégicos do Estado e, portanto, evitar sua banalização, fruto, inclusive, da implementação desenfreada desses órgãos.

Nesta perspectiva, alguns pontos relevantes precisam estar presentes nos dispositivos deste marco legal. Em primeiro lugar, é importante que uma legislação sobre Conselhos Participativos estabeleça o conceito de políticas públicas sensíveis, conforme já abordado neste artigo, relacionando-o à efetivação de direitos fundamentais e, com base nessa definição, apresente uma lista de áreas que fundamente a necessidade de atuação de Conselhos Participativos.

Em relação à composição desses colegiados, é importante que seja garantida uma estrutura paritária de participação entre a sociedade civil organizada e governo, a fim de equilibrar o debate político e permitir que as demandas dos cidadãos ecoem para dentro do aparato institucional decisório do Estado. Assim, o número de representantes da sociedade civil organizada deve ser o mesmo em relação aos representantes do governo.

Para que haja oxigenação na composição dos conselhos e impedir qualquer cooptação do cargo, é necessário estabelecer um processo seletivo hígido para a escolha dos representantes da sociedade civil organizada, o qual garanta que indivíduos ou integrantes de organizações sociais que desejam participar do colegiado realmente tenham *expertise* para a área na qual atuarão. É por meio do conhecimento aprofundado no tema de atuação e experiência/vivência que a sociedade civil contribui com mais força nos conselhos em prol de políticas públicas consistentes.

Entendemos que o período de mandato dos membros da sociedade civil não deve coincidir com o período de mandato dos representantes do governo e, de preferência, de forma alternada, para que, quando o governo mude em decorrência de eleições, os representantes da sociedade civil permaneçam e vice-versa, de forma que se garanta a continuidade das decisões contempladas.

Quanto à natureza jurídica, os Conselhos Participativos podem ser deliberativos ou apenas consultivos, dependendo da área em que atuam, situação que deverá ser definida, posteriormente, em lei específica que regulará a existência e a atuação do Conselho em determinada área.

Havendo a previsão de que uma determinada área é sensível e requer a atuação de um Conselho Participativo, sua existência deve ser estabelecida em todos os âmbitos da Federação, ou seja, na União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios.

Firmados estes pressupostos gerais em um marco legal, a previsão específica para a existência de cada um desses colegiados deve ser garantida por lei relacionada ao tema de atuação do referido conselho. Dessa forma, como o Brasil ainda não tem este marco legal, a previsão de

existência do Conselho de Transparência e as regras gerais para seu funcionamento precisam estar reguladas na própria Lei de Acesso à Informação, inclusive para a garantia de sua existência nas unidades federativas. Atualmente, este colegiado existe no âmbito da União, bem como em apenas alguns Estados e, ainda de forma bastante precária, em poucos Municípios brasileiros.

A maior parte dos Conselhos de Transparência foi criada por meio de Decreto do Executivo⁷ e não por meio de lei, o que enfraquece a sua existência e continuidade, na medida em que o Decreto, por ser um ato administrativo, pode ser derrubado por decisão do próprio chefe do Poder Executivo, situação que não ocorreria caso a previsão de sua existência tivesse como base uma lei, pois, nessa situação, em face da cláusula constitucional de separação de Poderes, o Executivo depende da votação parlamentar para tentar extingui-lo.

Vale lembrar que outra forma de enfraquecer a atuação do Conselho se dá com a delimitação da periodicidade de suas reuniões, ou seja, com a previsão de prazos mais esparsos para os encontros formais dos conselheiros. O Conselho de Transparência e Combate à Corrupção de Minas Gerais, por exemplo, tem previsão de reuniões semestrais, desse modo, bastante esparsas, e podem ocorrer por videoconferência ou de forma presencial. Situação diferente ocorre no Conselho de Transparência da Administração Pública de São Paulo, cujas reuniões ocorrem mensalmente, de preferência na última quarta-feira do mês e transmitidas em tempo real pela internet. As gravações, bem como as atas das reuniões ficam, posteriormente, disponíveis para o público no site institucional do Conselho.

A necessidade de fortalecimento do Conselho de Transparência e a garantia de sua existência por previsão legal é de grande relevância, na medida em que o governo federal, em 2019, expressamente iniciou uma política de enfraquecimento dos Conselhos Participativos já existentes. Por essa lógica, emitiu o Decreto nº 9759/19 (BRASIL, 2019b), como objetivo de extinguir e estabelecer diretrizes, regras e limitações para colegiados da administração pública federal e com determinação expressa de revogação do Decreto 8.243/14 (BRASIL, 2014), mencionado anteriormente neste artigo, que havia instituído a Política Nacional de Participação Social - PNPS e o Sistema Nacional de Participação Social – SNPS. Após sofrer diversas críticas, o governo alterou algumas partes do Dec. 9759/19 (BRASIL, 2019b) por meio de edição do Decreto 9.812/19 (BRASIL, 2019c).

Dentre as principais alterações promovidas pelo segundo Decreto, está a redação do art. 1º. A redação original dispunha que:

Art. 1º - Este Decreto extingue e estabelece diretrizes, regras e limitações para colegiados da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

Parágrafo único. A aplicação deste Decreto abrange os colegiados instituídos

⁷ Como exemplo, podemos citar alguns conselhos: o Conselho de Transparência Pública em âmbito da União foi criado pelo Decreto nº 4923/03 (BRASIL, 2003b), posteriormente substituído pelo Decreto nº 9.468/2018 (BRASIL, 2018), que recebeu alterações do Decreto n.º 9986/19 (BRASIL, 2019d). No Estado de São Paulo, este colegiado também foi criado por meio do Decreto Estadual nº 57.500/11 (SÃO PAULO, 2011), posteriormente substituído pelo Decreto Estadual 61.175/15 (SÃO PAULO, 2015). Neste mesmo sentido, o Conselho de Transparência e Combate à Corrupção de Minas Gerais, instituído pelo Decreto Estadual nº 47.674/19 (MINAS GERAIS, 2019). Vale ressaltar que, no Rio Grande do Sul, como uma importante exceção à regra, o Conselho de Transparência Pública foi criado por meio da Lei nº 13.596/10 (RIO GRANDE DO SUL, 2010), a qual, posteriormente, sofreu alterações pela Lei 13888/11 (RIO GRANDE DO SUL, 2011).

por: I - decreto, incluídos aqueles mencionados *em leis nas quais não conste a indicação de suas competências ou dos membros que o compõem*; II - ato normativo inferior a decreto; e III - ato de outro colegiado” (BRASIL, 2019c, grifo nosso)

A redação atual passou a ser:

Art. 1º - Este Decreto extingue e estabelece diretrizes, regras e limitações para colegiados da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. § 1º A aplicação deste Decreto abrange os colegiados instituídos por: I - decreto; II - ato normativo inferior a decreto; e III - ato de outro colegiado. § 2º Aplica-se o disposto no § 1º aos colegiados instituídos por ato infralegal, cuja *lei em que são mencionados nada conste sobre a competência ou a composição*” (BRASIL, 2019c, grifo nosso)

Percebe-se, portanto, que os Conselhos Participativos com previsão em lei estão mais protegidos em face de investidas do Poder Executivo que objetivem o seu enfraquecimento.

Considerado abrangente demais, com potencial lesivo para extinguir um número muito grande de conselhos participativos, o Dec. 9759/19 (BRASIL, 2019b) foi alvo de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 6121) (BRASIL, 2019h). A ADI ainda não teve seu julgamento definitivo, mas, em junho de 2019, por meio de medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal suspendeu a eficácia do Art. 1º, § 2º, do referido ato administrativo, com base no princípio da separação de poderes, para impedir que Conselhos que tenham previsão formal em lei sejam extintos por decreto. Assim, o Dec. 9759/19 (BRASIL, 2019b) foi considerado desproporcional e atentatório à democracia participativa, por promover uma extinção demasiadamente genérica dos conselhos, inclusive com desrespeito ao princípio da motivação dos atos administrativos. Segue, abaixo, o teor do resumo da decisão:

O Tribunal, por maioria, deferiu parcialmente a medida cautelar para, suspendendo a eficácia do § 2º do artigo 1º do Decreto nº 9.759/2019, na redação dada pelo Decreto nº 9.812/2019, afastar, até o exame definitivo desta ação direta de inconstitucionalidade, a possibilidade de ter-se a extinção, por ato unilateralmente editado pelo Chefe do Executivo, de colegiado cuja existência encontre menção em lei em sentido formal, ainda que ausente expressa referência “sobre a competência ou a composição”, e, por arrastamento, suspendeu a eficácia de atos normativos posteriores a promoverem, na forma do artigo 9º do Decreto nº 9.759/2019, a extinção dos órgãos, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber, Cármen Lúcia e Celso de Mello, que concediam integralmente a cautelar. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 13.06.2019 (BRASIL, 2019b).

Pelo exposto, caso não se providencie a implementação do Conselho de Transparência em lei, haverá o risco de ele ser extinto por Decreto do Poder Executivo, o que seria um enorme retrocesso para a consolidação do Estado democrático brasileiro.

Assim, entendemos que a previsão de existência e funcionamento do Conselho de Transparência deve estar presente na Lei de Acesso à Informação - Lei 12.527/11 (LAI) (BRASIL, 2011), a qual, por ser a norma de referência, no âmbito da Federação, que regula os procedimentos para o tratamento e a divulgação da informação, determinará, por consequência, que Estados-Membros e Municípios também tenham esses colegiados participativos em sua estrutura institucional. Dessa forma, haverá mecanismos de participação democrática que promoverão um círculo virtuoso para a ampliação da cultura de transparência no Brasil.

CONCLUSÃO

Por tudo o que foi exposto, é possível compreender a enorme importância que os Conselhos de Transparência representam para o fortalecimento da LAI, e, por consequência, do Estado Democrático de Direito.

Na era da informação, o acesso a dados consistentes e verídicos tem valor inestimável. São eles que permitirão preservar nossas raízes históricas, bem como aprender com as gerações passadas para avançarmos em prol do bem-estar das pessoas, não repetirmos erros e preservarmos os valores dos marcos civilizatórios conquistados.

O Brasil ainda é um país muito desigual. Há, portanto, um longo caminho a ser percorrido para solidificarmos políticas públicas mais inclusivas e mais justas. Assim, o acesso à informação pública de qualidade, autêntica e íntegra é um instrumento essencial neste intento.

A cultura de transparência é um avanço que se alcançou como fruto do amadurecimento da sociedade para o combate à corrupção e para a proteção contra o abuso do poder.

O incremento da transparência deve ser uma constante meta da sociedade brasileira, tanto a ativa quanto a passiva. Não basta apenas ter a informação. Esta precisa ter potencial para ser analisada, debatida por diferentes setores da sociedade, inclusive nas universidades, e propiciar subsídios para metas e resultados que se consubstanciem em ações políticas concretas.

Sem a presença da sociedade civil organizada, o Estado não terá força, nem *expertise* para construir e preservar informações consistentes que protejam os direitos fundamentais dos cidadãos e garantam políticas públicas mais igualitárias. Por consequência, a democracia participativa deve ser respeitada como instrumento de progresso social. A transparência tornou-se, portanto, um direito fundamental e deve ser a regra regente de nossa convivência em um Estado Democrático de Direito.

Qualquer tentativa de diminuir a importância dos Conselhos de Transparência Pública é um verdadeiro retrocesso em relação ao avanço que a LAI tem trazido para a consolidação da democracia brasileira. Neste contexto, é imprescindível a atuação de uma sociedade civil organizada forte para garantir a efetividade de suas diretrizes sob pena de enfrentarmos um retorno à “cultura do segredo” em face da atuação estatal. Mais do que urgente, portanto, a necessidade de a existência do Conselho de Transparência constar expressamente na Lei de Acesso à Informação.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. *Origens do totalitarismo: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

AUAD, Denise. *Conselhos e fundos dos direitos da criança e do adolescente: uma opção pela democracia participativa*. 2007. 209 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. Trinta anos da Constituição de 1988: direitos fundamentais, políticas públicas e novas questões. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 996, p. 79- 95, 2018.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 219, de 2003*. Regulamenta o inciso XXXIII do art. 5º, da Constituição Federal, dispondo sobre prestação de informações detidas pelos órgãos da Administração Pública. Brasília: Câmara dos Deputados, 2003a. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=115054&filename=PL+219/2003. Acesso em: 12 jan. 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, ano 126, n. 191-A, p. 1, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 jan. 2021.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Acesso à informação pública: uma introdução à Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Brasília: AGU, 2011. Disponível em: <https://www.gov.br/acessoainformacao/pt-br/central-de-conteudo/publicacoes/arquivos/cartilhaacessoainformacao-1.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2021.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. Decreto nº 4.923 de 18 de dezembro de 2003. Dispõe sobre o Conselho de Transparência Pública e Combate à Corrupção, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 4, 19 dez. 2003b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4923.htm. Acesso em: 11 jan. 2021.

BRASIL. Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012. Regulamenta a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, que dispõe sobre o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do caput do art. 5º, [...] da Constituição. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, n. 94-A, p. 1, 16 maio 2012a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7724.htm. Acesso em: 11 jan. 2021.

BRASIL. Decreto nº 7.845, de 14 de novembro de 2012. Regulamenta procedimentos para credenciamento de segurança e tratamento de informação classificada em qualquer grau de sigilo, e dispõe sobre o Núcleo de Segurança e Credenciamento. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 16 nov. 2012b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-

2014/2012/decreto/d7845.htm. Acesso em: 11 jan. 2021.

BRASIL. Decreto nº 8.243, de 23 de maio de 2014. Institui a Política Nacional de Participação Social - PNPS e o Sistema Nacional de Participação Social - SNPS, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, n. 98, p. 6, 26 maio 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/decreto/d8243.htm. Acesso em: 11 jan. 2021.

BRASIL. Decreto nº 8.777, de 11 de maio de 2016. Institui a Política de Dados Abertos do Poder Executivo federal. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, n. 90, p. 21, 12 maio 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8777.htm. Acesso em: 11 jan. 2021.

BRASIL. Decreto nº 9.468, de 13 de agosto de 2018. Dispõe sobre o Conselho de Transparência Pública e Combate à Corrupção. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, n. 156, p. 10, 14 ago. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/d9468.htm. Acesso em: 11 jan. 2021.

BRASIL. Decreto nº 9.680, de 2 de janeiro de 2019. Aprova o Estatuto e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança da Fundação Escola Nacional de Administração Pública - Enap, remaneja cargos em comissão, [...]. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, n. 1-E, p. 60, 02 jan. 2019e. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9680.htm. Acesso em: 12 jan. 2021.

BRASIL. Decreto nº 9.716, de 26 de fevereiro de 2019. Revoga dispositivos do Decreto nº 9.690, de 23 de janeiro de 2019, [...] - Lei de Acesso à Informação. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, n. 41, p. 2, 27 fev. 2019a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/d9716.htm. Acesso em: 12 jan. 2021.

BRASIL. Decreto nº 9.759, de 11 de abril de 2019. Extingue e estabelece diretrizes, regras e limitações para colegiados da administração pública federal. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, n. 70-A, p. 5, 11 abr. 2019b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/d9759.htm. Acesso em: 11 jan. 2021.

BRASIL. Decreto nº 9.812, de 30 de maio de 2019. Altera o Decreto nº 9.759, de 11 de abril de 2019, que extingue e estabelece diretrizes, regras e limitações para colegiados da administração pública federal. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, ano 157, n. 104, p. 1, 31 maio 2019c. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/d9812.htm. Acesso em: 11 jan. 2021.

BRASIL. Decreto nº 9.903, de 8 de julho de 2019. Altera o Decreto nº 8.777, de 11 de maio de 2016, que institui a Política de Dados Abertos do Poder Executivo federal, para dispor sobre a gestão e os direitos de uso de dados abertos. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, n. 130, p. 7, 09 jul. 2019g. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/d9903.htm. Acesso em: 11 jan. 2021.

BRASIL. Decreto nº 9.986, de 26 de agosto de 2019. Altera o Decreto nº 9.468, de 13 de agosto de 2018, que dispõe sobre o Conselho de Transparência Pública e Combate à Corrupção. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, ano 157, n. 165, p. 1, 27 ago. 2019d. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/d9986.htm. Acesso em: 11

jan. 2021.

BRASIL. Lei complementar nº 131, de 27 de maio de 2009. Acrescenta dispositivos à Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências, [...]. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 2, 27 maio 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp131.htm. Acesso em: 11 jan. 2021.

BRASIL. Ministério da Economia. Decreto nº 9.781, de 3 de maio de 2019. Altera o Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012, [...]. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, n. 84-A, p. 6, 03 maio 2019f. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/d9781.htm. Acesso em: 12 jan. 2021.

BRASIL. Tribunal Pleno. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 6121*. Processo objetivo – controle de constitucionalidade – liminar – deferimento parcial. Surgindo a plausibilidade jurídica parcial da pretensão e o risco de manter-se com plena eficácia o quadro normativo atacado, impõe-se o deferimento de medida acauteladora, suspendendo-o. [...]. Recorrente: Partido dos Trabalhadores. Relator: Min. Marco Aurélio, 28 nov. 2019h. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur415845/false>. Acesso em: 12 jan. 2021.

DAGNINO, Evelina (org.). *Sociedade civil e espaços públicos no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

GOMES, Eduardo Granha Magalhães. *Conselhos gestores de políticas públicas: democracia, controle social e instituições*. 2003. 112 f. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo) – Escola de Administração de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2003. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2384/98327.PDF?sequence=2&isAllowed=y>. Acesso em: 12 jan. 2021.

MELUCCI, Alberto. *A invenção do presente: movimentos sociais nas sociedades complexas*. Tradução Maria do Carmo Alves do Bomfim. Petrópolis: Editora Vozes, 2001.

MINAS GERAIS. Decreto nº 47.674, de 19 de junho de 2019. Dispõe sobre o Conselho de Transparência Pública e Combate à Corrupção. *Diário Oficial de Minas Gerais*: caderno 1: Poder Executivo, Belo Horizonte, MG, ano 127, n. 120, p. 48, 20 jul. 2019. Disponível em: https://cge.mg.gov.br/phocadownload/arquivos_diversos/pdf/Decreto%20Estadual%20N%2047674%20de%2020_06_2019.pdf. Acesso em: 11 jan. 2021.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. São Paulo: Ed.34; Brasília: ENAP, 1998.

RIO GRANDE DO SUL. *Lei n.º 13.596, de 30 de dezembro de 2010*. Consolida a criação do Portal da Transparência do Estado do Rio Grande do Sul, sítio eletrônico de divulgação de informações relativas à Administração Pública Estadual [...] –, e dá outras providências. Porto Alegre: Assembleia Legislativa, 2010. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/FileRepository/repLegisComp/Lei%20n%20C%20BA%2013.596.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. *Lei n.º 13.888, de 30 de dezembro de 2011*. Institui Sistema de Gestão de Ética, Controle Público e Transparência do Poder Executivo Estadual e dá outras providências. Porto Alegre: Assembleia Legislativa, 2011. Disponível em: <https://www.al.rs.gov>.

br/filerepository/repLegis/arquivos/13.888.pdf. Acesso em: 12 jan. 2021.

SÃO PAULO (Estado). Assembleia Legislativa. *Decreto n° 61.175, de 18 de março de 2015*. Dispõe sobre as transferências que especifica, no âmbito da Secretaria de Governo, altera a denominação da Ouvidoria Geral para Ouvidoria Geral do Estado, estabelece sua organização e dá providências correlatas. São Paulo: Secretaria de Governo, 2015. Disponível em: <https://shorturl.hk/M0ozNV>. Acesso em: 11 jan. 2021.

SÃO PAULO (Estado). Conselho de Transparência da Administração Pública. *Relatório de deliberações*. São Paulo: Secretaria de Governo Ouvidoria Geral do Estado, [2012-2020]. Disponível em: <http://www.transparencia.sp.gov.br/conselho/RELATORIO%20DELIBERACOES%20CONCEITUADAS.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2021.

SÃO PAULO (Estado). *Decreto n° 57.500, de 8 de novembro de 2011*. Reorganiza a Corregedoria Geral da Administração, institui o Sistema Estadual de Controladoria e dá providências correlatas. São Paulo: Assembleia Legislativa, 2011. Disponível em: <https://shorturl.hk/CHNiUn>. Acesso em: 12 jan. 2021.

SCAPIN, Andréia Cristina. Transparência e democracia: rumo a um governo com poderes visíveis. *Revista Tributária das Américas*, São Paulo, v. 9, p. 163-182, 2014.

SILVEIRA, Marco Antonio Karam. Lei de acesso à informação pública (Lei 12.527/2011) - Democracia, República e Transparência no Estado Constitucional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 927, p. 131-155, 2013.

Como citar: AUAD, Denise. Um reforço à democracia participativa na lei de acesso à informação: a necessária previsão legal de implementação dos conselhos de transparência **Revista de Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 2, p. 154-172, out. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n2p.154. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 12/02/2021

Aprovado em: 01/03/2022

DEMOCRACIA REPRESENTATIVA: PRODUÇÃO LEGISLATIVA E O PAPEL DO EXECUTIVO E DO LEGISLATIVO

REPRESENTATIVE DEMOCRACY: LEGISLATIVE PRODUCTION AND THE ROLE OF THE EXECUTIVE AND LEGISLATIVE

Anays Martins Finger*
Miriam Cheissele dos Santos**
Nina Trícia Disconzi Rodrigues***

*Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (PPGD/UFSM).

E-mail: anaysfinger21@gmail.com

**Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (PPGD/UFSM).

E-mail: micheissele@gmail.com

***Doutora em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo (PPGD/USP).

E-mail: nina.rodrigues@ufsm.br

Como citar: FINGER, Anays Martins; Santos, Miriam Cheissele dos. Democracia representativa: produção legislativa e o papel do executivo e do legislativo. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 2, p. 173-187, out. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n2p.173. ISSN: 1980-511X

Resumo: Este trabalho propõe a compreender em que medida o Poder Executivo mantém prerrogativas legislativas conquistadas no regime autoritário após a promulgação da Constituição de 1988 e se há efeitos na produção legislativa. Busca-se analisar a relação entre os Poderes Legislativo e Executivo, objetivando contribuir com a discussão a respeito de qualidade da Democracia no Brasil. Utiliza-se o método dedutivo, pois as reflexões expostas se dão com vistas a ampliar a complexidade da temática, para, então, analisar questões específicas, objetivando alcançar o objetivo proposto. No que se refere ao método de procedimento, adotam-se bibliográfico e o documental. Constatou-se que a Constituição de 1988 devolveu ao Poder Legislativo muitos dos poderes que ele tinha ao longo da experiência democrática anterior, promovendo a sua autonomia e fortalecimento. Porém, o sistema político brasileiro confere ao Presidente da República ampla iniciativa legislativa, sendo que muitos dos poderes legislativos obtidos ao longo do período autoritário não foram suprimidos pela Constituição de 1988. Isso se reflete na produção legislativa, especialmente no número de proposições do Executivo aprovadas, o uso maciço de medidas provisórias, e o tempo de tramitação dos projetos propostos pelos parlamentares ser muito superior ao reservado para os projetos oriundos do Executivo.

Palavras-chave: democracia; poder executivo; produção legislativa.

Abstract: This work proposed to understand to what extent it

is possible to verify that the Executive Branch has or maintains legislative prerogatives conquered in the authoritarian regime after the promulgation of the 1988 Constitution and if there are effects on the legislative production. We sought to analyze the relationship between the Legislative and Executive Branches, aiming to contribute to the discussion regarding the quality of Democracy in Brazil. As an approach (as a method), the deductive was used, since the reflections presented are aimed at expanding the complexity of the theme, to then analyze specific issues, aiming to achieve the proposed objective. With regard to the method of procedure, they were bibliographic and documentary. As for research techniques, abstracts, and records. It was found that the 1988 Constitution gave back to the Legislative Branch many of the powers it had over the previous democratic experience, promoting its autonomy and strengthening. However, the Brazilian political system gives the President of the Republic a broad legislative initiative, and many of the legislative branches obtained during the authoritarian period were not suppressed by the 1988 Constitution. This is reflected in the legislative production, especially in the number of Executive proposals approved, the massive use of provisional measures to legislate, and the processing time for projects proposed by parliamentarians is much longer than that reserved for projects coming from the executive.

Keywords: democracy; executive branch; legislative production.

INTRODUÇÃO

Em 2021, o Brasil completa 33 anos de experiência democrática pós-autoritária, com isso, os ciclos eleitorais que objetivam a escolha de governos, os quais foram interrompidos durante o regime militar, entre 1964 e 1985, vêm ocorrendo desde 1989 nos termos das regras constitucionais. Logo, é possível afirmar que as bases que definem a democracia estão sendo asseguradas no Brasil. Fato é que se torna imprescindível analisar as singularidades do caso brasileiro, de modo a se constatar que “[...] as diferenças de sistemas e de arranjos institucionais têm implicações para o funcionamento da democracia e para sua qualidade, influenciando, decisivamente, sobre o padrão de relações entre a sociedade e o Estado” (MOISÉS, 2019, p. 20).

Nesse sentido, o sistema brasileiro combina características do sistema majoritário e consensual, pois prevê o sistema eleitoral majoritário para os cargos executivos e o Senado e o sistema proporcional para os representantes na Câmara dos Deputados, Assembleias Legislativas e Câmaras de Vereadores. Diante dessas combinações, que compõe o sistema político brasileiro, Sergio Abranches (1988, p. 22-27) designa o presidencialismo de coalizão. Segundo o autor, “o Brasil é o único país que, além de combinar o sistema de representação proporcional, um sistema multipartidário e o ‘presidencialismo imperial’, organiza o Executivo com base em grandes coalizões” (ABRANCHES, 1988, p. 21). Com isso, ele caracteriza esse traço da institucionalidade brasileira como

[...] um sistema de alto risco, caracterizado pela instabilidade, e cujos fundamentos se baseiam, quase que exclusivamente, no desempenho contínuo e na disposição (dos atores) de respeitar estritamente os pontos [...] programáticos considerados não negociáveis, mas esses nem sempre são explicitamente e coerentemente definidos na fase de formação da coalizão (ABRANCHES, 1988, p. 22-27).

Nesse contexto, o regime apresenta déficits e distorções importantes de funcionamento que podem comprometer a sua qualidade, e podem ensejar afirmações de que a democracia não está plenamente consolidada no Brasil. De acordo com José Álvares Moisés (2019, p. 27), dentre os aspectos críticos do sistema político brasileiro, têm-se as assimetrias nas relações entre o Executivo e o Legislativo, haja vista importantes prerrogativas legislativas ao Executivo. O autor acredita que isso deriva da lógica de funcionamento do mencionado presidencialismo de coalizão, que, a despeito do fato de a legitimidade dos poderes Executivo e Legislativo ter fonte distinta, “[...] implica a formação de maiorias mediante acordos de compartilhamento de esferas de poder no executivo que limitam a função parlamentar de fiscalização e controle dos governos, pois estabelece uma lealdade acrítica dos membros das coalizões [...]” (MOISÉS, 2019, p. 27).

Com base nisso, tais observações não objetivam discutir propriamente o regime democrático no Brasil, mas buscam contribuir com a discussão a respeito de sua qualidade, visto que as consequências influenciam na avaliação que os cidadãos fazem do regime. Por isso, o objetivo desse trabalho será responder ao seguinte questionamento: em que medida é possível constatar que

o Poder Executivo tem ou mantém prerrogativas legislativos conquistados no regime autoritário após a promulgação da Constituição de 1988, e se há efeitos na produção legislativa?

Considerando o exposto anteriormente, parte-se da hipótese de que a Constituição de 1988 pode representar um marco de autonomia ao Poder Legislativo, mas não impediu que os poderes legislativos dados ao Poder Executivo, com suporte em Constituições anteriores, fossem perpetuados. Como objetivos específicos, busca-se analisar e compreender se o texto constitucional de 1988 pode representar um marco de autonomia ao Poder Legislativo e perpetua poderes legislativos ao Executivo. Ainda, serão analisados e apresentados dados da produção legislativa em período anterior e posterior à Constituição de 1988, a fim de se verificar se há grande influência do Poder Executivo. Por fim, serão apresentadas eventuais adaptações no funcionamento do Congresso Nacional devido às restrições necessárias para o enfrentamento da pandemia de Covid-19, com vistas a identificar se há alterações nessas relações entre os Poderes, notadamente, quanto à produção legislativa nesse período. Assim, será analisado período atípico do seu funcionamento e eventuais consequências relevantes.

Embora não se tenha como objetivo esgotar o tema, a pesquisa se justifica a medida que perceber o funcionamento e as consequências da relação entre os Poderes Legislativos e Executivos é pensar sobre a qualidade da democracia. Para tanto, o presente estudo terá como método de abordagem o dedutivo, visto que as reflexões a serem expostas dão com vistas a ampliar a complexidade da temática, para, então, analisar questões específicas, objetivando alcançar o objetivo proposto. No que se refere ao método de procedimento, serão adotados o bibliográfico e o documental, com base no material já elaborado sobre o tema, constituído principalmente de livros, artigos científicos e a legislação existente. Quanto às técnicas de pesquisa, resumos e fichamentos.

Por fim, o artigo será dividido em dois capítulos, no primeiro, o foco será análise do texto constitucional de 1988, objetivando compreender em que medida representa um marco de autonomia ao Poder Legislativo e se há dispositivos que asseguram a perpetuação de poderes legislativos ao Executivo. Nesse ponto, será realizado o cotejo com Constituições anteriores do Brasil. No segundo, o destaque será o resultado da produção legislativa, apresentando-se números já constatado na literatura. Também nesse capítulo, serão, brevemente, apresentadas eventuais mudanças no funcionamento do Congresso Nacional durante a pandemia de Covid-19 e dados a respeito da produção legislativa.

1 QUADRO INSTITUCIONAL DO PODER LEGISLATIVO

Bonavides (2001, p. 355) ensina que “o poder é do povo, mas o governo é dos representantes, em nome do povo: eis aí toda a verdade e essência da democracia representativa”. O autor também sustenta que a democracia representativa possui como bases a observância à Constituição, a separação dos poderes, soberania popular, o sufrágio universal, limitação das prerrogativas dos governantes e temporariedade dos mandatos eletivos, dentre outras. É nesse

contexto que se percebe a importância de um Poder Legislativo autônomo e independentemente. O seu funcionamento deve ocorrer de modo a assegurar a influência dos cidadãos brasileiros no regime democrático, não somente em termos do direito de voto, mas em consequência do princípio de representação política.

No Brasil, com a Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), o presidencialismo foi mantido, sendo que o plebiscito de 1993 encerrou a discussão a respeito da opção parlamentarista. Também, não se pode afirmar que a legislação eleitoral sofreu alteração significativa, pois o princípio proporcional continua a comandar o processo de transformação de votos em cadeiras legislativas¹. Com isso, há autores que afirmam que a “[...] base institucional que determina a lógica do funcionamento do sistema político brasileiro não foi alterada e que, portanto, continua a ser a mesma do sistema criado em 1946” (FIGUEIREDO; LIMONGI, 2001, p. 19).

Não se pode ignorar que o seu atual funcionamento tem revelado problemas. A título exemplificativo, o excesso de partidos políticos sem um mínimo de representatividade, reflexo eminente do sistema eleitoral proporcional², possibilita que partidos sejam facilmente corrompidos pelo dinheiro³ (CANABARRO; RODRIGUES, 2018, p. 14). No mesmo sentido, tem-se os déficits do sistema de representação política, consubstanciados na desigualdade de inclusão política de diferentes segmentos da população, a exemplo das mulheres, com representação no parlamento, em 2019, inferior a 11%, ainda que o percentual no conjunto da população seja superior a 52% do total. Quanto aos descendentes de negros e pardos, representavam, aproximadamente, 25% em 2019, indígenas, no mesmo ano, percentual inferior a 0,2% (MOISÉS, 2019, p. 26).

No entanto, o quadro institucional que surgiu após a promulgação da Constituição de 1988 é significativo para a autonomia do Poder Legislativo. É possível constatar que a Constituição de 1988 modificou bases institucionais do sistema político aprovando medidas tendentes a fortalecer o Congresso, de modo que recuperou poderes subtraídos no decorrer do período militar. De acordo com Argelina Figueiredo e Fernando Limongi (2001, p. 42), há consenso na doutrina acerca de conquistas do Congresso consagradas pela Constituição de 1988, conforme as listadas a seguir pelos autores.

Nesse sentido, destaca-se a redefinição de sua participação no processo orçamentário e no controle das finanças públicas, pois os governos militares restringiram ao mínimo a atuação do Poder Legislativo nessa área. Com a Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988), entre as novas atribuições e poderes reservados ao Legislativo, há a maior abrangência dos orçamentos a serem enviados pelo Executivo para apreciação do Legislativo. Tem-se a prerrogativa dos

1 Nesse sistema, é estabelecido uma proporção entre o número de votos recebidos pelos partidos e o número de vagas eleitorais que ele obtém, de modo que se consideram eleitos os candidatos mais votados pertencentes aos seus quadros (STRECK; MORAES, 2019, p. 183).

2 Quadro que poderá receber substanciais alterações em decorrência da Emenda Constitucional nº 97/2017. Isso porque veda as coligações partidárias nas eleições proporcionais e estabelece normas sobre acesso dos partidos políticos aos recursos do fundo partidário e ao tempo de propaganda gratuito no rádio e na televisão. Trata-se de uma espécie de cláusula de barreira, em que apenas terá direito ao fundo e ao tempo de propaganda, a partir de 2019, o partido que tiver recebido ao menos 1,5% dos votos válidos nas eleições de 2018 para a Câmara dos Deputados, distribuídos em pelo menos 1/3 das unidades da federação, com um mínimo de 1% dos votos válidos em cada uma delas. Tais regras vão se tornando mais rígidas ao longo dos anos, porém, atualmente, há discussão na Câmara dos Deputados visando nova alteração quanto a essas regras.

3 Para mais informações e aprofundamento dessa discussão, consultar Rodrigues e Rodrigues (2018).

parlamentares emendarem o orçamento enviado⁴.

Também reconhecido como tendente a contribuir com a autonomia do Poder Legislativo é o fortalecimento do Tribunal de Contas, com a maior participação do Congresso na nomeação dos membros do Tribunal⁵. Outras medidas apontadas são a derrubada do veto presidencial, pois passou a depender do voto da maioria absoluta e não mais de 2/3, bem como a sua abrangência foi alterada, vez que não mais pode incidir sobre palavras isoladas⁶.

A definição das áreas que foram reservadas competência exclusiva para legislar ao Poder Legislativo também são mencionadas como tendentes ao seu fortalecimento. Por exemplo, a apreciação das concessões para exploração de serviços de radiodifusão e televisão. A capacidade do Congresso Nacional para sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa representa limitação aos amplos poderes do Executivo⁷. Vale citar a instituição das comissões permanentes, em casos predeterminados, com poder para aprovar projetos de lei em caráter definitivo⁸. Em decorrência dessa prerrogativa, dispensa-se a manifestação explícita do plenário, evitando-se a centralização dos trabalhos em plenário, permitindo desafogar a pauta e resultar em eficiência (FIGUEIREDO; LIMONGI, 2001, p. 43).

Ainda quanto às prerrogativas e funcionamento do Poder Legislativo, cabe destacar que os recursos legislativos à disposição dos líderes partidários para comandar suas bancadas foram ampliados pelos regimentos internos das casas. Com isso, percebe-se que a unidade de referência a estruturar os trabalhos legislativos são os partidos e não os parlamentares. Para melhor ilustrar, já se constatou que, em média, 89,4% do plenário votava de acordo com a orientação de seu líder (FIGUEIREDO; LIMONGI, 2001, p. 20).

Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes (2019, p. 90), ao tratarem a respeito da importância do Poder Legislativo para a democracia, demonstram que não se verifica uma representação dotada de liberdade de atuação, a qual possa decidir os temas que lhe são propostos a partir dos interesses gerais da comunidade. Na prática, verifica-se que a Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) promoveu limites à ação dos representantes, dentre os quais, justamente a

4 Constituição da República de 1988: Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre: I - sistema tributário, arrecadação e distribuição de rendas; II - plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual, operações de crédito, dívida pública e emissões de curso forçado. Art. 166. Os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum. [...] § 2º As emendas serão apresentadas na Comissão mista, que sobre elas emitirá parecer, e apreciadas, na forma regimental, pelo Plenário das duas Casas do Congresso Nacional (BRASIL, 1988).

5 Constituição da República de 1988: Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: XIII - escolher dois terços dos membros do Tribunal de Contas da União (BRASIL, 1988).

6 Constituição da República de 1988: Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. § 2º O veto parcial somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea. § 4º O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores (BRASIL, 1988).

7 Constituição da República de 1988: Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa (BRASIL, 1988);

8 Constituição da República de 1988: Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação (BRASIL, 1988).

disciplina partidária. Ensino que pode demonstrar a existência de um quadro de captura de esferas estratégicas do Estado pelo poder econômico associado a líderes de partidos políticos e burocratas públicos (MOISÉS, 2019, p. 22).

Para exemplificar os problemas dessa ausência de atuação dotada de liberdade, Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes (2014, p. 94) destacam a relação de alguns presidentes eleitos com o Congresso Nacional. O primeiro, Fernando Collor, assumiu a liderança com a missão de ser o salvador da pátria, acima dos partidos políticos, utilizava o argumento de que fora eleito por trinta e cinco milhões de votos para adotar medidas rígidas, como o congelamento dos ativos financeiros. Sua relação com o Congresso se deu por meio de acordos *ad hoc*, circunstâncias que se “repetiram nos governos Fernando Henrique e Lula – o primeiro caracterizado pela compra de votos para a emenda constitucional da reeleição, e o segundo, pelo escândalo do mensalão, ambos autoexplicativos e de conhecimento de todos”.

Nesse mesmo sentido, nos depoimentos à justiça de executivos da empreiteira Odebrecht-empresa denunciada por ter tido participação direta na montagem de esquema de corrupção que atingiu a Petrobras - verificou-se que decisões importantes do Congresso Nacional, como o exame constitucional de mais de duas dezenas de medidas provisórias foram “compradas” pelos corruptores (MOISÉS, 2019, p. 22). Esses problemas presentes na relação do Poder Legislativo e Executivo são graves, notadamente, para a qualidade da democracia, visto que, além de abuso de poder, restam fixados na indignação da população com os políticos e os partidos. Esse cenário torna importante se investigar como se dá os poderes legislativos do Presidente da República no texto constitucional a partir de 1988.

Os exemplos acima listados demonstram que o Congresso pode estar disposto a facilitar a tramitação das matérias presidenciais e retirar possíveis obstáculos à ação presidencial. Logo, a hipótese segundo a qual o Legislativo constitui-se em obstáculo à ação do Executivo pode não encontrar apoio, ensejando a necessidade de se analisar prerrogativas ao Executivo e a produção legislativa.

2 PERROGATIVAS LEGISLATIVAS DO PODER EXECUTIVO

Conforme visto, as disposições presentes na Constituição de 1988, anteriormente destacadas, são consideradas como prerrogativas que representam um presente democrático de afirmação de autonomia do Congresso. No entanto, Moisés e Vasselai (2019, p. 136) sustenta que muitos dos poderes legislativos obtidos pelo Poder Executivo ao longo do período autoritário não foram suprimidos pela Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), permitindo que “dirija” o processo legislativo. Embora isso seja pouco notado, pode ser percebido no atual texto constitucional com importantes consequências na produção legislativa.

Nesse sentido, a capacidade de editar medidas provisórias pelo Presidente da República pode ser vista como a manutenção do poder presidencial de editar decretos-leis previsto na Constituição de 1967 (FIGUEIREDO; LIMONGI, 2001, p. 43). É porque, em seu artigo 58,

conferia ao Presidente o poder de editar decretos leis em casos de “urgência ou relevante interesse público”. O decreto entrava em vigor com a sua publicação, sendo que o prazo para sua apreciação pelo Congresso era de 60 dias, ao final, sendo que, automaticamente, era aprovado por conta do decurso de prazo. Também não se aceitavam emendas, e a rejeição não invalidava seus efeitos durante o período de sua vigência⁹. Já a Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), em seu artigo 62, capacita o presidente a editar medida provisória com força de lei, também em caso de relevância e urgência, a ser apreciada pelo Congresso Nacional em 30 dias. A não-manifestação implica a perda de efeito legal da medida e, em caso de rejeição, o Congresso regulamenta as relações dela decorrentes, bem como pode emenda a medida. Ainda, não é vedada a reedição da medida provisória. De acordo com Argelina Figueiredo e Fernando Limongi (2001, p. 44), mesmo que com diferenças e efeitos práticos, “é inegável a existência de uma continuidade entre o instituto do decreto-lei e o da medida provisória”.

Os autores também destacam a prerrogativa do Presidente de solicitar urgência para os projetos de lei de sua iniciativa. Explicam que, durante o regime militar, conferiu-se ao presidente a capacidade de solicitar, unilateralmente, regime de tramitação extraordinária para os projetos de lei de sua autoria. Diante da ausência de manifestação no prazo estipulado, ocorria a aprovação do projeto. Essa prerrogativa foi acrescida ao rol dos poderes legislativos presidenciais em 1964 e mantida, com breves alterações, em todos os textos legais do período. A Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) assegura ao presidente solicitar urgência para os projetos de lei de sua iniciativa (§ 2º do artigo 64), sem a manifestação no prazo estabelecido, haverá a inclusão na ordem do dia, sobrestando-se a deliberação quanto aos demais assuntos. Ou seja, a legislação do período autoritário estabelecia que o silêncio implicava a aprovação da matéria, a atual força a manifestação do Congresso, seja para rejeitar, seja para aprovar, alterando unilateralmente a agenda do Poder Legislativo (FIGUEIREDO; LIMONGI, 2001, p. 44).

Quanto assuntos relacionados a matérias orçamentárias e tributárias, a Constituição de 1946 (BRASIL, 1946) estabelecia que a iniciativa dessas matérias era compartilhada pelo Executivo e Legislativo, a Constituição de 1988 confere apenas ao Poder Executivo. Ainda, na hipótese de não-cumprimento dos prazos para aprovação do orçamento, o Executivo está automaticamente autorizado a efetuar gastos à razão de 1/12 ao mês do orçamento enviado. Com isso, o Legislativo perde seu principal poder de barganha na negociação do orçamento, vez que as consequências da nãoaprovação passam a ser mínimas. Trata-se de permissivo constitucional que permite ao Executivo livrar-se da participação do Poder Legislativo na elaboração do orçamento (FIGUEIREDO; LIMONGI, 2001, p. 45).

O exposto até este momento, permite afirmar que a Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) devolveu ao Poder Legislativo muitos dos poderes que ele tinha ao longo da experiência democrática anterior, porém a maioria dos poderes legislativos instituídos ao Poder Executivo ao

⁹ Constituição de 1967: Art. 58 - O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não resulte aumento de despesa, poderá expedir decretos com força de lei sobre as seguintes matérias: Parágrafo único - Publicado, o texto, que terá vigência imediata, o Congresso Nacional o aprovará ou rejeitará, dentro de sessenta dias, não podendo emendá-lo; se, nesse prazo, não houver deliberação o texto será tido como aprovado (BRASIL, 1967).

longo do período autoritário foram mantidos, mesmo com pequenas alterações. Por isso, torna-se importante investigar as consequências para a produção legislativa. Antes, interessante observar que os parlamentares já se manifestaram insatisfeitos com tais limitações:

Mas tão importante ou mais do que isso, no entanto, é o fato de 81% dos próprios parlamentares brasileiros considerarem *alta e muito alta* a limitação imposta pelas medidas provisórias para o pleno exercício de suas funções legislativas e nada menos que 93,5% deles também classificarem como *alta e muito alta* a influência do executivo no desempenho da instituição. E, mesmo 72% dos parlamentares considerando relevante o papel do Congresso Nacional para o processo de tomada de decisões de interesse público, perto de 40% deles avaliam que a eficácia dos instrumentos institucionais disponíveis para que possam desempenhar a contento a função de legislar, controlar e fiscalizar o executivo é *baixa e muito baixa* (MOISÉS, 2011, p. 8, grifos do original).

José Álvaro Moisés e Fabrício Vasselai (2019, p. 33) apresenta dados e analisa a respeito da produção legislativa durante o período de 1995 e 2010, o que contribui para se perceber a influência dos dispositivos expostos. Primeiramente, centra-se na capacidade legislativa dos parlamentares, tratando sobre matérias que tanto os parlamentares como o executivo podem iniciar (Projetos de Lei Ordinárias - PLse dos Projetos de Emenda Constitucional-PECs). Nesse aspecto, concluiu predomínio dos parlamentares nas iniciativas de ambos os tipos de proposição, pois representam 97% e 98%, respectivamente, dos projetos iniciados na Câmara de Deputados. Logo, nas matérias em que os parlamentares têm espaço para iniciativas, mostram grande atuação.

No entanto, o autor também conclui que dos quase 30 mil Projetos de Lei Ordinárias e Projetos de Emenda Constitucional apresentados pelos parlamentares no período analisado menos de 10% acabou sendo aprovado e sancionado. Assim, os parlamentares são responsáveis por cerca de 60% das leis ordinárias aprovadas e sancionadas (contra 30% do executivo), com isso, os parlamentares têm maior participação nas proposições legais aprovadas e sancionadas do que o executivo, quando se considera apenas o que ambos possuem iniciativa. Contudo, destaca que legisladores e executivo não atuam em “um jogo em condições de igualdade”. Isso porque o executivo aprova entre quase 50% e mais de 40%, respectivamente, dos Projetos de Lei Ordinárias e Projetos de Emenda Constitucional que propõe, quando o legislativo não consegue nem 3% de seus Projetos de Lei Ordinárias e menos de 2% das Projetos de Emenda Constitucional aprovados e sancionados (MOISÉS; VASSELAI, 2019, p. 42-44).

Dessa maneira, percebe-se que, ainda que se evidencie o predomínio do legislativo quanto à apresentação de iniciativas relativas às prerrogativas comuns, no total das proposições, o cenário “confirma o que o executivo tem sucesso em 76% dos casos, enquanto os legisladores como autores têm sucesso de apenas 23%” (MOISÉS; VASSELAI, 2019, p. 47). Os autores também destacam outro problema decorrente da influência dos poderes legislativos do Executivo, o tempo de tramitação das propostas. Constata que os Projetos de Lei Ordinárias do executivo aprovados demoram, em média, menos do que o tempo de um mandato de governo para tramitarem até sua

transformação em lei ordinária. No caso dos Projetos de Lei Ordinárias aprovados originados de iniciativas do legislativo, demoram, em média, cerca de quatro anos até a transformação em lei.

Assim, o tempo de tramitação dos projetos propostos pelos parlamentares é muito superior ao reservado para os projetos oriundos do executivo. As informações são essenciais para se compreender que a forte influência do Executivo na agenda do Poder Legislativo assegura aos presidentes que seus Projetos de Lei Ordinárias enviados ao parlamento sejam aprovados durante seu governo. Contudo, o tempo de tramitação dos projetos dos parlamentares não favorece que sejam reconhecidos pelos seus eleitores, contribuindo para o descrédito, ainda que sejam basilares para a democracia participativa.

Outros dados importantes são os trazidos por Argelina Figueiredo e Fernando Limongi (2001, p. 48), os quais afirmam que “as alterações constitucionais introduzidas pelo regime militar acabaram por elevar o Executivo à posição de principal fonte de iniciativa legislativa”. Mostram que, na vigência da Constituição de 1946 (BRASIL, 1946), as leis de iniciativa do Executivo correspondiam a 43% do total de leis do período, participação que aumentou para 89% no período militar. Com a promulgação da Constituição de 1988, manteve-se o padrão do regime militar, pois a média de leis do Executivo atinge 85%.

Os autores também trazem outro dado relevante, pois mostram que o Executivo fez amplo uso de seu poder de editar medidas provisórias. Entre 1989 e 1994, o Poder Executivo enviou ao Congresso uma média de 11 medidas provisórias por mês, sendo que somente quatorze das Medidas Provisórias foram rejeitadas e duzentos e trinta foram aprovadas. Mais impressionante é que metade das aprovadas foram na forma originariamente enviadas pelo presidente, sendo, então, transformadas em projetos de lei de conversão. As restantes foram reeditadas, revogadas ou perderam a eficácia (FIGUEIREDO; LIMONGI, 2001, p. 51).

A causa desses dados pode estar nos dispositivos constitucionais mencionados, vez que conferem ao Poder Executivo uma posição estratégica no que diz respeito à aprovação de seus projetos, bem como decorre diretamente de sua capacidade de controlar a agenda do Legislativo. Isso seja por conta das normas que garantem a iniciativa exclusiva do Executivo, fornecendo essa possibilidade de controle da agenda legislativa, diretamente, pela definição de prazos de apreciação, ou indiretamente, por colocá-lo em posição estratégica para pressionar por prioridade a essas medidas (FIGUEIREDO; LIMONGI, 2001, p. 51).

Esse quadro institucional deve ser apto para continuar atendendo as funções do Poder Legislativo mesmo em situações extremas. Nesse sentido, é relevante elucidar o estudo promovido por Rafael Silveira e Silva (2020, p. 162-192) acerca do funcionamento e da produção legislativa do Congresso Nacional diante do quadro pandêmico resultado da Covid-19. A Covid-19 é uma doença infecciosa causada pelo novo SARS-CoV-2, identificado pela primeira vez em dezembro de 2019, em Wuhan, na China, e que pode resultar em um quadro clínico que varia de infecções assintomáticas a quadros respiratórios graves. Em 30 de janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou que o surto da doença constitui uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional e, em 11 de março de 2020, a Covid-19 foi caracterizada pela OMS

como uma pandemia (BRASIL, 2020).

Em razão das medidas necessárias para se tentar diminuir a transmissão do vírus, foi preciso alterações nas regras regimentais no Congresso Nacional, com a implantação do sistema deliberativo remoto em ambas as Casas Legislativas. Sem o propósito de esgotar o tema, cabe tecer breves comentários sobre tais mudanças. Em 17 de março de 2020, foram aprovados o Ato da Comissão Diretora nº 7, do Senado Federal¹⁰, e a Resolução nº 14, da Câmara dos Deputados¹¹, os quais estabeleceram sistema de deliberação remota. Constata-se dos artigos 1º de ambos os Atos, que o Ato da Comissão Diretora nº 7 amplia as situações de utilização do seu Sistema para quaisquer situações emergenciais de força maior que inviabilizem a reunião presencial. Por outro lado, a Resolução nº 14, da Câmara veicula uso do Sistema remoto exclusivamente durante a emergência de saúde pública correspondente ao coronavírus.

Os Atos também permitem a gravação das reuniões e a ampla transmissão pelos canais de comunicação social de cada Casa Legislativa. Quanto à produção legislativa, para as matérias relativas ao estado de emergência, adotaram-se regimes de urgência, suprimindo-se a passagem pelas Comissões, de modo a serem apreciadas diretamente em Plenário. Ainda, para se manter a objetividade, não foram permitidos os tradicionais discursos parlamentares, conhecidos por períodos de “expediente” ou “pinga-fogo” (SILVA, 2020, p. 179). São mudanças substanciais para o funcionamento da Democracia, especialmente porque, como visto, as Comissões representam fortalecimento do Poder Legislativo, dispensa-se a manifestação explícita do plenário, evitando-se a centralização dos trabalhos em plenário, permitindo amplo debate na análise das matérias. Os discursos parlamentares também representam maior ambiente de deliberação democrática. Assim, percebeu-se que as mudanças implicaram em menos recursos aos parlamentares que não ocupam cargos no Legislativo ou não são líderes.

Além disso, os Atos foram omissos quanto à apreciação dos vetos presidenciais, visto que a Constituição da República de 1988 determina que ocorra em sessões conjuntas do Congresso Nacional (§ 4º do artigo 66). Com isso, até julho de 2020, nenhum veto presidencial tinha sido avaliado. Trata-se de aspecto importante tendo em vista potencial prejuízo institucional para as prerrogativas do Poder Legislativo, notadamente, quando se constata que o Poder Executivo já possui poderes legislativos relevantes para interferir na produção legislativa. Durante a pandemia, “[...] a grande maioria das proposições aprovadas foi objeto de vetos parciais ou totais, os quais, sem deliberação, oferecem ampla margem para que o Governo opere com mais desenvoltura suas próprias agendas” (SILVA, 2020, p. 181).

Nesse ponto, cabe destacar a tentativa do Poder Executivo de ampliar seus poderes legislativos logo no início da pandemia de Covid-19. Em 24 de março de 2020, a Advocacia-

10 Art. 1º Fica instituído o Sistema de Deliberação Remota do Senado Federal (SDR). Parágrafo único. O SDR consiste em solução tecnológica que viabilize a discussão e votação de matérias, a ser usado exclusivamente em situações de guerra, convulsão social, calamidade pública, pandemia, emergência epidemiológica, colapso do sistema de transportes ou situações de força maior que impeçam ou inviabilizem a reunião presencial dos Senadores no edifício do Congresso Nacional ou em outro local físico (BRASIL, 2020b).

11 Art. 1º Esta Resolução institui, no âmbito da Câmara dos Deputados, o Sistema de Deliberação Remota (SDR), como forma de discussão e votação remota de matérias sujeitas à apreciação do Plenário. Parágrafo único. Entende-se como votação e discussão remota a apreciação de matérias por meio de solução tecnológica que dispensa a presença física dos parlamentares em Plenário (BRASIL, 2020c).

Geral da União ingressou com Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no Supremo Tribunal Federal (ADPF 663), solicitando a prorrogação dos prazos de validade das Medidas Provisórias em tramitação no Congresso Nacional, em razão do estado de calamidade pública decorrente da pandemia de Covid-19. Contudo, no julgamento, em 27 de março de 2020, o Ministro Relator Alexandre de Moraes rejeitou o pedido e concedeu medida cautelar *ad referendum* do Plenário da Suprema Corte, para evitar grave lesão a preceitos fundamentais da Constituição Federal, reconhecendo a constitucionalidade do regime jurídico instituído pelo Ato Conjunto nº 1, de 2020¹², das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (BRASIL, 2021).

Fato que se mostrou relevante é que as atividades legislativas foram bastante significativas quanto à agenda de combate e solução de problemas gerados pela Covid-19. De março a julho de 2020, foram aprovadas 42 normas jurídicas e outras 31 já foram aprovadas em pelo menos uma das Casas Legislativas. Sem adentrar no mérito das emendas constitucionais, leis e demais normas produzidas, percebe-se destaque da produção do Congresso Nacional, pois foi responsável pela iniciativa de 28 normas, ou seja, 67% do total aprovado (SILVA, 2020, p. 183). Dentro do contexto exposto nesse trabalho, são números que ganham importância considerando a produção legislativa que confere ao Poder Executivo a média de iniciativa de mais de 80% de todas as leis, como visto.

Por fim, no estudo desenvolvido por Rafael Silveira e Silva (2020, p. 183), constatou-se que a média de 67% poderia ser ainda maior se o Presidente da República não tivesse vetado totalmente três projetos de lei aprovados que foram originados na Câmara dos Deputados. Além disso, também percebeu que a participação do Poder Executivo contou com o uso maciço de medidas provisórias para legislar (treze das quatorze propostas apresentadas). Os números contribuem para se corroborar a hipótese aventada nesse estudo, qual seja, o Poder Executivo mantém prerrogativas legislativas conquistadas no regime autoritário ainda que com algumas alterações, as quais têm colaborado para perpetuar uma alta produção legislativa pelo Poder Executivo.

CONCLUSÃO

Este estudo se propôs a compreender em que medida é possível constatar que o Poder Executivo mantém prerrogativas legislativas conquistadas no regime autoritário após a promulgação da Constituição de 1988, e se há efeitos na produção legislativa. O objetivo não foi discutir o regime democrático no Brasil, mas contribuir com a discussão a respeito de sua qualidade, visto que, para a Democracia representativa, a atuação e o funcionamento do Poder Legislativo são extremamente importantes, influenciando a avaliação dos cidadãos quanto ao regime.

A partir de uma pesquisa essencialmente bibliográfica, discutiu-se a relação entre o Poder Legislativo e Poder Executivo. Em um primeiro momento, apresentou-se o quadro institucional

12 Dispõe sobre o regime de tramitação, no Congresso Nacional, na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, de medidas provisórias durante a pandemia de Covid-19. Art. 1º Este Ato dispõe sobre a apreciação, pelo Congresso Nacional, de medidas provisórias editadas durante a vigência da Emergência em Saúde Pública e do estado de calamidade pública decorrente da COVID-19, ainda pendentes de parecer da Comissão Mista a que se refere o art. 62, § 9º, da Constituição Federal Parágrafo único. Aplicam-se as disposições da Resolução nº 1, de 2002-CN, no que não colidir com o disposto neste Ato. (BRASIL, 2020a).

consolidado após a promulgação da Constituição de 1988. Com isso, constatou-se que a Constituição de 1988 devolveu ao Poder Legislativo muitos dos poderes que ele tinha ao longo da experiência democrática anterior, promovendo a sua autonomia e fortalecimento. Nesse sentido, pode-se citar a redefinição de sua participação no processo orçamentário e no controle das finanças públicas, criação das comissões permanentes, alteração para a derrubada do veto presencial e a definição das áreas que foram reservadas competência exclusiva para legislar.

Por outro lado, constatou-se que o sistema político brasileiro confere ao Presidente da República ampla iniciativa legislativa, de modo que muitos dos poderes legislativos obtidos pelo Poder Executivo ao longo do período autoritário não foram suprimidos pela Constituição de 1988. Pode-se citar a capacidade de editar medidas provisórias pelo Presidente da República, pois pode ser vista como a manutenção do poder presidencial de editar decretos-leis previsto na Constituição de 1967. Também a prerrogativa do Presidente de solicitar urgência para os projetos de lei de sua iniciativa, influenciado diretamente na agenda do legislativo, e o permissivo constitucional que permite ao Executivo livrar-se da participação do Poder Legislativo na elaboração do orçamento.

De fato, tais prerrogativas influenciam na produção legislativa. Constatou-se que, na vigência da Constituição de 1946 (BRASIL, 1946), as leis de iniciativa do Executivo correspondiam a 43% do total de leis do período, participação que aumentou para 89% no período militar e com a promulgação da Constituição de 1988, manteve-se o padrão do regime militar. Em estudo recente demonstrado ao longo do trabalho, constatou-se que os parlamentares têm maior participação nas proposições legais aprovadas e sancionadas do que o executivo, mas quando se considera apenas o que ambos possuem iniciativa. Contudo, o executivo aprova entre quase 50% e mais de 40%, respectivamente, dos Projetos de Lei Ordinárias e Projetos de Emenda Constitucional que propõe, quando o legislativo não consegue nem 3% de seus Projetos de Lei Ordinárias e menos de 2% das Projetos de Emenda Constitucional aprovados e sancionados.

Ainda, o tempo de tramitação dos projetos propostos pelos parlamentares é muito superior ao reservado para os projetos oriundos do executivo. Quanto ao funcionamento do Poder Legislativo diante da pandemia de Covid-19, o Congresso precisou adotar medidas para deliberações de forma remota, constatando-se alterações com potencial prejudicial ao debate nas decisões. No que diz respeito à produção legislativa, verificou-se que o Congresso Nacional foi responsável pela iniciativa de 67% do total aprovado, número contrário à preponderância de matérias aprovadas propostas pelo Executivo. No entanto, pode não representar efetiva mudança no quadro institucional, já que corresponde a um período de análise exíguo (março a julho de 2020).

No mesmo estudo acerca da produção legislativa após o início da pandemia de Covid-19, constatou-se que a participação do Poder Executivo contou com o uso maciço de medidas provisórias para legislar. Portanto, tais constatações corroboraram a hipótese suscitada nesse estudo, qual seja, o Poder Executivo mantém prerrogativas legislativas conquistados no regime autoritário, ainda que com algumas alterações, as quais influenciam para perpetuar a possibilidade de forte interferência na agenda do Poder legislativo.

Min. Alexandre de Moraes, 8 set. 2021. **DJE**: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, p. 183, 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur452359/false>. Acesso em: 1 ago. 2022.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. **Executivo e legislativo na nova ordem constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2001. Disponível em: <https://pmcspraca.files.wordpress.com/2013/01/figueiredo-e-limongi-1999.pdf>. Acesso em: 1 ago. 2022.

MOISÉS, José Álvaro (org.). **Crises da democracia**: o papel do congresso, dos deputados e dos partidos. Curitiba: Apris, 2019.

MOISÉS, José Álvaro (org.). **O papel do Congresso Nacional no presidencialismo de coalizão**. São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2011.

MOISÉS, José Álvaro; VASSELAI, Fabrício. Sobre o desempenho dos deputados federais brasileiros entre 1995 e 2010. *In*: MOISÉS, José Álvaro (org.). **Crises da Democracia**: o papel do Congresso, dos Deputados e dos Partidos. Curitiba: Apris, 2019. p. 33-65.

MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2019.

RODRIGUES, Lucas Mateus Canabarro; RODRIGUES, Nina TríciaDisconzi. Os desafios para adoção da cláusula de barreira partidária no Brasil à luz do direito alemão. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 20, n. 8, p. 43-61. 2018. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3273/3988>. Acesso em: 1 ago. 2022.

SILVA, Rafael Silveira e. Revisando as regras: adaptações e alcances do processo decisório legislativo em tempos de pandemia. **Direito Público**, Brasília, v. 17, n. 94, p. 162-192, 2020. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4631/Silva%2C%202020>. Acesso em: 1 ago. 2022.

Como citar: FINGER, Anays Martins; Santos, Miriam Cheissele dos. Democracia representativa: produção legislativa e o papel do executivo e do legislativo. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 2, p. 173-187, out. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n2p.173. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 11/09/2021

Aprovado em: 27/06/2022

REGULAÇÃO DA TECNOLOGIA NUM CONTEXTO DISRUPTIVO

REGULATION OF TECHNOLOGY IN A DISRUPTIVE CONTEXT

Loreci Gottschalk Nolasco*
Mirela Rodrigues dos Santos**

*Doutora em Biotecnologia e Biodiversidade (2016) pela Universidade Federal de Goiás. Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (2002). Docente do Programa de Pós Graduação lato sensu em Direitos Difusos e Coletivos e da Graduação em Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. Coordenadora do Projeto de Pesquisa: O DIREITO NA SOCIEDADE DIGITAL – estudos sobre “disrupção tecnológica” e “interrupção regulatória”. Coordenadora Pedagógica do Projeto de Extensão Empresa Júnior do Curso de Direito da UEMS. E-mail: lorecign@gmail.com

**Bacharelanda em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. Foi Bolsista no PIBIC-UEMS 2021. E-mail: mirelasantos30@outlook.com

Como citar: NOLASCO, Loreci Gottschalk; SANTOS, Mirela Rodrigues dos. Regulação da tecnologia num contexto disruptivo. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 2, p. 188-214, out. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n2p.188. ISSN: 1980-511X

Resumo: As chamadas tecnologias disruptivas, frutos da Quarta revolução industrial, se caracterizam por sua natureza destruidora, estimulam novos sistemas e padrões de atuação e provocam descompasso e rupturas com os atuais modelos políticos, econômicos e sociais. Diante de rápidos avanços tecnológicos e de múltiplas situações disruptivas, a inovação começa a ser vista como elemento fundamental para o desenvolvimento econômico e social, o que também exige instituições capazes de reconhecer como parte de um sistema de poderes distributivos, formas colaborativas de integração para prosperarem. A formação de parcerias construtivas entre o setor público e o privado, numa visão consorcial entre o papel institucional do Estado e as energias da livre iniciativa, forma uma governança ágil, considerando as intersecções entre direito, regulação, tecnologia e sociedade; sendo certo o papel do Direito no processo, de ser capaz de responder problemáticas entre inovação tecnológica e pessoas naturais e jurídicas, resguardando direitos fundamentais, além de garantir soluções inovadoras às necessidades sociais. Os objetivos do estudo foram examinar através do método qualitativo, com estudos exploratórios e descritivos, como o Estado e o Direito, exercerão seus papéis de amparo legal para resguardar e promover o bem estar social, bem como o avanço tecnológico, sem colocar em risco direitos fundamentais.

Palavras-chave: disrupção tecnológica; regulação; garantias.

Abstract: The so-called disruptive technologies, fruits of the Fourth Industrial Revolution, are characterized by their destructive nature, stimulate new systems and patterns of action, causing mismatches and ruptures with current political, economic

and social models. In the face of rapid technological advances and multiple disruptive situations, innovation is beginning to be seen as a fundamental element for economic and social development, which also requires institutions capable of recognizing, as part of a system of distributive powers, collaborative forms of integration to thrive. The formation of constructive partnerships between the public and private sectors, in a consortium view between the institutional role of the State and the energies of free enterprise, forms an agile governance, considering the intersections between law, regulation, technology and society; being certain the role of Law in the process, of being able to answer problems between technological innovation and natural and legal persons, protecting fundamental rights, in addition to guaranteeing innovative solutions to social needs. The objectives of the study were to examine through the qualitative method, with exploratory and descriptive studies, how the State and the Law will exercise their legal support roles to protect and promote social well-being, as well as technological advancement, without jeopardizing rights fundamental.

Keywords: technological disruption; regulation; warranties.

INTRODUÇÃO

A frequente inovação tecnológica tem modificado e redefinido a identidade humana todos os dias pela maneira em que se manifesta na vida das pessoas. O desenvolvimento massivo da técnica é tão significativo, que a velocidade em direção a um futuro tecnológico, torna a autêntica e distante ficção científica, em uma realidade muito presente e palpável (BITTAR, 2019, p. 940).

Não há como ignorar o fato da inovação trazer consigo um conjunto de avanços importantes e notáveis para a humanidade, contudo, também manifesta um conflito entre a liberdade e a responsabilidade, desse modo, importa ter em mente que esses avanços devem ser mediados por novos meios regulatórios, por novas frentes de estudo crítico, e devem ainda ser ponderadas a partir da reflexão.

Bittar (2019) sinaliza quatro dimensões do avanço tecnológico que ajudam a compreender mais sobre esse processo. A primeira se manifesta pela intensidade do processo de robotização de procedimentos virtuais. Estudiosos de realidade virtual identificam que a frequência do tráfego de robôs na internet supera em muito o tráfego de pessoas. São novidades tecnológicas que englobam numerosas áreas: inteligência artificial, robótica, a Internet das Coisas¹, a internet dos Corpos, veículos autônomos, impressão em 3D, nanotecnologia, biotecnologia, ciência dos materiais, armazenamento de energia e computação quântica, são alguns exemplos. Muitas dessas inovações ainda estão no início, porém, progridem a um ponto em que juntas fundem as tecnologias dos mundos físico, digital e biológico (SCHWAB, 2016, p. 14).

A segunda dimensão trata do volume de transações comerciais, o *e-commerce*, por exemplo, realiza um potencial de intercâmbio de mercadorias espantosamente significativo. Nesse sentido, Schwab (2016, p. 31) indica, as plataformas tecnológicas tornam possível a chamada economia sob demanda (nomeada por alguns de economia compartilhada). Elas são fáceis de usar em dispositivos móveis, reúnem pessoas, ativos e dados, criando formas completamente novas de consumir bens e serviços. Essas plataformas são capazes de derrubar barreiras para que empresas e indivíduos criem riqueza, alterando ambientes pessoais e profissionais.

A terceira dimensão é qualificada pela “intensa dependência da rede virtual sobre certos operadores, sistemas e mecanismos, representados em grandes corporações”. Amazon, Apple, Alphabet, Microsoft, Twitter e Facebook são alguns exemplos de corporações que se qualificam nessa dimensão. Para Bottar, um dia de caos nas principais “ferramentas” da web já é suficiente para influenciar novas ferramentas, novos atores, novas políticas, novos interesses e novas formas de operar as relações sociais, o que envolve novas formas de poder.

Seguindo essa lógica, a professora de Harvard Business School, Shoshana Zuboff (2015), indica que a massiva coleta de dados pessoais, feita por essas companhias, ameaça tanto a autonomia individual quanto a comunicabilidade de sociedades abertas. Por isso, “Essa nova

¹ O conceito ‘Internet das coisas’ foi proposto em 1999, por Kevin Ashton (2009), no Laboratório de Auto-ID do MIT, onde se realizavam pesquisas no campo da identificação por radiofrequência em rede (RFID) e tecnologias de sensores. Atualmente, a expressão ‘Internet das coisas’ designa a conexão avançada de dispositivos, de sistemas e de serviços. Ultrapassa o conceito tradicional do *máquina a máquina* e abarca uma ampla variedade de protocolos, domínios e aplicações.

forma de capitalismo da informação” a qual classifica como o capitalismo da vigilância

visa prever e modificar o comportamento humano como um meio de produzir receita e controle de mercado. Nesse sentido, enquanto o capitalismo industrial recorre à tecnologia para manipular o ambiente, o capitalismo da vigilância manipula a atitude humana. Seus praticantes convertem experiências humanas em dados, criam “bonecos vodus digitais” que representam cada indivíduo, e então usam essas representações virtuais para modelar e vender produtos de previsão do comportamento. Dessa maneira, o capitalismo da vigilância aparece ameaçando tanto a autonomia individual quanto a viabilidade das sociedades abertas (ZUBOFF, 2015, p. 76).

A quarta e última dimensão levantada por Bittar, deságua na busca de regulamentação do espaço virtual, essa tem muita relação com a terceira dimensão, tendo em vista os grandes conglomerados econômicos, nos quais os interesses são diretamente afetados pelas restrições normativas. O livre trânsito virtual, jogo de informações, disputa sobre modelos de uso do espaço virtual, guerra de poderes virtuais em torno do controle sobre a propriedade intelectual (e os lucros derivados da propriedade imaterial), a oposição de interesses, mostram que o interesse vai além do “usuário” ou “liberdade”, está no conjunto de benefícios corporativos altamente valiosos, e de grande significado de mercado, para o presente e para o futuro.

Para fechar, Eduardo Bittar (2019, p. 938) conclui que a Era digital refere-se ao período histórico em que a vida social, as relações de trabalho e grande parte das interações humanas passam a estar determinadas por ‘algoritmos’ e ‘operações digitais’, impondo novos desafios ao Direito devido à emergência e rápida evolução das técnicas dessa era. A sociedade da era virtual se constituiu com a passagem do século XX para o novo milênio, ultrapassando o modelo de sociedade industrial para o virtual (WOLKMER; LEITE, 2016, p. 32). Dessa forma, diante da tecnologia avançada, da inteligência artificial e da aceleração da vida, entra-se de fato em uma ‘nova era’, a era da revolução digital, um novo estágio de desenvolvimento do capitalismo, e, assim, em um mundo novo e moderno.

Clara está, portanto, a complexidade do trabalho em estabelecer limites e parâmetros para as tecnologias disruptivas, haja vista as “intersecções entre direito, regulação, tecnologia e sociedade, em detrimento de uma abordagem isolacionista que foque exclusivamente na tecnologia” (KORMANN, 2020, p. 47), na qual mesmo que a realidade possa parecer inacreditável, inexplicável e/ou desproporcional, a regulação não pode ignorar (MOREIRA, 2013, p. 104). Por isso Guerra (2018, p. 86) questiona: “como compreender e adotar níveis diferenciados e adequados de regulação estatal, notadamente diante da forte complexidade trazida pelas novas tecnologias”? O objetivo está em “tentar enxergar um quadro mais amplo com a discussão de parâmetros gerais que apontem porque, quando e até onde os Estados devem regular as inovações tecnológicas que surgem a cada dia” (BAPTISTA; KELLER, 2017, p. 124).

A investigação, utilizando-se do método bibliográfico, propôs examinar como o Direito e o Estado devem regular as denominadas tecnologias disruptivas, frutos da Quarta Revolução industrial. Por provocarem descompassos e rupturas com os atuais modelos políticos, econômicos

e sociais, é exigido tanto do Estado (Poder Público), quanto do Direito, capacidade em responder às problemáticas entre inovação tecnológica e pessoas naturais e jurídicas, resguardando direitos fundamentais, além de garantir soluções inovadoras às necessidades sociais. Para tanto, a pesquisa propôs estudar a origem da Era Digital e das inovações disruptivas, para entender que a atual quadra da história industrial, mostra a necessidade de encontrar um equilíbrio entre a inovação industrial, a redução de riscos a direitos fundamentais, e a discussão pública sobre a regulamentação das tecnologias. Nesse sentido, identificar o momento certo de regular, ou melhor, quando, quanto e como regular as inovações disruptivas à luz do panorama constitucional brasileiro, constitui papel do Direito da Regulação.

1 QUARTA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL E INOVAÇÃO DISRUPTIVA

De acordo com Yongxin Liao *et al.* (2018), o termo “revolução industrial” tem sido empregado para identificar grandes fases da utilização de tecnologias nos processos produtivos. A primeira revolução industrial se fez com a mecanização a vapor da produção. A segunda, com a chegada da energia elétrica, ou seja, com a eletrificação da produção, e a terceira se fez com a eletrônica com mecanismos mais complexos e diversificados, do desenvolvimento de circuitos, processadores, chips e posteriormente da internet (MAGALHÃES; VENDRAMINI, 2018, p. 3). A quarta revolução é essencialmente diferente das anteriores, pois não trata apenas de sistema e máquinas inteligentes conectadas, sua manifestação é mais ampla em que novas descobertas acontecem simultaneamente em áreas, que vão desde “o sequenciamento genético até a nanotecnologia, as energias renováveis à computação quântica” (SCHWAB, 2016, p. 16).

A Era Digital ocasionada pela Quarta Revolução Industrial, surge com o desenvolvimento exponencial da eletrônica/computação, combinando tecnologias físicas, biológicas e virtuais que permitem o desenvolvimento de projetos multilíngues, multiculturais, multidisciplinares e multifacetados. Seria ainda um modelo que integra inovações tecnológicas dos campos de automação, controle e tecnologia da informação, aplicadas aos processos de manufaturas.

Dentro da Internet das Coisas mais ampla, existe uma indústria crescente de dispositivos que monitoram o *corpo humano* e transmitem os dados coletados pela Internet. Este desenvolvimento, que alguns chamam de Internet dos Corpos (IoB sigla do inglês *Internet of Bodies*), inclui uma gama crescente de dispositivos que combinam software, hardware e recursos de comunicação para rastrear dados pessoais de saúde, fornecer tratamento médico vital ou melhorar o conforto corporal, a saúde, ou bem-estar. No entanto, esses dispositivos também complicam um campo já repleto de riscos legais, regulamentares e éticos. Lee *et al.* (2020) em estudo publicado por *Rand Corporation*, examinam esta coleção emergente de tecnologias centradas no corpo humano e conectadas à Internet; exploram benefícios, riscos de segurança e privacidade e implicações éticas; pesquisam o cenário regulatório nascente para esses dispositivos e os dados que eles coletam; e fazem recomendações para equilibrar os riscos e recompensas do IoB.

Destaca-se o surgimento da moeda virtual, como por ex., o *Bitcoin* definida por Satoshi

Nakamoto (s/d) em “Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System”, como “um sistema para transações eletrônicas sem depender da confiança de terceiros”. A tecnologia vem causando impacto monumental na economia global, com uso de Blockchain, que, baseada numa rede de computadores, verifica de maneira coletiva uma transação antes de registrá-la e aprová-la tornando o registro seguro (VERONESE, 2020). Nesse sentido, todas as grandes macrovariáveis inimagináveis serão afetadas, como por ex., o PIB, investimentos, consumo, emprego, comércio, inflação, e assim por diante (SCHWAB, 2016, p. 27-35).

A partir daqui, já se podem apontar os fatores que estarão cada vez mais presentes na dinâmica de interferência de novas tecnologias (LIPOVETSKY, 2016, p. 115),² e que constituem os novos ingredientes da “era digital”: i.) a tecnologia da informação; ii.) as nano-bio-tecnologias; iii.) a tecnologia genética; iv.) a tecnociência; v.) a neurociência; vi.) a cloud computing; vii.) a robotização; viii.) a digitalização; ix.) as microtecnologias; x.) a inteligência artificial (WOLKMER; LEITE, 2016, p. 32).³ Todos estes termos evocam um processo de auto-aprimoramento da técnica moderna. Isso torna possível enxergar o quanto se está diante de um hiper-aperfeiçoamento da razão técnica, das tecnologias e das fronteiras das ciências. Por isso, estes fatores aqui presentes não são tomados apenas como aspectos isolados do mundo contemporâneo, mas como conglomerados de fatores que constituem uma nova dinâmica, uma nova etapa dos processos de modernização, à qual se costuma chamar de “era digital”, que segundo Bittar (2019), “corresponde ao período histórico em que a vida social, as relações de trabalho e boa parte das interações humanas passam a estar determinadas por ‘algoritmos’ e ‘operações digitais’”. Para ele,

A emergência da era digital impõe novos desafios ao Direito. Diante da tecnologia avançada, da inteligência artificial e da aceleração da vida, entra-se de fato numa ‘nova era’, a era da revolução digital, num novo estágio de desenvolvimento do capitalismo, e, portanto, do mundo moderno (BITTAR, 2019).

Enquanto tecnologia e inovação se referem ao aperfeiçoamento do modo de fazer determinada coisa, “disrupção” se refere ao rompimento ou superação de algo preexistente “dando origem a uma nova solução mais eficiente e de mais fácil acesso, seja do ponto de vista econômico, seja do ponto de vista operacional” (SILVA, 2017, p. 159). Em outras palavras, são tecnologias que “quebram, rompem, fraturam o que já existia e, dentro da mesma perspectiva negocial-tecnológica, criam soluções mais baratas e/ou mais sofisticadas” (KORMANN, 2020, p. 18). Daí, que a disrupção tecnológica que ocorre pela incorporação de padrões e esquemas novos de atuação, pode provocar o desarranjo de esquemas de produção e regulatórios vigentes. A isso chamou em 1942, Joseph Schumpeter de “destruição criativa”, decorrente de estrutura econômica

² “Com a época hipermoderna, está em andamento uma segunda revolução que tem como centro os micros e as nanotecnologias, as tecnologias da informação e da comunicação (TIC). Revolução da miniaturização, das nanotecnologias e do digital: vivemos o tempo da leveza-mundo conduzida pelas novas tecnologias. Ela está no centro da civilização nascente do leve” (LIPOVETSKY, 2016, p. 115).

³ “A passagem do século XX para o novo milênio reflete uma transição paradigmática da sociedade industrial para a sociedade da era virtual. É extraordinário o impacto do desenvolvimento da cibernética, das redes de computadores, do comércio eletrônico, das possibilidades da inteligência artificial e da vertiginosa difusão da internet sobre o campo do Direito, sobre a sociedade mundial e sobre os bens culturais do potencial massificador do espaço digital” (WOLKMER; LEITE, 2016, p. 32).

revolucionária que destrói, a partir dela mesma, antigas estruturas e cria novas lógicas econômicas.

Tendo isso em vista, a *tecnologia evolucionária* é aquela em que há o aperfeiçoamento ou incremento de uma anterior, já a *tecnologia revolucionária* é aquela que provoca grandes alterações e, a *tecnologia disruptiva*, seria “aquela que destrói a anterior, atendendo às mesmas exigências dos clientes com incremento significativo da qualidade, utilizando algo completamente novo, sem permitir que se volte ao estágio anterior” (SILVA, 2017, p. 159).

O principal atributo da inovação disruptiva é produzir uma alteração drástica no mercado em que se constitui, não se tratando de um mero aprimoramento incremental do que antes estava posto, e também não se tratando apenas de novos produtos no que se refere a criação de novos modelos de negócios (RIBEIRO, 2017, p. 70). *Pari passu*, com sua entrada no mercado, maiores desafios começaram a surgir frente ao sistema normativo, sobretudo, quando impactam diretamente as atividades do setor público da economia nacional, em que sua utilização tende a acarretar quebras estruturais (MOREIRA, 2017, p. 228). Nessa linha, inovações disruptivas são aquelas que criam novos sistemas e padrões de atuação, que acabam promovendo o descompasso com os sistemas de produção e regulatório vigentes (BAPTISTA; KELLER, 2017, p. 126).

A quebra de tantas barreiras de conhecimento, ao mesmo tempo que fascina também desafia, encanta e também amedronta, conforta, mas também perturba (SILVA, 2017, p. 159). É fato, o mundo está conectado, a comunicação é quase instantânea e muito pode ser feito com apenas um clique. Em decorrência disso, surgem “inúmeros e complexos desafios para as sociedades e para os mecanismos jurídicos de que elas se valem como forma de manter a coesão e a paz social” (SILVA, 2017, p. 159).

O que se sabe é que, a nova era produz tecnologia que tem superado nossa capacidade de compreendê-las, e precisamos alcançá-las (JOICHI; HOWE, 2018, p. 9), especial, porque diante do cenário de rápidos avanços tecnológicos e múltiplas situações disruptivas, a inovação começa a ser vista como elemento fundamental para o desenvolvimento econômico e social, e dessa forma, deve ser reconhecida pelas instâncias políticas como merecedora da atenção estatal (KORMANN, 2020, p. 13). Isso requer das partes interessadas, isto é, governos, agências reguladoras, legisladores, cientistas, corporações, organização civil em geral, e o Direito – ciência garantidora de direitos e deveres -, capacidade em responder às problemáticas decorrentes da inovação tecnológica, ao mesmo tempo que resguardem os direitos fundamentais dos envolvidos, também, garantam soluções inovadoras às necessidades sociais.

Ad argumentandum, no entanto, Schwab (2016, p. 74) alerta que, em decorrência do ritmo acelerado das mudanças desencadeadas pela Quarta revolução industrial, os reguladores, as autoridades políticas, legislativas e regulamentadoras são com frequência ultrapassadas por esses avanços, incapazes de enfrentar a velocidade da mudança tecnológica e a importância de suas implicações. Para não sufocar os avanços tecnológicos e a inovação, e de outro lado, preservar o interesse de consumidores e do público em geral, o autor sinaliza, que a solução estaria na governança ágil, o que impõe dos envolvidos, encontrar formas contínuas de adaptação a um ambiente novo e em rápida mudança, reinventando-se para compreender melhor o que estarão

regulamentando.

Nessa perspectiva, as rupturas causadas pela atual Revolução industrial (leia-se, inovações tecnológicas) aos atuais modelos políticos, econômicos e sociais, exige instituições capazes de reconhecerem como parte de um sistema de poderes distributivos, formas colaborativas de integração para prosperarem (SCHWAB, 2016, p. 35). Por isso Schwab (2016, p. 74-75) defende que para essa era, será preciso que os governos, atuando em colaboração com a sociedade civil e empresarial, estabeleçam “um ecossistema normativo e legislativo que possa produzir quadros mais resilientes”, com “regras, pesos e contrapesos para manter a justiça, a competitividade, a equidade, a propriedade intelectual inclusiva, a segurança e a confiabilidade”.

A tecnofobia (fobia a tecnologia), segundo Morozov, não é solução para enfrentar desafios propostos pelos avanços tecnológicos. É necessário que as instituições que propagam o progresso, majoritariamente grandes empresas de tecnologia, “respeitem o espírito, se não, a forma institucional, do Estado de bem-estar social e preservem o compromisso deste com vistas a oferecer as condições ideais para prosperidade humana” (MOROZOV, 2018, p. 99), para isso, a necessidade de normas e limites bem estruturados pelo Estado. Dessa forma, é necessário que a discussão parta do princípio da compreensão crítica visando a proteção do futuro, equilibrando os avanços e as conquistas com riscos e retrocessos (BITTAR, 2019, p. 43).

2 O ESTADO E O DIREITO DA REGULAÇÃO

Com a terminologia de Kelsen (2000), o Estado enquanto ordenamento coativo é uma técnica de organização social, ou conjunto de meios para um objetivo, pode ser empregado para os fins mais diversos. Com isso, a regulação, sendo função do Estado, “consiste em supervisionar o jogo econômico, estabelecendo regras e intervindo de maneira permanente para amortecer tensões, compor os conflitos e assegurar a manutenção de um equilíbrio do conjunto” (GUERRA, 2018, p. 121), harmonizando suas ações aos objetivos constitucionalmente estabelecidos, o que nos permite observar o “alto grau de complexidade da regulação e dos sistemas e subsistemas econômicos sujeitos a ela” (KORMANN, 2020, p. 20).

Posto isto, a constituição de novas tecnologias – sobretudo quando dotadas de características disruptivas aptas a romper o sutil equilíbrio então vigente em determinado setor, – necessita de profunda imersão neste sistema de grande complexidade que é o Direito da regulação, “[...] para que seja possível verificar o seu eventual enquadramento no emaranhado regulatório e/ou a necessidade de implementação de mudanças, seja pela criação de novas categorias jurídicas, seja pela edição de novas normas e regimes próprios” (KORMANN, 2020, p. 20).

Especial, porque segundo observa Feigelson (2017, p. 51-52),

O direito em muitas hipóteses vem a reboque dos fatos, o que do ponto de vista das dinâmicas disruptivas é algo ainda mais perceptível, visto que tais modelagens avançam na vida social em velocidade incompatível com os movimentos normativos.

Justamente em razão deste contexto de desarranjo entre o tempo do direito e o tempo da disrupção no mundo dos fatos, que o Direito da Regulação é convocado a responder os conflitos sociais daí instaurados, já que “o fenômeno social não se escraviza a coletes de força, nem a cintos de segurança” (GUERRA, 2018, p. 83).

Razão disso, Marques Neto (2011, p. 85) aduz que a atividade regulatória se mostra mais adequada a responder a estes desafios, pois:

[...] i) permite a adequação aos níveis de especialização exigidos por cada setor da economia (cada subsistema); ii) enseja mais dinamismo e agilidade na função normativa, permitindo uma resposta do sistema estatal; iii) favorece uma maior integração entre os sistemas, uma vez que o engate entre eles não se dá pelo vértice de cada sistema e sim pela articulação no ambiente do próprio subsistema regulado (onde interagem os atores econômicos, sociais, estatais e os distintos interesses de cada qual); iv) favorece as mediações técnicas àquelas de matiz exclusivamente político, sem deixar de reconhecer naquelas um forte conteúdo de arbitragem de interesses.

Essa “relação de normatização entre regulação e tecnologia é aquela em que a tecnologia figura como objeto da regulação, pelo exercício do poder regulador propriamente dito, especialmente por meio de sua competência normativa” (BAPTISTA; KELLER, 2017, p. 131).

Nesse sentido, a discussão se mostra ainda mais emergente, haja vista a inevitabilidade de ignorar as transformações promovidas pela disrupção dessas tecnologias (FEIGELSON, 2017, p. 54): “[...] ainda que se vede a prática de uma conduta por uma empresa, ainda que se aniquile um novo grupo econômico emergente que pratica uma dinâmica disruptiva, esta trará alterações irreversíveis para os modelos postos”.

Registre-se que a questão da evolução da metodologia regulatória para lidar com tecnologias emergentes não é nova. As lições aprendidas com as revoluções tecnológicas anteriores, incluindo fertilização *in vitro*, organismos geneticamente modificados e clonagem, mostraram a necessidade de encontrar um equilíbrio entre a inovação industrial, redução de riscos e discussão pública sobre a regulamentação dessas tecnologias. Isso se torna mais importante quando não está claro que os riscos potenciais de uma tecnologia possam ser qualificados e quantificados com a metodologia preconizada pela legislação vigente. Veja-se que o direito da privacidade pode ser um problema associado com o desenvolvimento nanotecnológico, por exemplo. Clunan e Rodine-Hardy (2014) descreve que a nanotecnologia pode permitir a produção de sensores altamente sensíveis, de baixo custo que poderiam ser implantados no presente em ambientes comerciais e públicos. Enquanto esses sensores podem permitir aplicações benéficas, como por ex., o monitoramento do ambiente em relação à substâncias tóxicas, os críticos argumentam que eles também podem pôr em causa os direitos de privacidade dos indivíduos, por ex., os sensores podem detectar produtos químicos relacionados ao uso de tabaco, álcool, ou substâncias ilegais sem a permissão da pessoa. Tal informação pode ser aplicada mais tarde na execução da lei, seguro de vida, seguro saúde, ou decisões de emprego/contratação (MOORE, 2002).

Ressalte-se que no cenário de novas tecnologias, no que tange aos aspectos constitucionais assegurados pelo Estado brasileiro, no pináculo está o princípio da dignidade da pessoa humana, como limite ao desenvolvimento científico e que se expressa por intermédio do Direito, como uma proposta de alternativas que viabilize o controle de comportamentos e organize o exercício do poder científico e os mecanismos para garantir o respeito aos referidos parâmetros, não apenas como fator ou elemento social, mas sim como normas de ordem jurídica, que devem ser observadas ante a realização dessas atividades.

É fato que as técnicas disruptivas trazem consigo benefícios e riscos imprevistos e comumente inevitáveis, trazendo desequilíbrios ao ambiente já estabelecido entre os reguladores, a indústria e os consumidores. Razão disso, Schwab (2016, p. 74) aduz ser necessário um sistema normativo que corresponda às demandas impostas por esse cenário e não de políticas rápidas cujos efeitos são superficiais, é preciso políticas resilientes, pois essa era “não está mudando apenas o que fazemos, mas também quem somos” (SCHWAB, 2016, p. 74). Nossa identidade tem sido afetada de múltiplas maneiras - “nosso senso de privacidade, nossa noção de propriedade, os padrões de consumo, o tempo que dedicamos ao trabalho e ao lazer, a forma de desenvolvermos nossas carreiras e cultivarmos nossa competência”. Tanto, o Estado, quanto a ciência jurídica, tem papel preponderante de amparo legal que resguarde e promova tanto o bem estar social, quanto o avanço tecnológico, sem colocar em riscos direitos fundamentais. Ademais, o sistema regulatório pode beneficiar e estimular quem promova “investigação e inovação responsáveis”, como uma forma de “vantagem competitiva” (PORTER; LINDE, 1999, p. 371-372).

Portanto, sendo o Direito a ciência da regulação das condutas humanas (e das pessoas jurídicas) regula, igualmente, as relações de poder, dos indivíduos entre si, horizontalmente considerados e dos indivíduos em relação ao Estado – deste com referência aos indivíduos e à sociedade, verticalmente, numa relação de autoridade, portanto, do Poder legalmente exercido. Alerta-se, no entanto, que a “melhor forma de o Estado lidar com essas inovações e, eventualmente, com a destruição criativa da velha ordem, não é impedir o progresso, mas, sim, tentar produzir as vias conciliatórias possíveis” (BRASIL, 2019). Por isso o desafio será “reorganizar essa relação entre o Estado, o Direito e as novas tecnologias, especialmente num cenário em que essa relação tende a ser mais desafiadora e mais conflitante a cada dia (especialmente em função de novas necessidades e novas tecnologias, ou seja, da inovação)” (LEITE; BRANDÃO, 2017, p. 184).

Ribeiro (2017, p. 78) afirma que como o objetivo é a regulação desses novos movimentos tecnológicos, cumprirá, em tais casos:

[...] viabilizar o avanço tecnológico, o desenvolvimento e a prestação de serviços de maior qualidade aos seus consumidores, ao mesmo tempo em que deverá tutelar a concorrência, tanto permitindo novos entrantes quanto impedindo práticas anticompetitivas pelos agentes econômicos envolvidos, velhos ou novos, arcar, enfim, com o equacionamento dos desafios de assimetria, coordenação e outras falhas de mercado que possam se fazer presentes. Tudo isso sem perder de vista a proteção dos direitos fundamentais em questão, balizando atividades para que sejam exercidas em harmonia à segurança, sem invasão de privacidade etc.

No cenário geral, emerge muito densa a necessidade de instrumentos internacionais, regionais e nacionais que substanciem novos modelos de regulação, originais métodos de governança, bem como a indispensável aplicação das novas tecnologias de comunicação e informação habilitadas às necessidades culturais e socioambientais de imensos estratos da população planetária. Molinaro e Milhoranza (2012, p. 101-102) releva o estabelecimento de novas estratégias de gestão em todos os níveis (especialmente na cooperação internacional): reforma e capacitação da função pública, interpolados mecanismos de auditorias, proativa administração pública interagente com a iniciativa privada, gestão da corresponsabilidade e tantas outras medidas urgentes de administração e proteção jurídica. Indispensável a participação cívica e o engajamento social. Trata-se, em síntese, na visão de Castro (2010, p. 307), de um estágio avançado e livre de preconceitos ideológicos, que permite a formação de parcerias construtivas entre o setor público e o setor privado, em benefício do conjunto da coletividade.

Essa visão consorcial entre o papel institucional do Estado e as energias da livre iniciativa, traduz no plano das políticas de governo, o fenômeno da *governance*, que se distingue do conceito clássico e publicista de *government*, consoante cunhado pela ciência política anglo-saxônica (CASTRO, 2010, p. 307).

2.1 MOTIVOS PARA REGULAÇÃO DE TECNOLOGIAS DISRUPTIVAS –POR QUE REGULAR

Regular tecnologias disruptivas, saber quais são os motivos que justificam e legitimam a intervenção estatal no contexto desses novos mercados, são fatores relevantes, pois

[...] a regulação se justifica para preservar e incentivar a inovação, assegurar a livre concorrência, a segurança do usuário e o respeito às liberdades e direitos individuais nos novos contextos de mercado, uma vez identificado o abalo no equilíbrio sistêmico antes instaurado (KORMANN, 2020, p. 49).

Nesse ponto, o Direito possui esse desafio face aos desarranjos institucionais promovidos pela evolução tecnológica (BAPTISTA; KELLER, 2017, p. 124), sendo mister analisar os motivos que justificam a ação regulatória para que seja possível haver planejamento da ação, haja vista que “antes de se definir uma agenda de intervenção na atividade econômica, o Estado deve identificar quais as necessidades e dificuldades que um determinado nicho de mercado enfrenta” (OLIVEIRA; FIGUEIROA, 2017, p. 355).

Partindo-se disso, as justificativas dos motivos para a regulação dependerão muito do tipo de relacionamento que o Estado conserva sobre a economia, assim como os objetivos sociais a serem alcançados e os interesses públicos a serem resguardados. No Brasil, sob a atual Constituição Federal de 1988, o exercício da regulação tem como finalidade alcançar os objetivos traçados no art. 3º, combinado com os arts. 170 e 218 (KORMANN, 2020, p. 50).

Nesse caminho, a busca por esses objetivos através da regulação estatal de inovações

disruptivas deve “alcançar a maior satisfação do interesse público substantivo com o menor sacrifício possível de outros interesses constitucionalmente protegidos e, secundariamente, com o menor dispêndio de recursos públicos” (GUERRA, 2018, p. 90). Nesse contexto, a atividade regulatória deve buscar guiar os esforços públicos e privados ao desenvolvimento e ao bem-estar social, e não apenas limitar-se a guiar os agentes econômicos almejando um mercado ideal com salvaguarda da livre concorrência e do lucro. Quatro justificativas se destacam por serem basilares em seus fins e também por serem respostas de outros motivos que porventura possam surgir: (i) falhas de mercado, (ii) objetivos constitucionais, (iii) preservação e promoção da inovação, e (iv) segurança jurídica.

2.1.1 FALHAS DE MERCADO

Do ponto de vista da economia liberal clássica, o exercício do Estado sobre o sistema econômico deve ser mínimo e deve trabalhar em cima daquilo que garanta o próprio liberalismo. Desse modo, a regulação caracterizada como um instrumento de intervenção estatal na economia, só é admitida se tiver como fim a correção de falhas do mercado, ou seja, não se desdobra sobre questões de cunho social (TAVARES, 2011, p. 52).

Nesse contexto, a regulação feita pelo Estado é vista como meio restritivo da livre iniciativa e deve ser utilizada somente quando os problemas causados no mercado não correspondam aos resultados desejados pela sociedade (OLIVEIRA; FIGUEIROA, 2017, p. 358). De acordo com a teoria clássica “os mercados tendem a produzir situações que – no limite – se aproximam do equilíbrio ótimo” (KORMANN, 2020, p. 52) e por essa razão deve-se buscar manter a interferência do Estado em seu patamar mínimo para garantir apenas o funcionamento do próprio mercado.

Dessa forma, “a regulação se justifica diante da impossibilidade ou incompetência do sistema de livre mercado de produzir os comportamentos ou resultados desejáveis de acordo com o interesse público” (BAPTISTA; KELLER, 2017, p. 133), assim, quando não há o equilíbrio voluntário do mercado em razão de suas falhas, é o Direito que possui a função de moderar os entraves que travam o resultado eficiente do mercado, em especial os custos de transação (RIBEIRO, 2017, p. 78).

A regulação, nesse sentido, gera “sempre deflexão do comportamento natural do mercado por meio da atuação estatal” (GUIMARÃES, 2009, p. 71), por isso a intervenção deve ocorrer somente quando o “o objetivo foi eliminar as falhas de mercado, em outras palavras, quando o mercado, em razão de certos defeitos como os acima citados, não promove naturalmente a alocação ótima dos recursos” (RIBEIRO, 2017, p. 80).

Se distanciando da resguarda de um Estado Liberal, o mercado ainda apresenta falhas que requerem a ação estatal para sua correção. E as novas tecnologias, as quais possuem caráter disruptivo carregam consigo enormes potenciais destas falhas. Portanto, por essa razão as falhas de mercado são um relevante fundamento para a ação regulatória (KORMANN, 2020, p. 53) a fim de se alcançar o maior grau de equilíbrio possível.

2.1.2 OBJETIVOS CONSTITUCIONAIS

As falhas de mercado somente, não justificam a regulação por meio do Estado. Além de garantir a proteção da concorrência e do lucro, ou seja, o equilíbrio do mercado, a atividade estatal no campo da regulação deve “ter por finalidade conduzir os esforços públicos e privados ao desenvolvimento e ao bem-estar social” (MOURA, 2015, p. 134).

Nesse sentido, a regulação se justifica pelo fato da ação estatal ter o dever de promover e garantir os direitos fundamentais e os valores sociais e culturais, assim como a proteção de interesses transgeracionais (BAPTISTA; KELLER, 2017, p. 140). Intervindo, dessa forma, com a utilização de “instrumentos capazes de conformar o funcionamento das instituições estatais e não estatais aos objetivos colimados pela ordem constitucional, conforme o programa de ação governamental” (MOURA, 2015, p. 128).

Assim, além da teoria clássica de regulação, que reflete um mecanismo de preservação do mercado, também deve garantir a livre iniciativa que além de ser um dos fundamentos da República (art. 1º, IV da Constituição), é um dos objetivos da ordem econômica, que tem por finalidades, inclusive, a redução das desigualdades regionais e sociais (inciso VII do art. 170 da Constituição) (KORMANN, 2020, p. 128). Dessa forma, o exercício da regulação na iniciativa privada além de ser empregado com objetivo de obter eficiência no mercado, também e principalmente, deve garantir o maior estado de bem-estar possível para a população, assegurando direitos fundamentais.

2.1.3 PRESERVAÇÃO E PROMOÇÃO DA INOVAÇÃO

Para a teoria econômica, a inovação é um fator essencial da produção ao desenvolvimento das economias industrializadas, ligada, desse modo, profundamente ao ideal de desenvolvimento econômico. A partir da constatação de que “a capacidade de inovação de um Estado é algo fundamental para a continuidade de seu desenvolvimento” (CHAUVET, 2019, p. 83), a Administração Pública “deve se fazer presente, com uma postura empreendedora, para que o processo de inovação de um Estado não sofra interrupções, o Estado deve se manifestar para a preservação e promoção da inovação” (CHAUVET, 2019, p. 90). Nesse caminho, “a existência de um arcabouço normativo e institucional favorável é vital para estimular a inovação na sociedade, sem a qual não há progresso” (SARMENTO, 2017, p. 315).

No Brasil, algumas ações vêm sendo implementadas com esse objetivo. São exemplos, a Emenda Complementar 85/2015 e a atualização da Lei de Inovação. E o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) (BRASIL, 2014), que fortalece a proteção e o fomenta à inovação como objetivos nacionais, tendo como exemplo a “promoção da inovação e do fomento à ampla difusão de novas tecnologias e novos modelos de usos e acesso” (art. 4º, III) (BRASIL, 2014).

Dessa forma, na lição de Leite e Brandão (2017, p. 184), a constante busca por inovação pode “trazer grandes investimentos para o país e melhorar a vida das pessoas e a eficiência de muito do que fazemos e vivemos. Da mesma forma que o controle no uso de inovações tecnológicas pode prevenir excessos e tornar a concorrência mais acirrada”. Desse modo, portanto, a regulação se

justifica pelo fato da sociedade necessitar da preservação e promoção da inovação, sendo um dos pilares da sociedade desenvolvida economicamente.

2.1.4 SEGURANÇA JURÍDICA

Quarta e última das principais justificativas do porquê regular as tecnologias disruptivas refere à busca pelo ideal de segurança jurídica. Isso porque “alterações oriundas de situações disruptivas geram efeitos concretos em projetos de investimento que foram moldados de acordo com as respectivas premissas fáticas e normativas” (MOREIRA, 2017, p. 235). Desse modo, as políticas públicas são desafiadas pelas novas tecnologias ao passo que sua entrada no sistema regulado acarreta em desigualdade de condições entre os novos modelos de negócio e aqueles que já exerciam atividades reguladas pelo Estado.

É importante ressaltar que “a intervenção estatal regulatória não pode ser capturada por grupos de pressão que são avessos às inovações sociais e tecnológicas por representarem risco aos seus próprios interesses, garantindo uma indevida reserva de mercado” (OLIVEIRA; FIGUEIROA, 2017, p. 358).

Perante esse cenário, a omissão de regulação configura uma séria batalha regulatória devido a disputa pelo mercado entre os fornecedores já estabelecidos e aqueles das novas economias promovida pela existência de si. Nesse sentido, a regulação não deve ser vista sinônimo de entrave burocrático nem como um Leviatã autoritário, pois ela faz parte dos instrumentos constitucionais de que o Estado brasileiro se utiliza como agente normativo e regulador da atividade econômica (COUTINHO, 2019).

Salienta Eduardo Galvão (2017) que “a melhor maneira de lidar com essa batalha regulatória é manter um monitoramento contínuo dos regulamentos e reguladores em torno do seu negócio, bem como das políticas públicas aplicáveis”. E que o desequilíbrio no sistema apenas “aumenta a incerteza e os custos de transação, internos e externos ao negócio jurídico” (MOREIRA, 2017, p. 235), o que não é o esperado, fazendo com que a demanda por segurança jurídica resulte também em uma demanda por regulação.

Desse modo, “a regulação, além do reconhecimento, traz segurança para que as atividades se desenvolvam sob o amparo do direito” (BAPTISTA; KELLER, 2017, p. 148), e, em se tratando das novas tecnologias elas servem “de impulso para um movimento de revisão regulatória retrospectiva, liberando pesos desnecessários pendentes sobre os agentes econômicos já estabelecidos que não conformem melhoria efetiva na qualidade dos serviços prestados” (RIBEIRO, 2017, p. 79).

Portanto, o exercício da regulação tem como um dos resultados o aumento da segurança jurídica do país o que também propicia o gerenciamento dos riscos atrelados às inovações. E assim, a regulação da tecnologia se torna um instrumento pelo qual o Direito deve ampliar sua influência sobre o novo ambiente tecnológico (BAPTISTA; KELLER, 2017, p. 131), trabalhando em prol da garantia das liberdades e direitos individuais.

2.2. QUANDO REGULAR

Discutidas as razões pelas quais deve haver a regulamentação das tecnologias disruptivas, será preciso entender qual o melhor momento para promover essa regulação, considerando que o cenário disruptivo só costuma ocorrer no médio ou longo prazo, o que possibilita dois problemas: o primeiro é o descompasso regulatório e o segundo, o do timing da intervenção. O que refere-se ao “intervalo de tempo entre o momento em que se evidencia a desconexão regulatória e a consequente resposta do regulador, e a análise relativa ao momento certo para intervir (caso se decida intervir)” (BRUZZI, 2019).

É inegável o problema do descompasso entre direito e tecnologia tendo em vista que a inovação se desenvolve em ritmo mais avançado do que a regulação aplicável. Nesse contexto serão analisados dois cenários. O primeiro, em que há o exercício da regulação em estágio inicial da nova tecnologia, ou seja, uma intervenção rápida, e o segundo em que há regulação após certo período de estabilização da nova tecnologia.

O Dilema de Collingridge é como ficou conhecido esse momento de dúvida. Em que em sua essência significa em decidir por uma atuação “mais espontânea (quando ainda não há informação suficiente sobre aquela tecnologia), ou por agir em um estágio mais tardio, quando a tecnologia já está mais arraigada, estável, e possivelmente, menos propícia à intervenção externa” (BAPTISTA; KELLER, 2017, p. 138).

Nesse caminho, o desafio dos reguladores está em responder à inovação disruptiva enfrentando dificuldades durante os estágios iniciais da inovação em razão das assimetrias informacionais sobre seus possíveis impactos. Por outro lado, enfrentar a inovação após a sua consolidação (em estágio mais avançado do ciclo do produto), cria igualmente dificuldades para a regulação, pois, é muito mais custoso implementar mudanças regulatórias para modelos de negócio disruptivos já integrados (KORMANN, 2020, p. 70). Veremos a seguir então os dois caminhos.

2.2.1 REGULAÇÃO EM ESTÁGIO INICIAL

Limitar a inovação com o exercício da regulação em seu estágio inicial é uma opção para evitar a disrupção do mercado. Mas alerte-se para o fato de que responder imediatamente com uma nova regulação “pode prejudicar o julgamento da opção regulatória de não agir, e assim resultar em conformações normativas desnecessárias e num considerável desperdício de recursos” (BAPTISTA; KELLER, 2017, p. 137), levando a rápida atuação regulatória, a sufocar as novas tecnologias, haja vista que regular – ou decidir de modo geral – sem clareza informacional, aumenta o risco de erros regulatórios, mormente, se ao regulador inicialmente faltam a agilidade e o conhecimento técnico acerca da nova tecnologia para que possa regular de maneira eficiente.

Nesse contexto, uma alternativa possível e hábil a mitigar os riscos identificados na regulação nos estágios iniciais, é a opção pelo exercício da autorregulação pelos privados, que pode ocorrer de forma espontânea ou de maneira motivada pelo Poder Público na forma de correção, por exemplo. O desenvolvedor da tecnologia, “utilizando-se não apenas do conhecimento técnico,

mas também dos feedbacks de usuários e do mercado em geral”, pode suprir as lacunas de regulação iniciais deixadas pelo Estado (KORMANN, 2020, p. 73). Para Dias (2019, p. 57), a autorregulação privada, em se tratando desse estágio de regulação, pode “apresentar uma clara vantagem frente ao aparato estatal – que em muitos casos se mostra burocrático e reticente à mudanças – não atendendo aos anseios da sociedade na velocidade esperada”.

Dito isso, tem-se que o mercado pode se beneficiar de uma regulação antecipada, desde que clara, assertiva e proporcional, uma vez que adotada, essa ação implicará em incremento do grau de certeza, o que reduzirá custos de conformidade regulatória aos novos agentes do mercado, e que se feita precocemente pode evitar a instituição de um cenário adversativo entre os envolvidos, protegendo, além disso, as agências e reguladores no que se refere aos processos de captura e consolidação de vieses (KORMANN, 2020, p. 74).

2.2.2 REGULAÇÃO APÓS A CONSOLIDAÇÃO TECNOLÓGICA

Outra alternativa para evitar o desequilíbrio, é regulamentar a inovação após já estar consolidada. Isso porque esse caminho permite maior nível informacional para tomada de decisão, pois tem-se o entendimento de que regular novas tecnologias demandaria coleta de maiores informações e processos decisórios mais longos do que aqueles envolvidos para regulação de tecnologias familiares e já estabelecidas (KORMANN, 2020, p. 74).

No entanto, existe a possibilidade de a “espera pelo momento adequado de intervir acarretar em inércia regulatória, e consequente omissão” (BAPTISTA; KELLER, 2017, p. 138). Dessa forma, a omissão normativa pode ser gravosa, afinal há privação em relação a potenciais efeitos benéficos da regulação e arrisca-se perpetuar situações de injustiça ou produção de resultados indesejados e sub-ótimos. Inclusive, a crise de 2008 é um importante exemplo do que a falta de regulação pode causar para a sociedade, em razão da desregulação do mercado de derivativos financeiros (KORMANN, 2020, p. 75).

Dessa forma, essa posterior regulação aparentemente se mostra melhor opção do que a regulação inicial no sentido de que feita posteriormente tem-se a possibilidade de obter mais e melhores informações sobre a nova tecnologia a que se quer regular, contudo, maiores volumes de informação demandam maior esforço de análise e levam ao risco de omissão da regulamentação devido a espera ou mesmo demora em tratar do assunto.

Portanto, talvez a melhor opção seria atentar-se a “necessidade de constantes revisões periódicas a conferir regularidade ao processo regulatório, buscando mitigar os efeitos da disrupção regulatória que inevitavelmente se instalará de tempos em tempos com o advento de novas tecnologias” (KORMANN, 2020, p. 75).

2.3 QUANTO REGULAR

Analisadas as justificativas que motivam a ação regulatória joga-se luz a outra pergunta; qual deve ser a intensidade mais cabível para essa ação incidir sobre novas tecnologias? Qualquer

tentativa de resposta para esta pergunta, parte da concepção política sobre o papel do Estado e, conseqüentemente, do Direito no país (BAPTISTA; KELLER, 2017, p. 140).

Enquanto Estados antidemocráticos permitem e adotam altos níveis de controle a partir da regulação, Estados democráticos têm como alicerce de sua estrutura, a garantia das liberdades individuais – notadamente a de expressão e a livre iniciativa, não admitindo-se altíssimos níveis de intervenção no domínio econômico, a exemplo da China, que se utiliza de uma política chamada Grande Firewall⁴, a qual trabalha em prol de evitar qualquer tipo de notícia que vai de encontro com ideais do governo chinês (KORMANN, 2020, p. 79).

Desse modo, “a partir das premissas constitucionais, até onde os formuladores de políticas públicas e reguladores devem intervir quando as novas tecnologias transformam significativamente os modelos de negócios e as estruturas sociais existentes?” (BAPTISTA; KELLER, 2017, p. 141).

Será preciso ter em mente que a função de regulação deve ser determinada como uma função de Estado e não de governo, haja vista que o propósito dessa função tem o condão de gerar efeitos sistêmicos e não se ocupar com ideais eleitorais. “A função de regulação deve perseguir o equilíbrio sistêmico dos setores regulados, valendo-se de uma visão prospectiva, de modo a se afastar das decisões de momento e sem sustentabilidade, a reduzir-se a pura discricionariedade (oportunidade e conveniência)” (GUERRA, 2017, p. 90).

São apontadas duas direções possíveis para alcance desses objetivos: a primeira, que “diante de inovações disruptivas, o regulador atue de forma comedida, limitando-se a garantir a segurança e as liberdades dos usuários”, e a segunda, que “justifica a intervenção regulatória em novas tecnologias igualmente com a finalidade de promover uma gama bastante ampla de objetivos e interesses sociais” (BAPTISTA; KELLER, 2017, p. 141). Como é possível ver, esta possui caráter mais ativo e aquela, de manifestação mais contida.

Independentemente do caminho, é importante ter em mente que ao se fazer a regulação de tecnologias disruptivas há que se preservar o direito ao progresso da inovação e não regular no sentido de bloquear o que está em desordem sem verificar seus efeitos. Patrícia Baptista e Clara Keller (2017, p. 142) esclarecem que “Em muitos casos, a sobrecarga da política regulatória com a promoção de muitos objetivos simultaneamente pode ter o efeito de impedir a inovação. E a garantia da inovação, [...] deve ser tida como o objetivo central das intervenções regulatórias face às tecnologias”.

No Brasil, recentemente houveram algumas mudanças na discussão sobre o exercício do Estado na iniciativa privada. A Lei das Agências Reguladoras (Lei nº 13.848/2019) (BRASIL, 2019a), por ex., objetiva a simplificação e desburocratização do processo decisório dos reguladores a partir de instrumentos como a agenda regulatória (art. 21), a análise de impacto regulatório (art. 6º), o plano de gestão (art. 18 a 20) e o plano estratégico (art. 17). A Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019) (BRASIL, 2019b) mostrou mais firme a ideia de menos Estado, deixando claro que se pretende um regime jurídico mais inibitivo do exercício da regulação, ao trazer em seu

⁴ O **Projeto Escudo Dourado** é uma ferramenta da China instituída em 1998. Seu intuito é filtrar informações da internet em seu território. O sistema também é conhecido pelo nome de **Grande Firewall da China**, em alusão à Grande Muralha da China. Ver: Araújo (2020).

art. 4º vedações ao abuso do poder regulatório e instituir como princípio, “a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas” (art. 2º, III) (KORMANN, 2020, p. 81).

Fato é, independente da abordagem sob a qual os legisladores irão trabalhar, menos ativa ou a mais ativa, importa ter em mente que é necessário o caso concreto para que seja possível “identificar ofensa ou ameaças reais a interesses juridicamente relevantes à ponderação para consideração da pertinência de regulação, bem como seu espectro [...]” (CHAVES, 2017, p. 205).

Isso porque “[...] uma ‘regulação restritiva’ pode impedir uma gestão competitiva, e uma ‘regulação deficiente’ pode levar a manobras predatórias à concorrência e a prejuízos aos interesses sociais, afetando diretamente o Estado e os interesses coletivos” (LEITE; BRANDÃO, 2017, p. 182). Dessa forma, “[...] a regulação estatal deve variar de acordo com a atividade a sofrer intervenção estatal indireta, especialmente quando afetada pelas inovações disruptivas que podem exigir assimetrias” (GUERRA, 2017, p. 156).

Em resumo, é necessário que os reguladores evitem extremos independente do caminho que será tomado, e ainda, que tenham o zelo de se atentar e compreender cada situação em específico, observando o contexto legal e constitucional com intuito de definir o rumo e a intensidade adequada para o alcance dos objetivos de cada parte.

2.4 COMO REGULAR

No Brasil, as metodologias do Direito da regulação são amplas: trata-se de um direito que “[...] pode ser implementado segundo (i) várias técnicas, por (ii) múltiplos sujeitos, ser oriundo de (iii) diversas fontes, destinar-se a (iv) mais de um objeto e deter (v) gamas variáveis de intensidade” (MOREIRA, 2013, p. 112). Então, como escolher o melhor caminho e os meios mais eficientes para cada contexto?

A economia, nas palavras de Joichi e Howe (2018, p. 18), “[...] carrega todas as marcas clássicas da complexidade. Ela é composta por um grande número de partes individuais que obedecem a algumas regras simples”. Nesse sentido, novos problemas por vezes demandam novas soluções, o que se traduz no entendimento de que para inovação regulatória não há um só arranjo regulatório ideal e que sempre dependerá de circunstâncias específicas para o atingimento do sucesso – ou seja, do equilíbrio setorial almejado –, devendo ser adaptado de acordo com os diferentes problemas, situações, sociedades e desenho institucional (KORMANN, 2020, p. 94).

Gregory Mandel (2007, p. 552), por outro lado, defende a ideia de que as categorias normativas pré-existentes não devem ser aplicadas para resolução de novos desafios envolvendo direito e tecnologia; que as autoridades dotadas de poder decisório não devem se deixar cegar pelas maravilhas da nova tecnologia ao decidir sobre casos envolvendo direito e tecnologia; e também indica e adverte que os tipos de disputas que podem surgir a partir da intersecção entre direito e tecnologia podem ser imprevisíveis.

O direito da regulação é, em si, complexo, bem como o seu objeto: o enlace de sistemas

econômicos, políticos, jurídicos e sociais. Nesse contexto, “o maior desafio ao regulador das novas tecnologias disruptivas, será a adoção de um desenho regulatório capaz de conjugar ferramentas de regulação forte e fraca que permitam a adaptação e o aprendizado diante de uma realidade veloz e mutável” (BAPTISTA; KELLER, 2017, p. 160). Todavia, alerta Boaventura (2019) que a regulação dessas tecnologias não deve promover seu asfixiamento, e “os reguladores brasileiros devem permanecer, ao mesmo tempo, conscientes dos seus objetivos e sensíveis às circunstâncias particulares dos mercados e da sociedade”.

São apontados alguns instrumentos em matéria de regulação de novas tecnologias: Laboratórios de Inovação; Sandbox regulatório; Regtech e Govtech, e Autorregulação privada.

Os Laboratórios de Inovação são ambientes que atuam como facilitadores da relação entre reguladores e inovadores, permitindo uma troca mútua de conhecimentos num ecossistema pró-inovação e podem assumir diferentes arranjos institucionais, pois promove o desenvolvimento de políticas públicas e arranjos regulatórios mais informados, diminuindo a desconexão de informações entre as partes, haja vista que o contato mais próximo entre os agentes de mercado e os reguladores permite identificar potenciais implicações da introdução de inovações no quadro regulatório, viabilizando a atuação antecipada em relação aos eventuais riscos identificados no processo como a existência de lacunas regulamentares e a falta de clareza do ordenamento (KORMANN, 2020, p. 101).

O Sandbox regulatório é um “espaço controlado que viabiliza o teste de ideias disruptivas e modelos de negócios inovadores, com modulação temporária dos diversos ônus regulatórios existentes no sistema” (MOURA; CONSENTINO, 2019), que possibilita a aproximação do Estado a tecnologia (empresa) e a tecnologia daqueles que tem autoridade de limitá-la por meio da regulação, ou seja, o Estado possibilitando uma relação de ganhos-mútuos. Exemplo, “a autoridade reguladora suspende requisitos usualmente exigidos (por ex., uma licença) e permite que empresas inovadoras testem seu plano de negócios diretamente no mercado” (PAIXÃO, 2019, s/p).

Regtech e Govtech referem-se a “tecnologias digitais em rede apresentam um relevante potencial como ferramentas de governo, viabilizando a expansão da participação popular nas atividades conduzidas por órgãos públicos em geral” (BAPTISTA; KELLER, 2017, p. 129). Trata de um relacionamento instrumental em que o Estado se utiliza da inovação tecnológica para desenvolver e efetivar políticas públicas, das quais se explora o “potencial de otimização do processo de elaboração das leis a partir de novas ferramentas voltadas, principalmente, para promoção de celeridade, eficiência e participação popular” (BAPTISTA; KELLER, 2017, p. 160).

A Autorregulação privada é um “Mecanismo de regulação que se estabelece pela adesão e observância consensual de normas e padrões de atuação por agentes econômicos [...]” (MARQUES NETO, 2011, p. 90). Nesses casos, os próprios agentes privados ficam responsáveis para definir seus padrões de qualidade e desempenho como meio de sobrevivência no mercado, de uma forma que promovam um acordo de comprometimento entre as partes, com consentimento e concordância em relação a um conjunto de regras limitadoras da vontade de quem as elabora (DIAS, 2019, p. 57).

Em conclusão, o que se sabe é que para os governos, a complexidade da ciência, o ritmo acelerado de mudança científica, a natureza incerta de risco do desenvolvimento de tecnologias, bem como a diversidade da comunidade, apresentam enormes desafios para uma regulamentação jurídica efetiva (BENNETT, 2008, 2012; BROWNSWORD, 2008).

Nesse contexto, torna-se possível afirmar que o Direito passa a ter um papel essencial no combate ao risco de danos tecnológicos, uma vez que o planejamento jurídico pode contribuir para a produção sustentável de tecnologias emergentes e disruptivas. Isso significa contribuir para o desenvolvimento sustentável, aqui entendido como “a política que busca estabelecer um ponto *optimum* de equilíbrio entre o crescimento econômico e a compatibilização com a proteção dos recursos naturais e o ambiente sadio, considerada obviamente a presença do Homem” (CARVALHO, 2003, p. 71), além de outros interesses fundamentais.

Obviamente o desafio tanto para os governos, quanto para o Direito, é estabelecer como a sociedade poderá colher os benefícios da produção e, concomitantemente não sofrer os danos associados com a saúde humana e riscos ambientais e outros direitos fundamentais, que podem advir de tecnologias disruptivas. É afirmar, a inovação tecnológica, por um lado, não pode levar ao progresso sustentável em longo prazo, sem que a segurança e o meio ambiente sejam abordados em algum momento. Por outro lado, essas preocupações não podem ser tratadas de forma eficaz na ausência do desenvolvimento de produtos e serviços decorrentes da inovação. Os dois estão inextricavelmente interligados.

CONCLUSÕES

O exercício do poder na área científica onde se exercita o saber como poder e, “o aumento das forças produtivas, institucionalizado pelo progresso técnico-científico, faz explodir todas as proporções históricas” (HABERMAS, 1968, p. 14). Afirma-se que enquanto muitos campos da ciência e tecnologia podem ser usados para fins frutíferos, eles também podem ser destrutivos (IAC, 2012). A liberdade científica é assegurada como bem jurídico fundamental no art. 5º, IX, e nos parágrafos 1º e 2º do art. 218 da Carta constitucional, é estabelecido que a pesquisa científica básica e tecnológica tenha em vista o bem público (em benefício do interesse geral, Constituição Espanhola) e o progresso da ciência, tecnologia e inovação.

Em outras palavras, o constituinte brasileiro fez a adequada “compatibilização da liberdade de expressão científica com os deveres estatais de propulsão das ciências que sirvam à melhoria das condições de vida para todos os indivíduos. Assegurada, sempre, a dignidade da pessoa humana” (BRASIL, 2008). Significa que a própria Constituição, implicitamente, impõe que a investigação poderá ser detida quando inconveniente àquela finalidade (diga-se, quando violar direitos fundamentais).

Quando se trata de tecnologias que têm altos níveis de incerteza científica – particularmente no setor da biologia, engenharia genética, química, medicina, biotecnologia, nanotecnologia e

outras que causam disrupção tecnológica –, as partes interessadas e envolvidas (público em geral, organizações profissionais e civis, cientistas e decisores políticos), esperam que os “cientistas e engenheiros sejam responsáveis por suas pesquisas e respectivos impactos” (PAIM, 2013). Nesse ponto, vale destacar a súplica de Hans Jonas (2006, p. 57): “os novos tipos e limites do agir exigem uma ética de previsão e responsabilidade compatível com esses limites, que seja tão nova quanto as situações com as quais ela tem de lidar [...]”.

O fato é que, a complexidade da ciência, o ritmo da mudança, a diversidade de pontos de vista da comunidade, a relevância das tecnologias convergentes e o significado da evolução global de regulação, são fatores importantes para a formulação de regulamentação jurídica. Viu-se que, o avanço da ciência

impôs e continua a impor ao legislador nas últimas décadas a crescente vigilância quanto à possibilidade de riscos e danos perpetráveis à integridade física e mental dos seres humanos, a fim de que o progresso científico nesse importante e inesgotável campo de investigação se compatibilize com as normas e princípios tutelares da personalidade humana (CASTRO, 2010, P. 305).

Por isso, aqui também coube ao Direito “exercer sua missão de governar a vida e de responder com os métodos que lhe são próprios, aos movimentos da ciência” (TERRÉ, 1987, p. 21). O desafio maior relaciona-se à competência dos poderes constituídos (em especial do Legislativo) “para legislar sobre un terreno tan especializado, campo donde los progresos se realizan, no de año en año ni de mes en mes, sino incluso de semana en semana” (CARCABA FERNANDEZ, 1995, p. 39).

Nesse sentido, saber o momento certo de regular, ou melhor, quando, quanto e como regular as inovações disruptivas à luz do panorama constitucional brasileiro, é o papel do Direito da Regulação, que, nesse cenário, é instrumento indispensável que permite guiar o tratamento das inovações tecnológicas e dos novos mercados que (re)criam e geram a disrupção, pois tem papel fundamental enquanto árbitro do processo econômico, num esforço de harmonização de suas ações aos objetivos constitucionalmente estabelecidos. Em conclusão, a regulação da tecnologia é o instrumento por meio do qual o Direito deve ampliar seu exercício sobre o novo ambiente tecnológico, em prol da garantia das liberdades e direitos individuais, da promoção da inovação, assegurando, de igual forma, aliviar concorrência no processo.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Felipe. **Grande Firewall da China**. [S. l.]: InfoEscola navegando e aprendendo, 2020. Disponível em: <https://www.infoescola.com/internet/grande-firewall-da-china/>. Acesso em: 10 ago. 2022.

ASHTON, Kevin. That ‘Internet of Things’ Thing. **RFID Journal**, 22 de julho de 2009.

BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e até onde regular as novas

tecnologias?: Entre inovação e preservação, os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. *In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (coord.). Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 121-150.

BENNETT, Belinda. Expanding horizons: scientific frontiers, legal regulation, and globalization. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Bloomington, v. 19, n. 2, p. 507-531, 2012.

BENNETT, Belinda. *Health Law's Kaleidoscope: health law rights in a global age*. London: Routledge, 2008.

BITTAR, Eduardo C.B. A Teoria do Direito, a Era Digital e o Pós-Humano: o novo estatuto do corpo sob um regime tecnológico e a emergência do Sujeito Pós-Humano de Direito. *Rev. Direito Práx.*, Rio de Janeiro, Vol. 10, n. 02, 2019, p. 933-961. Eduardo C. B. Bittar DOI: 10.1590/2179-8966/2018/33522 | ISSN: 2179-8966 <https://www.scielo.br/j/rdp/a/5MqNjXcvc9chdXnvPNzsjmk/?lang=pt&format=pdf>. Acesso Junho 2021.

BOAVENTURA, Vitor. **Fintechs**: o desafio de regular sem asfixiar a inovação reguladores devem permanecer conscientes dos seus objetivos e sensíveis às circunstâncias particulares de nossos mercados. São Paulo: JOTA, 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/fintechs-o-desafio-de-regular-sem-asfixiar-a-inovacao-21092019>. Acesso em: 11 ago. 2022.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 151, n. 77, p. 1, 23 abr. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 10 ago. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, altera a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, a Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, a Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, a Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, a Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, a Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, e a Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 157, n. 121, p. 1, 26 jun. 2019a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113848.htm. Acesso em: 11 ago. 2022.

BRASIL. Ministério da Economia. Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 157, n. 183-B, p. 1, 20 set. 2019b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 11 ago. 2022.

BRASIL. **Sandbox regulatório**. [Brasília, DF]: [s. n.], [20--?]. Disponível em: <https://www.gov.br/startuppoint/pt-br/programas/sandbox-regulatorio>. Acesso em: 11 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de institucionalidade 3.510**. constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei de biossegurança. Impugnação em bloco do art. 5a da lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 (lei de biossegurança). Pesquisas com célulastronco embrionárias. Inexistência de violação do direito à vida. Constitucionalidade do uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas para fins terapêuticos. Descaracterização do aborto. Normas constitucionais conformadoras do direito fundamental a uma vida digna, que passa pelo direito à saúde e ao planejamento familiar. Recorrente: Procurador-Geral da República. Recorrido: Congresso Nacional. Relator: Ayres Britto, 29 maio 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 11 ago. 2022.

BROWNSWORD, Roger. **Rights, regulation, and the technological revolution**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

BRUZZI, Eduardo. **Disrupção regulatória e inovação tecnológica: por que o timing regulatório é importante?**. São Paulo: JOTA, 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/regulacao-e-novas-tecnologias/disrupcao-regulatoria-e-inovacao-tecnologica-31082019>. Acesso em: 11 ago. 2022.

CARCABA FERNANDEZ, Maria. **Los problemas juridicos planteados por las nuevas tecnicas de procreación humana**. Barcelona: Bosch, 1995.

CARVALHO, Carlos Gomes de. **O que é direito ambiental: dos descaminhos da casa à harmonia da nave**. Florianópolis: Habitus, 2003.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CHAUVET, Rodrigo da Fonseca. Fomento público econômico à inovação tecnológica. *In*: SADDY, André; CHAUVET, Rodrigo da Fonseca; SILVA, Priscilla Menezes da (coord.). **Aspectos jurídicos das novas tecnologias (inovações) disruptivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 69-98.

CHAVES, Dagoberto L. M. de Miranda. Direito das plataformas: as relações entre múltiplos agentes. *In*: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (coord.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 187-207.

CLUNAN, Anne; RODINE-HARDY, Kirsten. **Nanotechnology in a globalized world: strategic assessments of an emerging technology**. Monterey: PASC, 2014. Disponível em: https://www.files.ethz.ch/isn/186025/http___www.hSDL.org__view%26did%3D756947.pdf. Acesso em: 11 ago. 2022.

COUTINHO, Diogo R. **Regulação abusiva, uma faca no pescoço: ideia é uma ameaça às capacidades estatais reguladoras que a duras penas vêm sendo construídas**. São Paulo: JOTA, 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/inova-e-acao/regulacao-abusiva-uma-faca-no-pescoco-22102019>. Acesso em: 11 ago. 2022.

DIAS, Rodrigo Garrido. Regulação estatal, autorregulação privada e novas tecnologias disruptivas. *In*: SADDY, André; CHAUVET, Rodrigo da Fonseca; SILVA, Priscilla Menezes da (coord.). **Aspectos jurídicos das novas tecnologias (inovações) disruptivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 51-98.

FEIGELSON, Bruno. A relação entre modelos disruptivos e o direito: estabelecendo uma análise metodológica baseada em três etapas. *IN*: Freitas, Rafael Vêras de. **Regulação e novas tecnologias**/Rafael Vêras de Freitas, Leonardo Coelho Ribeiro, Bruno Feigelson (Coord.). – Belo Horizonte : Fórum, 2017.568 p.ISBN 978-85-450-0194-2, p. 49-59. Disponível em http://loja.editoraforum.com.br/image/catalog/Release_Regula%C3%A7%C3%A3o%20e%20Novas%20Tecnologias.pdf. Acesso Março de 2022.

GALVÃO, Eduardo. **Disrupção e regulação**. [S. l.]: InfoMoney, 2017. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/colunistas/pensando-politica/disrupcao-e-regulacao/>. Acesso em: 11 ago. 2022.

GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade**: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. 5. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

GUERRA, Sérgio. Riscos, assimetria regulatória e o desafio das inovações tecnológicas. *In*: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON Bruno (coord.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 83-98.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Abuso do “poder regulador” (o que é e como se controla). *In*: GOERGEN, Jerônimo (org). **Liberdade econômica**: o Brasil livre para crescer. [S. l.: s. n.], 2009. p. 68-87. (Coletânea de artigos jurídicos). Disponível em: <https://aquanticacontabilidade.com.br/web-files/uploads/arquivo/site/1beb05f3260626831375b1dae21477cb.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2022.

HABERMAS, Jurgen. **Técnica e ciência como ideologia**. Trad. de Artur Morão. Lisboa: Edições, 70, 1968.

IAC - INTER ACADEMY COUNCIL. **Responsible conduct in the global research enterprise**. Netherlands: IAC; IAP, 2012. Disponível em: <https://www.interacademies.org/sites/default/files/publication/file.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2022.

JOICHI, Ito; HOWE, Jeff. **Disrupção e inovação**: como sobreviver ao futuro incerto. Rio de Janeiro: Alta Books, 2018.

JONAS, Hans. **Princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução de Marijane Lisboa; Luiz Montez. Rio de Janeiro: Contraponto; PUC-Rio, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KORMANN, Maria Eduarda. **Novas tecnologias e regulação**: inovações disruptivas e os desafios ao direito da regulação. 2020. 125 f. Dissertação (Mestrado do Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná,

Curitiba, 2020. Disponível em: <https://www.prppg.ufpr.br/siga/visitante/balhoConclusaoWS?idpessoal=78428&idprograma=40001016017P3&anobase=2020&idtc=166>. Acesso em: 11 ago. 2022.

LEE, Mary, BOUDREAUX, Benjamin, CHATURVEDI, Ritika, ROMANOSKY, Sasha, DOWNING, Bryce. **A Internet dos Corpos** - Oportunidades, riscos e governança. 2020. RAND Corporation, ISBN/EAN: 9781977405227. DOI: <https://doi.org/10.7249/RR3226>. https://www.rand.org/pubs/research_reports/RR3226.html. Acesso Março de 2021.

LEITE, Leonardo Barém; BRANDÃO, Felipe Montalvão. Regulação moderna e sustentável. *In*: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (coord.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 165-186.

LIAO, Yongxin; LOURES, Eduardo Rocha; DESCHAMPS, Fernando; BREZINSKI, Guilherme; VENÂNCIO, André. The impact of the fourth industrial revolution: a crosscountry/region comparison. **Production**, São Paulo, v. 28, p. 1-18, 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/prod/a/hRmXgtCKq6qbwMkK4nVkj8g/?format=pdf&lang=en>. Acesso em: 11 ago. 2022.

LIPOVETSKY, Gilles. **Da leveza**: rumo a uma civilização sem peso. Tradução de Idalina Lopes. São Paulo: Barueri, 2016.

MAGALHÃES, Regina; VENDRAMINI, Annelise. **Os impactos da quarta revolução industrial**. GVEXECUTIVO, V 17, N 1, JAN/FEV 2018.

MANDEL, Gregory N. History lessons for a general theory of law and technology. **Minnesota Journal of Law, Science & Technology**, Minneapolis, v. 8, n. 2, p. 550-570, 2007. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/217199623.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2022.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regulação estatal e autorregulação na economia contemporânea. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 9, n. 33, p. 79-94, 2011.

MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro . Ponderando ambiente e regulação (novos métodos e tecnologias). *In*: BORTOLANZA, Guilherme; BOFF, Salete Oro (org.). **Direitos fundamentais e novas tecnologias**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 95-116.

MOORE, Fiona N. Implications of nanotechnology applications: using genetics as a lesson. **Health Law Review**, [s. l.], v. 10, n. 3, p. 9-15, 2002.

MOREIRA, Egon Bockmann. Situações disruptivas, negócios jurídico-administrativos e equilíbrio econômico-financeiro. *In*: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (coord.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 223-235.

MOREIRA, Egon Bockmann. Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 11, n. 44, p. 87-118, out./dez. 2013.

MOROZOV, Evgeny. **Big tech**: a ascensão dos dados e a morte da Política. São Paulo: Ubu Editora, 2018.

MOURA, Emerson Affonso da Costa. Estado gerencial, regulação econômica e serviços públicos: o papel das agências na promoção dos direitos fundamentais. *In*: VAL, Eduardo Manuel; MOURA, Emerson Affonso da Costa; MACEDO, Marco Antônio Ferreira (org.). **Direito regulatório**: agência, concorrência e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Editora Multifoco, 2015. Capítulo 4, p. 116-147. Disponível em https://www.academia.edu/18891046/Estado_Gerencial_Brasileiro_Regula%C3%A7%C3%A3o_e_Servi%C3%A7os_P%C3%BAblicos_O_Papel_das_Ag%C3%Aancias_na_Concretiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Direitos_Fundamentais

MOURA, Maria Gabriela Parreira de; CONSENTINO, Gisela Burle. **Sandboxes regulatórias**: expectativas e a experiência internacional restam as expectativas de uma atuação integrada do BACEN, da CVM e da SUSEP. São Paulo: JOTA, 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/ inova-e-acao/sandboxes-regulatorias-expectativas-e-a-experiencia-internacional-03122019>. Acesso em: 11 ago. 2022.

NAKAMOTO, Satoshi. Bitcoin: **A Peer-to-Peer Electronic Cash System**. Sem data. Disponível em <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>. Acesso Março de 2022.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; FIGUEIROA, Caio Cesar. Desafios das reformas institucionais a partir de novas tecnologias: uma abordagem pragmática do direito público a partir do caso Uber. *In*: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (coord.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 341-369.

PAIN, Elisabeth. **The social responsibilities of scientists**. Boston: AAAS, 2013. Disponível em: <https://www.science.org/content/article/social-responsibilities-scientists>. Acesso em: 11 ago. 2022.

PAIXÃO, Ricardo Fernandes. **Banco Central ganha prêmio de melhor iniciativa de sandbox do mundo**: no LIFT não há suspensão de exigências regulatórias, então se trata de um novo tipo de instrumento, a ‘sandbox setorial’. São Paulo: JOTA, 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/ inova-e-acao/banco-central-ganha-premio-de-melhor-iniciativa-de-sandbox-do-mundo-04092019>. Acesso Março de 2022.

PORTER, Michael E.; LINDE, Claas Van Der. Verde e competitivo: acabando com o impasse. *In*: PORTER, Michael E. **Competição**: estratégias competitivas essenciais. 9. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1999. Capítulo 10.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. A instrumentalidade do direito administrativo e a regulação de novas tecnologias disruptivas. *In*: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (coord.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 61-82.

SARMENTO, Daniel. Ordem constitucional econômica, liberdade e transporte individual de passageiros: o “caso Uber”. *In*: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (coord.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

p. 299- 327.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2016.

SILVA, José Benedito Lázaro da. O efeito disruptivo das inovações tecnológicas frente às ciências jurídicas e sociais. *In*: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (coord.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 155-167.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 3. ed. São Paulo: Método, 2011.

TERRÉ, Francois. **L'enfant de l'esclave genetique et droit**. Français: Flammarion, 1987.

VERONESE, Alexandre. A quarta revolução industrial e blockchain: valores sociais e confiança. *In*: CZYMMECK, Anja (ed.). **A quarta revolução industrial inovações, desafios e oportunidades**. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2020. p. 59-92. (Cadernos Adenauer, v. 21, n. 1). Disponível em: https://www.kas.de/documents/265553/265602/Cadernos+Adenauer+1_2020.pdf/6c8d2962-deab-c600-d72c-295cfbce7751?version=1.0&t=1588779800082. Acesso em: 11 ago. 2022.

WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos novos direitos. *In*: SIQUEIRA, Ada Bogliolo Piancastelli de *et al.* **Os novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas uma visão básicas das novas conflitualidades jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 17-50.

ZUBOFF, Shoshana. Big other: surveillance capitalism and the prospects of an information civilization. **Journal of Information Technology**, London, v. 30, n. 1, p. 75–89, 2015.

Como citar: NOLASCO, Loreci Gottschalk; SANTOS, Mirela Rodrigues dos. Regulação da tecnologia num contexto disruptivo. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 2, p. 188-214, out. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n2p.188. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 21/01/2022

Aprovado em: 15/07/2022

**AS INCONSTITUCIONALIDADES E OS
RETROCESSOS DO DECRETO Nº 10.502/2020: UM
ESTUDO ACERCA DO DIREITO À EDUCAÇÃO
INCLUSIVA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA¹**

THE UNCONSTITUTIONALITIES AND THE
THROWBACKS IN THE DECREE 10.502/2020: A
STUDY ON RIGHT TO INCLUSIVE EDUCATION OF
PEOPLE WITH DISABILITIES

João Victor Carloni de Carvalho*
José Duarte Neto**

*Doutorando, Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Estadual Paulista - UNESP - FCHS - Campus de Franca. Bolsista CAPES (Doutorado).
E-mail: carlonijv@gmail.com

**Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (FD-USP). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Graduado em Direito pela Universidade Estadual Paulista - UNESP - FCHS - Campus de Franca. Professor de Direito Constitucional (UNESP).
E-mail: jose.duarte@unesp.br

Como citar: CARVALHO, João Victor Carloni de; NETO, José Duarte. As inconstitucionalidades e os retrocessos do decreto nº 10.502/2020: um estudo acerca do direito à educação inclusiva da pessoa com deficiência. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 2, p. 215-234, out. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n2p.215. ISSN: 1980-511X

Resumo: O presente trabalho visa analisar a presença de possíveis inconstitucionalidades, ilegalidades e retrocessos no Decreto nº 10.520/2020, tomando por base o estudo da evolução histórica do direito à educação da pessoa com deficiência. A educação inclusiva é a que é prestada na rede regular de ensino. Nesse aspecto, referido ato normativo regulamentar desvirtua-se completamente das diretrizes internacionais, constitucionais e legais atinentes ao tema, permitindo o retorno da política educacional segregacionista de outrora, criando escolas especiais para os estudantes que não se “adequam” ao sistema regular de ensino. O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de decidir sobre a matéria, entendendo pela primazia do ensino regular como fomento à educação inclusiva. Em decisão liminar referendada pelo Plenário, na ADI nº 6.590, suspendeu temporariamente a eficácia do Decreto nº 10.520/2020 até a deliberação final pela Corte. Esta pesquisa conclui, idênticamente, que referido ato normativo incorre em inconstitucionalidade e ilegalidade. Os métodos utilizados foram o dedutivo e histórico, a partir da revisão de doutrinas (nacionais e estrangeiras), diplomas normativos (constitucionais, legais e infralegais), além da consulta e pesquisa de julgados.

Palavras-chave: direito à educação; educação inclusiva; pessoa

¹ O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001.

com deficiência; inconstitucionalidade; decreto regulamentar.

Abstract: The present paper aims to analyze the presence of unconstitutionality, illegality, and throwbacks in Brazilian Decree n. 10,520/2020, based on the study of the historical evolution of the right to education of people with disabilities. In fact, inclusive education is provided in the regular school system. In this sense, this regulatory normative act completely deviates from the international, constitutional, and legal guidelines, allowing the return of the segregationist educational policy, which creates special schools to serve students who do not fit into regular education system. The Brazilian Federal Supreme Court has already expressed its opinion on the matter, understanding the need for the primacy of regular education as a way of promoting inclusive education. There was also an injunction endorsed by the Plenary in ADI n. 6,590 suspending the effectiveness of Decree n. 10,520/2020 until final decision by the Court. Indeed, the research concludes that this normative act is riddled with vices, being unconstitutional and illegal. The methods used were deductive and historical, from the review of doctrines (national and foreign), normative diplomas (constitutional, legal, and infra-legal), in addition to consultation and research of judgments for research's better development.

Keywords: right to education; inclusive education; disabled person; unconstitutionality; regulatory decree.

INTRODUÇÃO

A Pesquisa Nacional de Saúde, realizada pelo IBGE no ano de 2019, estimou em 17,3 milhões o número de pessoas com deficiência com 2 anos ou mais de idade, número que representava cerca de 8,4% da população brasileira à época (BRASIL, 2021, online). Os dados atestam a importância de políticas públicas nesse segmento, representativo de parcela significativa da sociedade.

O Decreto nº 10.502/2020 teve por objetivo instituir a “Política Nacional de Educação Especial: Equitativa, Inclusiva e com Aprendizado ao Longo da Vida”. Ocorre que o fez com ofensas manifestas ao ordenamento jurídico. O propósito deste trabalho é apontá-las e discuti-las, o que exigirá, em um primeiro momento, o estudo histórico-normativo a respeito da proteção jurídica e efetivação do direito à educação da pessoa com deficiência. Após, o estabelecimento do marco conceitual contemporâneo sobre a educação inclusiva. Em sequência, delineadas as disposições inconstitucionais e ilegais, também regressivas, por implicar a retomada do paradigma médico-clínico e segregacionista da deficiência, serão ao final debatidos os argumentos desenvolvidos pelo Supremo Tribunal Federal sobre a educação inclusiva.

Os métodos de pesquisa utilizados foram o dedutivo e histórico. O primeiro visando demonstrar o estado da arte sobre o tema por meio da revisão bibliográfica nacional e estrangeira, a partir da análise de premissas e conhecimentos científicos pré-estabelecidos para se chegar a uma conclusão final (CEPEDA, 2006, p. 16). Já o método histórico teve lugar a partir da recuperação dos paradigmas médico e social da deficiência, suas transformações correlação com o direito à educação inclusiva. Como materiais de pesquisa foi utilizada a análise doutrinária, documentos normativos (Constituição Federal, Tratados Internacionais, Leis e Decretos), julgados e artigos científicos publicados em periódicos.

1 A TRANSFORMAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: O CONCEITO DE EDUCAÇÃO INCLUSIVA

Entender a transformação do direito à educação da pessoa com deficiência passa pela necessidade de se analisar, primeiramente, os paradigmas do que seja deficiência. O primeiro paradigma é intitulado tradicional e considerava a deficiência como algo inferior, “anormal”, sendo necessário ao indivíduo o acompanhamento e a caridade (assistencialismo) para o seu pleno desenvolvimento. “O tratamento destinado ao indivíduo com deficiência variava entre gestos de caridade, que concebe este como um ser escolhido por Deus para missões divinas; ou de castigo, em que eram vistos como seres possuídos por maus espíritos e a deficiência tida como marca do pecado” (LOGUERCIO; PAULA, 2021, p. 6). O segundo paradigma, denominado biomédico, via a deficiência como um problema de ordem clínica, de modo a exigir a intervenção clínica para a cura do “problema”. Com a finalidade de compensar eventuais limitações (sensoriais, mentais,

físicas), equipes de profissionais e especialistas conduziam meios e pesquisas visando eliminar a deficiência ou sua possível causa. Em ambos os modelos citados, em termos atuais, há uma clara ofensa à dignidade da pessoa com deficiência.

Por último, o paradigma de direitos humanos (ou social) parte do forte pressuposto de que a pessoa com deficiência é um sujeito de direitos, o que exige o repúdio aos dois primeiros modelos. O respeito à dignidade da pessoa humana se conecta ao fato de a deficiência ser gerada ou agravada pelo meio sociocultural, pelas barreiras ou obstáculos ao pleno acesso, passando a ser responsabilidade do Estado ações que eliminem os entraves socialmente criados (FARIAS; LOPES, 2005, p. 229). O novo modelo foca na eliminação de eventuais barreiras que impeçam a inclusão plena de pessoas com deficiência na sociedade. De fato, até mesmo as terminologias utilizadas merecem atenção, pois como leciona Sasaki: “a construção de uma verdadeira sociedade inclusiva passa também pelo cuidado com a linguagem. Na linguagem se expressa, voluntariamente ou involuntariamente, o respeito ou a discriminação em relação às pessoas com deficiências” (SASSAKI, [2021]). Aqueles outrora denominados como “inválidos”, “portador de deficiência”, ou “retardados” - nomenclaturas de teor pejorativo ou excludente -, hoje recebem a denominação de pessoas com deficiência.

Afinal, a deficiência não se porta, não se carrega, mas é oriunda dos obstáculos existentes em nossa sociedade e de diferentes naturezas: físicas, culturais, tecnológicas e até atitudinais. São empecilhos que impedem a plena participação do indivíduo em igualdade com os demais. Este é o teor do art. 2º da Lei Brasileira de Inclusão (repetindo o que consta da “Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência”), considerando “pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas” (BRASIL, 2015).

No que se refere ao direito à educação das pessoas com deficiência, historicamente a escola brasileira sempre foi caracterizada por suposto segregacionismo, excluindo grande parte da população. Calcado nos ideais do paradigma biomédico, o Império brasileiro criou, em 1854, o Imperial Instituto dos Meninos Cegos (atual Instituto Benjamin Constant - IBC), e o Instituto dos Surdos Mudos, em 1857, recebendo a designação de Instituto Nacional da Educação dos Surdos (INES) (LIMA; RODRIGUES, 2017, p. 28). Ambos os institutos foram de suma importância histórica. Deram início à discussão sobre a educação “dos portadores de deficiência no país” (sic), debatendo-se a formação de professores para cegos e surdos e a obrigatoriedade escolar de crianças com deficiência entre os 7 e 14 anos. (CASTRO, 2007, p. 4). Outros dois importantes marcos da educação foram a fundação do Instituto Pestalozzi, em 1926, especializado em atender pessoas com deficiência mental e a Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais (APAE), fundada em 1954 (LIMA; RODRIGUES, 2017, p. 28).

O viés a orientar as políticas públicas de educação das pessoas com deficiência atrelava-se à ideia de que os serviços de educação deveriam ser prestados por instituições especializadas, não sendo possível a matrícula no ensino regular. Apenas em 1961 é que se trouxe, legalmente,

a possibilidade de pessoas com deficiência frequentarem o sistema de ensino regular, por meio da Lei n. 4.024/1961 (Lei de Diretrizes e Bases para a Educação), dispondo que a educação dos excepcionais (sic) deveria se enquadrar, naquilo que fosse possível, ao sistema geral de educação, “a fim de integrá-los na comunidade” - art. 88 (BRASIL, 1961).

Com a Constituição Federal de 1988, o direito à educação das pessoas com deficiência ganhou proteção constitucional. O art. 205, *caput* da CF/1988 preconizase a educação direito de todos e dever do Estado e da família, de modo a ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando o desenvolvimento da pessoa e preparando-a para exercer a cidadania e o trabalho. Esse dever do Estado com a educação deve ser implementado mediante “atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino” (art. 208, III - BRASIL, 1998).²

É possível extrair do dispositivo constitucional que o atendimento especializado deve ser prestado, de forma preferencial, na rede regular de ensino, reforçando o paradigma de direitos humanos da deficiência. As adaptações necessárias devem partir da sociedade e do estabelecimento de ensino para que o aluno com deficiência seja incluído. De fato, segundo Meire Cavalcante, a barreira atitudinal³ é o principal obstáculo para a educação inclusiva, dela decorrendo outras, inclusive a do excesso de zelo, do assistencialismo, da retomada da ideia de que a deficiência está, automaticamente, atrelada a uma incapacidade ou a uma doença. A força da ideia de institucionalização e segregação reside nesta (retrógrada) caracterização.

Em 1996, a Lei de Diretrizes e Base da Educação Nacional (LDB – Lei nº 9.394/96) em seu art. 58 estabeleceu expressamente que a educação especial é a modalidade de educação escolar “oferecida preferencialmente na rede regular de ensino, para educandos portadores de necessidades especiais” (redação original) (BRASIL, 1996a). Tal previsão normativa contribuiu para a sedimentação da ideia de que a educação inclusiva deve se dar no ambiente regular e geral de ensino, e não por meio de escolas especiais individualizadas – as quais podem ter um papel complementar na formação do aluno, mas não substitutivo. A educação especializada é uma ferramenta para a inclusão de caráter transversal, acompanhando todos os graus do ensino regular (infantil, fundamental, médio e superior).

Ainda assim, o instrumento jurídico mais importante foi a assinatura e o protocolo da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência em 30 de março de 2007. Foi incorporada ao ordenamento jurídico pátrio com *status* de emenda constitucional, nos termos do art. 5º, § 3º da CF/88.⁴ O seu art. 24 veda a recusa de matrícula na escola regular em razão da deficiência e a exclusão de acesso à rede de ensino:

² Os ganhos do texto foram incorporados ao Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em 1990, em seu art. 54, sendo “dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: [...] III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino”.

³ Art. 3º, IV, alínea “e” da Lei 13.146/2015: “e) barreiras atitudinais: atitudes ou comportamentos que impeçam ou prejudiquem a participação social da pessoa com deficiência em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas”

⁴ “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” (BRASIL, 1988)

1. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à educação. [...] 2. Para a realização desse direito, os Estados Partes assegurarão que: a) As pessoas com deficiência não sejam excluídas do sistema educacional geral sob alegação de deficiência e que as crianças com deficiência não sejam excluídas do ensino primário gratuito e compulsório ou do ensino secundário, sob alegação de deficiência; b) As pessoas com deficiência possam ter acesso ao ensino primário inclusivo, de qualidade e gratuito, e ao ensino secundário, em igualdade de condições com as demais pessoas na comunidade em que vivem; c) Adaptações razoáveis de acordo com as necessidades individuais sejam providenciadas; d) As pessoas com deficiência recebam o apoio necessário, no âmbito do sistema educacional geral, com vistas a facilitar sua efetiva educação; e) Medidas de apoio individualizadas e efetivas sejam adotadas em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social, de acordo com a meta de inclusão plena (BRASIL, 2009).

A positivação da inclusão persegue dois objetivos principais. O primeiro visa a remover todas as barreiras que impedem a participação e o aprendizado dos estudantes com deficiência e necessidades educacionais especiais. O segundo foca no desenvolvimento detalhado de culturas, políticas e métodos nas diretrizes educacionais, fornecendo habilidades aos estudantes para que as utilizem dentro e fora da sala de aula. “However, it is crucial to mention that inclusion is not addressed exclusively to students with disabilities; on the contrary, all students, with or without disabilities, learn together in a flexible child-centered environment”⁵ (ARGYROPOULOS; HALDER, 2019, p. 2).

“A inclusão, embora não seja incompatível com a integração, dela se distingue por chamar a sociedade à ação, isto é, por exigir que a sociedade se adapte para acolher as pessoas com deficiência” (ALMEIDA JUNIOR; BARBOZA, 2017, p. 21-22). Vê-se que a educação inclusiva é aquela que contempla um universo de alunos e que apoia e acolhe a diversidade. É aquela que não os segrega. Seu objetivo é eliminar a exclusão social, consequência do desrespeito à dignidade da pessoa humana pela supressão da diversidade. Dessa forma, a inclusão começa a partir da crença que a educação é um direito humano básico, fundamento para uma sociedade mais justa e universal, ou seja, independente das características individuais (COSTA FILHO; LEITE; RIBEIRO, 2019, p. 186).

2 AS INCOMPATIBILIDADES NORMATIVAS E OS RETROCESSOS DO DECRETO Nº 10.502/2020

O Decreto nº 10.502/2020 foi editado para instituir a Política Nacional de Educação Especial: Equitativa, Inclusiva e com Aprendizado ao Longo da Vida (BRASIL, 2020a). Apesar de, em um primeiro momento, ser difundida como modernização das políticas públicas para o fomento da educação especial, a análise cuidadosa de seus dispositivos produz uma conclusão em sentido

⁵ “No entanto, é fundamental mencionar que a inclusão não é dirigida exclusivamente aos alunos com deficiência; pelo contrário, todos os alunos, com ou sem deficiência, aprendem juntos num ambiente flexível centrado na criança” (tradução livre).

diferente. Vários contrariam a Lei de Diretrizes e Bases para a Educação (Lei n. 9.394/1996), a Lei Brasileira de Inclusão (Lei n. 13.146/2015), e a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Decreto n. 6.949/2009).

O art. 2º, inciso I do Decreto nº 10.502/2020 define educação especial como sendo a “modalidade de educação escolar oferecida, preferencialmente, na rede regular de ensino aos educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação”. Segue com o conceito de escolas especializadas (art. 2º, VI) como “instituições de ensino planejadas para o atendimento educacional aos educandos da educação especial que não se beneficiam, em seu desenvolvimento, quando incluídos em escolas regulares inclusivas e que apresentam demanda por apoios múltiplos e contínuos”. Ainda acrescenta que as escolas bilíngues de surdos (art. 2º, VIII), são consideradas as instituições de ensino da rede regular nas quais o ensino, a comunicação, a instrução e a interação “são realizados em Libras como primeira língua e em língua portuguesa na modalidade escrita como segunda língua, destinadas a educandos surdos, que optam pelo uso da Libras, com deficiência auditiva, surdo cegos, surdos com outras deficiências associadas e surdos com altas habilidades ou superdotação” (BRASIL, 2020a).

Essa oferta do atendimento educacional especializado, tal qual consta na norma regulamentar, leva à crença de que este tipo de atendimento pode ser ofertado não apenas como forma complementar à educação da pessoa com deficiência, mas como meio substitutivo. Abre-se a possibilidade de, em razão da dificuldade de aprendizagem ou adaptação ao ambiente da escola regular, o aluno ser atendido em estabelecimento em separado, regredindo-se ao já aludido paradigma da segregação. Lopes e Reicher aludem ser expressamente “vedado pela Constituição Federal, especialmente após a ratificação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência” (LOPES; REICHER, 2020, p. 78).

Nesse aspecto, é nítida a violação ao art. 24, item 2, alíneas “a”, “c” e “d” da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência que estabelece: I) a proibição da exclusão das pessoas com deficiência do sistema educacional geral sob alegação de deficiência (o que o Decreto permite); II) a imposição de adaptações razoáveis de acordo com as necessidades individuais; III) o apoio, dentro do sistema educacional geral (e não apenas fora dele), objetivando facilitar a educação e a inclusão (BRASIL, 2009)⁶.

Além de contrariar a Constituição,⁷ ofende a Lei 9.394/96 (LDB), vez que o § 1º do art. 58 do diploma em comento é cristalino em estabelecer que “haverá, quando necessário, serviços

⁶ “2. Para a realização desse direito, os Estados Partes assegurarão que: a) As pessoas com deficiência não sejam excluídas do sistema educacional geral sob alegação de deficiência e que as crianças com deficiência não sejam excluídas do ensino primário gratuito e compulsório ou do ensino secundário, sob alegação de deficiência; b) As pessoas com deficiência possam ter acesso ao ensino primário inclusivo, de qualidade e gratuito, e ao ensino secundário, em igualdade de condições com as demais pessoas na comunidade em que vivem; c) Adaptações razoáveis de acordo com as necessidades individuais sejam providenciadas; d) As pessoas com deficiência recebam o apoio necessário, no âmbito do sistema educacional geral, com vistas a facilitar sua efetiva educação; e) Medidas de apoio individualizadas e efetivas sejam adotadas em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social, de acordo com a meta de inclusão plena”.

⁷ Há uma discussão doutrinária e jurisprudencial a respeito da possibilidade de inconstitucionalidade de Decreto regulamentar, questão a ser enfrentada a frente, tendo em vista que o Regulamento explicita ou explica a lei, seu fundamento normativo, nunca regulamenta a Constituição. Não tendo a Constituição como parâmetro direto, só indiretamente, não haveria como fiscalizar a inconstitucionalidade.

de apoio especializado, na escola regular, para atender às peculiaridades da clientela de educação especial”. Ou seja, a regra deve ser a escola regular com apoio para atender às particularidades que surgirem da experiência *in concreto* e não uma mera escolha a partir do grau de desenvolvimento do aluno. O Regulamento expedido por Decreto é, dessa forma, ilegal, contrariando a própria lei que pretende regulamentar, vez que esta expressamente determina que o acompanhamento especial será feito de forma complementar e não substitutiva.

Abre-se um parêntese sobre a questão da ilegalidade. Como é sabido, o art. 84, inciso IV da CF/88 estabelece os limites da atribuição regulamentar presidencial: “IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e **regulamentos para sua fiel execução**” (grifo nosso). Diversamente do ordenamento francês, no qual ao lado da lei (art. 34 da Constituição da República Francesa de 1958) coexiste o chamado regulamento autônomo (art. 37 da Constituição da República francesa de 1958)⁸, com a possibilidade de regulamentar diretamente o texto constitucional e criar, extinguir e modificar direitos em caráter originário; em nosso ordenamento o regulamento não pode inovar, em especial pela reserva legal explícita do art. 5º, inciso II da CF/88.⁹ Cabe regulamento tão somente para explicitar, explicar e regulamentar a lei. Quando transborda estes limites incorre em vício de ilegalidade. Contudo, o Decreto Presidencial não só invadiu a esfera legislativa (art. 214 da CF/88), como dispôs sobre matéria de competência exclusiva do Congresso Nacional, e ainda afrontou a lei promulgada.

O Decreto n. 10.502/2020 também se propõe a legitimar o ilícito. Possibilita a existência de dois tipos de escolas: as escolas regulares inclusivas e as escolas regulares “não inclusivas”, o que contraria o ordenamento jurídico, em especial as disposições citadas. Parece editado para o que em nossa sociedade existe à margem da lei e das autoridades. Não é estranha à experiência das escolas brasileiras a recusa de alunos que apresentam certa dificuldade de aprendizado, “[...] notório que alguns alunos, principalmente aqueles que possuem algum tipo de deficiência, necessitam de cuidados especiais para que possam ter pleno acesso à educação. Porém, isso não significa que este deverá estar confinado em uma sala/escola, longe dos demais” (DINIZ; SOUZA, 2018, p. 106-107). É prática difundida por todo o país e que se depara com a dificuldade das autoridades e pais de se documentar, produzir provas e denunciar o ilícito. (ADI..., 2021). O que é causa de perplexidade, pois a legislação penal brasileira considera crime a recusa da matrícula em escola regular de aluno com deficiência pela razão da deficiência ou inadequação.¹⁰ A admitir como legítima a nova política pública, algumas escolas poderiam argumentar que se acomodariam

8 https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf.

9 Não se desconhece que desde a redação conferida pela EC 32/2001, há a discussão de que o art. 84, inciso VI, alínea “b” é uma hipótese de regulamento autônomo. Ocorre que, por não se tratar no caso tratado de criação ou extinção de cargos, a redação do art. 84, inciso IV justifica os argumentos que foram feitos acima. “O decreto autônomo limita-se às hipóteses de organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos, podendo assim o Presidente da República promover, por meio de decreto, a extinção de funções ou cargos públicos, quando vago” (CF, art. 84, VI). O decreto autônomo é ato normativo primário, pois inova no mundo jurídico, é dotado de abstração e generalidade e não se encontra materialmente vinculado a outra norma. Desse modo, essa espécie normativa se sujeita ao controle difuso e concentrado de constitucionalidade (Cf. BARROSO, 2016, p. 132).

10 Art. 8º da Lei 7.853/89: “Constitui crime punível com reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa: I - recusar, cobrar valores adicionais, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, em razão de sua deficiência [...]” (BRASIL, 1989).

à segunda categoria de instituições de ensino.

Outro ponto criticável é que a norma regulamentar “descaracteriza o sentido da inclusão ao prever que as “escolas bilíngues de surdos” e as “classes bilíngues de surdos” são destinadas apenas a *educandos surdos, com deficiência auditiva ou surdocegos*, excluindo pessoas sem deficiência” (LOPES; REICHER, 2020, p. 79), também chamadas de ouvintes. Vai, portanto, em dissonância à dinâmica da educação inclusiva.

O art. 6º, inciso IV, positiva a priorização da participação “[...]do educando e de sua família no processo de decisão sobre os serviços e os recursos do atendimento educacional especializado”. Decisão a ser tomada considerando: “o impedimento de longo prazo e as barreiras a serem eliminadas ou minimizadas”. Tudo isso para que por fim se “[...] tenha as melhores condições de participação na sociedade, em igualdade de condições com as demais pessoas” (BRASIL, 2020a). A redação do dispositivo não é das melhores, o que dificulta a tarefa do intérprete. Parece garantir que as famílias possam participar da escolha do melhor sistema de educação para os filhos. Mas não há que se falar em “escolha”, se a ideia de inclusão é dispor de único sistema educacional: um sistema inclusivo. Deve-se priorizar, a bem da verdade, “Abordagens e estratégias de desenho universal de aprendizagem e que permitam a consideração das diferenças e singularidades de cada estudante, a eliminação de barreiras de acessibilidade e de aprendizagem, a fim de assim criar um ambiente educacional” (LOPES; REICHER, 2020, p. 79). O direito à educação inclusiva é considerado indisponível (ADI..., 2021), o que retira a possibilidade de a parte (ou do Estado e da sociedade) renunciar ao seu exercício, optando por um modelo, à primeira vista, de índole separatista.

A norma regulamentar, como visto, representa grandes retrocessos à ideia de uma educação inclusiva, cenário não observado apenas no Brasil, consoante aponta Graham:

The segregation of students with disability has increased in countries such as England, USA, and Australia, each of which one played a role in progressing the inclusive education movement. These increases in segregation and the way segregation takes form look different across the world, but similarities can be found. Pupil Referral Units (PRUs) in England, “behavior schools” in New South Wales and Flexible Learning Options (FLOs) in Victoria, for example, all are similar DNA in that they enrol students with learning and behavioural difficulties whose social, emotional and academic needs have not been met in the primary phase of schooling. The rationale for alternative provision is that these students have failed to thrive in mainstream schools and that they are deficient, not the system failed them”¹¹ (GRAHAM, 2020, p. 45-46).

Nesse mesmo sentido, Dovigo (2017) aponta a ideologia neoliberal como responsável

¹¹ “A segregação de alunos com deficiência aumentou em países como Inglaterra, EUA e Austrália, sendo que cada um desempenhou um papel específico no progresso do movimento de educação inclusiva. Esse aumento na segregação e a forma que tem tomado são diferentes ao redor do mundo, porém semelhanças podem ser encontradas. As Pupil Referral Units (PRUs) na Inglaterra, as “behavior schools” em New South Wales e as Flexible Learning Options (FLOs) em Victoria, por exemplo, possuem um “DNA” semelhante na medida em que abarcam alunos com dificuldades comportamentais e de aprendizagem, cujas necessidades sociais, emocionais e acadêmicas não foram atendidas na fase primária da escolarização. A justificativa para essa oferta alternativa é que esses alunos não conseguiram prosperar nas escolas regulares, e não o sistema que falhou com eles” (tradução livre).

por reviver a interpretação da escola calcada no individualismo, na competição, no talento e no estabelecimento de “rótulos” (*labelling*) entre os estudantes. Na visão do autor:

[...] Administrators see the labelling of students “with problems”, as well as sending them individually to care services, as an easy way to show they care, while at the same time avoiding having to tackle the structural reasons at the heart of these issues. For their part, families like labels as they allow them not to feel guilty (as disadvantage is socially perceived as a form of personal negligence) and get additional resources to support the child. Teachers, in turn consider labels a simple way of delegating supporting teachers to take care of “difficult” students, giving them more time to pursue ordinary activities with the rest of the class. Finally, consultants see labelling as a large and lucrative area for expanding professional intervention. This race to attach in an indiscriminate way a broadening number of labels seems to gradually reduce room for reflecting about their real meaning and impact. It is worth noting that in those countries that first adopted the notion of “special educational needs”, the usefulness of this label has been called into question even by those who initially were its strongest supporters (WARNOCK, 1982). After all, it is not a coincidence that Finland, which steadily holds the highest positions in the famous OECD school league tables, has always managed without using labels like SEN (Cf. DOVIGO, 2017, p. 33-36; GRAHAM; JAHNUKAINEN, 2011;¹²).

O oferecimento de atendimento educacional especializado provido por instituições comunitárias ou filantrópicas, por óbvio, não deve ser extinto. Mas da mesma forma como foram institucionalizadas entre nós no passado, elas podem auxiliar no processo, de maneira complementar ao ensino regular, nunca o substituir, em especial formando professores e gestores, construindo materiais didáticos e prestando apoio pedagógico para a efetivação de uma educação inclusiva. “Não deve substituir, no entanto, o papel da escola regular que é central no sistema educacional inclusivo” (LOPES; REICHER, 2020, p. 79).¹³

Em suma, as disposições do Decreto contrariam a Constituição Federal de 1988, a Lei 9.394/96 (LDB) e indicam verdadeiros retrocessos. Traz o temor fundado no retorno da educação segregada e com impacto negativo nas políticas públicas de educação inclusiva como estipuladas na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

¹² “Administradores veem a rotulagem dos alunos “com problemas”, bem como o envio às instituições de caridade, como forma de mostrar que se importam, evitando ao mesmo tempo o enfrentamento das razões estruturais presentes no cerne dessas questões. Por sua vez, as famílias gostam de rótulos, pois estes permitem que não se sintam culpados (já que a desvantagem é socialmente percebida como uma forma de negligência pessoal) e obtêm recursos adicionais para sustentar a criança. Os professores, por sua vez, consideram a rotulação uma forma simples de delegar a apoiadores o cuidado de alunos “difíceis”, sobrando-lhes tempo para as atividades comuns com o restante da turma. Por fim, os consultores veem a rotulagem como uma grande e lucrativa área de expansão profissional. Essa corrida para anexar de forma indiscriminada um número cada vez maior de rótulos parece reduzir gradualmente o espaço para refletir sobre seu real significado e impacto. Vale a pena notar que naqueles países que adotaram pela primeira vez a noção de “necessidades educacionais especiais”, a utilidade desse rótulo foi questionada mesmo por aqueles que inicialmente eram seus mais fortes defensores (WARNOCK, 1982). Afinal, não é por acaso que a Finlândia, que ocupa constantemente as posições mais altas nas famosas tabelas escolares da OCDE, sempre o fez sem a necessidade de usar rótulos como SEN” (tradução livre).

¹³ “no mesmo viés a convenção da ONU e sobre os direitos da pessoa com deficiência em seu artigo 24, a garantia do direito à educação das pessoas com deficiência implica em não serem excluídas do sistema educacional geral sob alegação da sua deficiência, também em terem acesso ao ensino inclusivo, de qualidade e gratuito, em igualdade de condições com as demais pessoas” (ROCHA *et al*, 2021, p. 517)

3 A EDUCAÇÃO INCLUSIVA E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: A DECISÃO LIMINAR NA ADI Nº 6.590/DF

O primeiro julgamento por parte do Supremo Tribunal Federal (STF) relativo ao direito à educação da pessoa com deficiência foi a ADI nº 5.357/DF, ajuizada pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEN, na qual o STF foi instado a se manifestar a respeito da constitucionalidade do artigo 28, § 1º e artigo 30, ambos da Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) (BRASIL, 2016).

A redação do aludido § 1º do art. 28 impõe às instituições privadas a observância de diversas normas visando a efetivação da educação inclusiva, vedando, inclusive, “a cobrança de valores adicionais de qualquer natureza em suas mensalidades, anuidades e matrículas no cumprimento dessas determinações”. O art. 30 da mesma lei, por seu turno, estabelece diversas medidas para inclusão das pessoas com deficiência nos processos seletivos para ingresso e permanência em curso superior de ensino, tais como a “[...] III - disponibilização de provas em formatos acessíveis para atendimento às necessidades específicas do candidato com deficiência; IV - disponibilização de recursos de acessibilidade e de tecnologia assistiva adequados, previamente solicitados e escolhidos pelo candidato com deficiência [...]” (BRASIL, 2015).

O voto do Relator Min. Edson Fachin foi seguido pela maioria do Plenário (9x1), no qual se pôde consignar que o “enclausuramento em face do diferente furta o colorido da vivência cotidiana, privando-nos da estupefação diante do que se coloca como novo, como diferente”, e que “somente com o convívio com a diferença e com o seu necessário acolhimento que pode haver a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em que o bem de todos seja promovido sem preconceitos”. Portanto, ao prever a necessidade de adaptação dos estabelecimentos privados de ensino, esteve a norma em perfeita sintonia com o texto constitucional, mormente a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, (BRASIL, 2016). A ADI foi julgada improcedente, mantendo-se a constitucionalidade dos dispositivos, denotando uma aproximação do STF à ideia de educação inclusiva dentro do ambiente regular de ensino, com as adaptações necessárias.¹⁴

14 EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. LEI 13.146/2015. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. ENSINO INCLUSIVO. CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. INDEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.146/2015 (arts. 28, § 1º e 30, caput, da Lei nº 13.146/2015). 1. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência concretiza o princípio da igualdade como fundamento de uma sociedade democrática que respeita a dignidade humana. 2. À luz da Convenção e, por consequência, da própria Constituição da República, o ensino inclusivo em todos os níveis de educação não é realidade estranha ao ordenamento jurídico pátrio, mas sim imperativo que se põe mediante regra explícita. 3. Nessa toada, a Constituição da República prevê em diversos dispositivos a proteção da pessoa com deficiência, conforme se verifica nos artigos 7º, XXXI, 23, II, 24, XIV, 37, VIII, 40, § 4º, I, 201, § 1º, 203, IV e V, 208, III, 227, § 1º, II, e § 2º, e 244. 4. Pluralidade e igualdade são duas faces da mesma moeda. O respeito à pluralidade não prescinde do respeito ao princípio da igualdade. E na atual quadra histórica, uma leitura focada tão somente em seu aspecto formal não satisfaz a completude que exige o princípio. Assim, a igualdade não se esgota com a previsão normativa de acesso igualitário a bens jurídicos, mas engloba também a previsão normativa de medidas que efetivamente possibilitem tal acesso e sua efetivação concreta. 5. O enclausuramento em face do diferente furta o colorido da vivência cotidiana, privando-nos da estupefação diante do que se coloca como novo, como diferente. 6. É somente com o convívio com a diferença e com o seu necessário acolhimento que pode haver a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em que o bem de todos seja promovido sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer

Quanto ao Decreto nº 10.502/2020, uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 751) foi ajuizada pelo partido Rede Sustentabilidade em 06/10/2020 e uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 6.590) foi ajuizada pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB) na data de 26/10/2020.

A ADPF nº 751 busca, com pedido liminar de suspensão dos efeitos, a declaração de inconstitucionalidade da totalidade do Decreto, embasando-se na contrariedade da norma regulamentar (com característica de norma primária – lei –, pois cria institutos e modifica lei material de educação especial) à Constituição Federal, mais precisamente ao seu art. 208, III; e ao art. 24 da Convenção sobre o direito das Pessoas com Deficiência. O pedido liminar ainda não foi apreciado, permanecendo os autos conclusos ao Min. Relator, aguardando deliberações até a data de fechamento desta pesquisa (BRASIL, 2020b).

A ADI nº 6.950 busca a inconstitucionalidade total do Decreto, sob os mesmos fundamentos acima elencados, porém teve o pedido liminar apreciado pelo relator, Ministro Dias Toffoli, por meio de decisão monocrática publicada em 02/12/2020 e referendada pelo Plenário em 21/12/2020. Nos termos do voto do Ministro, por uma interpretação sistemática da Constituição, vê-se que a educação na escola regular é o paradigma para a educação especial, sendo questionada que a política educacional

[...] parece contrariar o paradigma descrito, por claramente retirara ênfase da Política de Educação Especial da inclusão no ensino regular, passando a apresentar esse último como mera alternativa dentro do sistema de educação especial. No decreto, o trecho que melhor esclarece esse fato é o conceito apresentado para as escolas regulares inclusivas, as quais são tratadas como uma categoria específica dentro do universo da educação especial, como se houvesse a possibilidade de existirem escolas regulares não inclusivas [...] Assim sendo, por considerar que o Decreto nº 10.502/2020 pode subsidiar políticas públicas que venham a fragilizar o imperativo da inclusão de alunos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação na rede regular de ensino, concluo estar configurada a fumaça do bom direito para efeito de confirmação da medida cautelar concedida monocraticamente. O requisito do perigo da demora também está presente, tendo em vista a proximidade do início do próximo ano letivo e a possibilidade de que os alunos afetados pelo decreto sejam excluídos de estabelecimentos do sistema geral de educação, em flagrante contrariedade à lógica do ensino inclusivo. (BRASIL, 2020c).

A decisão foi referendada pela maioria do Plenário, havendo apenas divergência parcial do Ministro Barroso no tocante à possibilidade de revisitar a matéria quanto à educação especial de pessoas com deficiência em relação à comunicação, “em particular no que diz respeito à educação

outras formas de discriminação (Art. 3º, I e IV, CRFB). 7. A Lei nº 13.146/2015 indica assumir o compromisso ético de acolhimento e pluralidade democrática adotados pela Constituição ao exigir que não apenas as escolas públicas, mas também as particulares deverão pautar sua atuação educacional a partir de todas as facetas e potencialidades que o direito fundamental à educação possui e que são densificadas em seu Capítulo IV. 8. Medida cautelar indeferida. 9. Conversão do julgamento do referendo do indeferimento da cautelar, por unanimidade, em julgamento definitivo de mérito, julgando, por maioria e nos termos do Voto do Min. Relator Edson Fachin, improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade (STF - ADI 5357 MC-Ref – Tribunal Pleno – j. 09/06/2006 - DJ-11/11/2006 – maioria de votos – rel. Min. Edson Fachin).

bilíngue de surdos”¹⁵. O Ministro Marco Aurélio divergiu no tocante ao cabimento da ADI, aduzindo que não seria possível realizar o controle de constitucionalidade, por se tratar de norma de caráter regulamentar (norma secundária e que tira seu fundamento da lei) (BRASIL, 2020c). O STF, todavia, manteve o alinhamento em torno da decisão de prestigiar a educação inclusiva na escola regular. Até que haja o julgamento definitivo da ação, permanece suspensa a eficácia do Decreto, estando vedada a educação segregada.¹⁶

Muito embora a questão formal suscitada, parece que o destino da ação é o seu julgamento no mérito reafirmando as políticas públicas de inclusão.

Não se sustenta o argumento de que se estaria diante de vício de ilegalidade e não inconstitucionalidade. Trata-se da velha questão da norma parâmetro afrontada e da inconstitucionalidade indireta. No caso tratado, qual norma foi ofendida? As normas constitucionais previstas na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, e no art. 205 e seguintes, em especial o artigo 208, inciso III da CF? Os dispositivos da Lei 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional)? As duas situações consistem em violações do ordenamento jurídico. Mas enquanto a primeira fulmina o texto constitucional, a segunda afronta disposição legislativa firmada em concreção de dispositivo constitucional (incompatibilidade de segundo nível). Se somente houvesse incompatibilidade do Decreto Regulamentar com a Lei de Diretrizes e Bases da Educação não seria possível o emprego do controle abstrato

¹⁵ “Não obstante, considero relevante pontuar que existe um amplo debate a respeito da adequação das escolas bilíngues para surdos que utilizam a Língua Brasileira de Sinais – LIBRAS. Há entidades representativas da comunidade surda que sustentam que tais alunos se desenvolvem melhor nas escolas que adotam a LIBRAS como primeira língua e o Português como segunda língua, e registram a existência de estudos nesse sentido. Existem, inclusive, entidades que sustentam que os surdos se identificam como uma minoria linguística, de forma que as escolas bilíngues de surdos poderiam ser comparadas a escolas internacionais (e.g. escolas americanas e francesas que funcionam no Brasil). Nesse sentido é a manifestação da Federação Nacional de Educação e Integração dos Surdos – FENEIS (Doc. 207), do Instituto Nacional de Educação de Surdos – INES [1] e, no contexto internacional, da Federação Mundial de Surdos, da Federação Mundial de Surdocegos e da International Disability Caucus (IDC)” (BRASIL, 2020c).

¹⁶ EMENTA: Referendo de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Decreto nº 10.502, de 30 de setembro de 2020. Política Nacional de Educação Especial: Equitativa, Inclusiva e com Aprendizado ao Longo da Vida. Ato normativo que inova no ordenamento jurídico. Densidade normativa a justificar o controle abstrato de constitucionalidade. Cabimento. Artigo 208, inciso III, da Constituição Federal e Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Educação inclusiva como paradigma constitucional. Inobservância. Medida cautelar deferida referendada. 1. O Decreto nº 10.502/2020 inova no ordenamento jurídico. Seu texto não se limita a pormenorizar os termos da lei regulamentada (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), promovendo a introdução de uma nova política educacional nacional, com o estabelecimento de institutos, serviços e obrigações que, até então, não estavam inseridos na disciplina educacional do país, sendo dotado de densidade normativa a justificar o cabimento da presente ação direta de inconstitucionalidade. Precedentes: ADI nº 3.239/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, Rel. p/ o ac. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe de 1º/2/2019; ADI nº 4.152/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJe de 21/9/2011; ADI nº 2.155/PR-MC, Rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, DJ de 1º/6/2001. 2. A Constituição estabeleceu a garantia de atendimento especializado às pessoas com deficiência preferencialmente na rede regular de ensino (art. 208, inciso III). O Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência - primeiro tratado internacional aprovado pelo rito legislativo previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal e internalizado por meio do Decreto Presidencial nº 6.949/2009 - veio reforçar o direito das pessoas com deficiência à educação livre de discriminação e com base na igualdade de oportunidades, pelo que determina a obrigação dos estados partes de assegurar um sistema educacional inclusivo em todos os níveis. Precedente: ADI nº 5.357/DF, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe de 11/11/16. 3. O paradigma da educação inclusiva é o resultado de um processo de conquistas sociais que afastaram a ideia de vivência segregada das pessoas com deficiência ou necessidades especiais para inseri-las no contexto da comunidade. Subverter esse paradigma significa, além de grave ofensa à Constituição de 1988, um retrocesso na proteção de direitos desses indivíduos. 4. A Política Nacional de Educação Especial questionada contraria o paradigma da educação inclusiva, por claramente retirar a ênfase da matrícula no ensino regular, passando a apresentar esse último como mera alternativa dentro do sistema de educação especial. Desse modo, o Decreto nº 10.502/2020 pode vir a fundamentar políticas públicas que fragilizam o imperativo da inclusão de alunos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação na rede regular de ensino. 5. Medida cautelar referendada (STF - ADI 6590 MC-Ref / DF – Tribunal Pleno – j. 21/12/2020 – DJ - 12/02/2021 – medida cautelar deferida – maioria de votos – relator Min Dias Toffoli).

de constitucionalidade por existir uma desconformidade entre uma lei e um ato normativo do Presidente da República que não afronta às disposições constitucionais.

Ocorre que, no caso em lume, como se mostrou, houve uma exorbitância da atribuição regulamentar presidencial. Um verdadeiro regulamento autônomo. O regulamento que extrapola os ditames do art. 84, inciso IV da Constituição Federal incorre em inconstitucionalidade por invadir competência normativa que não pertence ao Presidente da República. Nos termos da Constituição, o Presidente da República não pode editar Regulamentos em caráter originário. Pode somente explicitar o mandamento da lei. O Decreto nº 10.502/2020 não se limitou, contudo, a afrontar os ditames da Lei de Diretrizes e Bases da Educação. Foi além. Inovou, regulamentou a Constituição Federal e, quando o fez, invadiu competência normativa que é exclusiva do Congresso Nacional - Lei em seu sentido estrito. Por essa razão, não se está em discussão tão somente a violação material da disciplina sobre educação inclusiva, mas houve uma violação formal do que era dado ao Presidente da República dispor por Decreto Regulamentar. Esta última hipótese autoriza o Supremo Tribunal Federal a reconhecer a desconformidade com a Constituição.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal era relutante “em aceitar as ações diretas de controle concentrado diante de atos normativos infralegais, com a alegação de que, nesses casos, a ofensa à Constituição Federal é indireta, sendo a norma infralegal vinculada à lei que pretendia regulamentar” (NEVES, 2013, p. 74). Algumas exceções eram permitidas como o ato normativo, ainda que infralegal, que contivesse generalidade, abstração e autonomia, a exemplo do tribunal que determinasse aumento salarial a magistrados a ele vinculados.¹⁷ Nada obstante, desde 2001, em *leading case* relatado pelo Min. Sidney Sanches, conhece-se em controle abstrato o regulamento que assuma caráter autônomo.¹⁸

17 Cf. STF, Tribunal Pleno, ADI 264 AgR/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. 07/05/1992, DJ 08/04/1994, p. 7.222; STF, Tribunal Pleno, ADI 3.691/MA, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 29/08/2007, DJE 09/05/2008; STF, Tribunal Pleno, ADI 2.104/DF, rel. Min. Eros Grau, j. 21/11/2007, DJE 22/02/2008.

18 EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. ICMS: “GUERRA FISCAL”. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DO REGULAMENTO DO ICMS (DECRETO Nº 2.736, DE 05.12.1996) DO ESTADO DO PARANÁ. ALEGAÇÃO DE QUE TAIS NORMAS VIOLAM O DISPOSTO NO § 6º DO ART. 150 E NO ART. 155, § 2º, INCISO XII, LETRA “g”, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, BEM COMO OS ARTIGOS 1º E 2º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 24/75. QUESTÃO PRELIMINAR, SUSCITADA PELO GOVERNADOR, SOBRE O DESCABIMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, PORQUE O DECRETO IMPUGNADO É MERO REGULAMENTO DA LEI Nº 11.580, DE 14.11.1996, QUE DISCIPLINA O ICMS NAQUELA UNIDADE DA FEDERAÇÃO, ESTA ÚLTIMA NÃO ACOIMADA DE INCONSTITUCIONAL. MEDIDA CAUTELAR. 1. Tem razão o Governador, enquanto sustenta que esta Corte não admite, em A.D.I., impugnação de normas de Decreto meramente regulamentar, pois considera que, nesse caso, se o Decreto exceder os limites da Lei, que regulamenta, estará incidindo, antes, em ilegalidade. É que esta se coíbe no controle difuso de legalidade, ou seja, em ações outras, e não mediante a A.D.I., na qual se processa, apenas, o controle concentrado de constitucionalidade. 2. No caso, porém, a Lei nº 11.580, de 14.11.1996, que dispõe sobre o ICMS, no Estado do Paraná, conferiu certa autonomia ao Poder Executivo, para conceder imunidades, não- incidências e benefícios fiscais, ressalvando, apenas, a observância das normas da Constituição e da legislação complementar. 3. Assim, o Decreto nº 2.736, de 05.12.1996, o Regulamento do ICMS, no Estado do Paraná, ao menos nesses pontos, **não é meramente regulamentar, pois, no campo referido, desfruta de certa autonomia, uma vez observadas as normas constitucionais complementares.** 4. Em situações como essa, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ainda que sem enfrentar, expressamente, a questão, tem, implicitamente, admitido a propositura de A.D.I., para impugnação de normas de Decretos. Precedentes. Admissão da A.D.I. também no caso presente. 5. Algumas das normas impugnadas não podem ser objeto de consideração desta Corte, em A.D.I., porque, temporárias, já produziram os respectivos efeitos antes de sua propositura, ficando sujeitas ao controle difuso de constitucionalidade, nas vias e instâncias próprias, e não ao controle concentrado, “in abstrato”, segundo jurisprudência já pacificada no Tribunal. Quanto a elas, portanto, a Ação está prejudicada e por isso não é conhecida. 6. A Ação é, porém, conhecida no que concerne às demais normas referidas na inicial. E, a respeito, a plausibilidade jurídica (“fumus boni iuris”) e o “periculum in mora” estão caracterizados, conforme inúmeros precedentes do Tribunal, relacionados à chamada “guerra fiscal”, entre várias unidades da Federação, envolvendo o I.C.M.S. 7. Conclusões: a) não é conhecida, porque prejudicada, a Ação Direta de Inconstitucionalidade, quanto ao art. 51,

Em decisões recentes, vislumbra-se a predominância do que era excepcional, admitindo-se a ação direta quando a norma regulamentar extrapolar em seus preceitos e for dotada de caráter normativo primário, com densidade normativa que inova no ordenamento jurídico. Em outras palavras, quando o Decreto Regulamentar cria e modifica institutos da lei ordinária e não apenas lhes dá diretrizes de executividade.

Nesse sentido, colaciona-se alguns julgados do STF: [...] “Decreto que, não se limitando a regulamentar lei, institua benefício fiscal ou introduza outra novidade normativa, reputa-se autônomo e, como tal, é suscetível de controle concentrado de constitucionalidade. [...]” (ADI nº 4.152/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJe de 21/9/2011); “Ato normativo autônomo, retirar diretamente da Constituição da República o seu fundamento de validade, o Decreto nº 4.887/2003 apresenta densidade normativa suficiente a credenciá-lo ao controle abstrato de constitucionalidade”. (ADI nº 3239/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, Relator(a) p/ Acórdão Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe de 1º/2/2019). Esses são argumentos explícitos no voto do relator da ADI nº 6.950/DF sobre o Decreto nº 10.502/2020:

[...] uma inovação no ordenamento jurídico, considerando que o seu texto não se limita a pormenorizar os termos da lei regulamentada, mas promove a introdução de uma nova política educacional nacional, com o estabelecimento de institutos, serviços e obrigações, que, até então, não estavam inseridos na disciplina educacional do país, Assim sendo, em que pese o fundamento de validade do ato impugnado ser a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, vislumbro densidade normativa a justificar o cabimento da presente ação direta de inconstitucionalidade, tendo em vista tratar-se disciplina inovadora em matéria de educação, a qual, ademais, encontra-se contemplada na Constituição Federal, em seus artigos 205 a 214 (BRASIL, 2020c).

Em resumo, não é o caso de extinção da ação sem resolução do mérito por inadequação da via eleita. A jurisprudência do STF admite o controle abstrato de constitucionalidade de normas secundárias quando estas interferem no ordenamento jurídico, de modo a extrapolar o próprio limite da lei que originou o ato regulatório, buscando regular/inovar em relação a dispositivos da Constituição Federal.

CONCLUSÃO

A partir do estudo e dos dados coletados é possível concluir que o direito à educação das pessoas com deficiência passou por uma série de modificações ao longo dos anos, tal qual o foi

inciso V, e seu § 5º, “a”; ao inciso I do art. 577, ambos do Decreto nº 2.736, de 05.12.1996 (Regulamento do ICMS do Paraná); ao item 78 do Anexo I; ao item 6 da Tabela I do Anexo II; ao item 17-A da Tabela I do Anexo II; e ao item 22 da Tabela I do Anexo II; b) conhecida a A.D.I., quanto aos demais dispositivos impugnados na inicial, e deferida a medida cautelar, para suspender a eficácia, a partir desta data, das seguintes normas do mesmo Decreto (nº 2.736, de 5.12.1996, do Paraná): I - art. 15, III, “d”; II - art. 51, IV, §§ 3º e 4º; III - art. 51, XV e § 15; IV - art. 51, XVI e § 15; V - art. 51, XVII e § 16; VI - art. 54, inc. I; VII - art. 57, § 2º, “a” e “c”; VIII - art. 78 e seu parágrafo único; IX - art. 92-A; X - artigos 572 a 584, excetuado, apenas, o inc. I do art. 577. 8. Todas as questões decididas por unanimidade (grifo nosso) (ADI 2155 MC - Tribunal Pleno - j. 15/02/2001 - DJ 01-06-2001 - v.u. - rel. Min Sidney Sanches)

o próprio paradigma da deficiência, tendo como principais fases a médica e a social. Partindo de uma visão segregacionista¹⁹ de que pessoas com deficiência ou déficit de aprendizado deveriam frequentar instituições apartadas e especializadas; até a visão atual e humanística acerca de uma educação inclusiva, calcada na primazia do ensino regular com as adaptações necessárias para que o estudante com deficiência possa ser realmente integrado à coletividade, e esta também possa participar desse processo.

De se notar que a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência se tornou um dos principais documentos internacionais a tutelar o direito à educação inclusiva, pois em seu art. 24 denota diversas condutas que os Estados-parte deverão tomar para que: a) não haja exclusão das pessoas com deficiência da escola regular sob alegação de deficiência; b) haja adaptações razoáveis de acordo com as necessidades individuais de cada estudante; c) haja apoio, dentro do sistema educacional geral, objetivando facilitar a educação e a inclusão.

Ainda assim, consoante denotam Nunes; Montes Netto e Ferreira (2020), em que pese o grande esforço normativo internacional e nacional sobre a matéria, permanece um verdadeiro “estado de coisas inconstitucional [dos direitos da pessoa com deficiência], sendo imprescindível uma atuação muito mais incisiva por parte do Poder Público para a desejável concretização dos direitos em estudo” (NUNES; MONTES NETTO, FERREIRA, 2020, p. 267). Esse estado de coisas pode ser exemplificado pela edição do Decreto nº 10.502/2020, o qual instituiu a “Política Nacional de Educação Especial: Equitativa, Inclusiva e com Aprendizado ao Longo da Vida”.

Ainda que propaladas as boas intenções do Decreto presidencial, o regulamento editado acaba por proporcionar o retorno da política educacional segregacionista, contrariando importantes normas constitucionais, a exemplo do art. 208, III da CF, e do art. 24 da Convenção Internacional, inserida em nosso ordenamento jurídico com *status* de emenda constitucional. Segundo as normas citadas, a ideia de educação inclusiva permanece a de possibilitar a convivência e o aprendizado dentro de um sistema regular de ensino. Também é clara a violação ao art. 58 da Lei n. 9.394/96, o qual define que a educação especial deve ser oferecida de modo preferencial na rede regular e que os serviços de apoio especializado, quando necessários, serão fornecidos nesse sistema.

Nesse sentido, quando oportunizado ao STF se pronunciar sobre a questão da educação inclusiva na ADI nº 5.357/DF, decidiu a Corte que a educação inclusiva deve se dar dentro do ambiente regular de ensino, estando a Lei Brasileira de Inclusão em conformidade com a CRFB/1988. No tocante ao Decreto nº 10.502/2020, duas ações foram ajuizadas (ADI nº 6.950 e ADPF nº 751) com vistas a declará-lo inconstitucional. Por liminar referendada pelo Plenário foi suspensa a eficácia do Decreto, aguardando-se o julgamento em cognição exauriente. O voto vencido, no caso, pela impossibilidade de apreciação de desconformidade de regulamento com a lei em controle abstrato de constitucionalidade, não se sustenta em face de remansos precedentes do Supremo Tribunal Federal. O ato normativo do Poder Executivo se traveste de ato legislativo,

19 “A exclusão significava o banimento total dessas pessoas de qualquer atividade social, por serem consideradas inválidas, incapazes de trabalhar, portanto sem utilidade para a sociedade. O processo de integração objetivava incorporar física e socialmente as pessoas com deficiência e oferecer-lhes os instrumentos existentes para o exercício da cidadania” (ALMEIDA JUNIOR; BARBOZA, 2017, p. 21). Cf., também, (LIMA; RODRIGUES, 2017).

criando institutos e modificando toda uma Política Educacional aplicada há décadas, absorvendo competência normativa de outro poder e, por isso, incorrendo em inconstitucionalidade formal.

REFERÊNCIAS

ADI 6590 STF e o Decreto 10.502/2020: Inclusão Escolar. Cultural OAB. São Paulo: OAB, 2021. 1 vídeo (1:59:00). Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=D9F1c_w0gOY. Acesso em: 18 dez. 2021. Transmitido ao vivo em 19 de mar. de 2021 1:59:00

ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo; BARBOZA, Heloísa Helena. Reconhecimento e inclusão das pessoas com deficiência. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 13, n. 3, p. 17-37, 2017. Disponível em <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/150/142>. Acesso em 10 jan. 2022.

ARGYROPOULOS, Vassilos; HALDER, Santoshi. **Inclusion, equity and access for individuals with disabilities: insights from educators across world**. Singapore: Palgrave Macmillan, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6950. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2020c. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6036507>. Acesso em: 2 jan. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, p. 3, 26 ago. 2009. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/579385>. Acesso em: 28 dez. 2021.

BRASIL. Decreto nº 10.502 de 30 de setembro de 2020. Institui a Política Nacional de Educação Especial: Equitativa, Inclusiva e com Aprendizado ao Longo da Vida. **Diário Oficial da União**, seção 1, Brasília, DF, edição 189, p. 6, 1 out. 2020a. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-10.502-de-30-de-setembro-de-2020-280529948>. Acesso em: 20 dez. 2021.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **PNS 2019: país tem 17,3 milhões de pessoas com algum tipo de deficiência**.

BRASIL. Lei n. 4.024, de 20 de dezembro de 1961. Fixa as Diretrizes e Bases da Educação Nacional. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1129, 27 dez. 1961. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4024-20-dezembro-1961-353722-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 18 dez. 2021.

BRASIL. Lei 7.853 de 24 de outubro de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos

dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1920, 25 out. 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17853.htm. Acesso em: 18 dez. 2021.

BRASIL. Lei n. 9.394 de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 27833, 23 dez. 1996a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm. Acesso em: 18 dez. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, p. 2, 7 jul. 2015. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=13146&ano=2015&ato=c4aUTW65UNVpWT495>. Acesso em: 28 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.239/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, Relator(a) p/ Acórdão Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.152/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno. **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5357/DF, Brasília, DF. **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4818214>. Acesso em: 28 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 72. **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, 1996b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 751, Brasília, DF. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2020b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6036507>. Acesso em: 02 jan. 2022.

CASTRO, Heloísa Vitória. **Educação especial e inclusão de pessoas com deficiência na escola: um olhar histórico-social**. 2007. Disponível em: https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/248/o/1.4.__27_.pdf. Acesso em: 20 dez. 2021.

CEPEDA, Bartolo Pablo Rodríguez. **Metodología jurídica**. Oxford: Oxford University Press, 2006.

COSTA FILHO, Waldir Macieira; LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

DINIZ, Fernanda Paula; SOUZA, Raquel Menezes de. A educação inclusiva no ensino regular no brasil: aspectos legais e desafios a serem enfrentados pela pessoa com deficiência para o efetivo exercício de um direito fundamental. *In*: FREITAS, André Vicente Leite de; DINIZ, Fernanda Paula; RIBEIRO, Thiago Helton Miranda. **Direitos das pessoas com Deficiência: estudos em homenagem ao professor Daniel Augusto Reis**, 2018. p. 85-125.

DOVIGO, Fabio. **Special education needs and inclusive practices: an international perspective**. Rotterdam: Sense Publishers, 2017.

FARIAS, Roseane Rabelo Souza; LOPES, Thais Andrea Carvalho de Figueiredo. As pessoas com deficiência no contexto da educação escolar brasileira. **Revista HISTEDBR On-line**, Campinas, n. 65, p. 228-241, 2005.

GRAHAM, Linda J. **Inclusive education for the 21st century: theory, policy and practice**. London: Routledge, 2020.

GRAHAM, Linda J; JAHNUKAINEN, Markku. ‘Wherefore art thou, inclusion? Analysing the development of inclusive education in New South Wales, Alberta and Finland’. **Journal of Education Policy**, 26: 2, 2011, p. 263-288

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **PNS 2019: país tem 17,3 milhões de pessoas com algum tipo de deficiência**. Disponível em: <[LIMA, Cláudia Araújo; RODRIGUES, Ana Paula Neves. A história da pessoa com deficiência e da educação especial em tempos de inclusão. **Revista Interritórios: Revista de Educação da Universidade Federal de Pernambuco**, Caruaru, v. 3, n. 5, p. 21-33, 2017. DOI: <https://doi.org/10.33052/inter.v3i5.234432>](https://censos.ibge.gov.br/2013-agencia-de-noticias/releases/31445-pns-2019-pais-tem-17-3-milhoes-de-pessoas-com-algum-tipo-de-deficiencia.html#:~:text=Estat%C3%ADsticas%20Sociais-,PNS%202019%3A%20pa%C3%ADs%20tem%2017%2C3%20milh%C3%B5es%20de%20pessoas,com%20algum%20tipo%20de%20defici%C3%Aancia&text=Em%202019%2C%20segundo%20a%20Pesquisa,de%20idosos%20estavam%20nessa%20condi%C3%A7%C3%A3o.>. Acesso em: 21 dez. 2021.</p>
</div>
<div data-bbox=)

LOGUERCIO, Rochele de Quadros; PAULA, Tatiane Estácio de. **A educação da pessoa com deficiência: formação de discursos**. [S. l.: s. n.], 2021. DOI: <https://doi.org/10.1590/SciELOPreprints.2841>

LOPES, Laís de Figueiredo; REICHER, Stella Calmot. **Parecer Jurídico: análise do Decreto nº 10.502/2020 - Instituição da Política Nacional de Educação Especial – Avaliação sobre Retrocessos no Ordenamento Jurídico**. São Paulo: Instituto Alana, 2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações constitucionais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

NUNES, Danilo Henrique Nunes; MONTES NETTO, Carlos Eduardo; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Acessibilidade e cidadania: a pessoa portadora de deficiência e o acesso à justiça em tempos de pandemia. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, v. 24, n. 39, p. 249-276, jan./jun, 2020. DOI: <https://doi.org/10.22171/rej.v24i39.3362>

ROCHA, Luiz Renato Martins *et al.* Análise das sustentações orais da ação direta de inconstitucionalidade da PNEE-2020. **Revista Práxis Educacional**, Salvador, v. 17, n. 46, p. 506-527, 2021. DOI: <https://doi.org/10.22481/praxisedu.v17i46.8857>

SASSAKI, Romeu Kazumi. **Terminologia sobre deficiência na era da inclusão**. [2021]. Disponível em: https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/211/o/TERMINOLOGIA_SOBRE_DEFICIENCIA_NA_ERA_DA.pdf. Acesso em: 21 dez. 2021.

Como citar: CARVALHO, João Victor Carloni de; NETO, José Duarte. As inconstitucionalidades

e os retrocessos do decreto nº 10.502/2020: um estudo acerca do direito à educação inclusiva da pessoa com deficiência. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 2, p. 215-234, out. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n2p. 215. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 31/01/2022

Aprovado em: 15/07/2022

A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS E A CULTURA DO CONSENSO NA JUSTIÇA BRASILEIRA: DO EMPODERAMENTO À CIDADANIA

CONFLICT MEDIATION AND THE CONSENSUS CULTURE IN BRAZILIAN JUSTICE: FROM EMPOWERMENT TO CITIZENSHIP

Dayse Braga Martins*
Larissa Rocha de Paula Pessoa**

*Mestre, doutora, mediadora e conciliadora judicial cadastrada no CNJ. Professora da graduação e pós-graduação em Direito, especialmente DIREITO PROCESSUAL CIVIL, MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO da Universidade de Fortaleza.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4705-0481>
E-mail: daysebragamartins@gmail.com

**Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Pós-graduada em Processo Civil pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Bacharela em Direito pelo Centro Universitário 7 de Setembro – UNI7
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2607-6305>
E-mail: larissarch.adv@gmail.com

Como citar: MARTINS, Dayse Braga; PESSOA, Larissa Rocha de Paula. A mediação de conflitos e a cultura do consenso na Justiça Brasileira: do empoderamento à cidadania. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 2, p. 235-251, out. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n2p.235. ISSN: 1980-511X

Resumo: O conflito é oriundo da própria interação social, sendo-lhe necessário um olhar mais aprofundado do que uma análise processual, deve-se buscar formas pacíficas de solucioná-lo. Nesse contexto, o presente artigo busca investigar se os métodos autocompositivos, além de serem uma alternativa ao acesso à justiça, são também potencializadores do empoderamento e emancipação do indivíduo. Assim, faz-se uma reflexão sobre o conflito, na perspectiva sociológica de Simmel, o direito fundamental ao acesso à justiça, os principais aspectos das mudanças da cultura da judicialização para a cultura da consensualidade, que ensejaram a Resolução nº125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Código de Processo Civil (CPC) e a Lei da Mediação. Dessa forma, a metodologia utilizada na pesquisa é qualitativa, com procedimento analítico e técnicas de pesquisa bibliográfica com livros nacionais e estrangeiros, artigos e documentos (dados secundários), considerados fundamentais para o desenvolvimento do artigo. Por fim, evidencia-se que os métodos autocompositivos emancipam e empoderam as partes, sobretudo, por atribuir uma condição mais ativa para cada indivíduo contribuir para com a solução do conflito e, conseqüentemente, com a justiça e com o desenvolvimento da cidadania ativa.

Palavras-chave: acesso à justiça; métodos consensuais de resolução de conflito; empoderamento do indivíduo; cidadania.

Abstract: Conflicts arise from social interactions, requiring

a more in-depth look that extends beyond a procedural analysis. Additionally, one must seek peaceful ways to resolve these conflicts. Therefore, this paper explores whether self-compositional methods, in addition to being an alternative means to access to justice potentializes an individual's empowerment and emancipation. Moreover, this paper explores conflict from Simmel's sociological perspective, the fundamental right to access to justice, the main aspects of change from the culture of judicialization to the culture of consensus, which inspired Resolution No. 125 of the National Council of Justice (CNJ), the New Civil Procedure Code (NCPC) and the Mediation Law. This study utilizes a qualitative method by applying an analytical procedure and bibliographic research techniques with national and foreign books, articles and documents (secondary data), considered fundamental for the development of the article. Finally, it is evident that self-composing methods emancipate and empower the parties, above all, by assigning a more active condition for everyone to contribute to the solution of the conflict and, consequently, to justice and the development of active citizenship.

Keywords: Access to justice; consensual conflict resolution methods; empowerment of the individual; citizenship.

INTRODUÇÃO

O conflito faz parte da sociedade, encontra-se presente nos grupos sociais, pois os diferentes interesses das pessoas fazem com que surjam sempre novos conflitos. A forma de tratar o conflito, durante muito tempo, teve o Judiciário como a única forma de acesso à justiça, embora ainda possa ser visto como o principal, pode-se perceber uma ruptura de paradigma no acesso à justiça pelo advento da Resolução nº125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), do Código de Processo Civil (CPC) e da Lei da Mediação.

Assim, sobre o tratamento do conflito, deve-se destacar que a sentença resolve o processo, mas não necessariamente soluciona o conflito, pois um olhar sobre o conflito é muito mais aprofundado do que um olhar lançado sobre o processo, por isso, os métodos consensuais de resolução de conflito é uma alternativa de acesso à justiça que deve ser levada em consideração pelos juristas e jurisdicionados.

Atualmente, vive-se numa Sociedade Informacional, em que o conhecimento é facilmente partilhável e acessível, tornando as pessoas mais conscientes sobre os seus direitos e deveres. Essa mudança é fruto de uma evolução social e tecnológica, que se espalha no âmbito jurídico, impulsionando uma formação e/ou mudança do jurista que não se limita ao litígio judicial, mas que vai muito além disso, que possua outras habilidades a serem exercidas, como de consultoria ou mesmo de um gestor de conflito, buscando soluções consensuais para os conflitos sociais.

Dessa maneira, considerando o objeto de estudo da ciência jurídica, as relações sociais e seus conflitos, para refletir sobre os métodos alternativos de solução de conflito, faz-se necessário permear pela Sociologia Jurídica, com ênfase na perspectiva teórica desenvolvida por Georg Simmel, que apresenta uma visão do conflito como uma forma de interação humana presente na sociedade, uma vez que a divergência de interesses fazem parte da própria estrutura do grupo social.

Sendo assim, pretende-se como objetivo geral analisar e compreender as formas de soluções consensuais de conflitos (mediação e conciliação), e como objetivos específicos examinar o direito de acesso à justiça, cultura de soluções consensuais e o empoderamento das partes. Para tanto, o presente artigo busca discutir se os métodos de solução consensuais de conflito, além de serem uma via de acesso à justiça, contribuem para autonomia do indivíduo.

Desse modo, será abordado o conflito e o acesso à justiça; em seguida, analisar-se-ão os métodos de resoluções consensuais de conflitos, mediação e conciliação, por meio das alterações promovidas pelo Código de Processo Civil- CPC/15 (BRASIL, 2015a), bem como a Lei da Mediação (BRASIL, 2015b), destacando-se a política pública inserida pela Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2010); e, por último, faz-se uma reflexão sobre o empoderamento do indivíduo diante dos métodos de soluções consensuais de conflitos e do acesso à justiça.

Por fim, quanto à metodologia utilizada, a pesquisa é qualitativa, com procedimento

analítico e técnicas de pesquisa bibliográfica com livros nacionais e estrangeiros, artigos e documentos (dados secundários), considerados fundamentais para o desenvolvimento do artigo.

1 O CONFLITO E O ACESSO À JUSTIÇA

A sociedade é um grupo social, em que os indivíduos que a compõe possuem interesses distintos e que podem ser conflituosos entre si, pois o conflito é inerente ao convívio do ser humano em sociedade, uma vez que as relações sociais são suscetíveis de provocá-los pela diversidade de opiniões, pensamentos e interesses divergentes encontrados nos seres humanos.

É comum associarem o conflito a algo de ruim ou negativo, no entanto, a perspectiva sociológica de Simmel (2010, p. 67, tradução nossa?) “[...] revelou diferentes formas de unificação entre as partes envolvidas em um conflito: diferentes misturas de antítese e síntese, que se desenvolvem umas com as outras, com limitações e forças mútuas.”¹

Nesse aspecto, a presença de diferentes interesses dentro da própria estrutura social, possibilita a criação e existência de conflitos sociais como um processo associativo, sendo: “Toda a organização da vida urbana repousa sobre uma gradação extremamente variada de simpatias, indiferenças e aversões, momentâneas e duradouras.” (SIMMEL, 2010, p. 21, tradução nossa?).²

Conforme Cheron, Zanella e Moya (2019, p. 705), o sociólogo Simmel “[...] situa os conflitos enquanto fatores de progresso e desenvolvimento, na medida em que obrigam a sociedade à superação de situações de contingência, produzindo realizações consideráveis, não verificáveis em circunstâncias de aparente harmonia coletiva.”

Desse modo, analisar o conflito apenas como algo negativo é equivocado, por ignorar a possibilidade de se retirar algo de positivo dele, visto que “[...] o conflito não é algo que deva ser encarado negativamente, mesmo sendo impossível uma relação interpessoal plenamente consensual. Isso porque, cada pessoa é dotada de uma originalidade única, com experiências e circunstâncias existenciais personalíssimas.” (GUEDES, 2019, p. 55).

Os conflitos também contribuíram para vários avanços sociais, conforme Simmel (2010, p. 17, tradução nossa?): “Se toda interação entre homens é socialização, o conflito, que não pode ser logicamente reduzido a um único elemento, é uma das formas mais intensas de socialização.”³ Pode-se destacar no pensamento do autor que nas relações sociais, até mesmo as mais harmoniosas e com afinidade, são todas passíveis de gerar conflitos, por ser algo inerente a humanidade, sendo um forte fator de aprimoramento das relações sociais, consistindo numa verdadeira forma de socialização.

Segundo Cheron, Zanella e Moya (2019, p. 706), Simmel apresenta uma visão de que o

1 Original: “[...] ha revelado distintos modos de unificación entre las partes implicadas en un conflicto: distintas mezclas de antítesis y síntesis, que se construyen unas sobre otras, con limitaciones y potencias mutuas” (SIMMEL, 2010, p. 67).

2 Original: “Toda la organización de la vida urbana descansa en una gradación extremadamente variada de simpatías, indiferencias y aversiones, tanto momentáneas como duraderas.” (SIMMEL, 2010, p. 21).

3 Original: “Si toda interacción entre los hombres es socialización, entonces, el conflicto, que no puede reducirse lógicamente a un solo elemento, es una forma de socialización, y de las más intensas” (SIMMEL, 2010, p.17).

conflito seria composto por elementos positivos e negativos, ambos indissociáveis, sendo essencial para o desenvolvimento da sociedade. “O conflito não é, portanto, patológico, nem destruidor da estruturação social. Ao contrário, o conflito é uma sociação, ocorrência imprescindível para que a sociedade aconteça, de formas associativas ou dissociativas.” (CHERON, ZANELLA; MOYA, 2019, p. 707).

Desse modo, assimilado que o conflito é algo natural e que faz parte da estrutura social, a questão que se coloca é de como lidar com ele. Para tratar o conflito, é necessário à sua compreensão, pois “[...] quando compreendemos a inevitabilidade do conflito, somos capazes de desenvolver soluções autocompositivas. Enquanto que, quando o demonizamos ou não o encaramos com responsabilidade, a tendência é que se converta em confronto e violência.” (GUEDES, 2019, p. 56).

No Brasil, para solucionar os conflitos os interessados podem ingressar no Judiciário ou buscar meios alternativos. O enfoque, agora, recai sobre o acesso à justiça, observa-se que a justiça brasileira possui características do sistema romano-germânico, sendo o sistema processual civil, historicamente, pautado numa estrutura de poder de superioridade do papel do magistrado, além de ser marcado pelo formalismo e pela burocracia (MARTINS, 2017, p. 18).

A sociedade está habituada a levar seus conflitos para os tribunais em busca da prestação jurisdicional (ou seja, a ‘judicialização do conflito’), por acreditar que o Poder Judiciário é a única fonte de acesso à Justiça: uma verdadeira cultura do litígio que culminou com a crise do Judiciário que, com um número excessivo de processos, está cada vez mais moroso e ineficiente (GUEDES, 2019, p. 56).

Após a redemocratização do país e com a Constituição do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988), marcaram-se o início do fortalecimento dos direitos fundamentais e a transformação paulatina da cultura da jurisdição (MARTINS, 2017, p. 18). Sendo durante a segunda metade da década de 1990, que se iniciou a difusão dos meios consensuais de conflito, de forma alternativa ao Poder Judiciário:

Ainda na segunda metade da década de 1990, os meios consensuais de solução de conflitos começaram a se difundir, sobretudo extrajudicialmente, como política pública dos Estados, por meio de Defensorias Públicas, Ministério Público e Instituições de Mediação e Arbitragem, que fizeram parte do movimento então denominado de alternativo ao Poder Judiciário, o qual não mais satisfazia seus jurisdicionados na promoção da justiça (MARTINS, 2017, p.19).

Diante desse cenário, os métodos alternativos e a judicialização do conflito passaram a ser vistos “[...] com a missão de socorrer o judiciário e desafogá-lo de processos” (LUZ; SAPIO, 2017, p. 11). Isso porque a desjudicialização contribui para reduzir as demandas e para desobstrução da justiça, mas não se limita a esses aspectos, uma vez que também proporciona a ampliação do acesso à justiça, que deixa de ser exclusivo do Poder Judiciário, embora ainda seja predominante, e passa a ter vias alternativas de resolução do conflito.

Além disso, a cultura da solução pacífica dos conflitos corrobora com o Objetivo para o Desenvolvimento Sustentável 16 da Organização das Nações Unidas (ODS 16 da ONU), que trata da: “Paz, Justiça e Instituições Eficazes. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todas e todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis.” (ONU, c2022). Nesse aspecto, segundo Guedes (2019, p. 56), “[...] a paz é um bem precariamente conquistado por pessoas e sociedades que aprendem a abordar o conflito de forma consciente e madura.”

Em relação ao “acesso à justiça” no Brasil, vale ressaltar as críticas realizadas por Boaventura de Sousa Santos (2009, p. 205) sobre a justiça oficial do Estado, ao relatar o tratamento dos conflitos em Pasárgada⁴, consistindo numa justiça paralela à justiça estatal, trazendo à tona uma estrutura de pluralismo jurídico, sendo um verdadeiro sistema informal.

Verifica-se que em Pasárgada, a forma de prevenir e resolver os conflitos possui algumas características destacadas pelo autor, tais como o não profissionalismo, a acessibilidade, o modo participativo e consensual. O líder da comunidade, em grande parte dos casos, exerce simbolicamente o papel de um mediador ou conciliador, embora não detenha o conhecimento técnico, tenta proporcionar o diálogo entre as partes para solucionar o problema (SANTOS, 2009).

O referido autor evidencia uma autoconsciência das pessoas de Pasárgada, em respeitar aquela solução “mediada” ou mesmo decidida pelo líder da comunidade, apresentando uma posição que legitima a sua postura em relação a própria comunidade. Expõe, ainda, a dificuldade ao acesso à justiça brasileira por cidadãos daquela comunidade do Rio de Janeiro, que também pode ser percebida em outros lugares do país, recorrendo-se a uma justiça paralela para resolver os conflitos, em que o representante da comunidade soluciona a grande parte dos conflitos de forma consensual e participativa, sendo respeitada a decisão pelos membros da comunidade. A respeito disso, para atender e solucionar conflitos comunitários, surgiu a mediação extrajudicial comunitária, de acordo com Martins (2017, p. 37):

A mediação de conflitos comunitária configura-se como eficiente mecanismo de exercício da cidadania, pacificação e inclusão social, indo além do acesso à justiça em qualquer de suas instâncias, formal ou material. A mediação comunitária caracteriza-se por ter mediadores voluntários, majoritariamente pessoas da própria comunidade mediada e de confiança destas (1º eixo), ou caracteriza-se por ser desenvolvida por instituições públicas sem fins lucrativos (2º e 3º eixos), ambos os casos no âmbito extrajudicial. Diante dos três eixos de mediação comunitária, ressalta-se mais uma vez a necessidade de cada âmbito de atuação da mediação ter especificado o programa de formação do mediador e definidas técnicas para orientação do processo de mediação.

Sendo assim, quando se trata de acesso à justiça, é um equívoco atribuir apenas ao Judiciário brasileiro. A judicialização do conflito pela cultura do litígio tornou o Judiciário moroso, sendo um dos fatores da crise da justiça. A desjudicialização para Guedes (2019, p. 60) “[...] traz

4 Nome fictício dado pelo autor Boaventura de Sousa Santos a uma das favelas da cidade do Rio de Janeiro, em 1970, que foi tratada na obra *Sociología Jurídica Crítica Para Un Nuevo Sentido Común En El Derecho*.

inúmeras alternativas para aliviar o Judiciário em face da progressiva litigiosidade das relações sociais, em um mundo cada vez mais complicado e que está em constantes transformações.”

Além disso, é preciso levar em consideração as transformações provocadas pela globalização e tecnologias da informação, que deram origem a “sociedade em rede” que, conforme Castells (2005, p. 17), consiste numa “[...] estrutura baseada em redes operadas por tecnologias de comunicação e informação fundamentadas na microelectrónica e em redes digitais de computadores que geram, processam e distribuem informação a partir de conhecimento acumulado.”

Destaca-se que a forma de interação e comunicação social se modificaram juntamente com os avanços tecnológicos, o que permite haja conexão entre pessoas de diferentes lugares, de forma simultânea, por meio da facilidade na comunicação na rede mundial de computadores.

Dessa forma, com as transformações tecnológicas tornou-se mais fácil a comunicação e interação social, por outro lado, nesse novo cenário das relações sociais, também, tornou mais fácil o surgimento de conflitos que perpassam as fronteiras, agregando uma complexidade. Observa-se que na “modernidade líquida” de Bauman (2001), a sociedade é marcada pela instantaneidade, em que o tempo é importante e não pode ser desperdiçado, ao contrário do espaço que se mostra irrelevante. Com isso, acabam surgindo novos direitos substantivos, novos tipos de conflitos, bem como novas formas de resoluções *Online Dispute Resolution (ODR)*.

Lima e Feitosa (2016, p. 54) esclarecem que a *ODR* consiste na utilização da tecnologia da informação na solução do conflito e que esse modelo pode ser utilizado por métodos como “[...] a arbitragem, a mediação, a conciliação ou a negociação, que o fazem por intermédio de ferramentas automatizadas (total ou parcialmente).”

Além do mais, as soluções para os conflitos, a depender da complexidade, deverá ter uma duração razoável, a morosidade processual torna o ingresso no Judiciário desvantajoso e, simultaneamente, os métodos alternativos mais atrativos para os interessados. “Possibilitando com que os resultados sejam alcançados de forma célere, que satisfaça ambos os lados envolvidos na lide, antes de aprofundar a questão dentro do seio do judiciário, entrando na fila de espera processual para que venha a ter um resultado, apenas em alguns anos.” (LUZ; SAPIO, 2017, p. 11).

Todavia, a mudança de paradigma da cultura do litígio judicial para a cultura da solução consensual de conflitos, não ocorre de forma brusca, essa mudança na cultura se desenvolve de forma gradual. Dessa forma, a possibilidade de buscar métodos alternativos para tratar o conflito e resolvê-lo por mediação ou conciliação, judiciais ou extrajudiciais, com um papel mais ativo entre as partes, amplia o acesso à justiça, sendo conforme Cappelletti e Garth (1988, p. 12-13):

Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios. Eles precisam, conseqüentemente, ampliar sua pesquisa para mais além dos tribunais e utilizar os métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e ademais, aprender através de outras culturas. O ‘acesso’ não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.

Diante da crise do Judiciário e com o crescimento dos mecanismos consensuais de conflitos, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2010), por meio da Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses. Posteriormente, o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) (BRASIL, 2015a) incluiu a mediação e a conciliação como fundamentos do direito processual civil, seguida da Lei da Mediação que disciplinou a mediação judicial e extrajudicial, possibilitando um alargamento das formas de acesso à justiça.

Por fim, observa-se que a mudança da cultura da judicialização para a cultura do consenso ocorre de forma gradual e não de forma brusca, pois ainda há um grande número de litígios judiciais, de acordo com os dados obtidos e divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no relatório “Justiça em Números de 2020”, demonstrou que “O Poder Judiciário finalizou o ano de 2019 com 77,1 milhões de processos em tramitação, que aguardavam alguma solução definitiva. Desses, 14,2 milhões, ou seja, 18,5%, estavam suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório, e esperavam alguma situação jurídica futura” (CNJ, 2020, p. 93).

Apesar do nível de litigiosidade ainda ser alto, o relatório registrou que: “Em 2018, pela primeira vez na última década, houve de fato redução no volume de casos pendentes, com queda de quase um milhão de processos judiciais. Em 2019, a redução foi ainda maior, com aproximadamente um milhão e meio de processos a menos em tramitação.” (CNJ, 2020, p. 93).

Sendo assim, considerando as transformações sociais, percebe-se a necessidade de mudança na tratativa dos conflitos sociais, partindo-se da cultura do litígio para a cultura da paz. Nesse aspecto, a desjudicialização do conflito possibilita à abertura de outros caminhos para alcançar à justiça além do Judiciário, por meio das soluções consensuais de conflito, tais como mediação e conciliação, que serão abordadas à seguir.

2 OS MÉTODOS DE RESOLUÇÕES CONSENSUAIS DE CONFLITO: MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

A cultura do litígio e a morosidade no trâmite processual são fatores que agravam à crise do Judiciário refletindo no próprio acesso à justiça. Nesse cenário, a visão sobre o acesso à justiça é ampliada, permitindo outras vias para além da judicialização do conflito, tais como a mediação e a conciliação.

A transformação da cultura adversarial da justiça brasileira e a construção de uma cultura da consensualidade do conflito tiveram como um marco o advento da Resolução nº 125 de 29/11/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2010) que instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, visando a disseminação da cultura de pacificação social. Sendo competência do CNJ, “[...] organizar programa com o objetivo de promover ações de incentivo à autocomposição de litígios e à pacificação social por meio da conciliação e da mediação”, conforme descreve o art. 4º da

referida norma (CNJ, 2010).

Diante desse cenário, o Código de Processo Civil de 2015 inovou ao estabelecer o sistema multiportas para a solução de conflitos, ampliando, assim, o acesso à justiça por meios alternativos ao Poder Judiciário.

Conforme Didier Júnior (2017, p. 185), “[...] o CPC ratificou a consagração de um sistema de justiça multiportas.” Desse modo, a justiça passa a ter diversas portas de acesso, por meio dos métodos alternativos que podem ser autocompositivos, quando a solução se desenvolve por meio do diálogo e negociação entre as partes com ajuda de um terceiro sem poder decisório, ou heterocompositivos, quando cabe a um terceiro decidir o conflito entre as partes.

A vontade do sujeito, assim, prepondera sobre a possível substituição pela vontade do estado-juiz. O determinante da conduta humana, na autocomposição, aloca-se no referencial interno da ética. Já na alternativa heterocompositiva da jurisdição, o comportamento do indivíduo se referencia de forma heterônoma, pela externalidade da norma jurídica, que lhe é imposta, inclusive, por meio dos mecanismos coercitivos do Estado (CHERON; ZANELLA; MOYA, 2019, p. 719).

Nesse sentido, Didier Júnior (2017, p. 174) explica que a jurisdição “[...] é técnica de solução de conflitos por heterocomposição: um terceiro substitui a vontade das partes e determina a solução do problema apresentado”, já a autocomposição é “[...] a forma de solução do conflito pelo consentimento espontâneo de um dos contendores em sacrificar o interesse próprio, no todo ou em parte, em favor do interesse alheio. É a solução altruísta do litígio.” (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 187).

Além disso, ressalta-se que o CPC/15 alinhou-se às diretrizes da Resolução nº 125/2010 do CNJ, ao prevê-lo no seu art. 3º, § 2º que: “O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” (BRASIL, 2015a).

Dessa forma, os juízes, os advogados, os defensores públicos e os membros do Ministério Público devem estimular a solução consensual de conflitos por mediação, conciliação, bem como outros métodos alternativos ao judicial, conforme o art. 3º, § 3º, do CPC/15. Segundo Didier Júnior (2017, p. 187): “O sistema do direito processual civil brasileiro é, enfim, estruturado no sentido de estimular a autocomposição”, tornando evidente a promoção da cultura da consensualidade na resolução dos conflitos.

A mediação é um método utilizado quando as partes possuem um vínculo ou relação anterior a controvérsia, em que os próprios interessados encontram a solução do problema consensualmente, com a colaboração de um terceiro imparcial, que apenas facilita o diálogo e não possui poder decisório.

A Lei da Mediação dispõe no art. 1º, parágrafo único, que: “Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.”

(BRASIL, 2015b).

O papel do mediador não é decisório, mas sim de estimular as partes na identificação do problema e auxiliar no diálogo entre elas para o desenvolvimento de soluções consensuais, cabendo a decisão aos próprios interessados. Nesse sentido, Guedes (2019, p. 56) diz que: “A mediação conceitua-se como sendo a conduta pela qual um terceiro aproxima as partes conflituosas, auxiliando-as e, até mesmo, instigando a composição, que há de ser decidida pelas próprias partes.”

A mediação revela-se, assim, procedimento autocompositivo de gerenciamento ético dos conflitos; tem como cerne uma característica que a diferencia do tratamento judicializado dos litígios: os sujeitos envolvidos no conflito controlam e produzem a forma como este será tratado. A sua vontade não é substituída pela vontade do Estado-juiz, que interpreta e aplica o direito positivado. O referencial do gerenciamento do conflito é a ética intrínseca aos sujeitos, e não à norma exógena. Assim, o ser humano é centralizado no escopo da justiça e por meio de práticas emancipatórias de subjetividades emergentes e participativas dos novos atores relevantes do universo jurídico que, ao direcionarem suas demandas habituais e regulares para o gerenciamento a partir do referencial ético, criam direito e constroem cidadania (CHERON; ZANELLA; MOYA, 2019, p. 717-718).

Nesse método, o mediador deve agir com imparcialidade para mediar o conflito, possuindo a função de estimular a comunicação entre as partes, sempre em busca do entendimento e do consenso. A função do terceiro é de ser o “[...] facilitador da resolução do problema, contribuindo para o restabelecimento ou manutenção da comunicação entre as partes para que se possam chegar à solução da controvérsia que gerou o conflito.” (GUEDES, 2019, p. 57).

A mediação não tem como objetivo primordial o acordo, e sim a satisfação dos interesses, dos valores e das necessidades das pessoas envolvidas na controvérsia. As pessoas passam, de forma emancipada e criativa, a resolver um conflito pelo diálogo cooperativo, na construção da solução como, por exemplo, na área de família (GUEDES, 2019, p. 57).

Ademais, a Lei de Mediação (BRASIL, 2015b) estabelece alguns requisitos para os mediadores, extrajudiciais e judiciais, no seu art. 9º diz que poderá ser mediador extrajudicial “[...] qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se.” Em relação aos mediadores judiciais, a referida Lei dispõe no art. 11 que poderá atuar a pessoa capaz, que possua graduação, em no mínimo dois anos, em curso superior reconhecido pelo Ministério da Educação – MEC e que “[...] tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM ou pelos tribunais” em conformidade com os requisitos do CNJ em conjunto com o Ministério da Justiça (BRASIL, 2015b).

Nesse aspecto, para ampliação do conhecimento técnico, nos métodos autocompositivos, pode-se utilizar a abordagem de negociação desenvolvida por Ury, Fisher e Patton (2005), que

separa as pessoas do conflito, valorizando e trabalhando as emoções presentes na situação, buscar compreender os interesses em questão, bem como possibilita a criação de cenários de ganhos mútuos entre os interessados.

A conciliação difere da mediação, uma vez que o conciliador pode adotar uma postura mais ativa para auxiliar as partes na solução do conflito, podendo fazer sugestões de acordos, mas, mantendo-se imparcial em relação ao conflito, além disso, é utilizada preferencialmente quando as partes envolvidas no conflito não possuem um vínculo ou relação anterior a ele.

Todavia, para Didier Júnior (2017, p. 308): “A diferença entre a conciliação e a mediação é sutil – e talvez, em um pensamento analiticamente mais rigoroso, inexistente, ao menos em seu aspecto substancial. A doutrina costuma considerá-las como técnicas distintas para a obtenção da autocomposição.”

Diferenciam-se mediação e conciliação tão somente quanto aos tipos e peculiaridades de conflitos que visam solucionar, e conseqüentemente quanto às ferramentas para condução do processo, ou seja, técnicas para o desenvolvimento do processo dialético e dialogado. Assim, mediação e conciliação unem-se em torno das características de uma mesma classe: a dos meios autocompositivos de conflito (MARTINS, 2017, p. 34-35).

Sobre a conciliação, Guedes (2019, p.57) afirma que esse método “[...] vem sendo utilizado, amplamente no processo civil, e especialmente, na Justiça do Trabalho e nos Juizados Especiais. A conciliação poderá oportunizar um acordo livre e responsável, portanto com maior possibilidade de cumprimento.”

Dessa forma, os métodos de resolução consensual de conflito autocompositivos, a mediação e a conciliação, “[...] caracterizam-se pela participação ativa das partes envolvidas no conflito, ao atribuir-lhes o poder decisório historicamente de tutela do Poder Judiciário” (MARTINS, 2017, p. 22). Quanto à função dos mediadores e conciliadores, estes atuam em conformidade com os princípios fundamentais, tais como a confidencialidade, o respeito à ordem pública e às leis vigentes, o empoderamento e a validação, previstos na Resolução nº 125/2010, do CNJ (GUEDES, 2019, p. 57).

Assim, a mudança da cultura do litígio para a cultura do consenso revela-se uma mudança na própria relação de poder entre os atores do processo judicial, possibilitando a emancipação e empoderamento das partes na construção da solução do conflito, o que será analisado a seguir.

3 O EMPODERAMENTO DO INDIVÍDUO NA SOLUÇÃO DO CONFLITO

O processo judicial apresenta uma estrutura hierarquizada, uma vez que é função do Estado-juiz decidir o litígio e das partes cooperar com o processo, respeitando o contraditório, o devido processo legal e outros princípios fundamentais. Já, nos métodos autocompositivos, mediação e conciliação, a relação entre as partes interessadas é horizontal, buscam solucionar o conflito por meio do diálogo e do consenso, prevalecendo a autonomia da vontade.

Nesse sentido, ressalta-se que “[...] os meios autocompositivos são, em sua essência, mecanismos cooperativos, no sentido de trazer participação das partes envolvidas para que colaborem para um diálogo equilibrado e esclarecedor, com o objetivo comum de solucionar o conflito.” (POMPEU; MARTINS, 2018, p.104).

A mediação e a conciliação, “[...] caracterizam-se pela participação ativa das partes envolvidas no conflito, ao atribuir-lhes o poder decisório historicamente de tutela do Poder Judiciário.” (MARTINS, 2017, p. 22). Desse modo, constitui uma ampliação e efetivação do direito fundamental ao acesso à justiça, o deslocamento do poder decisório do Estado-juiz para as partes, como um instrumento de desenvolvimento da cidadania e do empoderamento do indivíduo, em consonância com o princípio da autonomia da vontade e com o Estado Democrático de Direito.

No lugar de apenas um direito elaborado, interpretado e aplicado dentro da lógica hierárquica do monismo estatal, as demandas da contemporaneidade requerem a construção da horizontalidade. Tanto os sujeitos, com seus conflitos e interesses, quanto os potenciais positivos de crescimento social daí advindos e o reconhecimento da normalidade do próprio conflito exigem um tratamento inclusivo do indivíduo no panorama jurídico. Assim, para erguer um novo paradigma, é preciso romper os modelos vigentes, buscando compor a emancipação que permita aos indivíduos conceberem e expressarem suas identidades, enquanto condição de liberdade, autodeterminação e alteridade (CHERON; ZANELLA; MOYA, 2019, p. 718).

Nesse aspecto, o gerenciamento do conflito por meio dos métodos autocompositivos, tornam as partes protagonistas no desenvolvimento da solução do litígio, atribuindo uma participação ativa e contribuindo na emancipação e empoderamento dos indivíduos, sendo estes responsáveis pela construção da decisão.

Compreende-se que a solução negocial não é apenas um meio eficaz e econômico de resolução de litígios: trata-se de importante instrumento de desenvolvimento da cidadania, em que os interessados passam a ser protagonistas da construção da decisão jurídica que regula as suas relações. Neste sentido, o estímulo à autocomposição pode ser entendido como um reforço da participação popular no exercício do poder, no caso, o poder de solução dos litígios. Tem, também por isso, forte caráter democrático. O propósito evidente é tentar dar início a uma transformação cultural, da cultura da sentença para a cultura da paz (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 305).

Ademais, quanto aos princípios que norteiam a mediação, encontram-se estabelecidos no art. 2º da Lei de Mediação, que são: a imparcialidade do mediador; isonomia entre as partes; oralidade; informalidade; autonomia da vontade das partes; busca do consenso; confidencialidade; e a boa-fé. Nesse sentido, o Código de Processo Civil disciplinou no seu art. 166, que: “A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada” (BRASIL, 2015a).

Dentre o bojo de princípios mencionados, destaca-se o princípio da autonomia da vontade, que possibilita as partes definirem, inclusive, regras procedimentais, conforme o art. 166, § 4º do CPC/15 (BRASIL, 2015a). Revelando-se, portanto, o incentivo ao empoderamento e a emancipação dos interessados para dirimir seus conflitos, possibilitando uma ressignificação do procedimento e permitindo adaptá-lo às necessidades e circunstâncias do caso. Esse fomento e respeito à autonomia das pessoas significa segundo Sales (2016, p. 976), que:

As pessoas precisam ter consciência e exercer sua autonomia, respeitando a autonomia do outro. Quando a pessoa limita sua própria autonomia (autolimite) gera um sentimento de frustração em si mesma e a descrença em sua habilidade para negociar. Quando a pessoa extrapola sua autonomia e invade a do outro, impondo situações não dialogadas, a confiança é mitigada, uma situação de desconforto ou insatisfação é gerada, o que dificulta ou impossibilita a negociação. O desafio está em expandir a sua autonomia sem invadir a autonomia do outro.

Assim, quando se trata do empoderamento do indivíduo, no âmbito das soluções autocompositivas de conflito, significa dizer que as partes possuem um poder decisório, mas também uma relação horizontal, sendo interessante buscar desenvolver ideias e construir uma solução de forma mais participativa, interativa, criativa, dinâmica e sustentável. De acordo com Sales (2016, p. 977), “[...]é interessante desenvolver ideias em conjunto. Ideias múltiplas podem ajudar a chegar a situações criativas, sendo interessante perceber o equilíbrio dessas ideias, pois soluções em quantidade demasiada podem atrapalhar as negociações”.

A emancipação e empoderamento do indivíduo refletem no desenvolvimento da cidadania ativa, a partir da conscientização das pessoas sobre seus direitos e deveres, sobretudo, como solucionar os conflitos de forma pacífica e consensual, criando uma decisão baseada no diálogo entre os interessados, contando com as funções do mediador ou conciliador para o gerenciamento do problema, mas sendo responsabilidade das partes a construção da solução do conflito.

A conscientização dos indivíduos sobre os direitos e deveres é transformadora, no sentido individual, relacionado à emancipação do ser humano e, no sentido social, com formação de cidadãos mais ativos. Pode-se dizer que existe uma conexão entre o empoderamento individual e a cidadania ativa, formando cidadãos com opiniões esclarecidas, com um maior envolvimento nos assuntos políticos, sociais e econômicos, contribuindo, assim, para a legitimidade do sistema democrático e na melhoria do contexto social do país.

A cidadania participativa na promoção, inclusão e efetividade dos direitos, bem como, nos processos decisórios e tomadas de decisão, deliberações em geral que dizem respeito aos anseios sociais, refletem e corroboram com a democracia.

Além disso, buscando-se evidenciar e estimular o desenvolvimento do “diálogo” social, nota-se a abertura de espaços de participação corpo social na solução de litígio pela manifestação das classes, representantes de movimentos sociais, grupos sociais, *experts*, na via judicial, contribuindo de modo argumentativo na formação do *decisum*, por meio, *amicus curie*, tratando-se de uma forma de “diálogo” com representantes para contribuir com a tomada de decisão do

juiz. Pode ser compreendido também como uma abertura dialógica de participação social, porém diversa da forma de diálogo que é desenvolvido na mediação e conciliação.

A cultura da solução pacífica de conflitos colabora com o desenvolvimento do protagonismo das partes, conseqüentemente, coopera para um avanço da participação social sobre questões pertencentes à própria sociedade. Dessa forma, quando existe uma participação direta na tomada de decisão, “de maneira que o consenso atingido reflete a vontade livre, consciente e amadurecida dos envolvidos, exercendo uma democracia participativa plena, sem mitigações ou obstáculos, o que repercutirá diretamente na qualidade de vida” (RANGEL, 2017).

Portanto, há um rompimento com o status *a quo*, pelas mudanças promovidas a partir da Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de Interesse implementada pelo CNJ, aliada às inovações introduzidas pelo Código Processual Civil de 2015, para que os cidadãos busquem solucionar seus conflitos, saiam da condição passiva de jurisdicionado para uma participação ativa na solução de seus conflitos. Esse protagonismo das partes, além de fortalecer o exercício da cidadania e da democracia, busca efetivar o direito fundamental ao acesso à justiça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A forma de lidar com o conflito se transforma, quando passa a ser compreendido pela sociedade, isto é, quando as pessoas deixam a concepção negativa sobre o conflito e passam a encará-lo como algo natural e inerente à vida em sociedade, buscando resolvê-lo de forma mais evoluída, sem se recorrer ao uso de violência, mas sim baseado no diálogo e na pacificação social.

Desse modo, a ampliação e democratização do acesso à justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), possibilita ao cidadão a escolha das múltiplas “portas” para acessá-la, buscando efetivar seus direitos e de dirimir seus problemas. Nesse aspecto, a adoção do sistema multiportas pelo Código de Processo Civil de 2015 evidenciou a busca da paz social, estimulando os métodos consensuais de resolução de conflitos.

Além disso, observa-se no sistema do processo judicial que, geralmente, resolver o litígio não significa necessariamente solucionar o conflito, o que se tem, normalmente, é uma decisão feita por terceiro com a cooperação das partes, em que uma parte é vencedora e outra é vencida. Diferentemente, dos métodos autocompositivos, que buscam resolver o conflito e proporcionar a harmonia entre as partes interessadas. São simples técnicas informais para o gerenciamento do conflito, são soluções mais rápidas e mediadas que restabelecem ou proporcionam o elo entre as partes, por meio do aprofundamento nas razões/raízes dos conflitos.

Tais mudanças que foram consolidadas no CPC/15 são fruto de conquistas em prol da pacificação social e do acesso à justiça, introduzidas no sentido de melhorar e modernizar o processo, com a finalidade de reduzir a sobrecarga dos tribunais e estimular a cultura da consensualidade.

Diante desse cenário de mudança para a cultura do consenso, deve-se destacar alguns fatores como o fator econômico, o tempo, os desgastes físico e emocional, entre outros que

influenciam as partes optarem por vias alternativas, para buscar seus direitos e resolvê-los de forma dialogada, principalmente, porque é marcado pelo uso de uma linguagem informal e acessível, o que facilita a compreensão das partes.

Além disso, verifica-se que a tendência com o avanço tecnológico e surgimento de novos direitos substantivos, fazendo com que as formas de solução de conflitos acompanhem essas inovações, dando origem a ODR's, em que se observa técnicas de mediação e conciliação, bem como a busca para solucionar os problemas de forma pacífica e sem judicializá-los.

Sendo assim, embora culturalmente, a judicialização do conflito tenha prevalecido e, ainda, prevaleça no Brasil, em que as pessoas submetem seus problemas ao Poder Judiciário. Nesse ponto, destaca-se a importância da informação, educação e o impacto tecnológico, pois a perspectiva é que, dentro da sociedade da informação, as pessoas passem a ter conhecimento ou noção dos seus direitos e deveres, além disso, conheçam também, as vias alternativas para solucionar conflitos, uma vez que o acesso à informação contribui com o desenvolvimento da cidadania, com a autonomia do indivíduo e reflete no acesso à justiça.

Portanto, a autocomposição engrandece o sistema de justiça pela abordagem que é feita do conflito, visto que a decisão não recai sobre os sujeitos do conflito, na realidade, é por eles construída de forma dialogada e consensual, qualificada pela autonomia da vontade, por meio dos métodos da autocomposição, mediação e conciliação, bem como conseguindo acompanhar os avanços tecnológicos e sociais. Por isso, tais métodos emancipam e empoderam as partes, sobretudo, pela condição mais ativa de cada indivíduo na contribuição para solução do conflito e, conseqüentemente, com a justiça e com o desenvolvimento da cidadania ativa.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, ano 152, n. 51, p. 1, 17 mar. 2015a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 24 out. 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, ano 126, n. 191-A, p. 1, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 24 out. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, n. 121, p. 4, 26 jun. 2015b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Acesso em: 24 out. 2022.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede: do conhecimento à política. In: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (org.). *A sociedade em rede: do conhecimento à ação política*. Belém: Imprensa Nacional, 2005.

CHERON, Cibele; ZANELLA, Cristine Koehler; MOYA, Mauricio Assumpção. Ética, alteridade e autocomposição: um referencial de manejo dos conflitos em prol da emancipação dos indivíduos. *Dilemas, Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 3, p. 697-723, 2019. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/view/17850/20898>. Acesso em: 24 out. 2022.

CNJ - CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2020: ano-base 2019*. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 24 out. 2022.

CNJ - CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010*. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília: CNJ, 2010. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_125_29112010_03042019145135.pdf. Acesso em: 24 out. 2022.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil: parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

GUEDES, Denyse Moreira. O acesso à justiça através dos novos métodos de resolução de conflito: o empoderamento do indivíduo. In: FREITAS, Gilberto Passos de; YAGHSISIAN, Adriana Machado; CARDOSO, Simone Alves (org.). *Métodos consensuais para solução de conflitos: abordagens multidisciplinares em torno da paz*. Santos: Editora Universitária Leopoldianum, 2019. p. 55-64. Disponível em: <https://www.unisantos.br/wp-content/uploads/2019/06/metodos-consensuais-v2.pdf>. Acesso em: 24 out. 2022.

LIMA, Gabriela Vasconcelos; FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira. Online dispute resolution (ODR): a solução de conflitos e as novas tecnologias. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 50, p. 53-70, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.17058/rdunisc.v3i50.8360>. Acesso em: 24 out. 2022.

LUZ, Eduardo Silva; SAPIO, Gabriele. Métodos alternativos de resolução de conflitos e a problemática do acesso à justiça em face da cultura do litígio. *Interfaces Científicas Direito*, Aracaju, v. 6, n.1, p. 9-22, 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Interf-Dir_v.06_n.1.02.pdf. Acesso em: 24 out. 2022.

MARTINS, Dayse Braga. *A jurisdição no contexto da constitucionalização do direito e a instituição do novel princípio da consensualidade: análise da indispensável requalificação de mediadores e conciliadores judiciais dentre as profissões jurídicas*. 2017. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2017.

ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Objetivo de desenvolvimento sustentável*

16: paz, justiça e instituições eficazes. Brasília: ONU, c2022. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/16>. Acesso em: 24 out. 2022.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio; MARTINS, Dayse Braga. A autocomposição de conflitos no contexto do neoprocessualismo civil e o princípio da consensualidade. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 22, n. 2, p. 85-114, 2018.

RANGEL, Tauã Lima Verdan. *O empoderamento do indivíduo no tratamento de conflitos: a comunidade como locus de promoção das práticas de mediação*. São Paulo: Conselho Nacional das Instituições de Mediação e arbitragem, 2017. Disponível em: <https://conima.org.br/empoderamento-individuo-tratamento-de-conflitos-comunidade-como-locus-de-promocao-das-praticas-de-mediacao/>. Acesso em: 24 out. 2022.

SALES, Lília Maia de Moraes. A mediação de conflitos: lidando positivamente com as emoções para gerir conflitos. *Pensar Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 21, n. 3, p. 965-986, 2016. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/5289/pdf>. Acesso em: 24 out. 2022.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Sociología jurídica crítica para un nuevo sentido común en el derecho*. Bogotá: ILSA, 2009. (Colección En clave de Sur).

SIMMEL, Georg. *El conflicto: sociología del antagonismo*. Traducción Javier Erasmo Ceballos. Madrid: Sequitur, 2010.

URY, William; FISHER, Roger; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões*. Tradução Vera Ribeiro; Ana Luiza Borges. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Imago, 2005.

Como citar: MARTINS, Dayse Braga; PESSOA, Larissa Rocha de Paula. A mediação de conflitos e a cultura do consenso na Justiça Brasileira: do empoderamento à cidadania. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 2, p. 235-251, out. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n2p.235. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 30/08/2022

Aprovado em: 06/10/2022

EM DEFESA DO PRECONCEITO: A NECESSIDADE DE TER IDEIAS PRECONCEBIDAS

DALRYMPLE, Theodore. *Em defesa do preconceito: a necessidade de ter ideias preconcebidas*. São Paulo: É Realizações, 2015. Cap. 1-6.

Lara Caxico Martins Miranda¹

Reinaldo Azevedo, jornalista e autor de inúmeras obras, abre os estudos de Theodore Dalrymple pontuando características peculiares do trabalho. De acordo com ele, será possível ao leitor reorganizar experiências e repensar temas cotidianos a partir da leitura dos concisos, críticos e bem-humorados capítulos da obra (DALRYMPLE, 2015, p. 09). Salienta ainda que a experiência do autor como psiquiatra colabora para a construção de uma visão afastada do senso comum, necessária para que o homem contemporâneo não abandone ideias preconcebidas tão relevantes para a vivência na sociedade moderna (DALRYMPLE, 2015, p. 10).

De acordo com Reinaldo Azevedo todos os indivíduos precisam de conhecimentos preestabelecidos, até mesmo sobre eles mesmos. O fato de comportamentos reprováveis como xenofobia, misoginia e racismo terem se tornado, de maneira equivocada, sinônimo de preconceito, fez com que todas as demais premissas, sobre qualquer tema, fossem rechaçadas (DALRYMPLE, 2015, p. 10). Por essa razão é que o autor se propõe a reanalisar, sob um viés histórico, lógico e filosófico, ideias costumeiramente propagadas pelas pessoas. Não se discute que “os exemplos são sempre muito convincentes”, mas “os conceitos é que sobrevivem para formar a história do pensamento” (DALRYMPLE, 2015, p. 11).

A apresentação da obra, elaborada por Reinaldo Azevedo, é finalizada com uma das expressões do autor que muito bem descreve o trabalho, qual seja, “sem preconceito, não há virtude”. Se todas as opções individuais fossem válidas não haveria o que se discutir socialmente, nem padrões de certo e errado. A moral perderia sentido e não haveriam valores importantes (DALRYMPLE, 2015, p. 13).

Dalrymple começa a obra com o capítulo intitulado *O preconceito é um equívoco, portanto a sua inexistência é um acerto*. Nesse, inicia a discussão afirmando que na atualidade muitos indivíduos possuem “um forte preconceito contra todo tipo de preconceito”. A expressão, inclusive, já recebe característica negativa quando, de acordo com o Dicionário Oxford, afirma-se que ela se configura em um julgamento apressado, dando a entender que o indivíduo que mantém preconceitos não faz uma análise detalhada do tema. Ainda se verifica o sentido pejorativo quando o dicionário dispõe que ela possui “especialmente conotação desfavorável” e pode ser entendida como uma “objeção injustificada” (DALRYMPLE, 2015, p. 11).

Reconhece o autor que o preconceito como visto majoritariamente refere-se à noção de fazer acepção de pessoas com base nas diferenças de cor da pele (que o autor chama de raça) (DALRYMPLE, 2015, p. 17). Entoa ainda que são de conhecimento notório os males que a

¹ Doutoranda pelo Programa de Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná. Mestre pelo Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina. Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo Complexo de ensino Damásio de Jesus e em Direito Constitucional pelo LFG. REVISTA DO DIREITO PÚBLICO, Londrina, v. 17, n. 2, p. 252-254, out. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n2p.252

diferenciação de etnia e de cor da pele geraram no século XX. Entretanto, em razão dessa concepção prática, de ação, que se dá a palavra, torna-se indiferente saber se efetivamente alguém tem um conceito equivocado a respeito do outro, desde que não o efetive em atos comissivos ou omissivos (DALRYMPLE, 2015, p. 18).

Salienta, todavia, que concluir que o preconceito é a causa de genocídios e de grandes massacres mundiais é um grave erro lógico. Isso porque, se a premissa fosse verdadeira, acabando com o preconceito não se veria mais tais situações na sociedade. Mesmo que não seja verdadeira a proposição: preconceitos geram determinado mal; aponta ser difícil encontrar atualmente pessoas que admitem possuírem preconceitos (DALRYMPLE, 2015, p. 18). Isso porque, se o fizessem, demonstrariam ser, possivelmente, irreduzíveis com relação as suas ideias e retrógradas por não quererem as reanalisar. “Uma pessoa assim não se distinguirá como alguém muito atraente, para dizer o mínimo. Portanto, é melhor engolir em seco os próprios preconceitos do que admiti-los em público” (DALRYMPLE, 2015, p. 19).

A atualidade é repleta de indivíduos sem preconceitos e sem julgamentos de pessoas ou questões em razão da conotação negativa imputada a essa expressão. Logo, o que se verifica é o controle de todos sobre suas próprias opiniões e pensamentos, ainda que baseadas em nenhuma evidência (DALRYMPLE, 2015, p. 19).

O homem que declara não possuir preconceitos receia ser conhecido como alguém que não possui próprias ideias ou é intolerante. Por isso busca conceitos a partir dos quais não há qualquer dúvida de aceitação social, irrepreensíveis, e que conseqüentemente podem ser usados para construir suas próprias ideias (DALRYMPLE, 2015, p. 20).

Enveredando nas justificativas da sua premissa, Dalrymple inicia o segundo capítulo do trabalho intitulado *Os empregos do ceticismo metafísico* afirmando que os céticos radicais não se interessam pela busca da verdade, mas tão somente por, de maneira egoística, reafirmar a liberdade de poder não crer em nada (DALRYMPLE, 2015, p. 21). Relutando em rechaçar qualquer possibilidade como verdadeira, não impõe limites sobre si. Apesar disso, criam uma base que varia de tema para tema e que conduz as suas próprias vidas e atos. Nos momentos em que seus interesses estão em jogo tornam-se extremamente investigativos a fim de achar substratos filosóficos para “desqualificar a autoridade moral dos costumes, da lei e da sabedoria milenar” (DALRYMPLE, 2015, p. 22).

No terceiro capítulo chamado *A história nos diz aquilo que queremos ouvir*, Dalrymple passa a discorrer sobre a história e as concepções que essa impõe aos indivíduos. Afirma, inicialmente, que é de conhecimento geral que os “costumes, leis e a sabedoria milenar foram frequentemente opressivos “. O uso da autoridade que se baseia nesses por vezes faz com que o indivíduo abuse do seu poder e construa um espaço ilegítimo de soberania, como se vê, por exemplo, nos cenários históricos de guerras e genocídios (DALRYMPLE, 2015, p. 23).

Vale ressaltar, todavia, que o autor afirma que nem todas as escritas atuais feitas da história compreendem exatamente o que aconteceu. Caso fosse possível retratar a história do mundo em toda a riqueza de detalhes em que ela se deu, certamente teríamos uma reprodução do mesmo

tamanho e tempo, o que logicamente se torna impossível. É por essa razão que historiadores, cada qual com as suas ideologias, reproduzem parte da história do modo como a enxergam e querem fazer os leitores a enxergarem. Nesse viés, questiona Dalrymple “como visões tão distintas do mesmo objeto foram possíveis, ambas escritas por homens de inteligência, cultura e talento?” (DALRYMPLE, 2015, p. 25).

A resposta vem logo em seguida quando o autor explica que cada ser é capaz de ver a história com os óculos da sua própria percepção. Enquanto uns avaliam os fenômenos pela via do progresso, outros o veem pela via da degradação ambiental. Enquanto uns enxergam riqueza outros enxergam disparidade social. Cada qual consegue notar aquilo que destaca em si. Apenas os fatos, quando analisados honestamente, são capazes de eliminar quaisquer valores imputados sobre os fenômenos. Esses, porém, continuam sempre sujeitos a interpretação dos indivíduos que, por vezes, realizam os maiores contorcionismos para encaixá-los conforme a sua forma de vê-los (DALRYMPLE, 2015, p. 25-26).

No capítulo quatro o autor aborda a temática, que também estabelece como título, de *Por que preferimos ver os desastres da história às suas realizações*. Segundo Dalrymple a história costuma ser contada a partir das suas perversidades, o que faz com que os seus leitores aprendam apenas o que não devem fazer no futuro (DALRYMPLE, 2015, p. 29).

Toda vez que uma máxima social deixa de existir outra toma o seu lugar e essa é, não sempre, mas na maioria das vezes, pior. Muitos preconceitos são de fato verdadeiramente ruins para a vida social, mas isso não pode induzir as pessoas a acreditar que é possível viver sem eles. É preciso que o indivíduo olhe para a autoridade do passado e reconheça que o mundo não iniciou com ele, logo não são apenas as suas concepções as necessárias a regerem sua própria vida. A sabedoria acumulada com o tempo é relevante e importante. Admitir a possibilidade de sempre sair sem qualquer premissa implicará situações nefastas.

Recebido em: 29/02/2020

Aprovado em: 05/10/2022

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA E O CÓDIGO CIVIL DE 2002

FERRAGUT, Maria Rita. *Responsabilidade tributária e o código civil de 2002*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2013. 347 p.

Danyelle Rodrigues de Melo Nunes¹

Maria Rita Ferragut é Doutora em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Professora do curso de Especialização em Direito Tributário do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, livre-docente em Direito Tributário pela Universidade de São Paulo, autora de diversos livros e advogada no escritório Ferragut Mendonça Sociedade de Advogados.

A autora escreveu o livro *Responsabilidade Tributária e o Código Civil de 2002* a partir da Tese de Doutorado que levou o mesmo título, sob a orientação do Professor Doutor Paulo de Barros Carvalho, apresentada à PUC/SP em 2004.

A obra teve sua primeira edição publicada em 2005, a segunda edição em 2009, encontrando-se em sua terceira edição desde 2013, cujo prefácio foi elaborado pelo Professor Doutor Paulo de Barros Carvalho e foi organizada em oito capítulos: 1) conceitos fundamentais para o estudo da responsabilidade tributária das sociedades e dos administradores; 2) responsabilidade tributária; 3) responsabilidade tributária por substituição e por solidariedade; 4) sucessão tributária na fusão, incorporação e cisão de sociedades e na aquisição de estabelecimentos; 5) responsabilidade tributária dos administradores; 6) responsabilidade por infrações; 7) responsabilidade tributária do administrador: algumas questões controvertidas; e 8) o Código Civil de 2002 e a responsabilidade dos sócios e dos administradores.

De início, impende observar que há uma tendência mais expositiva do capítulo 1 ao capítulo 6, há um viés mais crítico no capítulo 7 e a análise da responsabilidade tributária pelo Código Civil de 2002 se concentra no capítulo 8. Isso induz à assertiva de que a responsabilidade veiculada pelo Código Tributário Nacional é o tema central da obra, de modo que as espécies de responsabilidade disciplinadas pelo Código Civil são de cunho complementar. Inclusive, assegura-se a prevalência das normas do Código Tributário Nacional em relação às do Código Civil em razão da sua especialidade.

Além disso, convém destacar que a responsabilidade tributária dos sócios e dos administradores se revela um dos temas analisados com mais acuidade no livro. Isso porque ele é objeto do capítulo 5, do capítulo 7 e também do capítulo 8. Como permeia quase 40% dos capítulos da obra, pode-se afirmar que corresponde a um dos seus temas mais importantes.

No prefácio da obra, é feita uma advertência acerca do fato de a responsabilidade tributária se tratar de um tema repleto de imprecisões (FERRAGUT, 2013, p. XXII-XXIV). Na introdução, são delimitadas as premissas sob as quais a tese é desenvolvida e se antecipa o posicionamento a respeito de um dos temas centrais do livro: a responsabilidade tributária dos administradores

¹Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Público (PPGDP) na Universidade Federal de Alagoas (UFAL); pós-graduada em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET); Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Alagoas (FDA) na Universidade Federal de Alagoas (UFAL). E-mail: danyellenunes1@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0327789983238856>

(FERRAGUT, 2013, p. xxvii). Adiante, esse tema é aprofundado e é feita uma defesa bastante contundente acerca da espécie de responsabilidade tributária preconizada pelo artigo 135 do CTN: “O terceiro responsável assume individualmente as consequências advindas do ato ilícito por ele praticado, ou em relação ao qual seja partícipe ou mandante, eximindo a pessoa jurídica, realizadora do fato tributário, de qualquer obrigação” (FERRAGUT, 2013, p. 137).

Convém resgatar a correlação entre a abordagem feita pela autora e as categorias semióticas da sintaxe, semântica e pragmática. Há intérpretes que priorizam o plano sintático da linguagem e atribuem um sentido mais literal ao texto, enquanto outros enaltecem o plano pragmático e vão além do que está escrito. Certamente, essa é a origem de uma das maiores divergências no âmbito doutrinário e jurisprudencial acerca da espécie de responsabilidade tributária preconizada por esse diploma legal.

Em mais de uma passagem, a própria autora reconhece que “foi a sociedade que praticou o fato lícito que ensejou o nascimento da obrigação tributária, portanto, é inegável a sua vinculação direta ao fato” (FERRAGUT, 2013, p. 158-159). Por mais que ela utilize esse argumento para justificar o liame existente entre o administrador e a pessoa jurídica em uma questão de natureza privada, notadamente em relação ao direito de regresso, é inegável que esse argumento também tem grande potencial de atrair a responsabilidade da pessoa jurídica, principalmente quando se considera o princípio da capacidade contributiva, da vedação ao confisco e o propósito arrecadatório da responsabilidade tributária na estrutura do Estado brasileiro. O principal argumento para afastar a responsabilidade solidária ou a subsidiária é a ausência de previsão legal, o que desperta questionamentos sobre a importância do texto e o alcance do sentido da norma.

Demais disso, a autora incorre em certa imprecisão acerca da interpretação literal. Ao tratar do artigo 135 do CTN, utiliza a interpretação literal para afirmar que a responsabilidade é pessoal; já ao tratar do artigo 137 do CTN, aduz que “a interpretação literal do dispositivo induz a entendimentos equivocados” (FERRAGUT, 2013, p. 137, 172). Nesse pórtico, chega-se a questionar se o argumento na literalidade do texto seria um exemplo da clássica tópica de Theodor Viehweg.

Sobressai a interpretação da autora pela responsabilidade tributária como sendo de natureza sancionadora ou dispositiva, e não indenizatória. O que se questiona é a finalidade dessa natureza. É possível que o objetivo central do instituto da responsabilidade tributária não seja nem de punir nem de reparar o dano, mas sim de arrecadar os recursos necessários à garantia dos direitos fundamentais prestacionais e de defesa, até mesmo porque a empresa realizadora do fato jurídico e com capacidade contributiva pode responder perante o Fisco sem prejuízo ao direito de regresso contra o administrador no campo de tutela do Direito Civil e Empresarial.

Com efeito, é possível afirmar que o livro é bastante didático, elucidativo e revelador. Apesar da observação feita inicialmente no sentido de que a análise da responsabilidade tributária pelo Código Civil de 2002 se concentra no capítulo 8, impende registrar que a autora tece considerações entre o Código Tributário Nacional e o Código Civil de 2002 durante toda a obra: em diversos trechos é feito um entrelaçamento entre as legislações, a doutrina e a jurisprudência

que embasam o tema, o que resulta em um senso crítico aguçado e que cumpre com bastante êxito o propósito a que se incumbiu. Tal qual um tecelão cruza os fios, Maria Rita Ferragut tece considerações que se equiparam a um tecido que serve de sustentáculo à sua tese, em um trabalho quase de costura artesanal intelectual, descritivo, crítico, construtivo e que deve ser reconhecido como referência em matéria de Responsabilidade Tributária e o Código Civil de 2002.

Recebido em: 14/07/2020

Aprovado em: 05/10/2022