

IJDL

International Journal of DIGITAL LAW

IJDL – INTERNATIONAL JOURNAL OF DIGITAL LAW



Editor-Chefe

Prof. Dr. Emerson Gabardo, Pontifícia Universidade Católica do Paraná e
Universidade Federal do Paraná, Curitiba – PR, Brasil

Editores Associados

Prof. Dr. Alexandre Godoy Dotta, Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar, Curitiba – PR, Brasil
Prof. Dr. Juan Gustavo Corvalán, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina

Editores Adjuntos

Me. Fábio de Sousa Santos, Faculdade Católica de Rondônia, Porto Velho – RO, Brasil
Me. Iggor Gomes Rocha, Universidade Federal do Maranhão, São Luís – MA, Brasil
Me. Lucas Bossoni Saikali, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba – PR, Brasil

Presidente do Conselho Editorial

Profa. Dra. Sofia Ranchordas, University of Groningen, Groningen, Holanda

Conselho Editorial

Prof. Dr. André Saddy, Universidade Federal Fluminense, Niterói, Brasil
Profa. Dra. Annappa Nagarathna, National Law School of India, Bangalore, Índia
Profa. Dra. Cristiana Fortini, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Brasil
Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem, Pontifícia Universidade Católica do Paraná e Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Brasil
Profa. Dra. Diana Carolina Valencia Tello, Universidad del Rosario, Bogotá, Colômbia
Prof. Dr. Endrius Cocciolo, Universitat Rovira i Virgili, Tarragona, Espanha
Profa. Dra. Eneida Desiree Salgado, Universidade Federal do Paraná, Brasil
Profa. Dra. Irene Bouhadana, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Paris, França
Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Brasil
Prof. Dr. Mohamed Arafa, Alexandria University, Alexandria, Egito
Profa. Dra. Obdulia Taboadela Álvarez, Universidad de A Coruña, A Coruña, Espanha
Profa. Dra. Vivian Cristina Lima Lopez Valle, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, Brasil
Prof. Dr. William Gilles, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Paris, França
Profa. Dra. Lyria Bennett Moses, University of New South Wales, Kensington, Austrália

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

FORUM

Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

IN61 International Journal of Digital Law – IJDL – ano 1, n. 1
(abr. 2020) – Belo Horizonte: Fórum, 2020.

Quadrimestral; Publicação eletrônica
ISSN: 2675-7087

1. Direito. 2. Direito Digital. 3. Teoria do Direito. I. Fórum.

CDD: 340.0285
CDU: 34.004

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Aline Sobreira

Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Sumário

Contents

Editorial.....	7
<i>Editorial</i>	9
Três axiomas para o agir administrativo fundado em novas tecnologias de informação e comunicação	
<i>Three axioms to administrative action grounded in new information and communication technologies</i>	
Vanice Lírio do Valle	11
1 Considerações iniciais	12
2 Riscos determinados pelo distanciamento entre Administração Pública e NTICs....	14
3 Três axiomas propostos ao agir administrativo embasado em NTICs	17
3.1 Desenvolvimento de uma cultura de dados como ativo institucional	18
3.2 Superar a aura de “fixidez” das soluções baseadas em novas tecnologias	21
3.3 Internalização do aprendizado digital como processo interativo e incessante.....	23
4 À guisa de conclusão.....	26
Referências	26
Digital transformation in public administration: from e-Government to digital government	
<i>Transformação digital na administração pública: do governo eletrônico ao governo digital</i>	
Ana Cristina Aguilár Viana	29
1 Introduction	30
2 E-Government and its foundations	31
2.1 Defining e-Government.....	32
2.2 Types of interactions	32
2.3 Areas of intervention	33
2.4 Stages or phases.....	33
2.5 Electronic Governance	35
2.6 Government 2.0	36
3 Open government.....	36
4 Digital government	39
4.1 The new technologies	39
4.2 A new rationality.....	40
5 Evolutionary traits.....	41
6 Final considerations	42
References	44

Pushing for Sustainability through Technology: administrative consensuality by default and online dispute resolutions tools

Buscando sustentabilidade por meio da tecnologia: consensualidade administrativa por padrão e ferramentas de resolução de disputas online

Cássio Castro Souza, Justo Reyna	47
Introduction	48
1 Technology, Consensuality and Sustainability: how the technology can transform access to Justice	49
1.1 The crisis of the System Access to Justice	49
1.2 Dispute resolution and sustainability	54
2 Online conflict resolution.....	59
3 A proposed architecture of choices for more consensus and sustainable public administration.....	62
3.1 Libertarian paternalism, the architecture of choices and bad decisions	63
3.2 Factors supposedly irrelevant: as heuristics and biases influence decision making	65
3.3 The architecture of choices, libertarian paternalism and self-composition by default	71
3.4 Administrative consensus by default, self-composition by default and unavailability of the public interest	79
Final considerations	81
References	82

Promoting economic and social development through an innovative investment framework: the multidimensional role of CFIA's

Promovendo desenvolvimento econômico e social através de uma inovativa estrutura regulatória de investimentos: o papel multidimensional dos ACFls

Beatriz Figueiredo Campos da Nóbrega	91
1 Introduction	92
2 CFIA's: potential mechanism to enhance economic and social transformation	93
3 Responsible Business Conduct	95
3.1 United Nations Global Compact Guide to Corporate Social Responsibility.....	96
3.2 OECD Guidelines for Corporate Social Responsibility in Multinational Enterprises ..	98
4 Responsible Business Conduct applied to Foreign Investments.....	99
5 Responsible Business Conduct measures around the globe.....	101
6 Conclusion.....	106
References	107

(Des)Controle digital de comportamento e a proteção ao livre desenvolvimento da personalidade

Digital (un)control of behavior and the protection of free development of personality

Haide Maria Hupffer, Gabriel Cemin Petry	111
1 Introdução	112
2 Novas tecnologias e novas formas de controle: a prática de controle digital comportamental e o valor dos dados pessoais para mecanismos de <i>profiling</i> e <i>behavioral targeting</i>	113

3	A (re)afirmação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade frente ao controle comportamental e riscos à liberdade digital	121
	Conclusão	128
	Referências	130

Proteção de dados pessoais e Administração Pública

Protection of personal data and Public Administration

Ricardo Marcondes Martins	133	
1	Introdução	134
2	Competência federal e autonomia federativa	135
3	Acesso empresarial e acesso administrativo	137
4	Acesso empresarial privado e acesso empresarial administrativo.....	139
5	Responsabilização da administração por infração à LGPD.....	141
6	Competência normativa da ANPD.....	143
7	Conclusões.....	146
	Referências	147

Ética pública e parcialidade no combate à corrupção: o caso *The Intercept Brasil* vs. Operação Lava Jato

Public ethics and partiality in the fight against corruption: The Intercept Brasil vs. Operation Car Wash

Emerson Gabardo, Gabriel Strapasson Lazzarotto, Nicholas Andrey Monteiro Watzko	151	
Introdução	153	
1	O <i>hackeamento</i> das mensagens e a metodologia de investigação.....	156
2	A presunção de veracidade dos diálogos	161
3	Sistema processual penal brasileiro: inquisitório ou acusatório?	163
4	Análise da regularidade dos diálogos vazados pelo <i>The Intercept Brasil</i>	167
4.1	Atuação coordenada entre juiz e Ministério Público	168
4.2	Motivações políticas	174
5	Análise da tipicidade das condutas.....	178
5.1	Atos de improbidade administrativa	178
5.2	Ilícitos administrativos	181
6	Ilícitude das provas	183
	Considerações finais	188
	Referências	192

Para cidades justas, em rede e inteligentes: uma agenda pública pelo direito à cidade sustentável

For fair, networked and smart cities: a public agenda for the right to a sustainable city

Lígia Maria Silva Melo de Casimiro, Harley Carvalho	199	
Introdução	200	
1	A função da cidade para pessoas	201
2	Direito à cidade no século XXI: cidades solidárias, inteligentes e em rede	203

3	A agenda urbana contemporânea deve refletir o Estado Social.....	207
	Considerações finais	211
	Referências	213
	DIRETRIZES PARA AUTORES.....	217
	Condições para submissões	223
	Política de privacidade	224
	<i>AUTHOR GUIDELINES</i>.....	227
	Conditions for submissions.....	233
	Privacy statement.....	234

Editorial

Iniciamos um novo ano que certamente será de intenso trabalho. As condições do país são adversas para a ciência e para o mundo do Direito. Todavia, não podemos esmorecer e continuaremos a realizar um trabalho sério de divulgação científica a partir dos pressupostos do Estado Social e Democrático de Direito.

Neste primeiro número do segundo ano da *International Journal of Digital Law* eu agradeço penhoradamente ao trabalho exaustivo dos três editores adjuntos, doutorandos Fábio de Sousa Santos, Iggor Gomes Rocha e Lucas Bossoni Saikali. Não é fácil conduzir uma revista de qualidade, ainda mais em um momento inicial de suas edições. Porém, com o trabalho árduo da equipe editorial o resultado tem sido muito exitoso. Novamente, os artigos submetidos retratam elevada qualidade, trazendo investigações originais e atuais sobre os problemas contemporâneos.

Reitero meus agradecimentos à Editora Fórum pela excelência dos trabalhos realizados, conferindo credibilidade à publicação.

Emerson Gabardo
Editor-chefe da IJDL

Editorial

We have started a new year that will certainly be of intense work. The country's conditions are adverse for science and the world of law. However, we cannot fail, and we will continue to carry out a serious work of scientific dissemination based on the assumptions of the Democratic State of Law.

In this first issue of the *International Journal of Digital Law's* second year, I gratefully pledge to the three assistant editors' exhaustive work, doctoral candidates Fábio de Sousa Santos, Iggor Gomes Rocha, and Lucas Bossoni Saikali. It is not easy to conduct a quality journal, especially at an early stage of its editions. However, with the hard work of the editorial team, the result has been extraordinarily successful. Again, the articles submitted portray high quality, bringing original and current investigations on contemporary problems.

I reiterate my thanks to Editora Fórum for the work's excellence, giving credibility to the publication.

Emerson Gabardo
IJDL Editor in Chief

Três axiomas para o agir administrativo fundado em novas tecnologias de informação e comunicação

Three axioms to administrative action grounded in new information and communication technologies

Vanice Lírio do Valle*

Universidade Federal de Goiás (Goiânia, Goiás, Brasil)
vanicevalle@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-7857-6486>

Recebido/Received: 20.01.2021/ January 20th, 2021

Aprovado/Approved: 28.02.2021/ February 28th, 2021

Resumo: A narrativa comum é de que a Administração Pública está no curso da incorporação total de novas tecnologias de informação e comunicação (NTICs), mas a realidade das repartições públicas evidencia algo diferente. O distanciamento ainda existente entre Administração Pública e novas tecnologias pode levar a primeira à perda de sua capacidade de governar. A recusa ou demora na absorção de NTICs pode produzir um distanciamento entre Administração Pública e interessados, erodindo sua capacidade de comunicação. A ausência de NTICs também prejudica a agregação de dados, embaraçando um aprendizado potencial e melhorias nas políticas públicas que poderia decorrer de um *big data* desenhado e utilizado de maneira profissional. Este artigo propõe três axiomas que devem orientar a implementação de um agir administrativo fundado em NTICs; estes axiomas demonstrarão que uma mudança de cultura significativa é necessária à otimização dos benefícios originários destas ferramentas. A ausência de uma visão clara quanto ao que seja necessário à implementação integral de NTICs pode conduzir a Administração a soluções tecnológicas inadequadas, transformando uma boa ferramenta em mau investimento de tempo e recursos públicos.

Como citar este artigo/*How to cite this article:* VALLE, Vanice Lírio do. Três axiomas para o agir administrativo fundado em novas tecnologias de informação e comunicação. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 2, n. 1, p. 11-28, jan./abr. 2021. DOI: 10.47975/IJDL/1valle

* Visiting Fellow no Human Rights Program da Harvard Law School. Professora Colaboradora do PPGDP da Universidade Federal de Goiás (Goiânia, Goiás, Brasil). Pós-Doutora em Administração pela EBAPE/FGV. Doutora em Direito pela Universidade Gama Filho (2006). Procuradora do Município do Rio de Janeiro. Tem ainda em seu *background* o desenvolvimento de atividades de gerenciamento na área pública, titularizando a Secretaria Municipal de Administração do Rio de Janeiro, e ainda a Secretaria de Estado de Administração do Rio de Janeiro.

Palavras-chave: Mudança cultural. Riscos. Dados como valor. Soluções tecnológicas interativas. Soluções tecnológicas impermanentes. Organizações Públicas.

Abstract: Despite a common narrative according to which Public Administration is on the move to full incorporation of new information and communication technologies (NICTs), reality shows differently in public offices all around. The still existing gap between Public Administration and NICTs can lead to the loss of the former's governance capacity. Refusal or delay in absorbing NICTs can bring distance between Public Administration and stakeholders, eroding communication skills. The lack of NICTs also harm data aggregation, damaging a potential learning and public policy enhancement that could be brought by a professionally design and use big data. This article proposes three axioms that should orient the implementation of an administrative act grounded in NICTs; those axioms will demonstrate that a significant cultural change is required to optimize benefits from those tools. Lacking a clear vision about what would it take to a fully operational implementation of NICTs can lead Administration to unwise technological solutions, turning a good tool into a bad investment of time and public resources.

Keywords: Cultural change. Risks. Data as value. Interactive technological solutions. Impermanent technological solutions. Public Organizations.

Sumário: 1 Considerações iniciais – 2 Riscos determinados pelo distanciamento entre Administração Pública e NTICs – 3 Três axiomas propostos ao agir administrativo embasado em NTICs – 4 À guisa de conclusão – Referências

1 Considerações iniciais

Em que pese a proclamação frequente de que a Administração Pública esteja avançando no uso de novas tecnologias de informação e comunicação – doravante identificadas como NTICs – com a alusão a iniciativas inovadoras que comprovariam esse traço de modernização, a rotina diária das repartições públicas evidencia uma realidade muito distinta.

À exceção das ilhas de excelência – estruturas de controle, Advocacia Pública e (usualmente) Secretarias de Fazenda – que normalmente são priorizadas no seu aparato de funcionamento, a repartição pública ordinária, aquela que executa diretamente o serviço público e trava contato diário com a cidadania, normalmente está desaparelhada no que toca à incorporação de NTICs. Esse quadro já se tem presente na ausência ou severa restrição a funcionalidades associadas à informatização mais modesta; não são poucas as unidades administrativas onde computadores são escassos, antigos e limitados às características mais básicas; ou ainda ferramentas de correio eletrônico com severas restrições quanto ao volume de dados em circulação. O cenário se agrava quando se cogita de suportes mais avançados como ferramentas de *workflow*, arquivos digitalizados de documentos e mecanismos de inteligência artificial.

Importante compreender que esse distanciamento da Administração Pública, da realidade caracterizada pela grande aceleração das novas tecnologias, incorporadas largamente ao dia a dia de pessoas e coisas, pode conduzir a um resultado muito mais grave do que a simples imputação aos entes públicos de práticas obsoletas.

A distância entre Administração Pública e novas tecnologias na sua atuação geral e diária impacta negativamente a racionalização das atividades governamentais – traço que, na visão de Moreira Neto¹ não se constitui em simples política opcional de governo, apresentando-se, ao revés, como um imperativo constitucional a ser obedecido. Em última análise, o ritmo lento com que NTICs são absorvidas pelo aparato de ação governamental pode conduzir estas mesmas organizações públicas, literalmente, à perda da capacidade de governar.

Este artigo tem por objeto o apontamento de três axiomas que devem orientar uma Administração Pública cuja ação seja fundada no emprego de novas tecnologias. O objetivo é demonstrar que a relação a se estabelecer entre Administração e NTICs transcende a simples ideia de incorporação de nova ferramenta, e deve ser acompanhada de um câmbio cultural mais profundo no que toca a estes mesmos recursos, e os dados que dele podem se originar.

A pesquisa é de natureza bibliográfica, compreendendo doutrina nacional e estadunidense no tema de governo digital, NTICs e Administração Pública digital. A metodologia combina uma dimensão descritiva, com uma abordagem final de cariz crítico-dialética, onde são apresentadas proposições que se reputa auxiliem a absorção dos axiomas indicados à Administração Pública orientada por NTICs.

O texto se inicia com a Parte 1, com as considerações metodológicas, onde a par da problematização, se apresenta objeto e objetivo. Na Parte 2 indicam-se riscos associados a uma realidade administrativa presente em que NTICs tem baixo grau de utilização, muitas vezes como simples adorno a uma iniciativa que se pretende apresentar como inovadora. A Parte 3 elenca os axiomas que devem orientar essa Administração Pública fundada em NTICs, a saber: 1) desenvolvimento de uma cultura de dados como ativo institucional; 2) naturalização do caráter de permanente mutação das soluções fundadas em NTICs; 3) internalização do aprendizado digital como processo interativo. Finalmente, a Parte 4 conclui pelo imperativo da mudança de visão quanto à relação entre Administração Pública e NTICs, sob pena de frustração das promessas de transformação associadas a estes mecanismos inovadores.

No espaço de contato entre Administração Pública e NTICs, o imperativo da inclusão digital como pressuposto à observância da igualdade no surgimento do chamado serviço público digital tem sido objeto de cogitação acadêmica.² Cabe, todavia, também um percurso exploratório a outras ameaças ao agir administrativo fundado em novas tecnologias exitoso – riscos estes que se ocultem na cultura

¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O Direito Administrativo no século XXI*. Pós-fácio de Jessé Torres Pereira Jr. e Flávio Amaral Garcia. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 177.

² SCHIEFLER, Eduardo André Carvalho; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SOUSA, Thanderson Pereira de. Administração Pública digital e a problemática da desigualdade no acesso à tecnologia. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 97-116, maio/ago. 2020, *passim*.

interna às estruturas da Administração e que reclamam uma refundação do modo segundo o qual o Estado percebe e se utiliza das NTICs.

A ubiquidade dos suportes tecnológicos para a formulação das pequenas e das grandes decisões é fenômeno que se apresenta em todos os domínios da vida, com impactos profundos em relação ao próprio modo de produção e circulação da riqueza.³ O mesmo se põe em relação à Administração Pública, que a par da detenção de dados pessoais associados à cidadania por ela atendida, dispõe ainda de expressivo volume de informações agregadas decorrentes do desenvolvimento de serviços públicos e ações de polícia. Compreender em que termos esse acervo informacional seja percebido e avaliado nessa nova lógica de acumulação se afigura como indispensável à otimização desses mesmos recursos. De outro lado, na perspectiva da cidadania, a incorporação de NTICs impacta não só na eficiência de serviços públicos – mas também na formação e destinação da riqueza associada aos dados produzidos e tratados no âmbito dessa mesma atividade de prestação de serviços. A gestão desta riqueza não pode restar oculta; é matéria a estar sujeita não aos interesses do mercado, mas sim à esfera de deliberação da política.⁴

2 Riscos determinados pelo distanciamento entre Administração Pública e NTICs

Se no cenário presente já parecem indiscutíveis os obstáculos que se apresentam às estruturas da Administração para incorporação e atualização de novas tecnologias aplicadas ao serviço público; o quadro tende a se agravar com a expansão da tecnologia de Internet das Coisas e suas aplicações na vasta rede de pontos e equipamentos públicos que interagem diária e incessantemente com pessoas e coletividades.⁵ Dependentes de alto grau de conectividade, soluções baseadas em Internet das Coisas aprofundam a problemática, uma vez que nelas a

³ O encontro entre a nova mediação das atividades humanas pelo computador e a lógica tradicional de acumulação dá origem àquilo que Zuboff denomina capitalismo de vigilância, onde o *big data* viabiliza a previsão e modificação do comportamento humano como meio de produção de receita e controle de resultado. Cf.: ZUBOFF, Shoshana. *Big other: capitalismo de vigilância e perspectivas para uma civilização de informação*. In: BRUNO, Fernanda et al. *Tecnopolíticas da vigilância: perspectivas da margem*. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 18.

⁴ MOROZOV, Evgeny. *Big tech: a ascensão dos dados e a morte da política*. Tradução de Claudio Marcondes. São Paulo: Ubu, 2018, p. 51-52.

⁵ Mais do que a disseminação em si dos sensores a partir dos quais se tem aquilo que é conhecido como Internet das Coisas, o impacto na vida de pessoas e das sociedades se dará pela integração dos sistemas que operem a partir dos *endpoints*, ampliando em volume e diversidade o *big data* (ARMSTRONG, Paul. *Dominando as tecnologias disruptivas: aprenda a compreender, avaliar e tomar melhores decisões sobre qualquer tecnologia disruptiva que possa impactar seu negócio*. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. São Paulo: Autêntica Business, 2019, p. 19-20).

obsolescência tende a se manifestar mais rapidamente que em relação a produtos não inteligentes.⁶

Num primeiro plano, o distanciamento atual e o projetado entre Administração Pública e o estado da arte em NTICs gera, em desfavor da primeira, significativo decréscimo na sua capacidade de travar relações com agentes de mercado e com uma cidadania que, tendo já internalizado o uso de novas tecnologias na sua rotina, terão dificuldades em interagir predominantemente por meios que já não integram as suas práticas ordinárias. Assim é que empresas altamente digitalizadas serão avessas à prestação de serviços que se devam materializar por outro meio – que não o digital – como pode eventualmente se dar como última alternativa, quando como contratante se tem um ente público com baixo grau de inserção tecnológica. Estruturas da sociedade civil cuja atuação seja fundamentalmente digital podem ter dificuldades no compartilhamento de informações *on line*, *real time*, com uma Administração ainda pouco inserida nesse ambiente, que segue apegada à comunicação em papel, à documentação preferencialmente física.⁷

No segundo plano, uma Administração Pública pouco familiarizada com as potencialidades das novas tecnologias, perde sua aptidão para comunicação (no sentido mais amplo que se possa conferir à palavra), numa trajetória de dissociação – se não de desserviço – aos princípios postos pelo art. 37, *caput*, CF. Com isso se tem por limitada sua capacidade para alcançar o público com informações que lhe caiba oferecer – seja pelo simples exercício da transparência ativa, seja pela indispensável divulgação dos serviços públicos oferecidos, bem como de ações de proteção ou prevenção. A contraface desse mesmo fenômeno será a dificuldade de comunicação que a sociedade por sua vez pode ter para alcançar a Administração Pública com seus próprios *inputs* – reclamações ou pedidos relacionados a serviços públicos; denúncias, ou mesmo compartilhamento de informações que possam contribuir para o aprimoramento da ação pública em geral. Se o Estado não externaliza uso adequado das novas plataformas de comunicação, ou não manifesta presença relevante nos espaços públicos virtuais forjados pelas novas tecnologias, ele não se apresenta como interlocutor de fácil alcance pelos destinatários diretos de sua atuação, na contramão do que estes tempos de hiperconectividade estão a sugerir ou proporcionar em relação a outras figuras ou estruturas institucionais antes tidas por inalcançáveis. Mais do que um distanciamento que parece incompatível com uma

⁶ MAGRANI, Eduardo. *Entre dados e robôs. Ética e privacidade na era da hiperconectividade*. 2. ed. Porto Alegre: Arquipélago, 2019, p. 34.

⁷ Neste tópico em especial, é de se dizer que a pandemia de SARS-Covid se apresentou como o impulsionamento para um grau maior de digitalização – ao menos nas grandes organizações públicas – tendo em conta os imperativos do isolamento social. O impulso, de outro lado, gerou iniciativas mais reativas do que planejadas, que merecerão uma revisitação em breve espaço de tempo, de molde a lhes conferir maior organicidade e institucionalidade.

concepção de democracia identificada com o governo em público,⁸ a persistência de um *gap* entre Administração Pública e NTICs se afasta do ideal de Estado do diálogo,⁹ facilita o surgimento de narrativas nos campos técnico, político e cultural que muitas vezes não correspondem à realidade.

Importante destacar que nesse campo em especial – da comunicação por novas tecnologias – os desafios compreendem não só a disponibilização do ferramental em si (sítios, aplicativos digitais, plataformas *on line* e ao vivo), mas também a compreensão de uma nova linguagem que se distancia da lógica formal do processo administrativo, e incorpora a síntese, a imagem, a formação de um senso de comunidade, a fidelização do público e outros elementos que são distantes – muito distantes – do modo de comunicação hoje utilizado pela Administração.¹⁰ Uma reatividade ludista aos novos meios de expressão, é de se dizer, abdica da potencialidade que as novas plataformas têm para incrementar a dimensão participativa do princípio democrático. Em rota de colisão com o verdadeiro dever de fomento que tem o Estado em relação a esse vetor. Nunca é demais enfatizar que a capacidade de comunicação é atributo fundamental para um Estado que tem deveres no provimento de informação educativa e no fomento de condutas socialmente desejáveis.¹¹

Terceiro efeito deletério do distanciamento entre o Poder Público e as NTICs é a perda da capacidade de agregação de informações – combustível para o uso eficaz por sua vez, de outro ferramental tecnológico pouco explorado pela Administração, a saber, *big data* e as aplicações de inteligência artificial que ele possibilita. Iniciativas individuais e pontuais de incorporação de novas tecnologias, onde o intuito principal seja um exercício de prestidigitação orientado para a formação de uma aura de “modernidade” do órgão público “a” ou “b” podem representar uma oportunidade perdida para captação de dados que, agregados e tratados numa base robusta, permitam um aprendizado (humano ou de máquina) que contribua fortemente para a formulação e aperfeiçoamento de políticas públicas, que se teriam por crivadas a partir de um suporte fático mais amplo.

⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política*. In: BOVERO, Michelangelo (Org.). A filosofia política e as lições dos clássicos. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 386.

⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O Direito Administrativo no século XXI*. Posfácio de Jessé Torres Pereira Jr. e Flávio Amaral Garcia. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 280.

¹⁰ Não é em vão consignar a relevância do uso destas plataformas de comunicação, ainda que inicialmente apresentadas como páginas pessoais, na expressão da pessoa pública que seja agente político. Indicador relevante disso é a já judicialização da possibilidade de bloqueio pelo presidente da República de conta de cidadão interessado em seguir as postagens ali veiculadas, debate travado nos Mandados de Segurança nºs 36.666 (Twitter), e 37.132 (Instagram), ambos ainda sem decisão quando da finalização deste artigo.

¹¹ VALLE, Vanice Regina Lírio do. A Reforma Administrativa que ainda não veio: dever estatal de fomento à cidadania ativa e à governança. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 252, p. 119-140, 2009.

A percepção, técnica ou intuitiva, dos riscos inerentes ao distanciamento entre Administração Pública e novas tecnologias tem impulsionado não só iniciativas localizadas de redução desse mesmo *gap*, mas também cogitações em torno de sua regulação pelo Legislativo. A pesquisa no sítio da Câmara dos Deputados aponta no momento, a centralidade conferida ao PL 3443/2019, que “Dispõe sobre a Prestação Digital dos Serviços Públicos na Administração Pública – Governo Digital”. Antes desta mesma iniciativa – e a ela apensados – tem-se os PLs 4797/2019¹² e 7843/2017.¹³ A proposição é extensa, e se dedica a traçar uma abrangente regulação da prestação digital de serviços públicos.¹⁴

Mais do que meritória a apresentação de proposta nesta seara, funcionando quando menos como catalisador de um debate de maior amplitude que se impõe estabelecer. A migração, seja da Administração Pública como um todo, seja do serviço público especificamente, para um modelo digital resulta de um diagnóstico, quase autoevidente, de que há ganho de qualidade possível com a incorporação de novas tecnologias. Mas porque esse movimento não se materializou no campo público com a mesma intensidade que se deu na área privada? O câmbio de que se cogita não envolve simplesmente uma troca de ferramentas, mas compreende a superação de desafios culturais postos para a intercessão entre Administração Pública e novas tecnologias. O que se sustenta é que, em resposta a esses desafios, deve-se refundar algumas premissas postas à ação administrativa, a partir dos novos axiomas que abaixo se propõe.

3 Três axiomas propostos ao agir administrativo embasado em NTICs

Administração Pública digital fincada no potencial performativo das NTICs se apresenta como alternativa fortemente sintonizada com o princípio constitucional da eficiência, pelo que se pode obter de ganhos quando menos em velocidade e acuidade das ações administrativas, que se veriam embasadas em informações objetivas, em conhecimento formado pela agregação de *inputs* e experiências

¹² O PL 4797/2019 tem teor bastante assemelhado ao 3443/2019 e seu autor figura igualmente como proponente, dentre outros, deste último projeto, o que sugere uma negociação interna de aval à iniciativa, com a ampliação dos parlamentares envolvidos.

¹³ Aqui se tem proposição distinta, de autoria do Deputado Alessandro Molon, que “Institui regras e instrumentos para a eficiência pública”. Dispondo, todavia, sobre processos administrativos eletrônicos, tem-se a abertura para a cogitação de serviço público digital, o que possivelmente determinou o juízo igualmente de apensação.

¹⁴ A conceituação do que se tenha por serviços públicos digitais é apresentada no art. 4º, I do referido PL 3443/2019 nos seguintes termos: “a utilização pelo setor público de recursos de tecnologia digital com o objetivo de incrementar a disponibilização de informação e a prestação final de serviços públicos, incentivando a participação direta da sociedade no processo de tomada de decisões públicas e aprimorando os padrões de responsabilidade, transparência e efetividade do governo como plataforma”.

havidas pela organização ou trazidas por outros agentes igualmente interessados na ação pública. Avançando neste mesmo processo de digitalização do agir administrativo, soluções de inteligência artificial – manifestação sofisticada de novas tecnologias de informação – se apresentam como reverentes igualmente ao princípio de impessoalidade.

Uma racionalidade pública construída a partir de coleta, agregação e análise de uma quantidade massiva de dados identificada por Rouvroy e Berns¹⁵ como “governamentalidade algorítmica”, se apresenta como ideal de impessoalidade, onde se teriam expungidas as peculiaridades individuais que pudessem deflagrar comportamentos desviantes do eventual agente público a oficiar. Antes mesmo de saber se essa pretensa objetivação absoluta é desejável, resta saber se ela é mesmo possível pela via da migração do serviço público para o ambiente digital.

Câmbios organizacionais não se constituem movimentos simples; isto não é privilégio da Administração Pública. Sem que se tenha identificado adequadamente os possíveis pontos de resistência e/ou de riscos, o esforço envolvido na concretização da mudança almejada ganha ainda maiores proporções. A incorporação de NTICs como impulso para uma prestação digital de serviços públicos é de ser entendida como mais do que a simples troca do meio – do físico para o digital. O movimento exige um esforço de aprendizado digital, compreendendo a aquisição de competências¹⁶ que transcende em muito o simples domínio do manuseio de uma ou outra ferramenta tecnológica. No centro desse redesenho de competências, tem-se barreiras culturais que, se não transpostas, podem importar em expressivas cláusulas de bloqueio ao alcance do potencial máximo de benefícios que as NTICs podem oferecer.

3.1 Desenvolvimento de uma cultura de dados como ativo institucional

Primeiro desafio a uma Administração Pública fundada em NTICs envolve o imperativo de uma nova cultura que reconheça nos dados por ela detidos, um verdadeiro – se não seu principal – ativo institucional na atualidade. A referência aqui compreende dados de toda natureza, produzidos e coligidos diariamente por um provedor de serviços com a amplitude que é hoje atribuída ao Estado *lato sensu*. De número de estabelecimentos comerciais passando por distribuição geográfica de sinais de trânsito, compreendendo ainda volume de turistas, e tantas outras

¹⁵ ROUVROY, Antoinette; BERNES, Thomas. Governamentalidade algorítmica e perspectivas de emancipação: o díspar como condição de individuação pela relação? *In: BRUNO, Fernanda et al. Tecnopolíticas da vigilância: perspectivas da margem*. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 116.

¹⁶ MCLOUGHLIN, Catherine. What ICT-related skills and capabilities should be considered central to the definition of digital literacy? *In: EdMedia+Innovate Learning. Association for the Advancement of Computing in Education (AACE)*, 2011, p. 471-475.

informações, a Administração Pública detém, para além de dados dos cidadãos submetidos à sua jurisdição que se possam classificar como pessoais, uma massa de informação gerada pelo desenvolvimento de suas atividades ordinárias, revestido de riquíssimo potencial explicativo e preditivo.

O câmbio cultural de que se cogita haveria de envolver, primeiro, a incorporação do significado econômico reconhecido ao *big data*, que para Zuboff¹⁷ se apresenta como componente fundamental de uma nova lógica de capitalismo de informação. A partir dessa premissa, seguir-se-ia um esforço de medição e avaliação, segundo parâmetros sugeridos pela *infonomics*,¹⁸ desse mesmo acervo patrimonial, tudo com vistas à potencial monetização, respeitadas – naturalmente – aqueles que se enquadrem nas categorias especialmente protegidas pela Lei Geral de Proteção de Dados, e os sujeitos à ampla divulgação por força dos imperativos constitucionais relacionados à publicidade. Afinal, numa sociedade em que a economia centrada em dados é cada vez mais relevante, o acervo informacional detido pela Administração não pode ser ignorado como valor,¹⁹ cujo acesso, quando possível, é de ser precificado – se não exatamente para alienação, quando menos para compor equações econômicas em negócios que envolvam seu conhecimento e utilização.

Antecipo uma crítica a este desafio, originária dos que veem todo dado detido pelo Estado como dado sempre e necessariamente acessível graciosamente ao público²⁰ – qualificação que inviabilizaria uma ideia de monetização. Em verdade, é preciso ter em conta que dados numa sociedade hiperconectada como a que vivemos se constituem sim em moeda de troca. Sua utilidade não se apresenta homogênea para todos os que tenham acesso a eles, sendo previsível um valor residual para indivíduos que não estejam proximamente relacionados com o contexto que gerou as referidas informações – e em oposição, detenham valor expressivo para agentes econômicos que operem ou pretendam operar neste mesmo segmento.²¹ Desconsiderar essa variância, em nome de uma preferência ingênua pelo *full disclosure* de qualquer informação da Administração Pública é renunciar em abstrato,

¹⁷ ZUBOFF, Shoshana. *Big other: capitalismo de vigilância e perspectivas para uma civilização de informação*. In: BRUNO, Fernanda et al. *Tecnopolíticas da vigilância: perspectivas da margem*. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 18.

¹⁸ LANEY, Douglas B. *Infonomics: how to monetize, manage, and measure information as an asset for competitive advantage*. Routledge, 2017, p. 9.

¹⁹ Consigne-se a existência junto à Câmara dos Deputados do PL 2431/2015, de autoria da então Deputada Luizianne Lins, que “Dispõe sobre o patrimônio público digital institucional inserido na rede mundial de computadores e dá outras providências”. A leitura da justificativa da iniciativa revela objetivo de pura preservação desse mesmo patrimônio informacional – mas não se deixa de ter na proposição, iniciativa que reconhece o caráter de ativo de que pode se revestir um *data set*.

²⁰ A antecipação da crítica aqui não tem em conta os dados pessoais cujo acesso é público, objeto do art. 7º, §3º da LGPD, mas sim a *data set* detidos pela Administração Pública, coletados pelo desenvolvimento ordinário de suas atividades.

²¹ MOROZOV, Eugeny. *Big tech: a ascensão dos dados e a morte da política*. Tradução de Claudio Marcondes. São Paulo: Ubu, 2018, p. 50-51.

a um valor que sequer se teria dimensionado, e que poderia ser revertido em favor da prestação de serviços constitucionalmente cometidos ao Estado.

Internalizar como axioma que dados são ativo institucional relevante terá por consequência a compreensão de que oportunidades para a coleta estruturada de dados representam potencial de ganho de qualidade para a atividade administrativa, seja aquela desenvolvida pela unidade que empreende a coleta, seja de alguma outra. Significa dizer que iniciativas de captação de dados empreendidas pela Administração devem almejar não só as informações diretamente relacionadas à atividade ou serviço diretamente informado por estes mesmos elementos, mas também ter em conta seu potencial de ampliação, adensamento ou qualificação da base de dados pré-existente.

Essa mudança de cultura, é de se dizer, envolverá esforços em duas vertentes distintas. Uma delas, mais evidente, é o rompimento da lógica de sistemas proprietários, aqueles que são do domínio exclusivo de uma determinada unidade administrativa e não são franqueados sequer à consulta por outros segmentos da Administração. Essa é uma prática muito comum nas unidades administrativas, acobertada por uma má compreensão que transforma o princípio da especialidade – princípio substantivo, orientador de critérios de repartição de competências²² – num bloqueio a que qualquer outra estrutura, que não a especializada, tenha acesso a seus sistemas corporativos, sua base de dados, seu acervo de conhecimentos.

A segunda vertente a se trabalhar no curso do processo de câmbio cultural associado ao reconhecimento de um acervo de dados como ativo institucional envolverá quebrar a lógica segundo a qual o que importa, na ação administrativa, é tão somente o seu resultado – e não os elementos de fato que vem à luz quando da construção da estratégia de ação pública, e que muitas vezes se apresentam como verdadeiros condicionantes dessa mesma atuação. Como essa base fática, condicionante da escolha pública no contexto em que ela se pôs originalmente não é reputada como valor, ela se perde; o resultado é que ao longo do tempo, sobrevivendo alterações no contexto factual, a Administração não é capaz de reconhecer a possibilidade ou necessidade de mudança de estratégia, e segue reproduzindo para futuro um procedimento ou escolha que não mais dialoga com a realidade corrente.

Esse novo paradigma, que reconhece dados como ativo institucional relevante exigirá um investimento maciço em alfabetização para sistemas,²³ conceito que transcende o sentido de informar o usuário acerca de funcionalidades básicas dos sistemas informatizados com os quais ele opera, mas enfatizando a importância de

²² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Parte introdutória, parte geral e parte especial. 15. ed., revista, refundida e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 114.

²³ BRIDLE, James. *A nova idade das trevas*. A tecnologia e o fim do mundo. Tradução de Érico Assis. São Paulo: Todavia, 2019, p. 11-12.

entender como estes mesmos sistemas administrativos, servidos por mecanismos informatizados, se interconectam. Numa proposição mais ambiciosa, deverá a Administração buscar em favor de seus agentes verdadeira literacia digital para NTICs, assim entendida como a aptidão para o “uso de tecnologia digital, ferramentas de comunicação e/ou redes para o acesso, gestão, integração e criação de informações, de molde a operar numa sociedade do conhecimento”.²⁴ Essa habilidade, a ser desenvolvida na dimensão subjetiva da Administração, atrairá, por sua vez, o desafio de superar-se a expectativa de definitividade de soluções tecnológicas implantadas.

3.2 Superar a aura de “fixidez” das soluções baseadas em novas tecnologias

A implantação de soluções baseadas em NTICs, seja na seara pública ou privada, tende a implicar um enorme esforço da organização envolvida. Identificação do propósito a ser atendido pela solução tecnológica; delimitação de usuários e equipamentos necessários ao seu desenvolvimento, implantação e execução; documentação da atividade administrativa alcançada pela solução e dos novos parâmetros aplicáveis a partir dela; transposição de dados pretéritos para o novo ambiente com o sem de/para; tudo exige grande esforço, e possivelmente, elevados investimentos.

Mais ainda, toda implementação inovadora tem a si associado um custo adicional, no mais das vezes oculto, pois ela “pressupõe a vitória sobre agentes e representações sociais dominantes até aquele momento”.²⁵ Some-se a isso a circunstância de que o imaginário popular opera a partir do chamado “pensamento computacional”,²⁶ que assume como verdade que qualquer problema se resolve quando se aplica a computação. Nesse contexto, o resultado da aplicação tecnológica tende a ser visto com uma aura de definitividade ou “fixidez” – essa é de ser “a” resposta às necessidades de Administração e cidadania, e como resposta qualificada que é, deve remanescer intocada.

Completa o quadro a circunstância de que a Administração Pública é fortemente influenciada por um princípio de conservação, numa visão distorcida do que seja a estabilidade das relações preconizada pelo ideal de segurança jurídica. Essa lógica de conservação tem um forte efeito dissuasório quando se cogite de modificação

²⁴ INTERNATIONAL ICT LITERACY PANEL. *ETS Report of the International ICT Literacy Panel*, 2002, p. 2, [tradução livre]. Disponível em: https://www.ets.org/research/policy_research_reports/publications/report/2002/cjik. Acesso em: 10 dez. 2020.

²⁵ BARROS FILHO, Clovis de; LIMA, Adriano da Rocha. *Inovação e traição*. Um ensaio sobre fidelidade e tecnologia. Prefácio de Leandro Carnal. Rio de Janeiro: Vozes, 2017, p. 40.

²⁶ BRIDLE, James. *A nova idade das trevas*. A tecnologia e o fim do mundo. Tradução de Érico Assis. São Paulo: Todavia, 2019, p. 12.

de soluções pretéritas que possam envolver à cidadania, ou outros *stakeholders*. Tem-se assim formada a tríade que defende a estabilização das soluções em NTICs, e com isso, apequena os benefícios que ela pode ofertar seja à Administração Pública, seja à cidadania por ela atendida. Afinal, “toda inovação implica uma vitória sobre o que é habitual”,²⁷ donde a força da inovação viabilizada por NTICs estará na preservação de seu potencial de contínua ruptura com o estabelecido – nisso se incluindo suas próprias versões originais.

Pelo menos dois elementos são quase que intuitivos à evidenciação de que essa ideia de “fixidez” é equívoca. O primeiro deles está na circunstância de que é só a operação diuturna da solução de NTICs nas unidades administrativas a que ela serve diretamente, com todas as intercorrências e externalidades que não próprias ao ambiente real de operação (em oposição ao ambiente artificial de teste) que poderá evidenciar equívocos de diagnóstico e desenvolvimento, e ainda pontos de melhoria, reforçando a ideia da não definitividade da solução inicial. Segundo ponto está em que a dinâmica do ambiente em que opera o serviço público digital veiculado através de NTICs é inegável, seja na sua dimensão fática (sempre cambiante), seja naquela normativa – ambas influenciando decisivamente na capacidade da solução tecnológica inovadora, de oferecer resposta. Evidenciado assim o imperativo de permanente atualização ou reconfiguração da solução tecnológica, que repudia a zona de conforto em que se localiza a pretensão de estabilidade.

Desdobramento relevante da atitude que supera a fixidez das respostas fundadas em NTICs importa ainda em rejeitar a frase – tão comum – de que “isso é um problema do sistema”. Essa afirmação, normalmente veiculada por alguém com a pretensão simplesmente de encerrar o pleito do agente público ou do cidadão usuário da solução e por ela mal atendido, é de ser recepcionada numa Administração que intenta oferecer serviço público digital de qualidade, como simples impulso para a atualização da solução tecnológica que existe para potencializar e qualificara a ação pública, e não para limitá-la.

Dificuldade correlata a este novo axioma da impermanência das soluções em NTICs diz respeito ao papel dos segmentos gestores dos sistemas informatizados nas organizações públicas. O modelo tradicional, de uma entidade centralizadora com quadros de pessoal sob vínculo estatutário conduziu, no mais das vezes, a uma inadequação destas mesmas estruturas a um mercado tão dinâmico. Essa deficiência, por sua vez, resulta usualmente em contratação externa do desenvolvimento de soluções, especialmente com o uso de tecnologias inovadoras. Dificilmente se tem pactuada a transferência de tecnologia necessária à superação

²⁷ BARROS FILHO, Clovis de; LIMA, Adriano da Rocha. *Inovação e traição*. Um ensaio sobre fidelidade e tecnologia. Prefácio de Leandro Carnal. Rio de Janeiro: Vozes, 2017, p. 51-52.

dessa “fixidez”, e a Administração frequentemente se torna refém digital de uma corporação que tendo desenvolvido inicialmente a solução digital, passa a conduzir os seus destinos, formulando juízos de viabilidade das atualizações pretendidas, tudo sem que o Poder Público tenha capacidade crítica até mesmo em relação a esta diagnose – que dirá, aptidão para retomar a gestão da solução. Essa tem sido, por exemplo, a experiência de muitos órgãos de Advocacia de Estado, que compelidos ao desenvolvimento de sistemas de processo eletrônico pela digitalização aceleradíssima da informatização nos Tribunais, têm se visto “capturados” pelas empresas desenvolvedoras de suas soluções locais.

Não se está aqui preconizando que as estruturas da Administração competentes para a gestão de tecnologia sejam as exclusivas responsáveis pelo desenvolvimento e implantação de soluções – isso seria abdicar do valor que uma diversidade de visões própria ao universo de fornecedores pode trazer, especialmente num segmento tão dinâmico e plural como é o da inovação tecnológica. Todavia, é de se ter em boa conta a importância de evitar essa “captura digital”, que pode inclusive redundar em isolamento cognitivo digital da organização – afinal, a empresa “a”, que mantém refém a Secretaria “x”, dificilmente contribuirá para a integração de seu sistema proprietário, com aquele da Secretaria “y”, capturado por sua vez pela empresa “b”. A relevância da ebulição permanente no emprego de NTICs se manifesta não só nessa dimensão prospectiva, da relação entre a solução e as externalidades que em relação a ela se apresentam, mas também na dimensão corrente da Administração: nisso reside o terceiro desafio anunciado.

3.3 Internalização do aprendizado digital como processo interativo e incessante

Um risco ponderável que se apresenta em relação às iniciativas fundadas em NTICs, em especial de serviços públicos digitais, é uma visão reducionista, que associe esse mesmo conceito a uma simples intervenção cosmética, com a disponibilização de canais de comunicação digitais a usuários que, num processo unidirecional, receberia a demanda e traria algum *feedback*. Em que pese o acordo semântico que é de se formar em relação ao que se entenda por serviço público digital, parece claro que a simples disponibilização de suas condições básicas de prestação em um sítio eletrônico ou aplicativo não traduz o salto de qualidade que a expressão inequivocamente pretende revelar. Uma visão substantiva do que seja serviço público digital há de envolver solução embasada em NTICs que possa concretamente refletir na “atividade material que a lei atribui ao Estado [...] com

objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime total ou parcialmente público”.²⁸

O que se sustenta é que um agir administrativo digital, especialmente no campo do provimento de serviços públicos, pode se beneficiar das NTICs em extensão muito maior do que a simples recepção da demanda do usuário – que a partir desse momento, sai do ambiente digital e se vê recebida e processada pelos mecanismos ordinários de funcionamento da Administração Pública. É preciso que o *input* inicial, originário das NTICs, projete efeitos concretos na gestão do serviço cogitado também com o auxílio deste ferramental tecnológico. Assim, um *site* ou aplicativo versando, por exemplo, sobre serviço concedido, deve gerar para esse mesmo serviço, não só o impulsionamento de eventual resposta a demanda articulada por usuários, mas também informações estatísticas sobre número e conteúdo de solicitações seja do serviço em geral, seja dos seus vários prestadores específicos.

Identificação de padrões (usuários da região “x” ou tipologia “y” postulam a providência “z”) ou sazonalidades (no verão a ocorrência “w” aumenta ou diminui) podem dizer muito em relação a ajustes no modelo de desenvolvimento da atividade administrativa que se desenhou e se aperfeiçoa constantemente com o suporte em NTICs. A interatividade referida no subtítulo se traduz em fortalecer, a partir dos potenciais que a tecnologia oferece, um engajamento de todos os envolvidos na execução do agir administrativo – cada qual extraído dos *inputs* informacionais que lhe sejam ofertados, o benefício à qualificação do serviço que só a sua especial posição da cadeia de execução permite. Afinal, na lição de Armstrong,²⁹ “os dados são tão bons quanto a análise a que são submetidos e as ideias que deles são extraídas”.

A utilização desse ferramental, portanto, ainda que tenha sua origem em *endpoints* remotos, que não guardam necessariamente ligação direta com o *front* de execução da ação administrativa (SACs, ouvidorias, portais, sítios etc.), deve se irradiar progressivamente em todas as áreas envolvidas na grande tarefa de gestão da atividade administrativa, sem o que se terá fortemente restringidos os benefícios potenciais da inovação. Essa irradiação deve compreender tanto o objeto direto do *input* via NTICs, quanto as informações estatísticas que esse mesmo canal proporcione.

²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 31. ed., revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 134.

²⁹ ARMSTRONG, Paul. *Dominando as tecnologias disruptivas: aprenda a compreender, avaliar e tomar melhores decisões sobre qualquer tecnologia disruptiva que possa impactar seu negócio*. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. São Paulo: Autêntica Business, 2019, p. 20.

Aqui, uma vez mais revela-se útil a observação de Zuboff³⁰ de que a automação viabilizada pelo uso de NTICs “não somente impõe informação (sob a forma de instruções programadas), mas também produz informação”. O desafio está em que esse *output* informacional de sistemas de serviços públicos digitais pode envolver dados e padrões residuais relevantes para outros sistemas que não aquele que os produziu originalmente – por isso a relevância de uma interatividade das estruturas internas da Administração que permita não só o fluxo de dados, mas a identificação de sua importância para as múltiplas áreas em que o Estado atua.

O axioma da interatividade impõe ainda que a implantação de NTICs tendo por objeto em especial o serviço público digital, deve ser pensada numa arquitetura de modularidade, onde se tem a necessária associação entre especialidade (interna aos módulos) e compartilhamento (entre os diversos módulos). Com isso se favorece a integração entre sistemas, e mesmo a otimização de recursos na construção, classificação (*labeling*) e armazenamento deste *big data*.

Reforça ainda a relevância da interatividade – e aqui sua aplicação pode se ampliar não só para os diversos segmentos da Administração, mas compreender ainda a própria sociedade – a circunstância de que ao menos no cenário hoje conhecido de NTICs, ainda que com a aplicação dos mais sofisticados mecanismos de inteligência artificial preditiva,³¹ o máximo resultado que se pode pretender é o mapeamento de correlações entre os dados – mas as relações de causalidade por trás delas exigirão ainda a intervenção humana.³² O espaço do humano no processo de digitalização do serviço público, para bem identificar as causalidades que escapam à percepção algorítmica, deve se dar para, com uma perspectiva crítica, “conservar uma dúvida, entreter uma desconfiança quanto à suficiência das correlações”³³ – o que por sua vez, guarda relação de estreita dependência com o axioma de permanente mutabilidade destas mesmas respostas tecnológicas, conforme já exposto no item 3.2 acima.

³⁰ ZUBOFF, Shoshana. *Big other: capitalismo de vigilância e perspectivas para uma civilização de informação*. In: BRUNO, Fernanda et al. *Tecnopolíticas da vigilância: perspectivas da margem*. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 20.

³¹ LIRIO DO VALLE, Vanice. Inteligência artificial incorporada à Administração Pública: mitos e desafios teóricos. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, V. 20, p. 186-187, jul./set. 2020.

³² FORD, Martin. *Os robôs e o futuro do emprego*. Tradução de Claudia Gerpe Duarte. Rio de Janeiro: Best Business, 2019, p. 126.

³³ ROVROY, Antoinette; BERNS, Thomas. Governamentalidade algorítmica e perspectivas de emancipação: o díspar como condição de individuação pela relação? In: BRUNO, Fernanda et al. *Tecnopolíticas da vigilância: perspectivas da margem*. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 113.

4 À guisa de conclusão

Em curso já a terceira década do século XXI, não há como não reconhecer que o permear do agir da Administração Pública pelas ferramentas e subprodutos originados de NTICs é algo inevitável. O Relatório da Pesquisa em *E-Government* de 2020³⁴ evidencia que, de 14 (quatorze) países com índice mais alto de governança digital no mundo, 12 (doze) apresentam índice de serviços *on line* superior a 90% (noventa por cento). Iniciativas mais recortadas, compreendendo áreas específicas de governo se identifica por todo o globo – inclusive no Brasil.³⁵ Este é um movimento que tende a constante expansão, sob pena de, como sustentado no início, abdicar o Estado *lato sensu* de sua capacidade de governar. Indispensável reconhecer que essa transição não pode se resumir ao câmbio do meio da ação administrativa (do físico ao digital) sem que se tenha uma profunda mudança nos modelos de negócio por ela aplicados, reformulados a partir de uma nova racionalidade democrática³⁶ viabilizada pelo emprego de NTICs em seu potencial máximo.

Os novos axiomas aqui sugeridos concorrem para uma visão realista quanto aos termos em que os avanços tecnológicos devam ser recepcionados pela Administração Pública, tudo com o intuito de que não se tenha, neste tipo de iniciativa, um movimento espasmódico, mas sim o deflagrar de um processo contínuo de otimização do agir administrativo através das NTICs, e do que a sua aplicação possa ainda revelar em relação a necessidades ocultas da sociedade.

Irresistíveis as múltiplas promessas das NTICs e dos mercadores de ilusões que a elas creditam de maneira simplista, o poder de redimir estruturas administrativas caracterizadas pela fragmentação e pelo baixo grau de racionalidade. O potencial de transformação efetivamente existe – mas esta não sobrevém como resultado direto de uma contratação redentora. Ceder ao fascínio tecnológico é de se dar pelas razões certas, pelo que elas efetivamente podem oferecer de melhoria de qualidade em favor da Administração Pública e da cidadania a que ela serve.

Referências

ARMSTRONG, Paul. *Dominando as tecnologias disruptivas: aprenda a compreender, avaliar e tomar melhores decisões sobre qualquer tecnologia disruptiva que possa impactar seu negócio*. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. São Paulo: Autêntica Business, 2019.

³⁴ UNITED NATIONS. *United Nations E-Government Survey 2020: Digital Government in the Decade of Action for Sustainable Development*. Department of Economic and Social Affairs, Chapter 1, p. 12, 2020. Disponível em: <https://publicadministration.un.org/egovkb/en-us/Reports/UN-E-Government-Survey-2020>. Acesso em: 10 dez. 2020.

³⁵ MESQUITA, Kamila. A evolução do governo eletrônico no Brasil e a contribuição das TIC na redefinição das relações entre governo e sociedade. *Comunicologia – Revista de Comunicação da Universidade Católica de Brasília*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 174-195, 2020.

³⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 32.

- BARROS FILHO, Clovis de; LIMA, Adriano da Rocha. *Inovação e traição*. Um ensaio sobre fidelidade e tecnologia. Prefácio de Leandro Carnal. Rio de Janeiro: Vozes, 2017.
- BOBBIO, Norberto. Teoria geral da política. In: BOVERO, Michelangelo (Org.). *A filosofia política e as lições dos clássicos*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei Ordinária PL 2431/2015*. Dispõe sobre o patrimônio público digital institucional inserido na rede mundial de computadores e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1594241>. Acesso em: 21 dez. 2020.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei Ordinária PL 7843/2017*. Institui regras e instrumentos para a eficiência pública. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2141142&ord=1>. Acesso em: 21 dez. 2020.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei Ordinária PL 3443/2019*. Dispõe sobre a Prestação Digital dos Serviços Públicos na Administração Pública – Governo Digital. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2207511>. Acesso em: 21 dez. 2020.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei Ordinária PL 4797/2019*. Dispõe sobre a Prestação Digital dos Serviços Públicos na Administração Pública. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2218208>. Acesso em: 21 dez. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 36.666*. Tribunal Pleno. Relatora Ministra Cármen Lúcia (sem decisão quando da finalização deste artigo).
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 37.132*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Marco Aurélio (sem decisão quando da finalização deste artigo).
- BRIDLE, James. *A nova idade das trevas*. A tecnologia e o fim do mundo. Tradução de Érico Assis. São Paulo: Todavia, 2019.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- FORD, Martin. *Os robôs e o futuro do emprego*. Tradução de Claudia Gerpe Duarte. Rio de Janeiro: Best Business, 2019.
- INTERNATIONAL ICT LITERACY PANEL. *ETS Report of the International ICT Literacy Panel*, 2002, Disponível em: https://www.ets.org/research/policy_research_reports/publications/report/2002/cjik. Acesso em: 10 dez. 2020.
- LANEY, Douglas B. *Infonomics: how to monetize, manage, and measure information as an asset for competitive advantage*. [S.l.]: Routledge, 2017.
- LIRIO DO VALLE, Vanice. A Reforma Administrativa que ainda não veio: dever estatal de fomento à cidadania ativa e à governança. *Revista de Direito Administrativo*, v. 252, p. 119-140, 2009.
- LIRIO DO VALLE, Vanice. Inteligência artificial incorporada à Administração Pública: mitos e desafios teóricos. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, v. 20, p. 179-200, jul./set. 2020.
- MAGRANI, Eduardo. *Entre dados e robôs*. Ética e privacidade na era da hiperconectividade. 2. ed. Porto Alegre: Arquipélago, 2019.
- MCLOUGHLIN, Catherine. What ICT-related skills and capabilities should be considered central to the definition of digital literacy? In: *EdMedia+Innovate Learning. Association for the Advancement of Computing. Education (AACE)*, 2011. p. 471-475.

MESQUITA, Kamila. A evolução do governo eletrônico no Brasil e a contribuição das TIC na redefinição das relações entre governo e sociedade. *Comunicologia – Revista de Comunicação da Universidade Católica de Brasília*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 174-195, 2020.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Parte introdutória, parte geral e parte especial. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O Direito Administrativo no século XXI*. Posfácio Jessé Torres Pereira Jr. e Flávio Amaral Garcia. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MOROZOV, Eugeny. *Big tech: a ascensão dos dados e a morte da política*. Tradução de Claudio Marcondes. São Paulo: Ubu, 2018.

ROVROY, Antoinette; BERNS, Thomas. Governamentalidade algorítmica e perspectivas de emancipação: o díspar como condição de individuação pela relação? In: BRUNO, Fernanda *et al.* *Tecnopolíticas da vigilância: perspectivas da margem*. São Paulo: Boitempo, 2018. p. 107-139.

SCHIEFLER, Eduardo André Carvalho; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SOUSA, Thanderson Pereira de. Administração Pública digital e a problemática da desigualdade no acesso à tecnologia. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 97-116, maio/ago. 2020.

UNITED NATIONS. *United Nations E-Government Survey 2020: Digital Government in the Decade of Action for Sustainable Development*. Department of Economic and Social Affairs, 2020. Disponível em: <https://publicadministration.un.org/egovkb/en-us/Reports/UN-E-Government-Survey-2020>. Acesso em: 10 dez. 2020.

ZUBOFF, Shoshana. *Big other: capitalismo de vigilância e perspectivas para uma civilização de informação*. In: BRUNO, Fernanda *et al.* *Tecnopolíticas da vigilância: perspectivas da margem*. São Paulo: Boitempo, 2018. p. 17-68.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

VALLE, Vanice Lírio do. Três axiomas para o agir administrativo fundado em novas tecnologias de informação e comunicação. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 2, n. 1, p. 11-28, jan./abr. 2021.

Digital transformation in public administration: from e-Government to digital government

Transformação digital na administração pública: do governo eletrônico ao governo digital

Ana Cristina Aguilar Viana*

University Paris 1 Panthéon-Sorbonne (Paris, Île-de-France, France)
anacristina_av@hotmail.com
<https://orcid.org/0000-0003-3837-8589>

Recebido/Received: 20.01.2021/ January 20th, 2021

Aprovado/Approved: 27.02.2021/ February 27th, 2021

Abstract: The digital revolution impacts public administration and gradually transforms the activities provided by the State. Challenges arise as technologies improve. The article proposes explore the path of ICTS use in the state organizational sphere, examining from the initial conception of e-Government to the most recent works alluding to digital government. The work is descriptive and logical-deductive. First, the foundations of e-Government are examined, with their classifications, identifications, and types of interaction. Second, the ideas and proposals of open government will be discussed. Then, the concept of digital government is explored with its key issues. Finally, the evolutionary process of digital transformation in public administration is outlined.

Keywords: E-Government. Digital government. Government 2.0. Open government. Open data government.

Resumo: A revolução digital impacta a Administração Pública e transforma gradualmente as atividades prestadas pelo Estado. Ela vem acompanhada de desafios e de necessidades que surgem à medida que as tecnologias se aprimoram. O artigo propõe explorar o percurso do uso das TICs no âmbito organizacional estatal, examinando desde a concepção inicial de governo eletrônico, chegando até os trabalhos mais recentes que aludem ao governo digital. O trabalho é descritivo e lógico-dedutivo. Primeiro, examina-se as fundações do governo eletrônico, com suas classificações, identificações e tipos de interação. Em segundo, são trabalhadas as ideias e propostas do governo aberto. Após, o

Como citar este artigo/How to cite this article: VIANA, Ana Cristina Aguilar. Digital transformation in public administration: from e-Government to digital government. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 2, n. 1, p. 29-46, jan./abr. 2021. DOI: 10.47975/IJDL/1viana

* PhD student the Paris 1 Panthéon-Sorbonne University (Paris, Île-de-France, France). Master's in Public Policy at the Federal University of Paraná. This study was financed in part by the Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Finance Code 001 – CAPES/Print.

conceito de governo digital é explorado com suas questões-chave. Finalmente, são traçados o processo evolutivo da transformação digital na administração pública.

Palavras-chave: Governo eletrônico. Governo digital. Governo 2.0. Governo aberto. Governo aberto de dados.

Summary: 1 Introduction – 2 E-Government and its foundations – 3 Open government – 4 Digital government – 5 Evolutionary traits – 6 Final considerations – References

1 Introduction

E-Government, digital administration, open government, government 2.0, digital governance. But after all, what are these terms? Are they equivalent? Is it essential, or even necessary, to differentiate them? As in other areas of society, digital revolution impacts public administration and gradually transforms the State's activities. Administration, which was erected under the empire of paper, is now digitalized. Governments pursue to offer services with greater efficiency and agility.¹ Society, in turn, seeks to use these technologies to achieve its rights. With the transition from analog to digital world, platforms, applications, and virtual pages become everyday acts. The use of such devices daily incurs their use also in the context of government services. The State, in turn, seeks to mold itself and proposes a simplification of access and promotion of its services.²

Digital transformation, however, comes with challenges. Issues related to the design, limits, and use of Information Technology – ICTS arise, as well the inequalities in access to the digital universe. Also, the lack of structure, inefficiency in providing online services, and disconnection between them emerge as problems.³ In Brazil, for example, although there is a Digital Governance Strategy (EGD) proposed by the government,⁴ indices⁵ point to difficulties in inserting such strategies.

¹ ENAP. Les administrations publiques à L'ère du numérique. In: *Télescope*. Revue d'analyse comparée en administration publique. vol. 18 n. 1-2, printemps-été 2012. Disponível em: https://telescope.enap.ca/telescope/docs/index/vol_18_no_1-2/telv18n1-2_numerique.pdf. Acesso em: 10 jan. 2020.

² CORVALÁN, Juan Gustavo. Administración Pública digital e inteligente: transformaciones en la era de la inteligencia artificial. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*. Curitiba, v. 8, n. 2, p. 26-66, maio/ago. 2017.

³ CARVALHO, Bruno Borges de. Governo digital e direito administrativo: entre a burocracia, a confiança e a inovação. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, v. 279, n. 3 (2020), p. 118.

⁴ In Brazil, the Digital Governance Strategy (EGD) was instituted in 2016. Updated in 2020, it aims to promote the use by the public sector of information technology resources to improve the availability of information, encourage the participation of society in the decision-making process and improve the level of transparency and effectiveness of the federal government. The EGD is regulated in Decree No. 10,332 of 28 April 2020.

⁵ Infrastructure problems and disconnection of services provided were identified by the Organization for Economic Cooperation and Development in a report of studies on digital transformation in Brazil (OECD. *Digital Government Review of Brazil: Towards the Digital Transformation of the Public Sector*. OECD Digital Government Studies, Paris, 2018).

In this enmeshment, several expressions referring to the use of ICTS in the governmental sphere are now employed. Electronic government becomes a “chameleon”,⁶ and voice-overs are used depending on what is being argued. In addition to the imprecise terminology, this conceptual assortment brings confusion to the scope and content of each concept. This may ultimately corroborate the existence of gaps in the instrumentalization of these devices.

For this reason, it is necessary to clarify the expressions dealt with in the context of digital transformation in public administration to help understanding, scope, and debate on the subject. The work uses a descriptive methodology by examining scholars’ point of view and the means of the terms by national and international agencies.

The paper explores ICTS employment path within the state organizational framework, examining from the initial conception of e-Government to the most recent work alluding to digital government. First, it looks the foundations of e-Government, with its classifications, identifications, and types of interaction. Second, the ideas and proposals of Open Government are worked on. Third, the concept of digital government is explored, and its critical issues. Finally, comparative traces of the evolutionary process of digital transformation in public administration are drawn.

2 E-Government and its foundations

The first electronic services by public administrations date from the late 1980s. As governments’ policies, the insertion of ICTs took place from the 90s onwards, gradually and in a global aspect. In any case, the literature reports that it was the dissemination of e-commerce that drove the development of the concept of e-Government,⁷ which referred to the use of technologies by governments.⁸

Initially, e-Government was conceived from two perspectives, one more restricted and the other more general. From there, modes of interaction and areas of intervention were developed. Besides, stages and phases of implementation were delimited to facilitate understanding of the extent of use. Finally, more specific concepts such as Government 2.0 and e-Governance were created.

⁶ O'REILLY, Tim. Government as a Platform. *Media, Inc. Innovations* – vol. 6, n. 1, 2010, p. 13.

⁷ ENA. *E-administration et transition numérique de l'Etat*. In: ENA – Centre de ressources et d'ingénierie documentaires, France, Bibliographie – décembre 2019, p. 2.

⁸ DINIZ, Eduardo Henrique *et al.* O governo eletrônico no Brasil: perspectiva histórica a partir de um modelo estruturado de análise. *Revista de Administração Pública – RAP*. Rio de Janeiro, 43(1):23-48, jan./fev. 2009, p. 24.

2.1 Defining e-Government

In its narrowest sense, e-Government resides in the use of Information Technologies – TICS by governments. In a broader perspective, e-Government can be defined as the use of information technologies – ICTs to i) ensure government access and delivery to individuals of information and use of services; ii) enable and implement efficiency through the application of these services within government; iii) cover a large scale of services; iv) transform governments.⁹

Traditionally, therefore, e-Government is understood as “the use of ICT to improve the efficiency of government agencies and provide government services online”.¹⁰ As an essential feature, e-Government policies reside in the improvement of internal work processes. There is no focus here, however, on changing the bureaucratic logic or even on changing values in the sphere of public management, in the relationship with citizens and their role.¹¹

2.2 Types of interactions

The literature points to diverse types of interactions in e-government. *Government-to-government (G2G)* designates the sharing and exchange of electronic information between public sector actors.¹² *Government to Business (G2B)* refers to commercial transactions and state purchases and purchases of services by governments. This also includes interactions arising from legal obligations to which organizations are subject.¹³ The *Business to Business (B2B)* management concept deals with relations between companies marked by contractual freedom and autonomy of will.¹⁴

Government to Citizen (G2C) deals with initiatives developed to promote people’s interaction with the Public Administration, as consumers and citizens.¹⁵ It derives from the *business to consumer (B2C)* concept, which deals with relationships between professionals and consumers, where the primary responsibility is to ensure consumer protection.¹⁶ Also, a fourth type of interaction is added, called

⁹ BOUNABAT, Bouchaib. From e-Government to digital Government. *Electronic Journal of Information Technology*, dec. 2017. Available at: <http://www.revue-eti.net/index.php/eti/article/view/117>

¹⁰ UNITED NATIONS. *2020 United Nations E-Government Survey*. New York, 2020. Disponível em: <https://www.un.org/development/desa/publications/publication/2020-united-nations-e-government-survey>

¹¹ CARVALHO, Bruno Borges de. Digital government and administrative law... *Op. cit.*, p. 118.

¹² UNITED NATIONS, *UN E-Government Survey in Media. Op. cit.*

¹³ ALTURAS, Bráulio; MORAES, Lígia Esgalhado de. *Determinantes do Nível de Satisfação com a Implementação do Governo Eletrônico em Cabo Verde*. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/322150741-Determinantes_do_Nivel_de_Satisfacao_com_a_Implementacao_do_Governo_Eletronico_em_Cabo_Verde_Determinants_of_Satisfaction_with_the_Implementation_of_Electronic_Government_in_Cape_Verde. Acesso em: 05 jan. 2021.

¹⁴ BARRAUD, Boris. *Repenser la pyramide des normes à l'ère des reseaux*. L'Hartman, France, 2021, p. 306.

¹⁵ UNITED NATIONS, *UN E-Government Survey in Media... Op. cit.*

¹⁶ BOUNABAT, Bouchaib. From e-government... *Op. cit.*

government-to-employee (G2E), proposed in analogy concept of e-business. It is a search for the interaction between the two sides.¹⁷

2.3 Areas of intervention

E-Government can also be observed through its areas of intervention. There are three groups: i) *e-administration*, which designates the increment of processes related to the functioning of political power and Public Administration; ii) *e-citizens and e-services*: which resides in the interconnection between citizens and companies, through the provision of services; iii) *e-society*: focused on the development and architecture of interactions outside the State. Here are the issues related to public participation and citizenship.¹⁸

2.4 Stages or phases

The transformation to an administration that uses TICS and the provision of services, occurs gradually. Thus, e-Government is divided into phases or steps. The first one, the *face-to-face or informational*, corresponds to the most basic. It is when a specific institution creates a web page and brings some information. Here, the services are restricted in the online presence. Thus, there is no need to reengineer administrative processes because it only deals with digitizing the available information and providing it on its page.¹⁹

The second phase is the *interaction*, in which services are provided. It includes search tools, file downloads, and forms. This stage contains informative capabilities and presents simple forms of navigation, exploration, and interaction with data. Information is used via e-mail, download forms, or government databases, allowing citizens to ask questions, make complaints, and/or conduct research.²⁰ The third stage, *transaction*, corresponds to the interaction between government and citizens. Here, transactional capabilities conduct complete online transactions through secure, often real-time, two-way communication with clients, such as requesting permissions and licenses, filing tax returns and payment, responding to public bids, and electronic voting.²¹

¹⁷ ALTURAS, Braulio; MORAES, Ligia Esgalhado de. *Determinantes do Nível... Op. cit.*

¹⁸ GOUVEIA, Luis Borges. *O local e-government: a governação digital na autarquia*. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/233416417_O_local_e-government_a_governacao_digital_na_autarquia/related. Acesso em: 05 jan. 2021.

¹⁹ AL-HASHMI, Asma; DAREM, Abdul Basit. *Understanding Phases of E-government Project*. 2007. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/255572015_Understanding_Phases_of_E-government_Project. Acesso em: 10 jan. 2020.

²⁰ AL-HASHMI, Asma; DAREM, Abdul Basit. *Understanding Phases of E-government... Op. cit.*

²¹ BOUNABAT, Bouchaib. *From e-government... Op. cit.*

Finally, the fourth stage, called *transformation*, brings a substantial connection between citizens and government, which occurs when there is a complete integration of systems. Namely, there is an exchange of information between the various government entities.²² Distinct from the *transaction* phase in which there is only one system, the systems are interconnected in the *transformation* phase. This means a fast connection between organs, institutions, and actors, corresponding in a “holistic” configuration of the administration that is placed entirely digitalized and interconnected. In summary, the graph below summarizes the steps of digital transformation in e-Government:

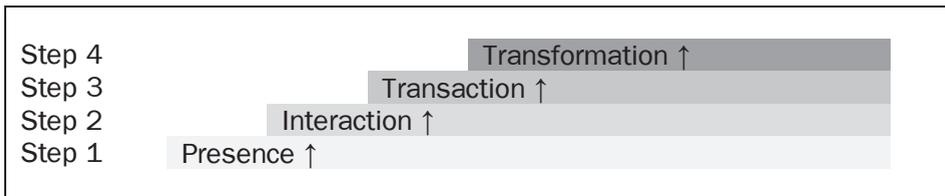


Illustration 1: Steps In E-Government

SOURCE: The author.

These phases are sometimes identified according to the degree of advancement of a particular government in the implementation of e-Government. They can also refer to the decade of emergence of the technologies. In one way or another, they are useful and serve to identify the evolution of an e-Government.²³ The United Nations employs these steps to identify progress in the development of a given country’s digital transformation. Through its index – the EGDI (e-Government Development Index), a basis for comparison and evaluation is made by the entity, which is accommodated in three axes, TII – telecommunications infrastructure; OSI – online services, and HCI – human capital. The entity examines all these elements.²⁴

The first step, identifying an e-Government in a country, corresponds to the implementation of an “e-Government”. This phase began to develop in the mid-1990s. It also corresponds to countries with low or medium e-Government Development

²² VIANA, Ana Cristina Aguilár; MENDONÇA, Barbara Marianna Bertotti. Desmaterialização de serviços públicos no Brasil: o governo federal. In: GUIMARÃES, Edgar; VALLE, Vivian Cristina Lima López (Org.). *Passando a Limpo a Gestão Pública: arte, coragem, loucura*. Curitiba: NCA, 2020, v. 1, p. 76-91.

²³ AL-HASHMI, Asma; DAREM, Abdul Basit. *Understanding Phases of E-government Project*. 2007. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/255572015_Understanding_Phases_of_E-government_Project. Acesso em: 10 jan. 2020.

²⁴ UNITED NATIONS. *2020 United Nations E-Government Survey*. New York, 2020. Disponível em: <https://www.un.org/development/desa/publications/publication/2020-united-nations-e-government-survey>. Acesso em: 10 jan. 2021.

Index (EGDI), and is materialized by creating web pages and information, to in a second moment, dematerialize public services.²⁵

In a second moment, the change to a more digitized administration occurs. Here we find countries with medium to high EGDI, where the conversion to administration with a multi-channel government is observed. It is about dematerializing the public administration and the implementation of its services in different channels (sites, cell phones, blogs, etc.). This is where the first forms of electronic consultation of users are created.²⁶ Finally, the third phase refers to countries that have moved to a new modernization stage to open up administration entirely to users. Here are the countries with EGDI very high and correspond in what part of the literature calls Open Government, which will be better addressed later.²⁷

2.5 Electronic Governance

There are distinctions between e-Government and e-Governance. While government refers to a vertical and hierarchical structure, this corresponds to a phenomenon involving governmental and non-governmental institutions and actors. In other words, governance refers to an ordering system whose foundation lies in interpersonal relations in a horizontal rather than vertical conception.²⁸

In the case of electronic governance, it is based on the concept that the concept of governance is broader than that of government and thus can involve any type of activity related to administration, such as, for example, movements of government administration or entities that may serve purposes of public interest; interactions between local administrations with organs and civil society; processes where authorities define public decisions; processes and institutions in which citizens, civil society also participate.²⁹

Scholars suggests axes of governance. They are. 1- Management-bureaucracy; which demands a transformation of management modes and transforms relations between the old and the new that are no longer necessary; 2- Administration – in the development of services accessible by mobile devices and that facilitate use by users, increasing interactivity; 3- Electronic democracy, in the interaction of people, in the exercise of citizenship.³⁰

²⁵ BOUHADANA, Irene; GILLES, William. *De l'esprit des gouvernements ouverts*. Disponível em: <http://ojs.imodev.org/index.php/RIGO/article/view/187/308>. Acesso em: 19 dez. 2020.

²⁶ BOUHADANA, Irene; GILLES, William. *De l'esprit des gouvernements ouverts... Op. cit.*

²⁷ BOUHADANA, Irene; GILLES, William. *De l'esprit des gouvernements ouverts... Op. cit.*

²⁸ VILAS BOAS FILHO, Orlando. *A governança em suas múltiplas formas de expressão: o delineamento conceitual de um fenômeno complexo*. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/download/64/120>. Acesso em: 11 ago. 2020.

²⁹ BOUNABAT, Bouchaib. *From e-government... Op. cit.*

³⁰ VACCHINO, Olivier. *Vers l'e-gouvernance: pour une nouvelle administration numérique*. Preface by Jean-Paul Delevoye. Paris: SCEREN: CNDP, 2013, p. 182.

2.6 Government 2.0

The Government 2.0 lies in the proposed integration of Web 2.0 technologies to e-Government to create opportunities to improve the quality of public services or even the relationship between citizens and general administration.³¹ It thus refers to incorporating web properties, such as user-generated content, the delivery and use of open data, and network effects.³² Traditionally, it is referred to as a more communicative and interactive version of e-Government. There is a shift in focus towards citizens, who are now treated as active contributors in public affairs management, which can be achieved mainly through applications, platforms, and social networks.³³ The primary condition of a 2.0 government is the interaction between the administration and the citizens.

For Tim O'Reilly, who coined the expression, Government 2.0 means more than just interaction. The author explains that it is a concept of the rediscovery of the original *World Wide Web* project (which was designed with the proposal of openness, independence, and connections between people). Thus, Government 2.0 would be a “government rediscovered and reimagined as if it were the first time”.³⁴ In its proposal, therefore, the government would be an actual mechanism of collective action. It is also referred to the government 3.0 that relates the new trends in the connected government to achieve a higher level of integration through the use of the semantic web, the public information infrastructure, and all the new media.³⁵

3 Open government

In line with the government 2.0 premises is the proposal of open government. It appeared in January 2009 when, in one of his first administrative actions, the then President of the United States, Barack Obama, issued an executive order on transparency and open government that directed the Secretariat of Administration and Budget to adopt a directive on transparency in government. The circular established transparency, participation, and collaboration as fundamental principles of open government.³⁶ For the Organization for Economic Cooperation and Development-OECD, the Open Government refers to the transparency of government actions,

³¹ BOUGHZALA, Imed; JANSSEN, Marijn. Government 2.0: Back to Reality. In: BOUGHZALA, Imed; JANSSEN, Marijn; ASSAR, Saïd (Ed.). *Case Studies in e-Government 2.0 – Changing Citizen Relationships*, 2018, p. 1.

³² BOUGHZALA, Imed; JANSSEN, Marijn. Government 2.0: Back to Reality... *Op. cit.*, p. 1.

³³ BOUNABAT, Bouchaib. From e-government... *Op. cit.*

³⁴ O'REILLY, Tim. Government as a Platform. *Media... Op. cit.*, p. 13.

³⁵ BOUNABAT, Bouchaib. From e-government... *Op. cit.*

³⁶ HARISSON, Thereza et al. *La transparence gouvernementale et Le cybergouvernement: Les enjeux démocratiques selon une perspective publique*. Disponível em: https://telescope.enap.ca/telescope/docs/index/vol_18_no_1-2/telv18n1-2_numerique.pdf. Acesso em: 09 jan. 2021.

the accessibility of government services and information, and the government's capacity to respond to new ideas, demands and needs. These are axes in which they are understood as promoters of benefits for the government and societies.³⁷

It is claimed that the distinction between open government and electronics lies in the change of values added in the former, in a rethinking of governments, their procedures, and their dogmas.³⁸ To this end, it is indicated that conversion to Open Government requires changes: 1- cultural, with the administration recognizing the central role of the citizenry; 2- of the procedures offered, if not comfortable for the citizenry, must be modified; 3- on administration organization; less bureaucratic and more efficient and; 4- forms of relationship that occur through dialogue.³⁹

The openness of governments does not materialize, therefore, only through the implementation of transparency policies.⁴⁰ Although fundamental, the construction of an Open Government also depends on greater participation and collaboration of public and private actors. Thus, the objective is to combine the three requirements to increase public services quality and make governments more accountable. Irene Bouhadana and William Gilles point to five challenges in building an Open Government. The improvement of public services, the strengthening of public integrity, the improvement in the efficiency of public resources management, the creation of safer communications, and finally, the strengthening of social responsibility. These are values that should be taken as fundamental requirements for an "open-minded" government.⁴¹

Following this line, the authors formulate ten guiding principles of an Open Government. 1. The right to transparency and access to public information; 2. The right to reuse public information; 3. The right of citizens to participate in public decision-making; 4. The right to democratic renewal and pluralism; 5. The right to sincerity and trust in one's own government; 6. The right to responsible government; 7. The right to protection of the actors of an open government; 8. The right to effective open government; 9. The right to proportionality and justification of exceptions to the principles of open government; 10. The right to spread the culture of open government.⁴²

³⁷ OCDE. *Open Government: beyond static measures*. OCDE, France, 2009. Disponível em: <http://www.oecd.org/gov/46560184.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2020.

³⁸ RAMINELLI, Franciele Puntel. Do governo eletrônico ao governo aberto: a utilização dos sites de redes sociais pelo e-gov brasileiro na efetivação da democracia participativa. In: *CONPEDI (Org.). Direito e novas tecnologias*. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. 1, p. 255-281.

³⁹ BOUHADANA, Irene; GILLES, William. *De l'esprit des gouvernements ouverts... Op. cit.*

⁴⁰ GILLES, William. From The Right to Transparency to Open Government in a Digital Era. A French Approach. *Revue Internationale des Gouvernements Ouverts*, vol. 2, p. 11-26, mars 2016. Disponível à l'adresse: <http://ojs.imodev.org/index.php/RIGO/article/view/4>. Date de consultation: 05 déc. 2020.

⁴¹ BOUHADANA, Irene; GILLES, William. *De l'esprit des gouvernements ouverts... Op. cit.*

⁴² BOUHADANA, Irene; GILLES, William. *10 principes pour un Gouvernement Ouvert Effectif*. Disponível em: <https://site.imodev.org/3/10-principes-pour-un-gouvernement-effectif>. Acesso em: 19 dez. 2020.

In turn, the Open Data Government (OgD) deals with data inclusion and its availability to the public domain. The idea of open data is to make available to people data produced, collected, or processed within a general unit and allow its reuse for private or commercial purposes. Open information is part of the administrative transparency movement and also responds to economic concerns of releasing public data for innovation.⁴³

Data may be collected by observing a given population, including demographic and other research data. It may also be data collected by government agencies on their operations, including those related to public service transactions in health, social services, justice, and education. The essential characteristics of opening up data are that they are free of charge and can be used freely.⁴⁴ Thus, open and publicly available data can be in various formats. In essence, OgD is government data, but not all government data is OgD.⁴⁵

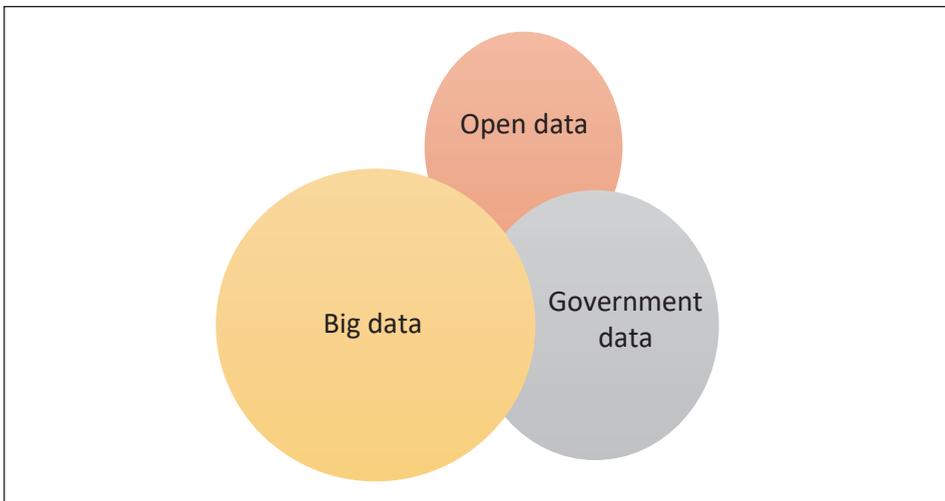


Illustration 2: Ogd Relationship For Data And Big Data⁴⁶

Source: United Nations.

The OECD reports that a growing number of governments are adopting policies to implement OgD. The institution exemplifies by disseminating data collected and produced by public organizations to perform their tasks or data ordered with public

⁴³ MÉTAYER, Lucie-Cluzel. L'ouverture des données publiques. In: *Le droit administratif au défi du numérique*. Paris: Dalloz, 2019, p. 17.

⁴⁴ MÉTAYER, Lucie-Cluzel. L'ouverture des données publiques. In: *Le droit... Op. cit.*, p. 17.

⁴⁵ UNITED NATIONS. *E-Government Survey 2020*. United Nations New York, 2020. Disponível em: [https://publicadministration.un.org/egovkb/Portals/egovkb/Documents/un/2020-Survey/2020%20UN%20E-Government%20Survey%20\(Full%20Report\).pdf](https://publicadministration.un.org/egovkb/Portals/egovkb/Documents/un/2020-Survey/2020%20UN%20E-Government%20Survey%20(Full%20Report).pdf). Acesso em: 20 dez. 2020.

⁴⁶ UNITED NATIONS. *E-Government Survey 2020... Op. cit.*

funds. The scope of the OgD is to give it in formats in which its free use, reuse, and distribution is possible. The dissemination of data produced related to public interests is growing, and it has ample potential in increasing transparency and accountability, integrity, and public performance. The objective of open data is to create economic and social value.⁴⁷

4 Digital government

Two are the axes of Digital Government. One is the new technologies, and the other is the new mentality it brings.

4.1 The new technologies

Big Data, Internet of Things – IoT, artificial intelligence, *cloud computing*, and *blockchain* are all disruptive technologies that profoundly impact society and alter the structures of public administration.⁴⁸ It is said that with them, a new era of politics and decision making is opening. This is because they provide an end-to-end scanning process of business models, development, and service delivery. For example, *cloud computing* provides *on-demand* access to various resources. Thus, departments do not need to host and manage their own ICTS infrastructure, bringing more agility and reduced operational costs.⁴⁹

Because of the profound impact and possibility of new engineering of the state organization, which can use these facilities in a way that alters its structure, these technologies place the traditional models of e-Government as “outdated”. Hence, the need for management to shift the focus of automation and cost reduction (present in the e-Government proposal) emphasizes co-creation with citizens and businesses.

⁴⁷ OCDE. *Broadband Policies for Latin America and the Caribbean: a Digital Economy Toolkit*. OECD, IDB 2016. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264251823-15-en.pdf?expires=1609885581&id=id&accname=guest&checksum=9B951CE465B50EEAC8492C9B0616FB92>. Acesso em: 12 jan. 2021.

⁴⁸ *Big data* designates the volume of data stored on a network. The Internet of Things (IoT) deals with networking where digital and analog objects are connected and exchange information with each other. Artificial intelligence is about the study of the set of computational techniques and algorithms, and methods of reproducing the human cognitive capacity. *Blockchain* refers to the technology of storage and transmission of information without a control organ. Cloud computing is the access to computer services through the Internet by a provider. About: More: MIKE2.0. Big Data Definition. In: *The open source methodology for Information Development*. Available at: mike2.openmethodology.org. Access on: 02 Jan. 2021; CORVALAN, Juan Gustavo. Inteligencia Artificial GPT-3, Pretoria y Oráculos Algorítmicos en el Derecho. *International Journal of Digital Law*. Belo Horizonte, vol. 1, n. 1, jan./abr. 2020; FRIEDRICH, Denise Bittencourt; PHILLIPPI, Juliana Horn Machado. Inclusão Digital e Blockchain como instrumentos para o desenvolvimento econômico. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 97-115, jan./abr. 2020.

⁴⁹ BOUNABAT, Bouchaib. From e-government... *Op. cit.*

This new stage of maturity of technologies and their use by governments is the symbol of digital government transformation.

4.2 A new rationality

For the OECD this new stage of maturity of digital technologies and their employment marks the paradigm shift from e-government to digital government. The main result is that digital government is not just about making services available online and achieving operational efficiency. It is about embracing a new conception of ICT as a central element of public sector transformation.⁵⁰ This change has as a model that is guided by and for the citizen, with the principles of open government, the unlocking of data, the insertion of “digital by default” (the idea that digitized services should be the first to be available to people) and attention to the challenges of digital security.⁵¹

Thus, the conversion from analog to digital government constitutes the optimized use of communication channels to increase users’ use and in the provision of services. Users also become co-builders of services. Services and relationships become based on trust. This is a process of end-to-end digitalization that puts the classic methods of e-government as obsolete, going from mere efficiency to joint construction.⁵² In seeking to strengthen institutional coordination, the digital government requires adopting long-term strategies of state policies to ensure the implementation of the strategies.⁵³ The OECD alludes to a holistic approach to the transformation of digital government. This means aligning institutions, organizations, people, technology, data, and resources to support desired change within and outside the public sector to generate public value.⁵⁴

It is not, therefore, just technological innovation, but a change in mentality. This is why the OECD argues that digital government represents a next and distinct step from e-government. The entity defines digital government as “the use of digital technologies, as part of governments’ modernization strategies, to create public value”.⁵⁵ The OECD also highlights the nine pillars for a transformation towards digital government. 1. vision, leadership, mentality: strengthening transformational leadership, changing mentalities and digital capacities at the individual level; 2. integrated institutional and regulatory framework; through a comprehensive normative framework; 3. changing organizational culture; 4. promoting systemic thinking and

⁵⁰ OCDE. *Broadband Policies for Latin America and the Caribbean: a Digital... Op. cit.*

⁵¹ BOUNABAT, Bouchaib. *From e-government... Op. cit.*

⁵² BOUNABAT, Bouchaib. *From e-government... Op. cit.*

⁵³ CARVALHO, Bruno Borges de. *Governo digital e direito administrativo... Op. cit.*, p. 118.

⁵⁴ UNITED NATIONS. *E-Government Survey 2020... Op. cit.*

⁵⁵ OCDE. *Broadband Policies for Latin America and the Caribbean: a Digital... Op. cit.*

integrated approaches to policymaking and service delivery; 5. ensuring strategic data management as well as access to information through open government data; 6. adequate and affordable infrastructure; 7. mobilizing resources through partnerships; 8. increasing the capacity of schools of public administration; 9. developing abilities in society.⁵⁶

5 Evolutionary traits

The history of the evolution of digital transformation in public administration reveals that there has been a modernization of terminology and also in the meaning of the insertion of ICTs over the years, as can be seen in the graph below:

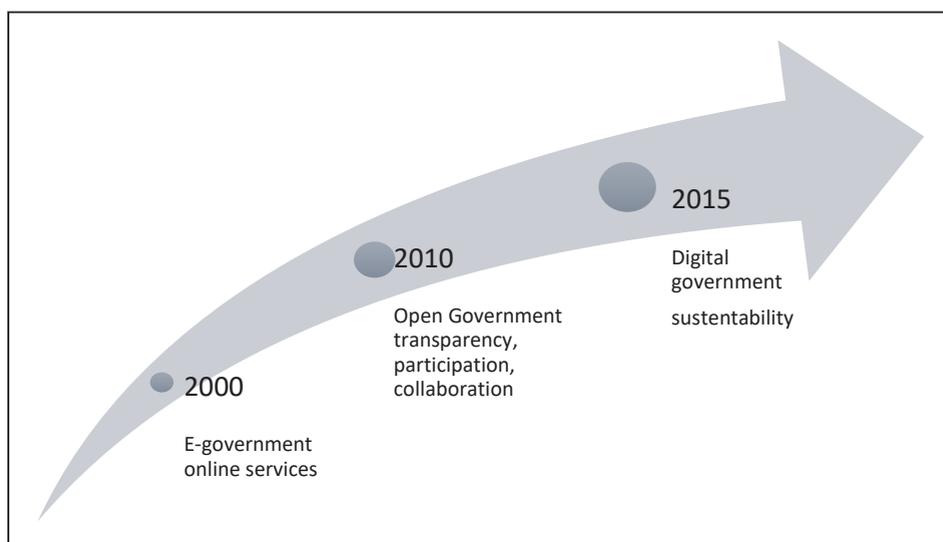


Illustration 3: Phases of digital transformation in public administration⁵⁷

Source: JAEGER NETO, José Ignácio.

As can be seen, the digital transition is accompanied by stages, with e-Government being the first of these and “digital” as the one installed in the face of new technologies known as disruptive. For this reason, some people point out the term “digital transformation” as the most appropriate in describing the impact of the new technologies in the sphere of public administration.⁵⁸ The study showed that

⁵⁶ OCDE. *Digital Government Review of Brazil: Towards the Digital Transformation of the Public Sector*. OECD Digital Government Studies, OECD Publishing, 2018, Paris. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/9789264307636-en>. Acesso em: 20 jan. 2021.

⁵⁷ JAEGER NETO, José Ignácio. *Transformação digital do governo*. Disponível em: <https://www.slideshare.net/Jaeger/transformao-digital-do-governo>. Acesso em: 10 dez. 2020.

⁵⁸ ENA. *E-administration et transition numérique de l'Etat... Op. cit.*, p. 2.

the expressions government 2.0, open government, and digital government could be accommodated within a common core, which sees beyond the instrumentalization of ICTS in governments and their efficiency. They are all related to a collaborative mentality between civil society actors and governments and are part of the same logic of interaction, interoperability, and connection. In more advanced stages, it is an idea of co-creation, shared responsibilities, innovation, and public value creation, this being the proposal of a digital government.

These are values that go beyond the first conception of e-Government, erected in the 90s to accommodate the use of ICTS to promote better service delivery. Therefore, the digital government aligns with and follows the trends in the evolution of technologies within global governance. The distinction exists, not only in terms of devices but notably in the intelligence of each model. In the realization of this new intelligence, the OECD understands digital government as the next step in e-Government.⁵⁹ The Brazilian government also makes this difference and points out that “from 2015 onwards, the ‘e-Government’ paradigm brought the computerization of internal work processes (inner vision), evolving to the concept of digital government”. According to the government’s website, the proposal is to make services more simplified and accessible through digital technologies.⁶⁰

On the other hand, the United Nations⁶¹ employs e-Government and digital interchangeability. According to the institution, there is no formal distinction between the terms in the academic sphere or policymakers and even professionals. Also, e-Government locution would already be incorporated and institutionalized in government policies and strategies and is the most recurrent academic research term. In a similar, the World Bank understands e-Government as using ICTs to transform relationships with citizens, businesses, and other branches of government.⁶² Thus, it can be noted that even when institutions refer to the term e-Government, they do so by incorporating the elements of what part of academia and entities understand as digital government.

6 Final considerations

The examination on digital transformation within public administration reveals that e-Government resides in the first definition on the use and impact of ICTS by governments. Over the years, with the increasingly profound insertion of new and

⁵⁹ OCDE. *Digital Government Review of Brazil: Towards the Digital Transformation...* Op. cit.; ENA. *E-administration et transition numérique de l’Etat...* Op. cit., p. 2.

⁶⁰ BRASIL. *Estratégia brasileira para a transformação digital*. E-Digital. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/estrategia-de-governanca-digital/do-eletronico-ao-digital>. Acesso em: 20 jan. 2021.

⁶¹ UNITED NATIONS. *E-Government Survey 2020...* Op. cit.

⁶² THEWORLD BANK. *E-government*. Disponível em: <https://www.worldbank.org/en/topic/digitaldevelopment/brief/e-government>. Acesso em: 20 jan. 2021.

disruptive technological apparatuses, part of scholars has chosen to “update” the vocabulary as a means to identify and demonstrate essential changes not only in the technologies used but also in the way governments relate to citizens, in the focus of their use and how new technologies bring as a consequence the need for a complete restructuring of the administration.

Open government has brought the premises of efficiency, transparency, control, and participation, which requires a change in values, emphasizing all these nuances in the citizenry and not the government. However, it is essential to emphasize that in public administration, the conception of a more horizontal, consensual, efficient, and effective action is not recent. The Constitutionalization of administrative law brings this new reading, which came in reinforcement with the impact of globalization.

The new technologies and their use are thus another elements within this new intelligence, which also preaches for more transparent and open governments. These elements have been mentioned in the celebration of the loss of democratic legitimacy of the state apparatus. This scenario is also accompanied by incentives for social participation by citizens, who turn from mere consumers to being urged to participate in civic life. It is a joint movement that alludes to the paradigmatic modification of the state model crisis and modern thinking, now accentuated by the digital revolution.

The impacts of technologies such as Big Data and artificial intelligence are included in the conception of digital government. The digital comes from these technologies and also from the perspective of modifying the State’s relationship with society, from the search for the creation of public value. Digital government, therefore, reflects a maturity in the treatment of information technologies within public administration. One can therefore refer to digital as a more evolved system. On the other hand, considering the theoretical framework and the already consolidated use of the term e-Government, the digital government can also be accommodated as another step within the “e-Government” genre. More relevant, however, is to be aware of why a distinction is made between the terms.

The OECD is so strong in this defense because it believes that only the instrumentalization of the devices will bring efficiency and agility in providing services. But even more, they will be insufficient if not implemented within their minds. In Brazil, for example, digital inequality is one of the leading and most significant problems. Although 70% of the population has access to the Internet, this number camouflages relevant disparities in the number of people and social spectrum who do not have access to digital amenities.⁶³

⁶³ IBGE. PNAD Contínua TIC 2017: *Internet chega a três em cada quatro domicílios do país*. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/23445-pnad-continua-tic-2017-internet-chega-a-tres-em-cada-quatro-domicilios-do-pais>. Acesso em: 19 jan. 2021.

To deal with all this, governments need more than to call themselves digital governments. They need to incorporate the rationality of what this means. The terminology, in the end, may just be a simulacrum, or even not very relevant. What is important is recognizing the evolution of digital transformation and the need to incorporate it in all its elements and forms. As Manuel Castells,⁶⁴ noted, the public sector is decisive in the development of the network society. To this end, it is essential to include the diffusion of governance in a regulatory system that adapts to society's values and needs.

References

- AL-HASHMI, Asma; DAREM, Abdul Basit. *Understanding Phases of E-government Project*. 2007. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/255572015_Understanding_Phases_of_E-government_Project.
- ALTURAS, Braulio; MORAES, Ligia Esgalhado de. *Determinantes do Nível de Satisfação com a Implementação do Governo Eletrônico em Cabo Verde*. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/322150741_Determinantes_do_Nivel_de_Satisfacao_com_a_Implementacao_do_Governo_Eletronico_em_Cabo_Verde_Determinants_of_Satisfaction_with_the_Implementation_of_Electronic_Government_in_Cape_Verde.
- BARRAUD, Boris. *Repenser la pyramide des normes à l'ère des reseaux*. L'Hartman, France, 2021.
- BOUNABAT, Bouchaib. From e-Government to digital Government. *Electronic Journal of Information Technology*, dec. 2017. Available at: <http://www.revue-eti.net/index.php/eti/article/view/117>.
- BOUGHZALA, Imed; JANSSEN, Marijn. Government 2.0: Back to Reality. In: BOUGHZALA, Imed; JANSSEN, Marijn; ASSAR, Saïd (Ed.). *Case Studies in e-Government 2.0 – Changing Citizen Relationships*. Springer International Publishing, 2015.
- BOUHADANA, Irene; GILLES, William. *De l'esprit des gouvernements ouverts*. Disponível em: <http://ojs.imodev.org/index.php/RIGO/article/view/187/308>.
- BRASIL. *Estratégia brasileira para a transformação digital*. E-Digital. Brasília, 2020. Available at: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/estrategia-de-governanca-digital/do-eletronico-ao-digital>. Access on: 20 jan. 2021.
- CARVALHO, Bruno Borges de. Governo digital e direito administrativo: entre a burocracia, a confiança e a inovação. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, v. 279, n. 3 (2020).
- CASTELLS, Manuel. A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Política. In: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo. *A Sociedade em Rede do Conhecimento à Ação Política*. Imprensa Nacional – Casa da Moeda. Portugal, 2005, p. 17. Disponível em: https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a_sociedade_em_rede_-_do_conhecimento_a_acao_politica.pdf. Acesso em: 20 jan. 2021.
- CORVALÁN, Juan Gustavo. Administración Pública digital e inteligente: transformaciones en la era de la inteligencia artificial. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental – Curitiba*, v. 8, n. 2, p. 26-66, maio/ago. 2017.

⁶⁴ CASTELLS, Manuel. A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Política. In: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo. *A Sociedade em Rede do Conhecimento à Ação Política*. Imprensa Nacional – Casa da Moeda. Portugal, 2005, p. 17. Disponível em: https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a_sociedade_em_rede_-_do_conhecimento_a_acao_politica.pdf. Acesso em: 20 jan. 2021.

- CORVALAN, Juan Gustavo. Inteligencia Artificial GPT-3, Pretoria y Oráculos Algorítmicos en el Derecho. *International Journal of Digital Law – IJDL*, Belo Horizonte, vol. 1, n. 1 (2020).
- DINIZ, Eduardo Henrique *et al.* O governo eletrônico no Brasil: perspectiva histórica a partir de um modelo estruturado de análise. *Revista de Administração Pública – RAP*. Rio de Janeiro, 43(1):23-48, jan./fev. 2009.
- ENA. *E-administration et transition numérique de l'Etat*. In: ENA – Centre de ressources et d'ingénierie documentaires, France, Bibliographie – décembre 2019.
- ENAP. Les administrations publiques à L'ère du numérique. In: *Télescope*. Revue d'analyse comparée en administration publique. vol. 18 n. 1-2 printemps-été 2012. Disponível em: https://telescope.enap.ca/telescope/docs/index/vol_18_no_1-2/telv18n1-2_numerique.pdf. Acesso em: 10 jan. 2020.
- FRIEDRICH, Denise Bittencourt; PHILLIPPI, Juliana Horn Machado. Inclusão Digital e Blockchain como instrumentos para o desenvolvimento econômico. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 97-115, jan./abr. 2020.
- GILLES, William. From The Right to Transparency to Open Government in a Digital Era. A French Approach. *Revue Internationale des Gouvernements Ouverts*, v. 2, p. 11-26, mars 2016. ISSN 2553-6869. Disponível à l'adresse: <http://ojs.imodev.org/index.php/RIGO/article/view/4>. Date de consultation: 05 déc. 2020.
- GOUVEIA, Luis Borges. *O local e-Government: a governação digital na autarquia*. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/233416417_O_local_e-government_a_governacao_digital_na_autarquia/related.
- HARISSON, Thereza *et al.* La transparence gouvernementale et le cybergouvernement: les enjeux démocratiques selon une perspective publique. In: *Télescope*. Vol. 18. n° 1-2 printemps-été 2012. Disponível em: https://telescope.enap.ca/telescope/docs/index/vol_18_no_1-2/telv18n1-2_numerique.pdf.
- IBGE. *PNAD Contínua TIC 2017: Internet chega a três em cada quatro domicílios do país*. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/23445-pnad-continua-tic-2017-internet-chega-a-tres-em-cada-quatro-domicilios-do-pais>. Aceso em: 19 jan. 2021.
- JAEGER NETO, José Ignácio. *Transformação digital do governo*. Disponível em: <https://www.slideshare.net/Jaeger/transformao-digital-do-governo>. Acesso em: 10 dez. 2020.
- MÉTAYER, Lucie-Cluzel. L'ouverture des données publiques. In: *Le droit administratif au défi du numérique*. Paris: Dalloz, 2019.
- MIKE2.0. Big Data Definition. In: *The open source methodology for Information Development*. Disponível em: mike2.openmethodology.org.
- OCDE. Digital Government Review of Brazil: Towards the Digital Transformation of the Public Sector. *OECD Digital Government Studies*, OECD Publishing, 2018, Paris. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/9789264307636-en>.
- OCDE. *Broadband Policies for Latin America and the Caribbean: a Digital Economy Toolkit*. OECD, IDB, 2016. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264251823-15-en.pdf?expires=1609885581&id=id&accname=guest&checksum=9B951CE465B50EEAC8492C9B0616FB92>.
- O'REILLY, Tim. Government as a Platform. *Media, Inc. Innovations*. Volume 6, number 1, 2010.
- RAMINELLI, Franciele Puntel. Do governo eletrônico ao governo aberto: a utilização dos sites de redes sociais pelo e-gov brasileiro na efetivação da democracia participativa. In: *CONPEDI (Org.). Direito e novas tecnologias*. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. 1, p. 255-281.

THE WORLD BANK. *E-government*. Disponível em: <https://www.worldbank.org/en/topic/digitaldevelopment/brief/e-government>. Acesso em: 20 jan. 2021.

UNITED NATIONS. *UN E-Government Survey in Media*. 2018. Disponível em: <https://publicadministration.un.org/egovkb/en-us/about/unegovdd-framework>.

UNITED NATIONS. *2020 United Nations E-Government Survey*. New York, 2020. Disponível em: <https://www.un.org/development/desa/publications/publication/2020-united-nations-e-government-survey>.

VACCHINO, Olivier. *Vers l'e-gouvernance: pour une nouvelle administration numérique*. Préface de Jean-Paul Delevoye. Paris: SCEREN: CNDP, 2013.

VIANA, Ana Cristina Aguilár; MENDONÇA, Barbara Marianna Bertotti. Desmaterialização de serviços públicos no Brasil: o governo federal. In: GUIMARÃES, Edgar; VALLE, Vivian Cristina Lima López (Org.). *Passando a Limpo a Gestão Pública: arte, coragem, loucura*. Curitiba: NCA, 2020.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *A governança em suas múltiplas formas de expressão: o delineamento conceitual de um fenômeno complexo*. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/download/64/120>.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

VIANA, Ana Cristina Aguilár. Digital transformation in public administration: from e-government to digital government. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 2, n. 1, p. 29-46, jan./abr. 2021.

Pushing for Sustainability through Technology: administrative consensuality by default and online dispute resolutions tools

Buscando sustentabilidade por meio da tecnologia: consensualidade administrativa por padrão e ferramentas de resolução de disputas online

Cássio Castro Souza*

University of Vale do Itajaí (Itajaí, Santa Catarina, Brazil)
cassiocastrosoouza@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-3246-0250>

Justo Reyna**

National University of the Litoral (Santa-Fé, Santa-Fé, Argentina)
justojreyna@gmail.com
<http://orcid.org/0000-0002-4057-7731>

Recebido/Received: 01.02.2021/ February 1st, 2021

Aprovado/Approved: 12.03.2021/ March 12th, 2021

Como citar este artigo/*How to cite this article*: SOUZA, Cássio Castro; REYNA, Justo. Pushing for Sustainability through Technology: administrative consensuality by default and online dispute resolutions tools. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 2, n. 1, p. 47-89, jan./abr. 2021. DOI: 10.47975/IJDL/1souzareyna

* PhD student in Law at the University of Vale do Itajaí – UNIVALI (Itajaí, Santa Catarina, Brazil). Master in Law from the Pontifical Catholic University of Paraná. Attorney of the State of Rondônia. University of Vale do Itajaí.

** Full Professor of Administrative Law at the Faculty of Law of the Universidad Nacional del Litoral (Santa-Fé, Santa-Fé, Argentina). Doctor of Law from the Universidad Nacional del Litoral. Founding member of the Eurolatinoamericana Teaching Network on Administrative Law. Director of the Master's Degree and Graduate Certificate Program in Administrative Law UNL. Director of the UNL Research Project: "The protection of the minimum for a dignified existence in the Public Administration of the XXI Century" National University of the Litoral.

Abstract: The Brazilian Public Administration is a repeat player and, often, predatory and strategic player. The behavior of the Public Administration is oriented towards the litigation and contributes to the increase in the congestion rate of the Judiciary, limiting access to justice. In this article, it was reflected whether a more adequate choice architecture could make the Public Administration start to show a more consensual and less litigious behavior. It was found that an architecture of choices appropriate to the greater promotion of access to Justice must create an administrative consensus by default, implemented based on an online dispute resolution system that presents an architecture of choices that makes the standard choice of individuals who wish to resolve a conflict with the Public Administration is self-composition.

Keywords: Access to justice. Nudge. Choice architecture. Self-composition.

Resumo: A Administração Pública brasileira é uma litigante habitual e, muitas vezes, predatória e estratégica. O comportamento da Administração Pública é orientado ao litígio judicial e contribui para o aumento da taxa de congestionamento do Poder Judiciário, limitando o acesso à justiça. Neste artigo, refletiu-se se uma arquitetura de escolhas mais adequada poderia fazer com que a Administração Pública passasse a manifestar um comportamento mais consensual e menos litigioso. Descobriu-se que uma arquitetura de escolhas adequada a maior promoção de acesso à Justiça deve criar uma consensualidade administrativa *by default*, implementada a partir de um sistema de *online dispute resolution* que apresente uma arquitetura de escolhas que faça com que a escolha padrão dos indivíduos que desejem resolver um conflito com a Administração Pública seja a autocomposição.

Palavras-chave: Acesso à justiça. *Nudge*. Arquitetura de escolhas. Autocomposição.

Summary: Introduction – **1** Technology, Consensuality and Sustainability: how the technology can transform access to Justice – **2** Online conflict resolution – **3** A proposed architecture of choices for more consensus and sustainable public administration – Final considerations – References

Introduction

The system of access to state justice is going through a crisis of confidence and efficiency, especially due to the inability to reduce its congestion rate and effectively deliver judicial protection. The incentives generated by the jurisdictional process model, mostly adversarial, do not contribute to a consensual solution to the dispute, even if the 2015 Civil Procedure Code opted for the creation of a mandatory step of attempting self-composition in the common procedure and created cooperation duties. Among all those who participate in the judicial process. Also, the Public Administration, by strategic option, is responsible for a considerable percentage of Judiciary's congestion rate, either by opting for judicial litigation as standard behavior or by not being able to manage its administrative conflicts in a consensual way.

This context may suggest that the resolution of conflicts outside the Judiciary, through other conflict resolution methods, is the most efficient way to manage certain conflicts, especially conflicts involving the Public Administration. However, despite the legal literature's benefits, non-judicial means of conflict resolution are not the parties' standard option in a dispute. Despite the crisis of confidence and the crisis of effectiveness, the Judiciary is still the standard option.

For this reason, the problem that excites this research can be summarized in the following question: could an adequate choice architecture lead Public Administration to show a more consensual and less litigious behavior?

The hypothesis worked on in this article says yes. An adjustment in the Public Administration's choice architecture and the citizens that relate to it can make administrative conflicts more consensual, efficient, and sustainable. Part of the solution is creating an online dispute resolution system that allows the resolution of administrative conflicts to be carried out in a transparent, inexpensive, efficient, and fast way.

The first chapter of this article is dedicated to linking consensus with sustainability and technological advancement. As technological progress advances, it is possible to offer more effective and sustainable access to justice solutions. The second chapter describes how eBay could offer a highly efficient dispute resolution service from the internet. The third chapter discusses how behavioral economics and, in particular, libertarian paternalism can contribute to making non-judicial dispute resolution more efficient and sustainable.

The method used in this research was limited to the review of scientific literature, especially applied social sciences, which allowed an analysis that aims to present a proposal for a solution to providing a public service.

At the end of the research, the hypothesis was confirmed. An architecture of choices appropriate to the greater promotion of access to Justice must create an administrative consensus by default, implemented based on an online dispute resolution system that presents an architecture of choices that makes the standard choice of individuals who wish to resolve a conflict with Public Administration is self-composition. At this point, it is necessary both to have an administrative consensus by default (and it already exists, as will be shown below) and a tool that offers self-composition by default. Both ends (Public Administration and citizens) should receive nudges and good incentives to manage their conflicts without necessarily submitting a case to the Judiciary.

1 Technology, Consensuality and Sustainability: how the technology can transform access to Justice

1.1 The crisis of the System Access to Justice

The crisis in the state justice system is not a particular feature of Brazil. Countries with economic realities close to the Brazilian, such as India, and even countries like Canada¹ face problems related to Justice access. The Brazilian state

¹ BAILEY, Jane; BURKELL, Jacquelyn. Implementing technology in the justice sector: A Canadian perspective. *Canadian Journal of Law and Technology*. v. 11, n. 2, 2013, p. 253-282.

justice system, however, is distinguished, in particular, by the significant contribution of the Public Administration to the growing congestion rate² of the Brazilian Judiciary.

Public Administration (considering all federative entities) is a repeat player and often predatory and strategic litigator,^{3 4} in the state justice system.⁵ There is a propensity for litigation in Brazil by a concentrated group of actors, and Public Administration is one of the protagonists. According to the National Council of Justice, in 2011, the Federal Public Sector was responsible for 38% of the proceedings in progress in the Federal Judiciary, the States, and the Labor Court. The National Institute of Social Security, alone, participated in “more than a fifth of the processes of the 100 largest national litigants, this percentage being lower than the entire banking sector”.⁶ Public Administration is undoubtedly, great litigant. The great litigator terms in this article correspond to the concept of repeat players, drafted by Marc Galanter, to identify parts that are wrapped in many disputes similar over time and, therefore, holds advanced intelligence and can structure the next transaction and build a record.⁷

This propensity for litigation manifested by the Public Administration and increasing the congestion rate of the Judiciary contributes to an inefficient allocation of public resources since the unit cost of the judicial process is increased).⁸ In 2011, the average unit cost of tax enforcement proceedings in Federal Court of first degree equivalent to R\$ 26,303.81, when the Union proposed the demand, and R\$ 1.540.74, when the action was proposed by the Supervisory Boards of the Liberal Professions.⁹ The unit cost of each tax enforcement action is a relevant indicator of how scarce public resources are being allocated efficiently, especially when it is

² Congestion rate can be defined, it is an indicator that “measures the percentage of cases that remained pending solution at the end of the base year, in relation to what was processed (sum of pending and written offs)” (CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2019*. Brasília: CNJ, 2019, p. 78).

³ FLORIANI NETO, Antônio Bazílio; GONÇALVES, Oksandro. *O comportamento oportunista do INSS e a sobre utilização do Poder Judiciário*. In: POMPEU, Gina Vidal Marcílio; PINTO, Felipe Chiarello de Souza; CLARK, Giovanni (Coord.). Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 484-502.

⁴ CORAL-DÍAZ, Ana Milena; LONDOÑO-TORO, Beatriz; MUÑOZ-AVILA, Lina Marcela. El Concepto de litigio estratégico en América Latina. *Universitas Bogotá*, n. 121, p. 49-76, 2010.

⁵ AMB – ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. *O uso da justiça litígio no Brasil*. [S.l.]: AMB, 2015.

⁶ CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *100 maiores litigantes*. Brasília: CNJ, 2011. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em: 5 dez. 2020.

⁷ GALANTER, Marc. Why The “Haves” Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. *Law and Society*, 1974, p. 95-160.

⁸ SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; SOUZA, Cássio Bruno Castro. Online Dispute Resolutions e Administração Pública Sustentável. In: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de (Org.). *Direito e sustentabilidade: Temas Contemporâneos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, v. 1, p. 31-58.

⁹ IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal*. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2011.

noted that “most enforcement processes are comprised of tax foreclosures, which represent 73% of the running stock”.¹⁰

Tax foreclosures significantly contribute to the increase in the congestion rate of the Judiciary, “representing approximately 39% of the total pending cases and congestion of 90% in 2018”. Fiscal executions correspond to 55.6%, 51.7%, and 49.7% of the acquis total, respectively, of Justice of the States, the Federal Courts, and the Labor Court. In some courts, enforcement takes up more than 60% of the collection. Therefore, “tax enforcement, considering its congestion rate, is not the most appropriate legal mechanism for recovering securitized credits by the Public Administration”¹¹ and other collection mechanisms may be more efficient, such as the extrajudicial settlement of the active debt of the Public Treasury through protest¹² or from a more efficient choice architecture.¹³

These data suggest that more efficient management of the Public Administration’s credit portfolio, based on the choice of more efficient and non-judicial collection methods, can efficiently promote more access to Justice, alleviate high congestion rates, and allocate public resources more efficiently.

Another aspect demands attention when discussing the role of Public Administration in increasing the congestion rate of the Brazilian Judiciary. Public Administration is not always part of a judicial process as an author. Public administration is also frequently demanded from the Judiciary in order to fulfill a legal obligation.

In these cases, the Public Administration contributes to an unjustified increase in the congestion rate of the Judiciary as a debtor of a certain legal obligation. In particular, individuals demand that the Public Administration deliver a social benefit, repair damage, or implement a certain statutory advantage.¹⁴ In other words,

¹⁰ CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2019*. Brasília: CNJ, 2019a.

¹¹ SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; SOUZA, Cássio Bruno Castro. Online Dispute..., *op. cit.*, p. 31-58.

¹² PINTO, Edson Antônio de Sousa Pontes; AMARAL, José Wilson Moitinho. A eficiência da utilização do protesto como meio alternativo para cobrança de crédito fiscal. *Revista dos Tribunais*, v. 1004, jun. 2019; FRANCO, Marcelo Veiga. A Cobrança Extrajudicial de Dívida Ativa como Meio de Enfrentamento do “gargalo” das Execuções Fiscais. *Revista CNJ*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 65-73, jan./jun. 2019, p. 71; RIBEIRO, Flávia Pereira. *Desjudicialização da execução civil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 83-88.

¹³ JOHN, Peter; BLUME, Toby. How best to nudge taxpayers? The impact of message simplification and descriptive social norms on payment rates in a central London local authority. *Journal of Behavioral Public Administration*, v. 1, n. 1, 2018; LEICESTER, Andrew; LEVELL, Peter; RASUL, Imran. *Tax and benefit policy: insights from behavioural economics*. Londres: The Institute for Fiscal Studies, 2012. Disponível em: <https://www.ucl.ac.uk/~uctpimr/research/IFScomm125.pdf>; HALPERN, David. Can “nudging” change behaviour? Using “behavioural insights” to improve program redesign. *Managing under austerity, delivering under pressure*. Canberra, Austrália: ANU Press, The Australian National University, 2015, p. 166.

¹⁴ It is important to bear in mind, in the complementary investigations that are being developed, the high complexity that structurally underlies any claim to make a fundamental social right effective. In: the legal relationship that founds the claim, in this way, the Administration is a direct passive debtor of the obligation to the human person; but the existence of the indirect debtor of the obligation to the human person, which is the rest of the community, that bears the burden and individually or collectively can claim the same or

the Public Administration is constantly demanded of the Judiciary to carry out a fundamental right or to repair a violation of a fundamental right resulting from the action or omission of its agents.¹⁵

In the last 20 (twenty) years, for example, the enforceability of the right to health has moved from a position of ineffectiveness to a situation of excessive judicialization¹⁶ while the number of judicial demands to health increased by 130% between 2008 and 2017, the total number of lawsuits increased by 50%.¹⁷ It is not possible to establish a single cause for the justiciability of the right to health phenomenon. However, it is reasonable to argue that an important part of the justiciability of the right of health is a result of informational asymmetries between Unified Health System's and the Government and the creation of mediation systems including virtual system can be an important incentive for the reduction of "unnecessary judicialization, as it allows the Judiciary to only consider cases that the entities involved are unable to resolve extrajudicially".¹⁸ There is strong evidence that the attempt at prior, extra-procedural mediation contributes to reducing the degree of judicialization of health.¹⁹

other rights cannot be ignored. Contemporary Argentine dogmatics is precisely working on the new bases for a general theory of administrative law, substituting the paradigm of classic administrative law (power vs. rights - power and its limits-) for a new paradigm (rights vs. rights - law and inequalities structural-). In this way, it has been said that in terms of egalitarian justice, the State with its Administration must be an intermediary with the basic objective of rebuilding social inequalities or as an instrument of social equalization; and this because: "the object of regulation of administrative law is multidirectional legal relationships; that is, the interest of the direct parties and third parties (BALBIN, Carlos F. *Crisis del derecho administrativo. Bases para una nueva teoría General*. Astrea: CABA, 2020, p. 394).

¹⁵ We cannot fail to note that, as Justo Reyna ponders, "fundamental rights (...) operate in the Constitutional State of Law as conditions and guides for the exercise of administrative discretion, imposing obligations on the administrative authorities" (REYNA, Justo José. El procedimiento administrativo multidimensional como técnica regulatoria en materia ambiental, de patrimonio cultural y de pueblos originarios. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, n. 50, p. 131-169, out./dez. 2012, p. 138). By acting against to the realization of fundamental rights and refusing to resolve potential disputes by consensus, the Public Administration violates the Constitution in multiple dimensions, whether in the perspective of conforming administrative discretion to the Constitution itself and fundamental rights, or in the perspective of refusal to enforce the subjective rights of its citizens to an efficient public service.

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, Fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 875-903.

¹⁷ CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução*. CNJ, 2019b. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/03/f74c66d46cfea933bf22005ca50ec915.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2019.

¹⁸ SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; SOUZA, Cássio Bruno Castro. Online Dispute..., *Op. cit.*, p. 31-58.

¹⁹ GASPAROTTO, Ana Paula Gilio. *A atuação extrajudicial da Defensoria Pública para a efetivação do direito à saúde: o caso do SUS Mediado*. Dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2018; OLIVEIRA, Maria dos Remédios Mendes *et al.* Mediação como prevenção à judicialização da saúde: narrativas dos sujeitos do judiciário e da saúde. *Esc. Anna Nery*, v. 23, n. 2, 2019. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141481452019000200229&lng=en&nrn=iso. Acesso em: 8 nov. 2020.

The high congestion rate of the Judiciary and the high unit cost of the judicial process demonstrate how the litigation culture, adopted by the Public Administration, implies an inefficient provision of public service. There are reasons to argue that a public policy more efficient access to justice transit by a sense of non-justiciability, adopting a multiport system, and creating incentives for a more consensus-driven behavioral in both Public Administration and individuals it relates to.

As a social phenomenon, conflict is intrinsic to reality complex and multidimensional of community life and it is a continuous search for what each individual understands to be fair.²⁰ When there is an impasse in life, the parties involved will intuitively try, either alone or through a third party, to seek a solution. It is not different with Public Administration. When given conflict is based on duty in law, any individual seeking satisfaction with the offered solution tends to seek the Judiciary, which is the institution charged to solve intersubjective conflicts produced in society with definitiveness.²¹ An efficient system of access to justice demands that parties to a conflict have at their disposal a simple and informed way, different effective options for the treatment of each controversy. In certain cases, the best possible treatment involves the idea of dejudicialization.

To dejudicialize a conflict consists of removing the monopoly of the Judiciary to resolve conflicts of interest. The dejudicialization process has been consisting “in procedural simplification, tools in the courts within the judicial process to informal means and to ‘non-jurists’ for the resolution of some disputes ‘and the transfer of jurisdiction to’ Resolution of a court dispute for non-judicial instances or the ‘old’ or ‘new’ legal professions’ scope of action, or even of the new management and conflict resolution professions”.²² “Dejudicialize is more accustomed to the situation – the movement of withdrawal procedures that were typical judicial function now being absorbed by other noncourts. Actually, it is possible to maintain the means’ coexistence, or not. Thus, some procedures are even excluded from judicial review, and others that are also assumed by administrative or notarial procedures”.²³

This article proposes that the most efficient and sustainable way for the Public Administration to resolve their conflicts of interest, especially those involving disputes over property interests, it is necessarily consensual. Therefore, the most appropriate response is to de-judicialize and create multiport systems for access

²⁰ SPENGLER, Fabiana Marion. *Fundamentos políticos da mediação comunitária*. Ijuí: Unijuí, 2012.

²¹ SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Negociação, mediação, conciliação e arbitragem*: curso de métodos adequados de solução de controvérsias. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

²² PEDROSO, João. Percurso(s) da(s) reforma(s) da administração da justiça - uma nova relação entre o judicial e o não judicial. *Direito e Democracia*, Canoas, v. 4, n. 1, 1^o sem. 2003, 9. 47-89.

²³ OLIVEIRA, Daniela Olímpio de. *Desjudicialização, acesso à justiça e teoria geral do processo*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 16.

to justice. A self-composed Public Administration is, at the same time, an efficient and sustainable Public Administration.

1.2 Dispute resolution and sustainability

A system of Justice access must be sustainable and promote sustainability. Certainly, in fulfilling its social pacification function when resolving an intersubjective conflict definitively, the system of access to justice promotes sustainability by guaranteeing stability in social relations and social pacification. The search for conflict harmonization is not limited, however, to resolving disputes definitively (*res judicata*). However, it presupposes that the system of access to justice is concerned with understanding and treating the underlying causes of the conflict and allowing and effectively enabling that disputes are resolved by the parties involved in the conflict. And it is not limited to an entirely state-owned justice system or that necessarily passes through the Judiciary.

It is not unknown that the courts have a central role in managing the balance between individual rights and the demands for responsible behavior towards society in general, and the most precious resource of the Judiciary is the credibility that is based on their independence and the way they exercise a careful and explained judgment within the rules of the law.²⁴

The jurisdiction's objective is to promote social peacemaking, turning the conflict legally irrelevant based on *res judicata*.²⁵ Courts promote peacemaking by ensuring, by their authority, that social conflict is managed in a way that does not increase its scale, preserving social harmony by providing security in the application of the rule of law to all citizens and putting an end to litigation.²⁶ Conflict management is the first role normally assigned to the Judiciary and its guiding, therefore.²⁷ The importance of this function normally attributed as a primary function of justice cannot be overlooked: the existence of an effective state justice system of the rule of law and provides security and stability to social relations, especially due to the possibility of legitimating the use of state coercion for the purpose to affect their decisions. However, in some cases, the use of state power may exacerbate the

²⁴ CANNON, Andrew J. Sustainable justice: a guiding principle..., *op. cit.*, p. 3.

²⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000; CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 3. ed. Salvador: JusPodium, 2019; FREEDMAN, Warren. *Res Judicata and Collateral Estoppel*. Westport: Quorum, 1988.

²⁶ SCOTT, Austin Wakeman. Collateral estoppel by judgment. *Harvard Law Review*, v.56, n.1, 1942, p. 1-29; ALEXANDER, Rose M.; RUBIN, Ofie T.; VAUGHN, Anita G.; WINGO, Carol L. Collateral estoppel. *University of Richmond Law Review*, v.16, n.2, 1982, p. 342-390; SOLDI, Linda J. Parklane Hoisery: Offensive Use of Nonmutual Collateral Estoppel in Federal Courts. *Catholic University Law Review*, v. 29, n. 2, p. 509, 1980.

²⁷ CANNON, Andrew J. Sustainable justice: a guiding principle..., *op. cit.*, p. 3-4.

conflict, rather than resolve it. If the main purpose of the Judiciary is to maintain social harmony, the accountability of people for illicit acts, the Judiciary itself, is just one of the tasks required to achieve this goal.²⁸

Many of the lawsuits, especially adversarial ones²⁹ controlled by lawyers, ignite conflicts in place to fix them,³⁰ which causes many of the models legal tender not to be suitable for resolving conflicts.³¹ Particularly, the adversarial civil process can lead the parties to adopt extreme positions,³² which disagree and their result can generate discontent; the system creates incentives for the parties to delay payment of their debts, lose control over their obligations and see their disputes widened and the chances of resolving it buried under the increasing complexity and costs of the process.³³ Cannon argues that a system of justice adversarial financial rewards encourages greed and dishonesty and focus on the past facts, on what went wrong, increases the damage and reduces the chance of remedy it constructively. For this reason, the increasing diversity dispute resolution methods outside and adjacent to the judicial system has meant an answer clear to failure of the system judicial to solve all kinds of conflict and a recognition that the resolution of a dispute by the 3rd generally is not the best way to manage conflicts.

The theoretical boundaries that propose non- adversarial justice or a model that is not exclusively contradictory in civil proceedings) are not new. Especially in countries linked to the common law, there is a recognition that it is necessary to move away from adversarial judicial processes, especially when it is intended to resolve civil disputes.³⁴ The recognition that conflict is managed at many levels of society and that courts and lawyers deal with only a small fraction of those conflicts (especially when other doctors fail), is necessary to understand that courts are not alone in their role: guarantee and maintain social harmony.³⁵

²⁸ CANNON, Andrew J. Sustainable justice: a guiding principle..., *op. cit.*, p. 3-4.

²⁹ As Furlan and Medeiros Neto explain, an adversarial process model is defined as the “procedure in which the formal and material conduct of the process is the responsibility of the parties” (2017, p. 307). It is a model of process controlled by the parties that, in the systems of Romano-Germanic tradition, is called a model of contradictory process or governed by the parties (FURLAN, Simone; MEDEIROS NETO, Elias Marques de. A audiência de saneamento compartilhado do art. 357, §3º, do CPC/2015 e os princípios da cooperação e efetividade. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro. a. 11. v. 18. Número 3. Setembro a dez. 2017, 297-368, p. 307).

³⁰ RANGEL, Tauã Lima Verdan. Mediação e direito fraterno em um cenário de litígios: o diálogo como instrumento de fomento na administração de conflitos e na promoção da cidadania ativa. *In: Felipe ASENSI et al. (Org.). Direito, Sociedade e Solução de Conflitos*. Rio de Janeiro: Multifoco, 2017. p. 147-164.

³¹ CANNON, Andrew J. Sustainable justice: a guiding principle..., *op. cit.*, p. 3-4.

³² FISCHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões*. Rio de Janeiro: Solomon, 2014.

³³ CANNON, Andrew J. Sustainable justice: a guiding principle..., *op. cit.*

³⁴ FREIBERG, Arie. Non-adversarial approaches to criminal justice. *Journal of Judicial Administration*, v. 16, n. 4, 2007, p. 205-222.

³⁵ The administrative procedure and the Administration, in this way and as a level of Government, have as a challenge in this new century, that of resolving and making the fundamental social rights effective. They must become the first instrument for making effective and analyzing the fundamental social rights tensions

When the conflict comes to the Judiciary, the courts are increasingly concentrated on its performance in identifying and treating underlying causes of a conflict, repairing the damage, and improving the social skills of people in a court case. This approach is generally described as therapeutic jurisprudence,³⁶ which has the merit of recognizing that law can affect people in different ways, especially in their wellbeing. Although therapeutic jurisprudence is, in Brazil, normally oriented to the adequate judicial treatment of people accused of drug trafficking crimes,³⁷ the approach can be used in environmental jurisdiction,³⁸ in confronting child labor,³⁹ in family law,⁴⁰ right educational⁴¹ and lawsuits involving labor claims.⁴²

The therapeutic jurisprudence consists only in one offered answer to the standard dispute resolution method: the adversarial process in court. The concern to offer adequate solutions for each type of conflict has meant that mediation and other appropriate dispute resolution methods are an encouragement in the context of multipoint systems of access to justice. The term multipoint conflict resolution systems can be understood as an approach in which “for each problem, there is a

underlying the complex legal relationship (Conf. Citation 17). This is for two reasons: 1) to assume that it is the first step so that conflicts are managed at the first level where they must be exhibited to all competent offices responsible for protecting and guaranteeing social rights (at least at their essential levels), resolving the conflict expressly (positively or negatively, as appropriate); and 2) place, in this way, the citizen in a position to exercise the best option or system that is designed, for the resolution of his conflict, transforming the Administration and the procedures for that purpose, in order to eliminate unnecessary judicial congestion. A co-author of this work has analyzed the modulations in the Administration for the protection of social rights on the part of all the public levels obliged in particular legal relationships (REYNA, Justo José. *La Reforma de la Administración Pública Local para la tutela de los derechos fundamentales en el siglo XXI. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 14, n. 56, abr./jun. p. 35).

³⁶ KING, Michael S. Restorative Justice, Therapeutic Jurisprudence and the Rise of Emotionally Intelligent Justice. *Melbourne University Law Review*. v. 32, 2008, p. 1096-1126.

³⁷ BRAVO, Alejandro Omar. Tribunais Terapêuticos: vigiar, castigar e/ou curar. *Revista Psicologia e Sociedade*, São Paulo, 2002; RIBEIRO, Fernanda M. Lages. *Justiça Terapêutica Tolerância Zero: arregaçamento biopolítico do sistema criminal punitivo e criminalização da pobreza*. Dissertação de Mestrado – UERJ, 2007.

³⁸ BAKER, Gregory. Rediscovering Therapeutic Jurisprudence in Overlooked Areas of the Law – How Exposing Its Presence in the Environmental Justice Movement Can Legitimize the Paradigm and Make the Case for Its Inclusion into All Aspects of Legal Education and the Practice of Law. *Florida Coastal Law Review*, v. 9, 2008, p. 215-236.

³⁹ NICHOLSON, Caroline Margaret Anne. The Impact of Child Labor Legislation on Child-Headed Households in South Africa. *Thomas Jefferson Law Review*. v. 30, 2008, p. 407-427.

⁴⁰ BRYANT, Diana; FAULK, John. The “Helping Court” Comes Full Circle: The Application and Use of Therapeutic Jurisprudence in the Family Court of Australia. *Journal of Judicial Administration*, v. 17, 2007, p. 93-126; RATHUS, Zoe. ‘The research says...’: perceptions on the use of social science research in the family law system. *Federal Law Review*. v. 45, n. 1, 2018.

⁴¹ BROOKS, Susan L. Therapeutic and Preventive Approaches to School Safety: Applications of a Family Systems Model. *New England Law Review*, v. 34, n. 3, 2000, p. 615-622; BROOKS, Susan L. Practicing (and Teaching) Therapeutic Jurisprudence: Importing Social Work Principles and Techniques into Clinical Legal Education. *St. Thomas L. Rev.* v. 13, 2005, p. 513-530; APPELL, Annette. Children’s Voice and Justice: Lawyering for Children in the Twenty-First Century. *Nevada Law Journal*. v. 6, 2006, p. 692-723.

⁴² KING, Michael S.; GUTHRIE, Robert. 2007, Using Alternative Therapeutic Intervention Strategies to Reduce the Costs and Anti-Therapeutic Effects of Work Stress and Litigation. *Journal of Judicial Administration*, v. 17, n. 1, 2007, p. 30-45; KING, Michael S. *Solution-Focused Judging Bench Book*. Australasian Institute of Judicial Administration and the Legal Services Board of Victoria, 2009.

specific door to be opened to resolve the conflict”.⁴³ Moreover, in family disputes, the judges themselves adopt mediation techniques, called JDR (judicial dispute resolution)⁴⁴ and increasingly courts have sat with indigenous elders to follow their advice and make the court⁴⁵ relevant and involved⁴⁶ with those communities.⁴⁷ In all of these cases, courts deal constructively with the causes of conflicts, avoiding adversarial processes.

In fact, using force in conflict management, is sometimes necessary and can even subdue the conflict. However, it is rarely able to successfully deal with the underlying causes of conflicts. If the causes are not resolved, they will resurface when the force/coercion is removed. Andrew Cannon shows, for example, that recidivism rates correspond to almost 70% in three years after incarceration for drug offenses in the United States of America. Therefore, he argues, legal proceedings should aim to resolve the causes of the conflict, so that the parties can put it behind them and have more capacity to manage their conflicts in the future.⁴⁸ And this task involves giving the parties a greater role in conflict management.

One way to describe this objective of a judicial system can be extracted from the idea of sustainability. Based on the idea of sustainability, social systems must be designed to improve the quality of life and ensure more human relationships and history teaches that an independent judicial system that applies objective law (preserving the rule of law) is an essential part of management of power in a successful social system. A principle that should, therefore, guide the work of the Judiciary in managing conflicts and ensuring social harmony is the principle of sustainability, which should lead to the emergence of Sustainable Justice, which can be defined as a framework of legal norms, institutions, policies and judicial practices of accessing Justice in the present without compromising the ability of future generations to enjoy the benefits of a just society.⁴⁹

⁴³ FERRARI, Isabela; LEITE, Rafael; RAVAGNANI, Giovanni; FEIGELSON, Bruno. *Justiça Digital*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

⁴⁴ LANDERKIN, Hugh; PIRIE, Andrew. Judges as Mediators: What’s the Problem with Judicial Dispute Resolution in Canada? *The Canada Bar Review*, v. 82, 2003, p. 249-298.

⁴⁵ CANNON, Andrew J. Sustainable justice: a guiding principle..., *op. cit.*, p. 6-7.

⁴⁶ JOHNSON, Shelly. Developing First Nations Courts in Canada: Elders as Foundational to Indigenous Therapeutic Jurisprudence. *Journal of Indigenous Social Development*, v. 3, n. 2, 2014. Disponível em: <https://scholarspace.manoa.hawaii.edu/bitstream/10125/34473/v3i2-02johnson.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2020.

⁴⁷ FAGAN, Laurie. *Indigenous people courts: How they can help offenders*. BC News Posted: Aug. 23, 2017. Disponível em: <https://www.cbc.ca/news/canada/ottawa/how-indigenous-peoples-court-help-offenders-1.4258203>. Acesso em: 30 dez. 2020.

⁴⁸ CANNON, Andrew J. Sustainable justice: a guiding principle..., *op. cit.*, p. 6-7.

⁴⁹ BARLOW, Melissa Hickman. Sustainable Justice: 2012 Presidential Address to The Academy of Criminal Justice Sciences. *Justice Quarterly*. v. 30, n. 1, 2013, p. 1-17.

Much of the publications around Sustainable Justice arise from concerns about the criminal justice system's sustainability,⁵⁰ especially due to the high rate of incarceration⁵¹ and criminal recidivism.⁵² However, the approach must be extended to the entire system of access to justice, not just criminal and not just the state. A sustainable approach to Justice helps people manage their conflicts so that they do not become legal disputes. This objective can be achieved by offering a consistent, accessible and the applicable rule of law as standards of conduct with which people know that they must comply. This approach allows people to manage their businesses around a predictable structure and this management only works if people know that they are likely to be held responsible if they violate the law.⁵³

The first level of providing access to Justice could create various conflict resolution processes, such as community-based legal centers and well-developed mediation and conflict resolution systems available to help people manage their conflicts that have turned into disputes without recourse to state power.

For the judicial system to be sustainable, it must conduct proceedings to repair the damage done and improve the parties' ability to manage conflicts in a less harmful way in the future. Justice system processes must be designed to achieve these key outcomes. For this, all processes in a Sustainable Justice system must be guided fairly, with dignity and respect for all involved. The processes will be designed to constructively repair any damage caused and resolve the problems that caused the conflict.⁵⁴

In short, a Sustainable Justice approach must (i) provide a clear and consistent role of the rule of law; (ii) provide advice and assistance to help people manage conflicts without becoming a dispute and to help them resolve disputes without the need to resort to state power; (iii) have an accessible, independent and professional judicial system to manage and validate all access to state power to remedy violations of the law; (iv) ensure that the entire application of State power is designed to repair the damage caused and to remedy the underlying causes of the conflict that is heading for a dispute; and (v) aim to reform people who have committed a crime and only separate them from the community if there is an unacceptable risk of causing further damage.⁵⁵

⁵⁰ SEGGER, Marie-Claire Cordonier; WEERAMANTRY, Christopher. *Sustainable justice: Reconciling economic, social and environmental law*. Boston, MA: Martinus Nijhoff, 2005.

⁵¹ PAVEL, Margaret Paloma. *Breakthrough communities: Sustainability and justice in the next American metropolis*. Cambridge, MA: The MIT Press, 2009.

⁵² AGYEMAN, Julian; EVANS, Bob. "Just sustainability": The emerging discourse of environmental justice in Britain. *The Geographical Journal*, v. 170, n. 2, jun. 2004, p. 155-164.

⁵³ CANNON, Andrew J. Sustainable justice: a guiding principle..., *op. cit.*, p. 6-7.

⁵⁴ CANNON, Andrew J. Sustainable justice: a guiding principle..., *op. cit.*, p. 6-7.

⁵⁵ CANNON, Andrew J. Sustainable justice: a guiding principle..., *op. cit.*, p. 8.

Courts, therefore, must not only apply objective law to a specific case. The main function of a justice system consists of precisely managing conflicts efficiently and promoting social harmony, and success, in this function, goes far beyond pronouncing sentences, collecting debts, and condemning people. And sustainable access to the justice system presupposes that the parties involved in a conflict can manage their conflicts themselves without necessarily resorting to state justice. A sustainable justice system must address the underlying causes of conflicts and find them a solution.⁵⁶

A Sustainable Justice system will always seek to manage disputes in ways that hold people accountable for illegal activities and, at the same time, understand the underlying causes of the conflict so that its processes repair the damage that has been caused and better equip the parties to manage future conflicts, so that social harmony is improved.⁵⁷ This approach must understand that adversarial and state process models are not always appropriate and sustainable dispute resolution models.

2 Online conflict resolution

Although online dispute resolution systems have only developed since the mid-1990s⁵⁸ there is an impressive amount of litigation that discusses their efficiency,⁵⁹ trust⁶⁰ and sustainability.

What is an online resolution of disputes system? What are these systems capable of doing? And what is the future of these systems? Certainly, any attempt to answer the last question, in the current state of technological development, can result in a frustrating exercise in prediction. However, it is possible to define, with great precision, what can be understood by online dispute resolution systems and what these systems can do.

Online dispute resolution systems can be set from a broad perspective and strict perspective. Comprehensively, it defines the online dispute resolution systems as different approaches to forms of conflict resolution that would include (but not be limited to) the ombudsman systems, mediation, facilitated solutions, arbitration etc.

⁵⁶ CANNON, Andrew J. Sustainable justice: a guiding principle..., *op. cit.*, p. 8.

⁵⁷ CANNON, Andrew J. Sustainable justice: a guiding principle..., *op. cit.*, p. 8.

⁵⁸ SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; SOUZA, Cássio Bruno Castro. Online Dispute..., *op. cit.*, p. 31-58.

⁵⁹ KATSH, Ethan. Online Dispute Resolution: Some Implications for a Emergence of Law in Cyberspace. *Lex Electronica*, v. 10, n. 3, Hiver/Winter 2006. Disponível em: https://www.lex-electronica.org/files/sites/103/10-3_katsh.pdf. Acesso em: 01 dez. 2020.

⁶⁰ NIKOLA, Šimková. A Literature Review on Online Dispute Resolution and Application to B2B E-commerce. IDIMT 2015: Information Technology and Society – Interaction and Interdependence – 23rd Interdisciplinary Information Management Talks. Conference-paper, 2015.

These approaches and forms can merge elements online and offline. This concept is given by the United Nations Commission on International Commercial Law.⁶¹

On the other hand, in a restricted way, online dispute resolution systems are defined as platforms specifically designed to resolve disputes resulting from transactions explicitly connected with these platforms.⁶² A stricter definition of online dispute resolution systems would not include systems that only set out to enable e-negotiation, e-mediation and e-arbitration. In all these cases, the idea means simply using e-mail to negotiate, consensual dispute resolution, or a third-party intermediary for resolving disputes binding instead of using other forms of communication. Online dispute resolution systems have a communication architecture in ways that go far beyond the mere exchange of e-mail messages.⁶³

In a manner quite safe, most definitions found in the literature comprise these online dispute resolution systems as online resolution forms using alternative dispute resolution methods (alternative dispute resolution).⁶⁴ In other words, the term covers ways of solving partial disputes or fully realized through the internet, initiated in cyberspace, but an external source (offline).⁶⁵ It is, without synthesis, the result of the implementation of alternative dispute resolution tools through the internet. Therefore, if, on the one hand, technological innovations “have increased the number of disputes and litigations (due to the ease of establishing relationships quickly), technology has also been used to develop new and more effective ways of solving conflict.”⁶⁶

The first platform to provide an online dispute resolution system on a large scale, directly between two ends, was eBay, from SquareTrade. The ODR system used by eBay now allows conflict resolution from two steps. At first, the conflict parties have a negotiation process with technological support hosted on the web. In a second step, a human mediator’s intervention becomes possible, if the parties

⁶¹ UNCITRAL. *Technical Notes on Online Dispute Resolution*, 2017. Disponível em: https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/odr/V1700382_English_Technical_Notes_on_ODR.pdf, p. 1. Acesso em: 15 nov. 2020.

⁶² BRAND, Ronald A. Online Dispute Resolution. A paper based on the author’s presentation at the Summer School in Transnational Commercial Law & Technology, Verona, Italy, May 30-June 1, 2019 (scheduled for publication by the University of Verona School of Law, Marco Torsello, editor). *University of Pittsburgh Legal Studies Research Paper*, n. 2019-31. Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3506094>. Acesso em: 23 dez. 2020.

⁶³ BRAND, Ronald A. Online Dispute Resolution. A paper based on the author’s presentation at the Summer School in Transnational Commercial Law & Technology, Verona, Italy, May 30-June 1, 2019 (scheduled for publication by the University of Verona School of Law, Marco Torsello, editor). *University of Pittsburgh Legal Studies Research Paper*, n. 2019-31. Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3506094>. Acesso em: 23 dez. 2020.

⁶⁴ MANIA, Karolina. Online dispute resolution: The future of justice. *International Comparative Jurisprudence*. v. 1, n. 1, 2015, p. 76-86.

⁶⁵ WAHAB, Mohamed Abdel; KATSH, Ethan; RAINEY, Daniel. *Online dispute resolution: Theory and practice. A treatise on technology and dispute resolution*. Hage: Eleven International Publishing, 2012.

⁶⁶ FERRARI, Isabela; LEITE, Rafael; RAVAGNANI, Giovani; FEIGELSON, Bruno. *Justiça Digital*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

choose to intervene.⁶⁷ The system offers both a direct negotiation process and a mediation process.

For this article, especially as it presents a platform architecture that gives efficient incentives to self-composition, it is convenient to analyze how eBay's system can resolve conflicts so efficiently. One of the reasons cited by the literature and by the platform developer itself⁶⁸ is the non-use of language that suggests any type of adversarial relationship and the structure for dispute resolution is simplified as a result of previous experiences and enables (i) Quality and the buyer claims if an item is an item not received or is received but not as described; and seller's claims for unpaid item fees (which occur when the buyer fails to pay, but eBay charged the seller a fee because a sale was agreed). The fact is that, in 2012, eBay Dispute Resolution handled over 60 million disputes with a satisfactory 80% result, second only to Alibaba's dispute resolution system, which handles hundreds of millions of disputes.⁶⁹ Part of the platform's success can be explained by the dispute resolution process and part by controlling language and communication between the parties.

eBay's goal is to allow buyers and sellers to resolve transaction problems between them before proceeding to a level where eBay must intervene. Where the parties fail to find a solution on their own, any of them can submit your complaint to eBay Resolution Center, set by himself eBay, as the safest form of sellers and buyers to communicate when there is a problem with a transaction.⁷⁰ The resolution of disputes process begins with online negotiation between the parties; followed by facilitated settlement; followed by a binding decision, most often applied automatically through a chargeback in the PayPal / eBay financial system.⁷¹

For Rule Colin, responsible for designing and implementing eBay's ODR system, the use of adversarial language has a detrimental effect on the platform.⁷² For this reason, it argues that an ODR system should avoid making available to the user/complainant the possibility of making a complaint in an open text box, to avoid the natural expression of frustration and negative feelings, as well as using

⁶⁷ KATSH, Ethan. Online Dispute Resolution: Some Implications for a Emergence of Law in Cyberspace. *Lex Eletronica*, v. 10, n. 3, Hiver/Winter 2006. Disponível em: https://www.lex-electronica.org/files/sites/103/10-3_katsh.pdf. Acesso em: 01 dez. 2020.

⁶⁸ RULE, Colin. Designing a Global Online Dispute Resolution System: Lessons Learned from eBay. *U. St. Thomas L.J.* v. 13, n. 1, 2017, p. 354-369.

⁶⁹ KATSH, Ethan; RABINOVICH-EINY, Orna. *Digital Justice: Technology and the Internet of Disputes*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2017.

⁷⁰ DAL PUBEL, Luca. E-Bay Dispute Resolution and Revolution: An Investigation on a Successful Odr Model. *Platform Economy & Labour Market*, 2018, p. 130-151.

⁷¹ BRAND, Ronald A. Online Dispute Resolution. A paper based on the author's presentation at the Summer School in Transnational Commercial Law & Technology, Verona, Italy, May 30-June 1, 2019 (scheduled for publication by the University of Verona School of Law, Marco Torsello, editor). *University of Pittsburgh Legal Studies Research Paper*, n. 2019-31. Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3506094>. Acesso em: 23 dez. 2020.

⁷² RULE, Colin. Designing a Global Online Dispute Resolution..., *op. cit.*, p. 354-369.

a classification process by whereby parties can be excluded from the exchange platform (eBay itself) if they have a negative reputation. The protection of confidence from the mutual evaluation⁷³ gives the seller incentives to respond from a more positive tone to the buyer to claim.⁷⁴ The positive tone in communications within the ODR system increases the possibility of successful dispute resolution, as well as promoting “responsibility, empathy and reasonableness”.⁷⁵ Therefore, Rule notes that (i) users want the system to be simple to use, fair to all participants and easy to understand; (ii) it is important to pay attention to the difference in bargaining powers, especially since, in the case of eBay, sellers are repeat players; and (iii) the communication tone is important, so that language shapes the way we look at the world and on how we think about solving problems. If language promotes empathy and rationality, it can strongly encourage conflict resolution.⁷⁶

Alibaba created an ODR system similar to eBay’s three-step model. It is diagrammed on the Alibaba website. But not only Alibaba developed a system similar to eBay. Platforms like Airbnb, Uber and TaskRabbit have created ODR systems inspired by the eBay format. The expansion of ODR systems on the market makes Rule suggest that it is possible that the justice systems of the future will jam more, like with designs creates for eBay, than systems geographically linked today.⁷⁷

The ODR system designed and implemented by eBay handles more than 60 million liters per year, has an 80% success rate. As noted by Rule, language, and the way the parties communicate are essential for the platform’s success. Therefore, incentives matter and good choice architecture can promote the use of more friendly, empathetic, and responsible language.

3 A proposed architecture of choices for more consensus and sustainable public administration

This article aims to answer a problem. But it also proposes to offer a proposal. If the adoption of alternative means of conflict resolution promotes more satisfaction to the parties, whether from a financial or emotional point of view,⁷⁸ as well as generating social benefits, why is the rate the use of ODRs in Brazil so low?⁷⁹ And

⁷³ LEMOS, Ronaldo; SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Aspectos jurídicos da economia do compartilhamento: função social e tutela da confiança. *Revista de Direito da Cidade*, v. 08, n. 4, 2016, p. 1757- 1777.

⁷⁴ RULE, Colin. Designing a Global Online Dispute Resolution..., *op. cit.*, p. 354-369.

⁷⁵ RULE, Colin. Designing a Global Online Dispute Resolution..., *op. cit.*, p. 354-369.

⁷⁶ RULE, Colin. Designing a Global Online Dispute Resolution..., *op. cit.*, p. 354-369.

⁷⁷ RULE, Colin. Designing a Global Online Dispute Resolution..., *op. cit.*, p. 354-369.

⁷⁸ WATKINS, Daniel. A Nudge to Mediate: How Adjustments in Choice Architecture can Lead to Better Dispute Resolution Decisions. *The American Journal of Mediation*, v. 4, 2010. Disponível em: <http://www.americanjournalofmediation.com/pg6.cfm>. Acesso em: 20 out. 2020.

⁷⁹ Although there are no statistical reports that make a comparison between the use of the Judiciary and extrajudicial self-composition methods, the Justice in Numbers 2020 Report of the National Council of

why would it be reasonable to assume that the adoption of ODRs could change the scenario of low demand for non-judicial conflict settlement solutions? The answer may lie in how public policymakers consider the architecture of the parties' choices in a conflict of interest.

3.1 Libertarian paternalism, the architecture of choices and bad decisions

It is commonplace, among publications specialized in Law, to affirm that the option for self-composting methods can be more efficient than the adversarial and state process model.⁸⁰ However, if self-composition is often considered better than the award to resolve certain conflicts, why do the parties usually choose the award instead of auto composition? A possible response for that question may consider that there is an asymmetry of information with regard to the benefits of the self-composition procedures. This argument starts from the premise that people decide in order to maximize their rational utility.⁸¹ And this is an argument based on the rational choice model. The argument that, if before a case that demands a solution, the individual, on the model of rational choice, relate to the desired results (values), anticipates the actions that can be adopted in their search (options); every action contributes to the expected result and at what cost (recovery) and choose the

Justice revealed that in 2019, only 12.5% of the judicial processes were resolved through conciliation. When comparing the year 2019 with the year 2018, it is possible to notice that there was "an increase of only 6.3% in the number of ratification of agreements, despite the provision of the new Civil Procedure Code (CPC), which, in force since 2016, made it mandatory to hold a prior conciliation and mediation hearing" (CNJ, 2020, p. 6). When the report considers "the total conciliation index, including pre-procedural procedures and procedural classes that are not accounted for in this report (for example, inquiries, pre-procedural complaint, detailed terms, letters of order, precatories, petitions of small value, among others), there is a reduction in the reconciliation index from 12.5% to 9.6%. The biggest reduction occurs in the State Justice regarding the total of the segment (from 11.3% to 8.2%), but the numbers change in the evaluations by court" (CNJ, 2020, p. 173).

⁸⁰ LIMA, Anna Paula Monnerat Carvalho; FRANCO, Ângela Barbosa. A eficiência dos métodos de auto e heterocomposição na resolução dos dissídios trabalhistas: a importância da mediação no atual cenário jurídico brasileiro. *Revista de direito do Trabalho*, São Paulo, v. 43, n. 177, p. 115-136, maio 2017; MENEZES, Felipe Barbosa de; MORAES NETO, Aurélio Ferreira de. A autocomposição como forma de concretização da eficiência administrativa. *Revista da ESDM*, Porto Alegre, v. 4, n. 8, 2018, p. 21-33; MELLO, João Augusto dos Anjos Bandeira de; FONSÉCA, Rafael Sousa. O mecanismo da autocomposição como alternativa para solução de controvérsias na seara administrativa. *Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos*. v. 2, n. 1, p. 136-151, Jan/Jun. 2016; 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, jul. 2018; PIERONI, Fabrizio de Lima. *A consensualidade e a Administração Pública: a autocomposição como método adequado para a solução dos conflitos concernentes aos entes públicos*. 2018. 190 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, São Paulo, 2018.

⁸¹ WATKINS, Daniel. A Nudge to Mediate: How Adjustments in Choice Architecture can Lead to Better Dispute Resolution Decisions. *The American Journal of Mediation*, v. 4, 2010. Disponível em: <http://www.americanjournalofmediation.com/pg6.cfm>. Acesso em: 20 out. 2020; YEUNG, Luciana Luk-Tai. Análise Econômica do Direito do Trabalho e da Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017). *Revista Estudos Institucionais*, v. 3, 2, p. 891-921, 2017.

way that the aids more (choice), so that there is a presumption that people make decisions using this procedure, without necessarily have consciously followed.⁸² It is not as if all individuals made complex calculations evaluating choices when deciding, but it seems intuitive to say that when rational utility maximizers get good information, they make good decisions,⁸³ because the model the rational choice makes the alternative that will be taken depending on the information available on the options and repercussions. The best option is chosen by the person among those you know and to obtain more information, the choice may not seem optimal in the future.⁸⁴ Therefore, if the parties involved in a conflict understand the award meets their needs more efficiently than self-composition is perhaps because they received little information about the benefits of the self-obtained resolution so that people who advocate the advantages of self-composition should do more to bring information to the parties about the advantages of self – composition.⁸⁵

The argument presented in the pair will preceding paragraph assumes that people, in general, are unaware of the benefits and advantages of the auto composition methods of solution of conflicts and have access to good information that the Judiciary is an appropriate place to resolve conflicts. However, if the degree of confidence in the Judiciary is not as high and negative aspects predominate in society in relation to the Brazilian Judiciary, such as sadness (13%), indignation (12%), shame (11%) and fear (6%) and a certain degree of concern (26%),⁸⁶ it is reasonable to assume that this movement should push rational choices towards non-judicial means of conflict resolution. A survey prepared by Irapuã Santana⁸⁷ shows that 49.7% of the people interviewed are considerably inclined to make an agreement in a conciliation hearing scheduled after the start of the judicial process. Another 17.6% are very inclined. Only 8.9% would be slightly inclined and 1% would not make a deal at all. Also, according to Irapuã Santana,⁸⁸ “people who earn between one and three wages - minimum (36%), or even below a wage - minimum (28%),” only consider submitting their dispute to the Judiciary if the loss suffered equal to or greater than R\$1,000.00 (one thousand reais). Even if Brazil experiences a scenario of great litigation, the average Brazilian has a strong tendency to support pecuniary losses in order not to file a lawsuit. If there is a tendency of the people

⁸² MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

⁸³ WATKINS, Daniel. *A Nudge to Mediate: ...*, *op. cit.*

⁸⁴ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do...*, *op. cit.*

⁸⁵ WATKINS, Daniel. *A Nudge to Mediate: ...*, *op. cit.*

⁸⁶ Instituto de Pesquisas Sociais, Políticas e Econômicas (IPESPE). *Estudo da imagem do Judiciário brasileiro: Sumário Executivo*. dez. 2019, 169 p.

⁸⁷ SANTANA, Irapuã. *Os incentivos sistêmicos ao acesso à justiça*. Estado da Arte, 2020. Disponível em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/incentivos-acesso-justica-irapua-santana/>. Acesso em: 23 set. 2020.

⁸⁸ SANTANA, Irapuã. *Os incentivos sistêmicos ao acesso à justiça, ...*, *op. cit.*

to make court settlements after starting a lawsuit, for which reason people do not seek voluntary self-composition procedures before starting a lawsuit? Are people making irrational choices, even if they have information? This action, which seems inconsistent or irrational, requires questioning, precisely, the extent of the agent's ignorance and the nature of the informational bias.⁸⁹

It is no exaggeration to say that people make non-rational choices. Economists linked to the behavioral approach to economics understand that the rational choice model is an abstract economic model that describes the behavior of imaginary people. As a model that describes imaginary people (called econs), Richard Thaler suggests that it is necessary to stop assuming that "these models are accurate descriptions of human behavior and to stop basing public policy decisions on such flawed analyzes".⁹⁰ It is necessary to start considering, in the formulation of public policies (and access to justice a public policy), supposedly irrelevant factors that influence the decision making by the subjects, such as bias and heuristics. Public policy on access to justice should therefore change the way in which conflict resolution options are presented to citizens, so that they can make the right choice. A nudge is necessary, based on an architecture of choices.

And how to do that? First, it is necessary to understand that people do not always choose to maximize utility. The rational choice model ignores that the decision-making process considers supposedly irrelevant factors, such as bias and heuristics. Second, the Government must understand that the way it presents citizens with the various options for resolving disputes greatly influences the choice of people who must manage a conflict. The concept of choice architecture is based on the idea that a choice can be presented in several ways and the specific form that is used influences the decision maker's choice.⁹¹ Third, one must consider that there is a cheap and unobtrusive way of getting people to make the right choice: libertarian paternalism.

3.2 Factors supposedly irrelevant: as heuristics and biases influence decision making

As Thaler argues, one of the most important ways in which behavioral economics can enrich economic analysis is to point out the supposedly irrelevant factors that matter most in the decision-making process.⁹² Supposedly irrelevant

⁸⁹ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*, op. cit.

⁹⁰ THALER, Richard. *Misbehaving: a construção da economia comportamental*. Trad. George Schlesinger. Rio de Janeiro: Instrínseca, 2019.

⁹¹ THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: como tomar decisões melhores sobre saúde, dinheiro e felicidade*. Trad. Ângelo Lessa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.

⁹² THALER, Richard. *Behavioral Economics: Past, Present and Future*, 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2790606>.

factors are variables that are not considered or that apparently have no effect on the behavior of a rational person, such as framing a problem, the order in which options are displayed, the relevance of one option over another, the presence of a previous sunk cost (or gain), if the customer in a restaurant can see its dessert options to choose whether to follow the diet planned etc.⁹³ And there are supposedly irrelevant factors that may prevent a given public policy from achieving its stated objectives. Public policies, legal rules, administrative decisions often go against human nature: against our prejudices, the heuristics we use, the lack of discipline and the limited capacity for processing information, etc. For this reason, attempts to change behavior are often ineffective and inefficient,⁹⁴ precisely because they neglect these supportively irrelevant factors.

Heuristics and cognitive biases are variables that matter in making decisions and are ignored by policymakers. But what are heuristics and cognitive biases? Often, people make errors of judgment and choice that result, especially, from biases of intuition.⁹⁵ The word bias consists of a literal translation of the English word bias, which, in turn, means bias, prejudice, bias, slope etc. Bias, in a more technical way, means a systematic discrepancy between the (average) judgment of a person or group and a true value or norm⁹⁶ and, in most cases, biases are defined as deviations from statistical principles,⁹⁷ but also may represent a bias (moral when a judgment deviates from a moral norm), a regulatory or statutory bias, one social bias, one psychological bias and other. More generally, there are many types of bias, depending on the type of pattern used.⁹⁸ As Kahnemann warns, “even statisticians were not good intuitive statisticians”,⁹⁹ so that intuitive human judgment (used in decision-making), in most cases, deviates from statistical principles. Therefore, it is important to realize that what should be considered when working with the concept of bias is that it is not that people make mistakes - we all do, but if these statistical or logical principles are really sensible norms / standards of behavior, the that would qualify deviations as mental illusions.¹⁰⁰ Biases are, therefore, systematic errors, which can lead to wrong decisions. And they often imply decisions based on prejudice.

⁹³ THALER, Richard. *Behavioral Economics:...*, *op. cit.*

⁹⁴ REISCH, Lucia; ZHAO, Min. Behavioural economics, consumerbehaviour and consumer policy:state of the art. *Behavioural Public Policy*. v. 1, n. 2, 2017, p. 190-206.

⁹⁵ KAHNEMANN, Daniel. *Rápido e Devagar: duas formas de pensar*. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

⁹⁶ GIGERENZER, Gerd. The Bias Bias in Behavioral Economics. *Review of Behavioral Economics*. v. 5, p. 303-336, 2018.

⁹⁷ GIGERENZER, Gerd. *The Bias Bias in Behavioral Economics...*, *op. cit.*

⁹⁸ DANKS, David; LONDON, Alex John. Algorithmic bias in autonomous systems. In: *Proc. of the Int. Joint Conf. on Artificial Intelligence*, p. 4691-4697. AAAI Press, 2017.

⁹⁹ KAHNEMANN, Daniel. *Rápido e Devagar: duas formas de pensar...*, *op. cit.*

¹⁰⁰ GIGERENZER, Gerd. The Bias Bias in Behavioral Economics. *Review of Behavioral Economics*. v. 5, p. 303-336, 2018.

Part of these thought patterns is defined as heuristics. Heuristics are mental shortcuts used to “relieve the cognitive burden of making a decision”.¹⁰¹ These are rules that do not require a complete search for information or exhaustive calculations¹⁰². These shortcuts consist of general rules and serve as an ‘educated guess’ given to the basis of past experience, or just looking at what other people are doing.¹⁰³ Examples of heuristics are anchoring, availability, and representativeness. These are the heuristics that most influence the decision process, as well as the biases of optimism and overconfidence, aversion to loss, status quo, framing, self-control, and herd behavior as biases that sometimes impair decision-making.

Since people are limitations as information processors, prejudices can (and often do) reduce the amount of thinking and processing a person runs to make a choice, especially in stressful or limited time situations. For this reason, the way information is presented and how analyzes are conducted also impact the number of cognitive resources and the collection of information that a person needs in a situation.¹⁰⁴

Take the anchoring heuristic as an example. The anchoring is based on the idea that the decision-maker, in its final estimates, adjust the value to the anchor considered, but tend to insufficiently adjust from that point.¹⁰⁵ That is, anchoring manifests itself in numerical predictions, when relevant data are available,¹⁰⁶ so that our guesses can be quite different depending on the information we have. For Thaler and Sunstein, anchors can act as nudges, so it is possible to influence a choice in a specific situation “subtly suggesting a starting point for your thought process”. To exemplify, the authors state that “when charities ask for a donation, they usually present options of values such as one hundred dollars, 250 dollars, one thousand dollars, 5,000 dollars or ‘other’. If funders know what they are doing, these values are not random because the options influence the amount people decide to donate. People give more if the options are one hundred dollars, 250

¹⁰¹ HISCOX, Michael; OLIVER, Tara; RIDGWAY, Michael; ARCOS-HOLZINGER, Lilia; WARREN, Alastair; WILLIS, Andrea. *Going blind to see more clearly*. unconscious bias in Australian Public Service shortlisting processes. Commonwealth of Australia, Department of the Prime Minister and Cabinet, 2017. Disponível em: <http://behaviouraleconomics.pmc.gov.au/sites/default/files/projects/unconscious-bias.pdf> Acesso em: 20 nov. 2020.

¹⁰² GIGERENZER, Gerd; MOUSAVI, Shabnam. Heuristics are Tools for Uncertainty. ..., *op. cit.*

¹⁰³ HISCOX, Michael; OLIVER, Tara; RIDGWAY, Michael; ARCOS-HOLZINGER, Lilia; WARREN, Alastair; WILLIS, Andrea. *Going blind to see more clearly...*, *op. cit.*

¹⁰⁴ PHILLIPS-WREN, Gloria; POWER, Daniel J.; MORA, Manuel. Cognitive bias, decision styles, and risk attitudes in decision making and DSS. *Journal of Decision Systems*. v. 28, n. 2, 2019, p. 63-66.

¹⁰⁵ TRONCO, Paula Borges *et al.* Heurística da Ancoragem na Decisão de Especialistas: Resultados Sob Teste de Manipulação. *Rev. adm. contemp.*, Curitiba, v. 23, n. 3, p. 331-350, June 2019. Available from: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-65552019000300331&lng=en&nrm=iso. Access on: 4 dec. 2020. Epub June 27, 2019, p. 333.

¹⁰⁶ TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgement under uncertainty: Heuristics and biases. *Science*. v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, 1974.

dollars, one thousand dollars and 5,000 dollars than when they are 50 dollars, 75 dollars, one hundred dollars and 150 dollars”.

On the other hand, the availability heuristic consists of the “process of judging frequency according to the ease with which events come to mind”.¹⁰⁷ As Ciarelli and Avila explain, “if we adopt this rule of judgment, we evaluate the frequency or chances of an event occurring according to the ease with which occurrences of the event can be remembered, that is, they are available in memory”.¹⁰⁸ This is a rule of thumb that makes sense. However, “there are other factors that also facilitate the recall of an event, influencing the judgment on its frequency and probability of occurrence without, in fact, actually changing them”.¹⁰⁹ For example, and prominent winds, which attract our attention, are easily recovered by our memory: divorces between celebrities, sex scandals involving politicians. This can lead us to the conclusion, even without any statistics regarding these facts, that divorces are more frequent among celebrities and sex scandals among politicians. The same is true with dramatic events (such as the crash of a plane with extensive press coverage) that can affect our judgments about flight safety and personal experiences can be more significant than statistics: “A judicial error that affects you will undermine your faith in the justice system more than a similar incident that you read about in a newspaper”.¹¹⁰

Both heuristics are related to how past events have more impact or influence on the decision-making process than statistics and probabilities.¹¹¹ They are heuristics of judgment. Therefore, a person who has personally experienced an earthquake will be more likely to believe in the likelihood of an earthquake than if he had only read about it in the newspaper.¹¹² In this sense, “the availability heuristic helps explain a good deal of risk-related behavior, including both public and private decisions regarding precautionary measures”.¹¹³ By “taking into account the availability heuristic, the choice architect can improve public or private decisions if judgments can be guided by real probabilities”.¹¹⁴

¹⁰⁷ KAHNEMANN, Daniel. *Rápido e Devagar: duas formas de pensar...*, op. cit.

¹⁰⁸ CIARELLI, Gustavo; AVILA, Marcos. A influência da mídia e da heurística da disponibilidade na percepção da realidade: um estudo experimental. *Rev. Adm. Pública*, Rio de Janeiro, v. 43, n. 3, p. 541-562, jun. 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122009000300002&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 4 dez. 2020.

¹⁰⁹ CIARELLI, Gustavo; AVILA, Marcos. A influência da mídia e da heurística da disponibilidade na percepção da realidade: um estudo experimental. *Rev. Adm. Pública*, Rio de Janeiro, v. 43, n. 3, p. 541-562, jun. 2009. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122009000300002&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 4 dez. 2020.

¹¹⁰ KAHNEMANN, Daniel. *Rápido e Devagar: duas formas de pensar...*, op. cit.

¹¹¹ KAHNEMANN, Daniel. *Rápido e Devagar: duas formas de pensar...*, op. cit.

¹¹² THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: como tomar decisões melhores...*, op. cit.

¹¹³ THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: como tomar decisões melhores...*, op. cit.

¹¹⁴ THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: como tomar decisões melhores...*, op. cit.

In addition, and stereotypes also matter. As Thaler and Sunstein explain, the heuristic of representativeness is a heuristic of similarity. The central idea is that “when we ask how likely it is that A belongs to category B, people (especially their Automatic Systems) respond based on the similarity they see between A and B’s image or stereotype (that is, if A is ‘representative’ of B)”.¹¹⁵ The heuristic of representativeness describes how stereotypes impregnated in our minds can affect our decisions. People often see patterns where they do not exist and get carried away by the illusion of the pattern.¹¹⁶ Much of the questions related to the probability that people often face are related to two questions: How likely is object A to be in category B? How likely is event A to originate from process B? How likely is process B to result in event A? As Kahneman and Tversky explain, in order to answer these questions, people often use the heuristic of representativeness, which makes probabilities to be evaluated by a question of degree: A is representative of B insofar as A resembles B.¹¹⁷

For example: The more A is representative of B, the more likely that A is the result of B. On the other hand, if A is not similar to B, probably A is not the result of B. Kahnemann illustrates the heuristic from the description of a person, chosen at random from a representative sample: “Steve is very shy and withdrawn, invariably helpful, but with little interest in people or in the real world. Of a docile and organized nature, it needs order and structure, and a passion for detail”.¹¹⁸ From these characteristics, asks Khanemann, is Steve more likely to be a farmer or a librarian? As Khanemann ponders, Steve’s description brings to mind the characteristics of a stereotyped librarian. However, at the time of the trial, statistical considerations are often overlooked: there are more than 20 male farmers for each librarian in the United States. So “as the disproportion is so great, it’s almost a certainty that more indoles” docile and organized “will be found driving tractors than sitting behind the information desk of the libraries”.¹¹⁹

In addition to anchoring, availability and representativeness, loss aversion is a heuristic that plays an important role in the decision process. Humans are loss averse. And this aversion significantly influences human decisions, especially when assessing the influence of the status quo bias in the decision-making process and perceptions about the world.

¹¹⁵ THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: como tomar decisões melhores...*, op. cit.

¹¹⁶ KAHNEMANN, Daniel. *Rápido e Devagar: duas formas de pensar...*, op. cit.

¹¹⁷ TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgement under uncertainty: Heuristics and biases. *Science*. v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, 1974.

¹¹⁸ KAHNEMANN, Daniel. *Rápido e Devagar: duas formas de pensar...*, op. cit.

¹¹⁹ KAHNEMANN, Daniel. *Rápido e Devagar: duas formas de pensar...*, op. cit.

As Samuelson and Zeckhauser¹²⁰ ponder, according to the rational choice model, neither the order in which the alternatives are presented, nor any labels they carry should affect the individual's choice. However, in real-world decision problems, alternatives often come with influential labels. In other words, an alternative inevitably carries the status quo label, that is, doing nothing or maintaining the current or previous decision is almost always a possibility. When faced with new options, decision-makers tend to stick to the status quo alternative, for example, to follow the company's usual policy, elect a holder for another term, buy the same brands of products or stay in same job. For this reason, it is always relevant to investigate whether the framing of an alternative – whether it is in the status quo position or not – will significantly affect the likelihood of your choice.

Other biases and heuristics can be related and can demonstrate how the human being, in the real world, can make very irrational choices, such as problems related to self-control, inattentive choices, overconfidence etc. The limits of this research do not allow a discussion, albeit shallow, of each heuristic and cognitive bias that may interfere in the decision-making process.¹²¹ But it is not just internal cognitive biases that influence the decision-making process. People and their choices are affected by in f social confluency. If many people think in a certain way, information is transmitted to the whole society that perhaps that way of thinking is the best option. For this reason, social influences are important, either because most people learn from others (this is how individuals and society develop), or because one of the most efficient ways of poking is through social inclusion¹²². People learn from others. Many of our biggest prejudices, by the way, come from other people. Therefore, when social influences make people have false or preconceived beliefs, a nudge can help.¹²³

Therefore, there is evidence that people use pocket rules and mental shortcuts to make the most of their choices throughout life. And why do people use mental shortcuts to make such complex choices? Psychologists and behavioral economists

¹²⁰ SAMUELSON, William; ZECKHAUSER, Richard. Status Quo Bias in Decision Making. *Journal of Risk and Uncertainty*, 1, 7-59 (1988), p. 8.

¹²¹ To do so, check out: TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgement under uncertainty: Heuristics and biases. *Science*. v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, 1973, p. 1124-1131; TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. The Framing of Decisions and the Psychology of Choice. In: Wright G. (Eds.) *Behavioral Decision Making*. Springer, Boston, MA, 1985, p. 25-41, p. 25-41; FIEDLER, Klaus; VON SYDOW, Momme. Heuristics and Biases: Beyond Tversky and Kahneman's (1974) Judgment under Uncertainty. In: M. W. Eysenck & D. Groome. *Cognitive Psychology: Revisiting the Classical Studies*. Los Angeles, London: Sage, 2015, p. 146-161, p. 146-161; KAHNEMAN, Daniel. Maps of Bounded Rationality: Psychology for Behavioral Economics. *American Economic Review*. v. 93, n. 5, p. 1449-1475, 2003, p. 1449-1475; DALE, Steve. Heuristics and biases: The science of decision-making. *Business Information Review*. v. 32, n. 2, p. 93-99, 2015, p. 93-99; THALER, Richard; SHEFRIN, Hersch. An economic theory of self-control. *Journal of Political Economy*. v. 89, n. 2, p. 392-406, 1981, p. 392-406; DELLAVIGNA, Stefano; MALMENDIER, Ulrike. Paying not to go to the gym. *American Economic Review*. v. 96, n. 3, p. 694-719, 2006, p. 694-719.

¹²² THALER, Richard. Misbehaving: a construção da economia comportamental. Trad. George Schlesinger. Rio de Janeiro: Instrínseca, 2019.

¹²³ THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: como tomar decisões melhores...*, op. cit.

argue that human beings have two systems of thought: System 1 and System 2.¹²⁴ System 1 (or Automatic System) is responsible for operating automatically and quickly, “with little or no effort and no perception of voluntary control”,¹²⁵ almost as an institutional system,¹²⁷ while System 2 (or Reflective System) is responsible for carrying out activities that require effort and more complex, so that “the operations of System 2 are often associated with the subjective experience of activity, choice and concentration”.¹²⁸

The human being, throughout a day, makes many decisions. Much of these decisions are simple and not complex. A study by researchers at Cornell University estimates that a person makes 226.7 decisions involving food over the course of a day.¹²⁹ It can be safely said that “most people are very busy: our lives are complicated, and we cannot spend all our time thinking and analyzing everything”.¹³⁰ For this reason, even in complex decisions, it is possible to state that System 1 takes the lead in our decisions.

For this reason, by understanding the functioning of System 1, it is possible for policy makers to create choice architectures that can help people make the right choices, especially when the choices involve environmental protection and the adoption of sustainable business practices. By architecture of choices, an activity of organizing the “context in which people make decisions” must be understood.¹³¹ That is, whoever organizes a voting cell to choose candidates is an architect of choices, as well as who elaborates a form of adherence to health insurance or a doctor who exposes the patient to possible treatment options.¹³² Government is also architect of choices. Sometimes decisions that involve choosing the method of conflict resolution are difficult decisions, especially due to the lack of important information for the decision and the influence of supposedly irrelevant factors.

3.3 The architecture of choices, libertarian paternalism and self-composition by default

The idea that architects of choice (in other words, designers of environments of choice) can guide people to choose a specific option only by modifying the context in which the decision is made was popularized by Richard Thaler and Cass

¹²⁴ KAHNEMANN, Daniel. *Rápido e Devagar: duas formas de pensar...*, op. cit.

¹²⁵ THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: como tomar decisões melhores...*, op. cit.

¹²⁶ KAHNEMANN, Daniel. *Rápido e Devagar: duas formas de pensar...*, op. cit.,

¹²⁷ THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: como tomar decisões melhores...*, op. cit.

¹²⁸ KAHNEMANN, Daniel. *Rápido e Devagar: duas formas de pensar...*, op. cit.

¹²⁹ WANSINK, Brian; SOBAL, Jeffrey. Mindless Eating: The 200 Daily Food Decisions We Overlook, *Environment and Behavior*. v. 39, n. 1, p. 106-123, 2007.

¹³⁰ THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: como tomar decisões melhores...*, op. cit.

¹³¹ THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: como tomar decisões melhores...*, op. cit.

¹³² THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: como tomar decisões melhores...*, op. cit.

Sunstein.¹³³ From the discussion and the number of cases, Thaler and Sunstein show how the architectural choices can be an inexpensive and effective means of regulation. In summary, based on research-based on cognitive psychology and behavioral economics on human behavior and decision-making processes, choice architects can think of efficient strategies to nudge people, leading them to the right choice. This perception is important, especially in order to realize that environments of choice are never neutral and the way the context of choice is presented influences human choices, even though the designer has not deliberately built the environment of choice to achieve this specific effect.¹³⁴

An example can contribute to the understanding of the idea of libertarian paternalism. The Behavioral Insights Team, the UK Government, published a work that demonstrated how (i) the form as job advertisements are published influences who apply for specific job (for example, when the job announcement indicated that the salary is negotiable, women were slightly more likely than men to apply for these vacancies, suggesting that a simple sentence can lead women to look for a higher starting salary, helping to reduce the gender pay gap over time), and that (ii) small changes in the “signals” issued by employers at the time of hiring can not only increase the number of requests for a job vacancy, but also modify the demographic composition of the candidate pool.¹³⁵

The idea of an architecture of choices is founded on the premise of libertarian paternalism. Libertarian paternalists believe in the importance of freedom of choice and “want more and more people to follow their own path, and not impose obstacles”.¹³⁶ In other words, libertarian paternalists believe that, instead of creating regulations that leave the recipient with a narrow margin of choice, Governments should “create policies that maintain or increase freedom of choice”. On the other hand, from the architecture of choices, libertarian paternalists believe in the legitimacy of trying to influence people’s behavior, as long as it is to make their lives better. For this reason, for libertarian paternalists, Governments have the role of developing public policies that “consciously direct people to make choices that improve their lives”. Paternalism would lie in the conscious attempt to influence people to make choices that are beneficial to them. This influence, induction or nudge is called, by libertarian paternalists, a nudge: an instrument of the architecture of choices “capable

¹³³ THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: como tomar decisões melhores...*, *op. cit.*

¹³⁴ SELINGER, Evan; WHYTE, Kyle Powys. Is there a right way to nudge? The practice and ethics of choice architecture. *Sociology Compass*, v. 5, n. 10, julho de 2011, p. 923-935. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1883243>. Acesso em: 15 set. 2020.

¹³⁵ BRISCESE, Guglielmo; TAN, Cameron. Applying Behavioural Insights to Labour Markets: How behavioural insights can improve employment policies and programmes. *The Behavioural Insights Team (BIT)*, 2018. Disponível em: <https://www.bi.team/publications/applying-behavioural-insights-to-labour-markets> Acesso em: 8 jun. 2020.

¹³⁶ THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: como tomar decisões melhores...*, *op. cit.*

of changing people's behavior in a predictable way without vetoing any option and without any significant change in their economic incentives".¹³⁷ Therefore, libertarian paternalism can be defined as "a type of relatively weak, mild and non-intrusive paternalism, as it does not create impediments or obstacles to choices".¹³⁸

When a regulatory agent shapes the environment of choice, the importance of this perception becomes greater. As is known, "citizens are not passive in the face of the rule change they are subjected to", so that "the rule change will lead anyone to ask whether they should adapt their behavior and, if so, in which direction".¹³⁹ Therefore, the number of options, the order in which the options are presented, the framing of these options and the selection of a standard option can influence people's choice in different ways.¹⁴⁰ Therefore, there is strong evidences that the change in the way options are presented to individuals can influence their decision, in a very positive way, including in public policies of access to judiciary, this work argues that the person or institution responsible for providing information to society (the "architect of choices") must predict human fallibility, especially understanding that the brain is caught in certain tricks, where heuristics and biases overcome rationality. Good choice architecture is guided by some basic principles.

The first one is the presentation of predefined options. And for what reason? Because a good choice architect cannot ignore the power of inertia and the bias of the status quo. As Thaler and Sunstein explain, "all these forces lead us to believe that if there is a standard option – an option that will prevail if no other is chosen – we can expect that a large number of people will end up maintaining it, even if they do not. be good."¹⁴¹ The recognition of the power of the standard options influences the way cell phones are configured, the option for health plans, automatic revocation of subscriptions and even environmental preservation,¹⁴² based on the idea of green by default or sustainable¹⁴³ by default.¹⁴⁴

The second principle is the presumption of human fallibility itself. The choice architect should anticipate errors and keep them to a minimum. Precisely because they have the error, increasingly friendly car systems contain devices that alert

¹³⁷ THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: como tomar decisões melhores...*, *op. cit.*

¹³⁸ THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: como tomar decisões melhores...*, *op. cit.*

¹³⁹ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

¹⁴⁰ SELA, Ayelet. e-Nudging Justice: The Role of Digital Choice Architecture in Online Courts. *Journal of Dispute Resolution*, n. 2, p. 127-163, 2019.

¹⁴¹ THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: como tomar decisões melhores...*, *op. cit.*

¹⁴² THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: como tomar...*, *op. cit.*

¹⁴³ HALE, Lara Anne. At home with sustainability: From green default rules to sustainable consumption. *Sustainability*, v. 10, n. 1, 2018.

¹⁴⁴ WELVAARTS, Michelle. *Helping Consumers Choose the Sustainable Option via Nudging. Sustainable by default in customisation tasks in the cosmetics industry*. Master Marketing in Business Administration. Radboud University Nijmegen, Holanda, 2019.

when the driver is not wearing a seat belt, when it is necessary to change oil, and automate the headlights.¹⁴⁵ Therefore, a good choice architecture system understands that humans make mistakes and must be quite lenient in these cases.¹⁴⁶ And, as a consequence of fallibility, good systems must offer appropriate information/feedback to users, especially when humans make mistakes and helping people to map and, with that, “choose the most beneficial alternatives for themselves”, making information about each alternative as simple and understandable as possible.¹⁴⁷

For these reasons, a good alternative choice architecture may consist of the idea of self-composition by default from the development of systems that observe the basic principles of any choice architecture that wants to be successful. It is argued in this article that a digital system can promote broader and more efficient access to justice.¹⁴⁸ Therefore, it is proposed to develop a digital choice architecture. Recently, research began to be developed with the objective of exploring the unique attributes of digital interfaces as environments of choice.¹⁴⁹ From research in psychology, human-computer interaction and information systems,¹⁵⁰ researchers observed how the elements¹⁵¹ of digital user experience and user interface influence¹⁵² user choices and entry into the system.¹⁵³ As points out, the idea that digital interfaces can be used to persuade their users to act in certain ways, changing people's attitudes and behavior, precedes the conceptualization of digital choice architecture.¹⁵⁴ The findings demonstrate that people behave in online environments differently than

¹⁴⁵ THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: como tomar...*, *op. cit.*

¹⁴⁶ THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: como tomar...*, *op. cit.*

¹⁴⁷ THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: como tomar...*, *op. cit.*

¹⁴⁸ It is necessary to consider, however, that it is necessary to recognize that a constitutionally adequate model of digital government must be able to ensure the effective access of its citizens to its social services. This access depends on a good choice architecture and also presupposes that the State itself provides its citizens with the ability to interact and exercise citizenship in digital environments. As Reyna, Gabardo and Santos argue, while the State cannot fail to provide services that can be provided digitally (either permanently or temporarily), a constitutionally adequate digital government cannot fail to promote constant inclusion, easy access and technological education for people who do not meet updated technological standards. And this dichotomy of action demands the adoption of creative solutions that increasingly promote access and facilitate the relationship between Public Administration and its citizens (REYNA, Justo; GABARDO, Emerson; SANTOS, Fábio de Souza. *Electronic government, digital invisibility and fundamental social*, *Sequencia*, v. 41, p. 30-50, 2020).

¹⁴⁹ SELA, Ayelet. e-Nudging Justice: The Role of Digital Choice Architecture in Online Courts. *Journal of Dispute Resolution*, v. 2019, n. 2, p. 127-163.

¹⁵⁰ SELA, Ayelet. e-Nudging Justice: The Role of Digital Choice Architecture in Online Courts. *Journal of Dispute Resolution*, v. 2019, n. 2, p. 127-163.

¹⁵¹ JAMESON, Anthony *et al.* Choice Architecture for Human-Computer Interaction. *Foundations and Trends in Human-Computer Interaction*, v. 7, n. 1-2, 2013.

¹⁵² BENARTZI, Shlomo; LEHRER, Jonah. *The Smarter Screen: Surprising Ways to Influence and Improve Online Behavior*. New York, New York: Portfolio/Penguin, 2015.

¹⁵³ SCHNEIDER, Christoph; WEINMANN, Markus; BROCKE, Jan Vom. Digital Nudging: Guiding Online User Choices Through Interface Design. *Communications of the ACM*, V. 61, n. 7, julho de 2018, p. 67-73. Disponível em: <https://cacm.acm.org/magazines/2018/7/229029-digital-nudging/fulltext>. Acesso em: 15 set. 2020.

¹⁵⁴ FOGG, Brian Jeffrey. *Persuasive technology: using computers to change what we think and do*. *Ubiquity*, New York, NY, United States, dez. 2002.

they would behave in offline environments and, in this sense, the user's choices can be influenced by changing the design of the option buttons and fonts, or by adjusting the interface color and the organization of content on the screen, so that an important attribute of digital choice environments is that they operate at the point of decision making and, therefore, well positioned to influence users.¹⁵⁵

As Sela argues, the choice of architecture s digital is a particularly relevant analytical framework to Courts Online (in which case, any system ODR) as interfaces that organize the context in which litigants self-represented take decisions related to disputes and these decisions are difficult and rare.¹⁵⁶ The difficulty and rarity of the decision to choose the method of conflict resolution make it exactly those decisions that are most susceptible to nudges.¹⁵⁷ Even with these characteristics, decisions to resolve a dispute are decisions in which the choosers do not receive immediate feedback and have problems understanding aspects of the situation that should be easily understood,¹⁵⁸ especially due to the legal language.¹⁵⁹ Therefore, it is important to understand Public Administration and Online Courts as environments of digital choice.

There is evidence that countries implementing voluntary court mediation programs or slightly nudge the parties toward self-guided resolution, on average, are more efficient and non-discriminatory compared to countries using stronger nudges.¹⁶⁰ Voluntary mediation presupposes that the parties opt for the free will procedure and do not have direct supervision by the Judiciary, whereas compulsory mediation models have direct supervision by the Judiciary in the mediation process. In the case of compulsory (or mandated) mediation, the mediation procedure is part of the judicial procedure (adjudicative) and, in many cases, duties of good faith are imposed on the parties, which are assessed by the Judiciary at the time of the trial (through formal reporting obligations to the court by the supposedly neutral mediator and, in some cases, that mediator may even be required to testify), as well as financial penalties or costs are imposed on non-cooperative parties.¹⁶¹

¹⁵⁵ SELA, Ayelet. e-Nudging Justice: The Role of Digital Choice Architecture in Online Courts. *Journal of Dispute Resolution*, v. 2019, n. 2, p. 127-163.

¹⁵⁶ SELA, Ayelet. e-Nudging Justice: The Role of Digital Choice Architecture in Online Courts. *Journal of Dispute Resolution*, v. 2019, n. 2, p. 127-163.

¹⁵⁷ THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: como tomar decisões melhores...*, op. cit.

¹⁵⁸ CAETANO, Joane Marieli Pereira. A (in)compreensão da linguagem jurídica e seus efeitos na celeridade processual. *Revista Litterata*, v. 3, n. 1, 2013; SOUZA, Antonio Escandiel de et al. A Elitização da Linguagem Jurídica e a Necessidade de sua Simplificação. *Signum Estud. Ling.*, Londrina, n. 19/2, p. 123-140, dez. 2016.

¹⁵⁹ GUIMARÃES, Luciana Helena Palermo de Almeida. A simplificação da linguagem jurídica como instrumento fundamental de acesso à justiça. *Publ. UEPG Ci. Hum., Ci. Soc. Apl., Ling., Letras e Artes*, Ponta Grossa. v. 20, n. 2, p. 173-184, jul./dez. 2012.

¹⁶⁰ ALI, Shahla F. Nudging Civil Justice: voluntary and mandatory court mediation user experience in twelve regions. *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, v. 19, n. 2, Nova Iorque, EUA, 2018, p. 269-288.

¹⁶¹ ALI, Shahla F. Nudging Civil Justice: voluntary and mandatory court mediation user experience in twelve regions. *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, v. 19, n. 2, Nova Iorque, EUA, 2018, p. 269-288.

It is possible to argue, therefore, that people involved in a conflict are influenced by irrational prejudices and cognitive errors when deciding between self-composition and adjudication and, for this reason, it is necessary to make an adjustment in the individuals' choice architecture for "push" the disputing parties toward optimal decisions.¹⁶² One way to nudge the parties could occur from the establishment of self-composition as a standard dispute resolution procedure for certain types of conflicts, since, in this way, (i) the parties will choose to mediate more often because they will be less susceptible to irrational bias and cognitive errors that lead to suboptimal award decisions instead of mediation, as well as (ii) because the parties to the dispute maintain the choice between mediation and award and only the context in which they make that choice changes.¹⁶³

A public ODR system, to resolve non-jurisdictional administrative conflicts, depends on an initial structure that considers and assesses the digital choice architecture designed for people who choose to litigate without lawyers (lay litigants, self-represented) from considerations related to the literature dispute resolution, behavioral psychology, computer-mediated communication, information systems and procedural justice.¹⁶⁴ As Sela demonstrates, self-guided procedures used in online courts create powerful digital choice architectures that influence the decisions and legal actions of self-represented litigants. The researcher argues that online court designers should take these effects into account and proposes an initial set of recommendations to reduce prejudice and encourage informed and deliberate decision-making.¹⁶⁵

All of these implications are not purely theoretical, but, on the contrary, timely and practical, whether because Online Courts have gained more and more strength and have served an increasing number of users.¹⁶⁶ As an example, the judicial reform that took place in China in the last decade has promoted an accelerated development of online dispute resolution platforms, specialized courts on the internet and wide use of artificial intelligence tools, blockchain, smart contracts in case management and resolution civil and criminal disputes.¹⁶⁷ In February 2020, China had the world's largest digital repository of legal information, with over 81.5 million judgments and judicial documents published by the Supreme People's Court. This vast repository

¹⁶² WATKINS, Daniel. A Nudge to Mediate: How Adjustments in Choice Architecture can Lead to Better Dispute Resolution Decisions. *The American Journal of Mediation*, v. 4, 2010. Disponível em: <http://www.americanjournalofmediation.com/pg6.cfm>. Acesso em: 20 out. 2020.

¹⁶³ WATKINS, Daniel. A Nudge to Mediate: ..., *op. cit.*

¹⁶⁴ SELA, Ayelet. e-Nudging Justice: The Role of Digital Choice Architecture in Online Courts. *Journal of Dispute Resolution*, v. 2019, n. 2, p. 127-163.

¹⁶⁵ SELA, Ayelet. e-Nudging Justice: ..., *op. cit.*

¹⁶⁶ SUSSKIND, Richard. *Online Courts and the Future of Justice*. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2019.

¹⁶⁷ ZOU, Mimi. *Virtual Justice in the Time of COVID-19*, 16 de março de 2020. Disponível em: <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2020/03/virtual-justice-time-covid-19>. Acesso em: 2 jan. 2021.

was made possible by the development and implementation of a centralized big data management and service platform that connects all Chinese Courts.¹⁶⁸ In the Courts of Hangzhou, Beijing and Guangzhou, the entire process is done exclusively over the internet; it is possible to download a mobile court application on WeChat; the parties are authenticated to participate in the process using facial knowledge technology; the application allows the parties to start a process directly and communicate directly with the Court from the sending of text and audio messages, making uploading of evidence in the application itself. The application also allows the parties and the court's simultaneous access, the realization of pre-trial mediation, the conclusion, and the electronic signature of the mediation agreement (if successful), and to be given a sentence.¹⁶⁹

England and Wales launched the "Online Solutions Court" (OSC) as a tool that integrates a comprehensive judicial reform in order to implement recommendations framework of the review of the Court's Civil, the use of information and communication technologies to improve the efficiency of these judicial bodies and increase access to justice especially for self-represented litigants and, for that reason, since 2018, the English Courts and Tribunals Service (HMCTS) has gradually implemented a series of ODR judicial procedures. The OSC is designed with the explicit aim of turning the case into monetary claims of up to £ 25,000 and the expectation is that by 2022 most civil disputes in England and Wales will be resolved through an online court.¹⁷⁰

Evidence still suggests that the compulsion or not of self-composition matters. For this reason, the discussion on mediation promotion policies through libertarian paternalism becomes relevant. The option for the voluntary or compulsory model depends on particular domestic influences on the countries. A significant factor in choosing one of the models appears to be the cultural issues of a particular society for resolving controversies. The nature of a particular controversy also seems to influence the adoption of the model so that, normally, family disputes are usually submitted to mediation procedures with a high success rate when compared to other types of civil disputes.¹⁷¹

There it examines a variety of mandatory and incentive mediation projects, as well as the relationship between mediation incentives and judicial efficiency; and perceptions and general confidence in justice systems in the context of selected mediation centers in North America, Europe and East Asia, comparing compulsory and voluntary mediation structures with variation in user experience, including perceptions of efficiency, accessibility and availability, impartiality, level

¹⁶⁸ ZOU, Mimi. Virtual Justice in the Time of COVID-19, ..., *op. cit.*

¹⁶⁹ ZOU, Mimi. Virtual Justice in the Time of COVID-19, ..., *op. cit.*

¹⁷⁰ SELA, Ayelet. e-Nudging Justice: ..., *op. cit.*, p. 127-163.

¹⁷¹ ALI, Shahla F. Nudging Civil Justice: voluntary and mandatory court mediation user experience in twelve regions. *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, v. 19, n. 2, Nova Iorque, EUA, 2018, p. 269-288.

of discrimination and application based on data, informed by the justice systems of each country and opinion polls.¹⁷² The main conclusions of the comparative statistical analysis of civil justice indicators suggest that, on average, the sample regions that implement voluntary or stimulated judicial mediation programs are associated with higher overall jurisdictional scores that are statistically significant for efficiency and non-discrimination, with no significant difference in relation to the quality of civil justice effective application, accessibility, and impartiality and effectiveness between voluntary and mandatory mediation systems.¹⁷³ Ali's research confirms the insights of nudge theory, suggesting that, at least for the regions in the sample, the positive reinforcement that encourages mediation is at least as effective as traditional instructions issued through formal legislation or court rules.¹⁷⁴

Financial incentives can be considered as an extra push for the parties to submit to alternative means of conflict resolution¹⁷⁵. In England, for example, a party's silence in response to an invitation or refusal to participate in an attempt at a non-judicial settlement of the conflict may be considered unreasonable by the court and may cause the court to order that party to pay additional court costs. In Australia, there is a similar approach.¹⁷⁶ In Singapore, in turn, the legislation allows courts to consider any previous attempts by the parties to resolve their dispute through mediation or any other means of resolving disputes when allocating costs for civil litigation cases. As is well known, public policymakers should never ignore incentives: many policies modify the costs and benefits for individuals and, in view of this, change their behavior¹⁷⁷ and these regulations offer the parties an important incentive to consider submitting your dispute to alternative dispute resolution means before filing a claim.¹⁷⁸

Finally, since people are strongly attached to the status quo's bias, being inclined to conform, especially when they feel the eyes of their social group about them, the more likely people to use something if the first, more visible and often the most selected choice. It is possible to perceive, with regard to the use of alternative means of dispute resolution in Brazil, that mediation and conciliation have not accumulated a considerable critical mass of use outside the judicial space (as part of the common procedure or the procedure of the special courts). This accumulation

¹⁷² ALI, Shahla F. *Nudging Civil Justice: ...*, *op. cit.*

¹⁷³ ALI, Shahla F. *Nudging Civil Justice: ...*, *op. cit.*

¹⁷⁴ ALI, Shahla F. *Nudging Civil Justice: ...*, *op. cit.*

¹⁷⁵ ALI, Shahla F. *Nudging Civil Justice: ...*, *op. cit.*

¹⁷⁶ AUSTRALIA. Federal Court of Australia 'Mediation'. Disponível em: <http://www.fedcourt.gov.au/case-managementservices/ADR/mediation>. Acesso em: 5 dez. 2020.

¹⁷⁷ MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia*. Trad. Allan Vidigal Hastings, Elisete Paes e Lima. 6. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

¹⁷⁸ TAN, Joyce A. *WIPO Guide on Alternative Dispute Resolution (ADR) Options for Intellectual Property Offices and Courts*, 2018. Disponível em: <https://www.wipo.int/publications/en/details.jsp?id=4342&plang=EN>. Acesso em: 15 nov. 2020.

is essential for people to choose the conformity of their choice. What does critical mass of use mean? Just imagine that most people have used the standard dispute resolution method for centuries. The standard option for judicial litigation keeps people in the bias of conformity precisely because it is the method widely used for centuries and inhabits the popular imagination in cinematographic works, soap operas and serials. Therefore, judicial litigation seems the most familiar means of resolving a dispute. And this circumstance must be taken into account when trying to deviate people from the idea that judicial litigation should be the natural choice.¹⁷⁹

For this reason, the first thing to do is to abandon the term “alternative dispute resolution”. This is because, when mediation and conciliation are positioned as alternative dispute resolution methods, these instruments are relegated to the background, the status quo bias is reinforced, and the primacy of jurisdiction (or lack of primacy of self-compositional means) is emphasized dispute resolution. As Graham warns, the alternative term evokes a negative connotation, of not being something for an “average” person. Therefore, one must choose to call mediation by its name: mediation — the same thing with conciliation.

In the same way, as Graham ponders, it is necessary to abandon the idea that self-compositional methods are predominantly informal, while judicial litigation is formal. The formal expression, which adjusts the state judicial process, evokes seriousness, trust, legitimacy, and power. On the other hand, the informal expression, which adjusts the self-composing means of dispute resolution, evokes the idea of casualness, relaxation and softness. Therefore, renaming the processes available within a complaint procedure as ‘resolution options’ or ‘resolution paths’ will identify each option for what it is and the circumstances in which each is best used. Instead of an informal and formal section, describe a range of options, each with its own characteristics and benefits.¹⁸⁰

3.4 Administrative consensus by default, self-composition by default and unavailability of the public interest

This article, therefore, proposes an administrative consensus by default implemented based on an online dispute resolution system that presents an architecture of choices that makes the default choice of individuals who wish to resolve a conflict with Public Administration be self-composition. At this point, it is necessary both to have an administrative consensus by default (and it already exists, as will be shown below) and a tool that offers self-composition by default. Both ends

¹⁷⁹ GRAHAM, Katherine. *How to Use ‘Nudge’ to Encourage More Parties into Mediation*, dezembro de 2015. Disponível em: <https://www.mediate.com/articles/GrahamKNudge.cfm>. Acesso em: 6 out. 2020.

¹⁸⁰ GRAHAM, Katherine. *How to Use ‘Nudge’ to Encourage More Parties into Mediation, ..., op. cit.*

(Public Administration and citizens) should receive nudges and good incentives to manage their conflicts without necessarily submitting a case to the Judiciary.

The Brazilian Civil Procedure Code 2015 creates the need for a consensual administration by default in Article 174, giving the public Administration the duty to promote consensual resolution of their disputes. The duty attributed by the Civil Procedure Code is inserted in the “context of a public policy with wide access by the jurisdiction to the just and efficient legal order, realized from the possibility of preventing demands from dragging on indefinitely in the Judiciary”,¹⁸¹ especially since the cost of a judicial process for the Public Administration is significantly high, for this reason, the high degree of litigation of the Public Finance is an undesirable behavior.¹⁸² In addition to not being irrational from an economic-financial point of view, it is socially an unfair behavior due to the predatory use of the Judiciary. Consensuality by default makes the Public Administration assume the role of an effective agent of fundamental guarantees for citizens, sustainably self-managing their conflicts, and encourages consensual solutions for eventual conflicts involving both the various administrative entities and the Public Power and citizens,¹⁸³ moving away from predatory profile litigation.¹⁸⁴

As already argued on another occasion, consensuality by default, this standard provision for consensualism, does not have a negative impact on the Administration of the public interest. On the contrary, the public interest is valued to the extent that the Administration can manage its conflicts in a consensual and sustainable manner, it achieves the fundamental objectives of the Federative Republic of Brazil. Therefore, “there is a mistaken premise that the choice, by the Public Power, of a non-judicial means of conflict resolution would imply a disposition of the public interest”,¹⁸⁵ because “any alternative method and consensual resolution of conflicts, may present itself as the best way to safeguard and to realize the public interest in the specific case”.¹⁸⁶

¹⁸¹ SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; SOUZA, Cássio Bruno Castro. *Online Dispute...*, *op. cit.*, p. 31-58.

¹⁸² SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; SOUZA, Cássio Bruno Castro. *Online Dispute...*, *op. cit.*, p. 31-58.

¹⁸³ BUNN, Maximiliano Losso; ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. Apontamentos preliminares sobre o uso predatório da jurisdição. *Revista Direito e Liberdade – RDL – ESMARN – v. 18, n. 1, p. 247-268, jan./abr. 2016*

¹⁸⁴ SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; SOUZA, Cássio Bruno Castro. *Online Dispute...*, *op. cit.*, p. 31-58.

¹⁸⁵ SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; SOUZA, Cássio Bruno Castro. *Online Dispute...*, *op. cit.*, p. 31-58.

¹⁸⁶ RODRIGUES, Marco Antônio dos Santos; ALVAREZ, Pedro de Moraes Perri. Arbitragem e a Fazenda Pública. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. v. XIV, 2014, p. 388-410.*

This behavioral change brings positive externalities for society and public services' good functioning, not just the judicial service – Justices as a service.¹⁸⁷ In an environment in which the Public Administration is responsible for more than half of the processes that are currently being processed in the Judiciary,¹⁸⁸ “the self-composed solution of conflicts and the establishment of a dialogical administration will promote a more stable relationship in the future with its citizens”.¹⁸⁹ Despite legislative advances, Brazil still has a model for resolving litigious conflicts and, as in the United States of America, “litigation has become the nation’s secular religion”.¹⁹⁰ There are also good arguments in the sense that better case management by the Public Administration results in obvious economic benefits and the spread of a friendly culture to alternative means of conflict resolution in place of traditional litigious culture.

Final considerations

The evidence found from the literature review demonstrates that the state system of access to Justice goes through a crisis of confidence that, to some extent, results from the inability of the Judiciary to reduce its congestion rate and deliver effective judicial protection to citizens. And a large part of the congestion rate of the Brazilian Judiciary is the result of a litigious behavior by the Public Administration and of the very predominantly adversarial characteristic of the judicial process.

The inability to deliver effective jurisdictional protection suggests that conflict management outside the Judiciary can be efficient through other methods of conflict resolution. However, even though the movement in support to more effective access to justice draws attention to the advantages of direct negotiation, mediation and conciliation, self-composting methods are seldom used by Brazilian citizens when it comes to resolving a conflict of interest. While the public Administration seems to adopt a litigious behavior as a procedural management strategy (using the Judiciary as a predatory form), citizens, especially the poorest, have a disposition not to litigate considering the equity value in dispute. This behavioral difference suggests

¹⁸⁷ Justice as a Service (JaaS) is a new type of online service that helps individuals, especially consumers, demand compliance with consumer contracts and rights, based on the use of Artificial Intelligence, Big Data and automation of legal processes. JaaS companies act as intermediaries and resolve disputes.

¹⁸⁸ SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; SOUZA, Cássio Bruno Castro. *Online Dispute...*, *op. cit.*, p. 31-58.

¹⁸⁹ VENY, Ludo; CARLENS, Ivo; VERBEECK, Bengt & WARNEZ, Brecht. Mediation in Belgian Administrative Practice, with Special Focus on Municipal Administrative Sanctions and Urban Planning. *Mednarodna revija za javno upravo [International Public Administration Review]*, Ljubljana, v. XII, n. 2□3, p. 163□181, February 9, 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2562297>. Acesso em: 22 ago. 2020.

¹⁹⁰ ZANFARDINI, Flávia de Almeida Montingelli; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. Online Dispute Resolution in Brazil: are we ready for this cultural turn. *Revista Paradigma*, Ribeirão Preto-SP, a. 20, v. 24, n. 1. p. 68-80. Jan/jun. 2015.

that an adjustment in each party's behavior could make access to justice as a public policy, more efficient and sustainable.

For this reason, the development of an online dispute resolution system aimed at resolving administrative conflicts, based on appropriate choice architecture, can make the Public Administration observe a consensual duty (consensuality by default) and citizens are more willing to opt for self-composition conflict management. At this point, it is necessary both to have an administrative consensus by default (and it already exists, as will be shown below) and a tool that offers self-composition by default. Both ends (Public Administration and citizens) should receive nudges and good incentives to manage their conflicts without necessarily submitting a case to the Judiciary.

References

- AGYEMAN, Julian; EVANS, Bob. "Just sustainability": The emerging discourse of environmental justice in Britain. *The Geographical Journal*, v. 170, n. 2, p. 155-164, jun. 2004.
- ALEXANDER, Rose M.; RUBIN, Ofie T.; VAUGHN, Anita G.; WINGO, Carol L. Collateral estoppel. *University of Richmond Law Review*, v. 16, n. 2, p. 342-390, 1982.
- ALI, Shahla F. Nuding Civil Justice: voluntary and mandatory court mediation user experience in twelve regions. *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, v. 19, n. 2, Nova Iorque, 2018, p. 269-288.
- AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros. *O uso da justiça litígio no Brasil*. [S.l.]: AMB, 2015.
- APPELL, Annette. Children's Voice and Justice: Lawyering for Children in the Twenty-First Century. *Nevada Law Journal*, v. 6, 2006, p. 692-723.
- AUSTRALIA. *Federal Court of Australia 'Mediation'*. Disponível em: <http://www.fedcourt.gov.au/case-managementservices/ADR/mediation>. Acesso em: 5 dez. 2020.
- BAILEY, Jane; BURKELL, Jacquelyn. Implementing technology in the justice sector: A Canadian perspective. *Canadian Journal of Law and Technology*, v. 11, n. 2, p. 253-282, 2013.
- BAKER, Gregory. Rediscovering Therapeutic Jurisprudence in Overlooked Areas of the Law – How Exposing Its Presence in the Environmental Justice Movement Can Legitimize the Paradigm and Make the Case for Its Inclusion into All Aspects of Legal Education and the Practice of Law. *Florida Coastal Law Review*, v. 9, p. 215-236, 2008.
- BALBIN, Carlos F. *Crisis del derecho administrativo. Bases para una nueva teoría General*. Astrea, CABA Argentina, 2020.
- BARLOW, Melissa Hickman. Sustainable Justice: 2012 Presidential Address to The Academy of Criminal Justice Sciences. *Justice Quarterly*, v. 30, n. 1, p. 1-17, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, Fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 875-903.
- BENARTZI, Shlomo; LEHRER, Jonah. *The Smarter Screen: Surprising Ways to Influence and Improve Online Behavior*. New York: Portfolio/Penguin, 2015.
- BRAND, Ronald A. Online Dispute Resolution. A paper based on the author's presentation at the Summer School in Transnational Commercial Law & Technology, Verona, Italy, May 30-June 1,

2019 – (scheduled for publication by the University of Verona School of Law, Marco Torsello, editor). *University of Pittsburgh Legal Studies Research Paper*, n. 31, 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3506094>. Acesso em: 23 dez. 2020.

BRAVO, Alejandro Omar. Tribunais Terapêuticos: vigiar, castigar e/ou curar. *Revista Psicologia e Sociedade*, São Paulo, 2002.

BRISCESE, Guglielmo; TAN, Cameron. Applying Behavioural Insights to Labour Markets: How behavioural insights can improve employment policies and programmes. *The Behavioural Insights Team (BIT)*, 2018. Disponível em: <https://www.bi.team/publications/applying-behavioural-insights-to-labour-markets/>. Acesso em: 8 jun. 2020.

BROOKS, Susan L. Therapeutic and Preventive Approaches to School Safety: Applications of a Family Systems Model. *New England Law Review*, v. 34, n. 3, 2000, p. 615-622. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3587947> Acesso em: 23 dez. 2020.

BROOKS, Susan L. Practicing (and Teaching) Therapeutic Jurisprudence: Importing Social Work Principles and Techniques into Clinical Legal Education. *St. Thomas L. Rev.*, v. 13, p. 513-530, 2005.

BRYANT, Diana; FAULKS, John Faulks, The “Helping Court” Comes Full Circle: The Application and Use of Therapeutic Jurisprudence in the Family Court of Australia. *Journal of Judicial Administration*, v. 17, p. 93-126, 2007.

BUNN, Maximiliano Losso; ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. Apontamentos preliminares sobre o uso predatório da jurisdição. *Revista Direito e Liberdade – RDL*, ESMARN, v. 18, n. 1, p. 247-268, jan./abr. 2016.

CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 3. ed. Salvador: JusPodium, 2019.

CAETANO, Joane Marieli Pereira. A (in)compreensão da linguagem jurídica e seus efeitos na celeridade processual. *Revista Litterata*, v. 3, n. 1, 2013.

CANNON, Andrew J. Sustainable justice: a guiding principle for Courts. *Journal of Judicial Administration*, Thomson Reuters, 2017.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000.

CIARELLI, Gustavo; AVILA, Marcos. A influência da mídia e da heurística da disponibilidade na percepção da realidade: um estudo experimental. *Rev. Adm. Pública*, Rio de Janeiro, v. 43, n. 3, p. 541-562, jun. 2009. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S003476122009000300002&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 4 dez. 2020.

COLLUCCI, Cláudia. *Planos de saúde oferecem descontos para quem perde peso*. Folha de São Paulo, 19/05/2015. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/05/1630780-planos-de-saude-oferecem-descontos-para-quem-perde-peso.shtml>. Acesso em: 23 dez. 2020.

CORAL-DÍAZ, Ana Milena; LONDOÑO-TORO, Beatriz; MUÑOZ-AVILA, Lina Marcela. El Concepto de litigio estratégico en América Latina. *Universitas Bogotá*, n. 121, p. 49-76, 2010.

CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *100 maiores litigantes*. Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2011. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em: 5 dez. 2020.

CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2019*. Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2019.

CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2020*. Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2020.

CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução*. CNJ, 2019b. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/03/f74c66d46cfea933bf22005ca50ec915.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2019

DALE, Steve. Heuristics and biases: The science of decision-making. *Business Information Review*, v. 32, n. 2, p. 93-99, 2015.

DAL PUBEL, Luca. E-Bay Dispute Resolution And Revolution: An Investigation On A Successful Odr Model. *Platform economy & labour Market*, 2018, p. 130-151.

DELLAVIGNA, Stefano; MALMENDIER, Ulrike. Paying not to go to the gym. *American Economic Review*, v. 96, n. 3, p. 694-719, 2006.

DANKS, David; LONDON, Alex John. Algorithmic bias in autonomous systems. In: *Proc. of the Int. Joint Conf. on Artificial Intelligence*, p. 4691-4697. AAAI Press, 2017.

FAGAN, Laurie. *Indigenous peoples courts: How they can help offenders*. BC News – Posted: Aug. 23, 2017. Disponível em: <https://www.cbc.ca/news/canada/ottawa/how-indigenous-peoples-court-help-offenders-1.4258203>. Acesso em: 30 dez. 2020.

FERRARI, Isabela; LEITE, Rafael; RAVAGNANI, Giovanni; FEIGELSON, Bruno. *Justiça Digital*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

FIEDLER, Klaus; VON SYDOW, Momme. Heuristics and Biases: Beyond Tversky and Kahneman's (1974) Judgment under Uncertainty. In: M. W. Eysenck & D. Groomer. *Cognitive Psychology: Revisiting the Classical Studies*. Los Angeles, London: Sage, 2015, p. 146-161.

FISCHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões*. Rio de Janeiro: Solomon, 2014.

FLORIANI NETO, Antônio Bazílio; GONÇALVES, Oksandro. O comportamento oportunista do INSS e a sobre utilização do Poder Judiciário. In: POMPEU, Gina Vidal Marcílio *et al.* (Coord.). *CONPEDI/ UNINOVE: Direito e Economia*. Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 484-502

FOGG, Brian Jeffrey. *Persuasive technology: using computers to change what we think and do*. Ubiquity, New York, dez. 2002.

FRANCO, Marcelo Veiga, A Cobrança Extrajudicial de Dívida Ativa como Meio de Enfrentamento do “Gargalo” das Execuções Fiscais. *Revista CNJ*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 65-73, jan./jun. 2019.

FREEDMAN, Warren. *Res Judicata and Collateral Estoppel*. Westport: Quorum, 1988.

FREIBERG, Arie. Non-adversarial approaches to criminal justice. *Journal of Judicial Administration*, v. 16, n. 4, 2007, p. 205-222.

FURLAN, Simone; MEDEIROS NETO, Elias Marques de. A audiência de saneamento compartilhado do art. 357, §3º, do CPC/2015 e os princípios da cooperação e efetividade. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro, a. 11, v. 18, n. 3, p. 297-368, set./dez. 2017.

GALANTER, Marc. Why The “Haves” Come Out Ahead: speculations on the limits of legal change. *Law and Society*, p. 95-160, 1974.

GASPAROTTO, Ana Paula Gilio. *A atuação extrajudicial da Defensoria Pública para a efetivação do direito à saúde: o caso do SUS Mediado*. Dissertação (Mestrado), Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2018.

GIGERENZER, Gerd. The Bias Bias in Behavioral Economics. *Review of Behavioral Economics*, v. 5, p. 303-336, 2018.

GIGERENZER, Gerd; MOUSAVI, Shabnam. Heuristics are Tools for Uncertainty. *Homo Oecon*, v. 34, p. 361-379, 2017.

- GRAHAM, Katherine. *How to Use 'Nudge' to Encourage More Parties into Mediation*, dez. 2015. Disponível em: <https://www.mediate.com/articles/GrahamKNudge.cfm>. Acesso em: 6 out. 2020.
- GUIMARÃES, Luciana Helena Palermo de Almeida. A simplificação da linguagem jurídica como instrumento fundamental de acesso à justiça. *Publ. UEPG Ci. Hum., Ci. Soc. Apl., Ling., Letras e Artes*, Ponta Grossa, v. 20, n. 2, p. 173-184, jul./dez. 2012.
- HALE, Lara Anne. At home with sustainability: From green default rules to sustainable consumption. *Sustainability*, v. 10, n. 1, 2018.
- HALPERN, David. *Can "nudging" change behaviour?* Using "behavioural insights" to improve program redesign. In *Managing under austerity, delivering under pressure*. Canberra, Austrália: ANU Press, The Australian National University, 2015.
- HISCOX, Michael; OLIVER, Tara; RIDGWAY, Michael; ARCOS-HOLZINGER, Lilia; WARREN, Alastair; WILLIS, Andrea. *Going blind to see more clearly: unconscious bias in Australian Public Service shortlisting processes*. Commonwealth of Australia, Department of the Prime Minister and Cabinet, 2017. Disponível em: <http://behaviouraleconomics.pmc.gov.au/sites/default/files/projects/unconscious-bias.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2020.
- IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal*. Brasília: IPEA, 2011.
- IPESP – INSTITUTO DE PESQUISAS SOCIAIS, POLÍTICAS E ECONÔMICAS. *Estudo da imagem do Judiciário brasileiro: Sumário Executivo*. dez. 2019, 169 p.
- JAMESON, Anthony *et al.* Choice Architecture for Human-Computer Interaction. *Foundations and Trends in Human-Computer Interaction*, v. 7, n. 1-2, 2013.
- JOHN, Peter; BLUME, Toby. How best to nudge taxpayers? The impact of message simplification and descriptive social norms on payment rates in a central London local authority. *Journal of Behavioral Public Administration*, v. 1, n. 1, 2018.
- JOHNSON, Shelly. Developing First Nations Courts in Canada: Elders as Foundational to Indigenous Therapeutic Jurisprudence. *Journal of Indigenous Social Development*, v. 3, n. 2, 2014. Disponível em: <https://scholarspace.manoa.hawaii.edu/bitstream/10125/34473/v3i2-02johnson.pdf>. Acesso em: 30 dez 2020.
- KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e Devagar: duas formas de pensar*. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.
- KAHNEMAN, Daniel. Maps of Bounded Rationality: Psychology for Behavioral Economics. *American Economic Review*, v. 93, n. 5, p. 1449-1475, 2003.
- KATSH, Ethan. Online Dispute Resolution: Some Implications for a Emergence of Law in Cyberspace. *Lex Eletronica*, v. 10, n. 3, Hiver/Winter 2006. Disponível em: https://www.lex-electronica.org/files/sites/103/10-3_katsh.pdf. Acesso em: 1 dez. 2020.
- KATSH, Ethan; RABINOVICH-EINY, Orna. *Digital Justice: Technology and the Internet of Disputes*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2017.
- KINCHIN, Niamh H. Mediation and Administrative Merits Review: An Impossible Goal? *Australasian Dispute Resolution Journal*, Riverwood, v. 18, n.4, p. 233-241, 2007.
- KING, Michael S. Restorative Justice, Therapeutic Jurisprudence And The Rise Of Emotionally Intelligent Justice. *Melbourne University Law Review*, v. 32, 2008, p. 1096-1126.
- KING, Michael S.; GUTHRIE, Robert. 2007, Using Alternative Therapeutic Intervention Strategies to Reduce the Costs and Anti-Therapeutic Effects of Work Stress and Litigation. *Journal of Judicial Administration*, v. 17, n. 1, 2007, p. 30-45.

KING, Michael S. Solution-Focused Judging Bench Book. *Australasian Institute of Judicial Administration and the Legal Services Board of Victoria*, 2009.

LANDERKIN, Hugh; PIRIE, Andrew. Judges as Mediators: What's the Problem with Judicial Dispute Resolution in Canada? *The Canada Bar Review*, v. 82, 2003, p. 249-298.

LEICESTER, Andrew; LEVELL, Peter; RASUL, Imran. *Tax and benefit policy: insights from behavioral economics*. Londres: the Institute for Fiscal Studies, 2012. Disponível em: <https://www.ucl.ac.uk/~uctpimr/research/IFScomm125.pdf>

LEMOS, Ronaldo; SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Aspectos jurídicos da economia do compartilhamento: função social e tutela da confiança. *Revista de Direito da Cidade*, v. 8, n. 4, 2016, p. 1757-1777.

LIMA, Anna Paula Monnerat Carvalho; FRANCO, Ângela Barbosa. A eficiência dos métodos de auto e heterocomposição na resolução dos dissídios trabalhistas: a importância da mediação no atual cenário jurídico brasileiro. *Revista de direito do Trabalho*, São Paulo, v. 43, n. 177, p. 115-136, maio 2017.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MANIA, Karolina. Online dispute resolution: The future of justice. *International Comparative Jurisprudence*, v. 1, n. 1, 2015, p. 76-86.

MANKIW, N. Gregory. Introdução à economia. Tradução de Allan Vidigal Hastings, Elisete Paes e Lima. 6. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

MELLO, João Augusto dos Anjos Bandeira de; FONSÊCA, Rafael Sousa. O mecanismo da autocomposição como alternativa para solução de controvérsias na seara administrativa. *Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos*, v. 2, n. 1, p. 136-151, jan./jun. 2016.

MENEZES, Felipe Barbosa de; MORAES NETO, Aurélio Ferreira de. A autocomposição como forma de concretização da eficiência administrativa. *Revista da ESDM*, Porto Alegre, v. 4, n. 8, 2018, p. 21-33.

NICHOLSON, Caroline Margaret Anne. The Impact of Child Labor Legislation on Child-Headed Households in South Africa. *Thomas Jefferson Law Review*, v. 30, 2008, p. 407-427.

NIKOLA, Šimková. A Literature Review on Online Dispute Resolution and Application to B2B E-commerce. *IDIMT 2015: Information Technology and Society – Interaction and Interdependence – 23rd Interdisciplinary Information Management Talks*. Conference-paper, 2015.

OLIVEIRA, Daniela Olímpio de. *Desjudicialização, acesso à justiça e teoria geral do processo*. Curitiba: Juruá, 2014.

OLIVEIRA, Maria dos Remédios Mendes *et al.* Mediação como prevenção à judicialização da saúde: narrativas dos sujeitos do judiciário e da saúde. *Esc. Anna Nery*, v. 23, no. 2, 2019. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-81452019000200229&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 8 nov. 2020.

PAVEL, Margaret Paloma. *Breakthrough communities: Sustainability and justice in the next American metropolis*. Cambridge, MA: The MIT Press, 2009.

PEDROSO, João. Percurso(s) da(s) reforma(s) da administração da justiça – Uma nova relação entre o judicial e o não judicial. *Direito e Democracia*, Canoas, v. 4, n. 1, 1^o sem. 2003, 9. 47-89.

PHILLIPS-WREN, Gloria, POWER, Daniel J.; MORA, Manuel. Cognitive bias, decision styles, and risk attitudes in decision making and DSS. *Journal of Decision Systems*, v. 28, n. 2, 2019, p. 63-66.

PIERONI, Fabrizio de Lima. *A consensualidade e a Administração Pública: a autocomposição como método adequado para a solução dos conflitos concernentes aos entes públicos*. 2018. 190 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC São Paulo, 2018.

PINTO, Edson Antônio de Sousa Pontes; AMARAL, José Wilson Moitinho. A eficiência da utilização do protesto como meio alternativo para cobrança de crédito fiscal. *Revista dos Tribunais*, v. 1004, jun. 2019.

POMPEU, Gina Vidal Marçílio; 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, jul. 2018

RANGEL, Tauã Lima Verdan. Mediação e direito fraterno em um cenário de litígios: o diálogo como instrumento de fomento na administração de conflitos e na promoção da cidadania ativa. In: ASENSI, Felipe; FILPO, Klever Paulo Leal; ALMEIDA, Marcelo Pereira de; SOUZA, Carla Faria de (Org.). *Direito, Sociedade e Solução de Conflitos*. Rio de Janeiro: Multifoco, p. 147-164, 2017.

RATHUS, Zoe. 'The research says...': perceptions on the use of social science research in the family law system. *Federal Law Review*, v. 45, n. 1, 2018.

REISCH, Lucia; ZHAO, Min. Behavioural economics, consumerbehaviour and consumer policy: state of the art. *Behavioural Public Policy*, v. 1, n. 2, 2017, p. 190-206.

REYNA, Justo; GABARDO, Emerson; SANTOS, Fábio de Souza. Electronic government, digital invisibility and fundamental social rights. *Sequencia*, v. 41, p. 30-50, 2020.

REYNA, Justo José. La Reforma de la Administración Pública Local para la tutela de los derechos fundamentales en el siglo XXI. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, n. 50, Belo Horizonte, a. 14, n. 56, p. 35-89, abr./dez. 2014.

REYNA, Justo José. El procedimiento administrativo multidimensional como técnica regulatoria en materia ambiental, de patrimonio cultural y de pueblos originarios. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, n. 50, Belo Horizonte, p. 131-169, out./dez. 2012.

RIBEIRO, Fernanda M. Lages. *Justiça Terapêutica Tolerância Zero: arregaçamento biopolítico do sistema criminal punitivo e criminalização da pobreza*. Dissertação de mestrado. UERJ, RJ, 2007.

RIBEIRO, Flávia Pereira. *Desjudicialização da execução civil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

RODRIGUES, Marco Antônio dos Santos; ALVAREZ, Pedro de Moraes Perri. Arbitragem e a Fazenda Pública. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 14, 2014, p. 388-410.

RULE, Colin. Designing a Global Online Dispute Resolution System: Lessons Learned from eBay. *U. ST. Thomas L.J.*, v. 13, n. 1, 2017, p. 354-369.

SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SAMUELSON, William; ZECKHAUSER, Richard. Status quo bias in decision making. *Journal of Risk and Uncertainty*, 1, 7-59, 1988.

SANTANA, Irapuã. Os incentivos sistêmicos ao acesso à justiça. *Estado da Arte*, 2020. Disponível em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/incentivos-acesso-justica-irapua-santana/>. Acesso em: 23 set. 2020.

SCHNEIDER, Christoph; WEINMANN, Markus; BROCKE, Jan Vom. *Digital Nudging: Guiding Online User Choices Through Interface Design*. *Communications of the ACM*, v. 61, n. 7, jul. 2018, p. 67-73. Disponível em: <https://cacm.acm.org/magazines/2018/7/229029-digital-nudging/fulltext>. Acesso em: 15 set. 2020.

SCOTT, Austin Wakeman. Collateral estoppel by judgment. *Harvard Law Review*, v. 56, n.1, 1942, p. 1-29.

SEGGER, Marie-Claire Cordonier; WEERAMANTRY, Christopher. *Sustainable justice: Reconciling economic, social and environmental law*. Boston, MA: Martinus Nijhoff, 2005.

SELA, Ayelet. e-Nudging Justice: The Role of Digital Choice Architecture in Online Courts. *Journal of Dispute Resolution*, v. 2019, n. 2, p. 127-163.

SELINGER, Evan; WHYTE, Kyle Powys. Is there a right way to nudge? The practice and ethics of choice architecture. *Sociology Compass*, v. 5, n. 10, jul. 2011, p. 923-935. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1883243>. Acesso em: 15 set. 2020.

SOLDO, Linda J. Parklane Hoisery: Offensive Use of Nonmutual Collateral Estoppel in Federal Courts. *Catholic University Law Review*, v. 29, n. 2, p. 509, 1980.

SOUZA, Antonio Escandiel de *et al.* A Elitização da Linguagem Jurídica e a Necessidade de sua Simplificação. *Signum Estud. Ling.*, Londrina, v. 19, n. 2, p. 123-140, dez. 2016

SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; SOUZA, Cássio Bruno Castro. Online Dispute Resolutions e Administração Pública Sustentável. In: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de (Org.). *Direito e Sustentabilidade: Temas Contemporâneos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, v. 01, p. 31-58.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Fundamentos políticos da mediação comunitária*. Ijuí: Unijuí, 2012.

SUSSKIND, Richard. *Online Courts and the Future of Justice*. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2019

TAN, Joyce A. WIPO Guide on Alternative Dispute Resolution (ADR) Options for Intellectual Property Offices and Courts, 2018. Disponível em: <https://www.wipo.int/publications/en/details.jsp?id=4342&plang=EN>. Acesso em: 15 nov. 2020.

THALER, Richard. *Behavioral Economics: Past, Present and Future*, 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2790606>

THALER, Richard. *Misbehaving: a construção da economia comportamental*. Trad. George Schlesinger. Rio de Janeiro: Instrínseca, 2019.

THALER, Richard; SHEFRIN, Hersh. An economic theory of self-control. *Journal of Political Economy*, v. 89, n. 2, p. 392-406, 1981.

THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: como tomar decisões melhores sobre saúde, dinheiro e felicidade*. Trad. Ângelo Lessa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.

TRONCO, Paula Borges *et al.* Heurística da Ancoragem na Decisão de Especialistas: Resultados Sob Teste de Manipulação. *Rev. adm. contemp.*, Curitiba, v. 23, n. 3, p. 331-350, June 2019. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141565552019000300331&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 4 dez. 2020.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. *Judgement under uncertainty: Heuristics and biases*. *Science*, v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, 1973.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. The Framing of Decisions and the Psychology of Choice. In: WRIGHT, George (Eds.). *Behavioral Decision Making*. Springer, Boston, MA, 1985, p. 25-41.

UNCITRAL. Technical Notes on Online Dispute Resolution, 2017. Disponível em: https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/odr/V1700382_English_Technical_Note_s_on_ODR.pdf. Acesso em: 15 nov. 2020.

VENY, Ludo; CARLENS, Ivo; VERBEECK, Bengt & WARNEZ, Brecht. Mediation in Belgian Administrative Practice, with Special Focus on Municipal Administrative Sanctions and Urban Planning. *Mednarodna revija za javno upravo. International Public Administration Review*. Ljubljana,

v. 12, n. 2-3, p. 163-181, February 9, 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2562297>. Acesso em: 22 ago. 2020.

WAHAB, Mohamed Abdel; KATSH, Ethan; RAINEY, Daniel. Online dispute resolution: Theory and practice. A treatise on technology and dispute resolution. Hage: *Eleven International Publishing*, 2012.

WANSINK, Brian; SOBAL, Jeffrey. Mindless Eating: The 200 Daily Food Decisions We Overlook, *Environment and Behavior*, v. 39, n. 1, p. 106-123, 2007.

WATKINS, Daniel. A Nudge to Mediate: How Adjustments in Choice Architecture can Lead to Better Dispute Resolution Decisions. *The American Journal of Mediation*, v. 4, 2010. Disponível em: <http://www.americanjournalofmediation.com/pg6.cfm>. Acesso em: 20 out. 2020.

WELVAARTS, Michelle. Helping Consumers Choose the Sustainable Option via Nudging. Sustainable by default in customisation tasks in the cosmetics industry. Master Marketing in Business Administration. *Radboud University Nijmegen*, Holanda, 2019.

YEUNG, Luciana Luk-Tai. Análise Econômica do Direito do Trabalho e da Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017). *Revista Estudos Institucionais*, v. 3, 2, p. 891-921, 2017.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. Online Dispute Resolution in Brazil: are we ready for this cultural turn. *Revista Paradigma*, Ribeirão Preto a. 20, v. 24, n. 1. p. 68-80. jan./jun. 2015.

ZOU, Mimi. *Virtual Justice in the Time of COVID-19*, 16 mar. 2020. Disponível em: <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2020/03/virtual-justice-time-covid-19>. Acesso em: 2 jan. 2021.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SOUZA, Cássio Castro; REYNA, Justo. Pushing for Sustainability through Technology: administrative consensuality by default and online dispute resolutions tools. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 2, n. 1, p. 47-89, jan./abr. 2021.

Promoting economic and social development through an innovative investment framework: the multidimensional role of CFIA's

Promovendo desenvolvimento econômico e social através de uma inovativa estrutura regulatória de investimentos: o papel multidimensional dos ACFIs

Beatriz Figueiredo Campos da Nóbrega*

Universidade Federal do Rio Grande do Norte (Natal, Rio Grande do Norte, Brasil)
beatriznobreg@hotmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-1633-2398>

Recebido/Received: 19.01.2021/ January 19th, 2021

Aprovado/Approved: 02.03.2021/ March 2nd, 2021

Abstract: Within a globalized economy and its value chains, the economic performance of a country is strongly affected by foreign investments. The regulation of this cross-border capital flow through international instruments negotiated and celebrated in order to facilitate, boost and protect foreign investments demonstrates its potential to shaping the insertion of foreign investments in the host country beyond a profit perspective. In the era of digital and technological revolution, innovative businesses can also arise from a sustainable approach, which is both morally and socio-economically desirable. In Brazil, the investment agreements have been, in the recent years, negotiated through the so-called Cooperation and Facilitation Investment Agreements (CFIAs). So why not use this important mechanism to build, at once, a more responsible, efficient and innovative system? It urges that International Investment Law is brought into this debate, leading the way to incorporating socially responsible corporate conducts into the productive economic process by both States and investing

Como citar este artigo/*How to cite this article:* NÓBREGA, Beatriz Figueiredo Campos da. Promoting economic and social development through an innovative investment framework: the multidimensional role of CFIA's. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 2, n. 1, p. 91-110, jan./abr. 2021. DOI: 10.47975/IJDL/1nobrega

* Mestra em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (Natal, Rio Grande do Norte, Brasil). Advogada da União – Departamento de Assuntos Internacionais (DAI/AGU). Pós-Graduada em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília (UnB).

economic agents. This study seeks, therefore, to evaluate Responsible Business Conduct in its interrelation with investment mechanisms that can both attract and facilitate investment and also promote economic and social development.

Keywords: Foreign investment. Digital and technological revolution. Innovative business. CFIs. Responsible business conduct. Economic and social development.

Resumo: Em uma economia globalizada e suas cadeias globais de valor, o desempenho econômico de um país encontra-se fortemente vinculado aos investimentos estrangeiros. A regulamentação desse fluxo transfronteiriço de capitais por meio de instrumentos internacionais negociados e celebrados para facilitar, impulsionar e proteger os investimentos estrangeiros revela o enorme potencial destes mecanismos para modular uma inserção de investimentos estrangeiros no país receptor sob uma perspectiva que vai além do lucro. Na era da revolução digital, negócios inovadores também podem surgir de uma abordagem sustentável, o que é a um só tempo moral e socioeconomicamente desejável. No Brasil, o modelo de negociação e atração de investimentos adotado foi o chamado Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFIs). Então por que não se valer deste importante mecanismo para tornar o sistema, a um só tempo, mais responsável, eficiente e inovador? Para tanto, é premente que o Direito Internacional dos Investimentos seja trazido para o debate da conscientização dos Estados e agentes econômicos investidores quanto à necessidade de se incorporar, ao processo produtivo, uma conduta corporativa socialmente responsável. Por meio deste estudo procura-se, então, avaliar a Responsabilidade Social Corporativa e o potencial da inserção de cláusulas correlatas aos ACFIs, de modo a se atrair e facilitar investimentos e, ao mesmo tempo, promover desenvolvimento econômico e social.

Palavras-chave: Investimentos estrangeiros. Revolução tecnológica. Negócios inovadores. ACFIs. Responsabilidade social corporativa. Desenvolvimento econômico e social.

Summary: **1** Introduction – **2** CFIs: potential mechanism to enhance economic and social transformation – **3** Responsible Business Conduct – **4** Responsible Business Conduct applied to Foreign Investments – **5** Responsible Business Conduct measures around the globe – Conclusion – References

To be human is to be responsible; [...] to be aware, when setting one stone, that you are building a world.
(Antoine de Saint-Exupéry)

1 Introduction

The economic performance of a country, in the era of globalized economy and its value chains, is strongly linked to foreign investments, which expands an economy's productive capacity, drives job creation and boosts income growth. Investment becomes central not only to the economy, but also to a sustainable development. The effectivity of this interrelation, however, depends firmly on an adequate regulation of foreign investments acting as an engine for economic and social transformation. An adequate investment framework may mobilize capital and channel resources towards enhancing local skills and technology, contributing to the highest possible respect to human rights and the establishing of a business anticorruption ethics.

International Investment Law must, then, continuously evolve to provide instruments fostering Environmental, Social and Governance (ESG) investments, ones that will surpass the traditional economic and financial metrics and, thus, stimulate holistic economic activities. At long last, in the era of digital and technological revolution, innovative businesses can also arise from a sustainable approach, which is both morally and socio-economically desirable. Responsible Business Conduct (RBC), according to this insight, is set out as a multidisciplinary approach that has been gaining ground in investment agreements signed internationally. Widely disseminated in international forums, RBC gathers principles and standards aimed at harmonizing the economy, society and the environment, in order to integrate social and environmental issues into economic activities, establishing obligations that are ancillary to its practice, in order to frame value driven businesses.

This internationally rising tendency is fostered by guidelines established by renowned studies from international organizations, such as the United Nations (UN), the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) – which recommend the implementation of RBC accessory obligations into economic activity, including in the foreign investment domain. The guidance is aimed not only at interested parties, but also at public policy makers; private agents and the government; stakeholders and policymakers. Meanwhile, bilateral and multilateral instruments have already been negotiated and celebrated encompassing RBC clauses.

Given that, in Brazil, instruments used to promote and protect foreign investments are currently negotiated under the model of Cooperation and Investment Facilitation Agreements (CFIAs), this study aims at evaluating Responsible Business Conduct in relation with CFIAs, evidencing that the alignment of investment agreements negotiated under RBC clauses can guide business towards a more sustainable perspective. The unrestrained search for profit adds a markedly individualistic bias to the economic process. However, the private interest saga must be marked out in the light of society, environment, human and labor rights, which is what this study tries to demonstrate and stimulate.

2 CFIAs: potential mechanism to enhance economic and social transformation

The economic performance of a country, as said, is strongly influenced by foreign investments: they expand and diversify the market of the host country as, simultaneously, foster greater economic development. In order to regulate this cross-border capital flow, international instruments have been negotiated and signed to facilitate, boost and protect foreign investments, giving the coordinates on which the economic activities will occur. In Brazil, the investment negotiation and

attraction model has been adopted through the so-called Investment Cooperation and Facilitation Agreements (CFIAs).

Despite the fact that the Brazilian State has not followed the trend of the Latin American community that, in the 1990s, broadly celebrated bilateral investment agreements, usually under the so-called Bilateral Investment Agreements (BITs), the Brazilian strategy has been revisited in view of the increase of national investments abroad, which demand legal certainty, clarity and predictability of the treatment to be received in the host country, as well as the non-commercial risks involved in the transactions – aspects directly related to the legal scenario of the place where the investment will take place.¹ A thorough review of the old treaties was carried out by Brazilian agents, having been evaluated the unfavorable aspects and the main criticisms related in order to adapt the instruments to the limits of domestic regulation in the countries involved and decrease the negative side effects, which gave rise to the CFIAs as known today.

The three central pillars of CFIAs can be pointed as: (i) achieving institutional governance; (ii) instituting mechanisms for mitigation of risks and prevention and resolution of disputes and (iii) promoting the facilitation of investments through thematic agendas.² Therefore, the result of this elaboration was an agreement for the facilitation of investments abroad, which encourages cooperation between the Parties, mitigates existing risks and preservation of the Parties' policy space, and also contemplates an agenda for sustainable development, containing rules on social responsibility, environment and corruption, even if their nature is merely exhortatory.

Through CFIAs, investment facilitation is based on a dynamic and continuous interaction between the parties, with the creation of an institutional governance structure (Joint Committee and Ombudsman) responsible for promoting cooperation between governments between each other, as well towards investors. Therewith, CFIAs encompass a preventive mechanism chosen to settle disputes, focused on the Ombudsman as a first step to settling disputes, followed by the submission of the matter to a Joint Commission, remaining necessary diplomatic protection to bring a dispute to international level.

As for the thematic agenda, they include guidelines towards sustainability. According to the United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), this forecast follows a worldwide trend of the latest trade agreements promotion

¹ DIAS, Bernadete de Figueiredo. *Investimentos Estrangeiros no Brasil e o Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 193.

² BRASIL. Ministério da Economia. *Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos – ACFIs*. Sítio oficial da Secretaria Executiva da Câmara de Comércio Exterior – CAMEX – Ministério da Economia, [2020?]. Disponível em: <http://www.camex.gov.br/negociacoes-comerciais-internacionais/acordos-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-acfi>. Acesso em: 13 dez. 2020.

and protection³ of investments signed since 2014, when emphasized the purpose of generating economic growth combined with reducing poverty, creating jobs, expanding productive capacity and promoting human development, all in addition to promoting technology transfer. CFAs follow this trend, by establishing “cooperation agendas in areas that improve the investment environment, such as business visas, foreign exchange remittances, technical and environmental regulation, logistics and transport”, according to Carlos Cozende, ⁴ member of the Brazilian Foreign Affairs Ministry.

Therefore, the improvement of the investment environment through CFAs reveals its potential to, as an instrument adjusted towards a Responsible Business Conduct, attract economic growth linked to social development. The comprehension of this important interrelation presupposes the understanding of Responsible Business Conduct such as conceived in the international arena.

3 Responsible Business Conduct

According to the OECD, “Responsible business conduct (RBC) entails above all compliance with laws, such as those on respecting human rights, environmental protection, labor relations and financial accountability, even where these are poorly enforced”.⁵ The concept involves a multidisciplinary approach applied to the economic process, while aims at harmonizing economy, society and the environment by introducing social and environmental responsibilities into economic activities and finally creating value driven businesses.

This implies the active participation not only of private stakeholders, but also from States, since governments are able to provide and stimulate business to navigate responsibly, while providing tools, incentives, and adequate framework. A legal environment for responsible businesses will induce companies towards it, bringing lasting benefits to societies in which they operate.

In this regard, international initiatives, and guidelines such as the ones from the United Nations (UN) and the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD), have been developed linking Corporate Social Responsibility to the economic process.

³ UN Conference on Trade and Development. World Investment Report 2015: reforming international investment governance. Geneva: UNCTAD, 2015.

⁴ COZENDEY, Carlos Marcio Bicalho. Um balanço até aqui dos acordos de investimentos. Available in: <http://antigo.itamaraty.gov.br/pt-BR/discursos-artigos-e-entrevistas-categoria/outras-autoridades-artigos/16357-um-balanco-ate-aqui-dos-acordos-de-investimentos-embaixador-carlos-marcio-cozende-valor-economico-29-05-2017>. Accessed in: 13 out. 2020.

⁵ OCDE. Policy Framework for Investment. Available in: <https://www.oecd.org/investment/toolkit/policyareas/responsiblebusinessconduct/> Accessed at: 05 January 2020.

3.1 United Nations Global Compact Guide to Corporate Social Responsibility

In order to understand Corporate Social Responsibility as an ancillary element to be added to economic activities, then also to foreign investments, it is useful to revisit the main initiatives and guidelines already signed on the subject at the international level.

The United Nations (UN) Global Compact initiative was created in 2000. Striving for a profound change in world business management from a corporate responsibility perspective, it pursued at disseminating good corporate measure around the globe. Today, it is considered the world's largest global corporate sustainability initiative.

The urgency of adopting corporate social responsibility policies has led the UN Global Compact to elaborate, in 2014, a Guide to Corporate Sustainability⁶ in which provides clear directives to the corporate sector and also to governments in the aforementioned areas. It is aimed, fundamentally, at exhortation companies to align their strategies and actions with universal principles in the areas of Human Rights, labor, environment and anti-corruption, by facing underlying challenges and mitigating the damages that their activities might cause or contribute to cause.

The Guide stresses 5 (five) main guidelines for companies to conduct their activities sustainably. One of them consists of *Strengthening society*. To this end, companies should enhance proactivity in the social context in which they operate, providing support for the societies around them, by facing important issues such as poverty, disqualified workforce and scarcity of resources. The alignment of core business activities, philanthropy and advocacy campaigns sustainable goals are strongly recommended.

Leadership commitment is another pillar established by the UN Global Compact. The change in business conduct begins with the leadership of the company according to the UN which gives leaders a central position on committing to sustainability. If this is the case, sustainability measures requires long-term commitment from leaders in order to enable adjustments to sustainable policies and practices throughout the organization, as well as alignment with government practices, training and motivating employees, encouraging sustainability for the supply chain.

Reporting progress is also stated as a corporate sustainability guideline, by which transparency in the conduct of corporate activities is encouraged. As an accountability measure, to elaborate periodical reports contributes to providing the company's stakeholders with an account of their efforts, helping to direct corporate

⁶ UN Global Compact. Guide to Corporate Sustainability. UN Publishing, 2014.

strategies, inform community and stakeholder dialogues and also better orienting the investor decision-making.

As a fourth guideline, the UN Guide encourages the company's engagement through *Local actions*, given that social proactivity and effectivity depends on collaborating with local community. In order to do so, the specific local features must be taken into account. Although the principles of the Global Compact are universal, companies exist and act within communities with highly variable characteristics, which conditions the types of problems faced and the way to combat them.

Finally, *Principled business* is the ultimate guideline set by the United Nations in favor of socially responsible conduct. To this end, the UN Guide asserts integrity as a key bastion, which includes respecting fundamental responsibilities in the areas of human rights, labour, environment and anticorruption. Regardless of size, complexity or location, the Global Compact indicates 10 (ten) principles that should govern any and all businesses intended to be socially sustainable, namely:

1. Business should support and respect the protection of International Human Rights and
2. Make sure that they are not complicit in human rights abuse
3. Businesses should uphold the freedom of association and the effective recognition of the right to collect bargaining
4. The elimination of all forms of forced or compulsory labor
5. The effective abolition of child labor;
6. The elimination of discrimination in respect of employment and occupation;
7. Bussinesses should support a precautionary approach to environmental challenges;
8. Undertake initiatives to promote greater environmental responsibility;
9. Encourage the development of environmental friendly technologies.
10. Businesses should work against corruption in all its forms, including extortion and bribery.

Assembling elements from the Universal Declaration of Human Rights, the International Labour Organization's Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, the Rio Declaration on Environment and Development, and the United Nations Convention Against Corruption, the The UN Global Compact, its Guide and the aforementioned vector principles elucidates, orientates and stimulates the urge for Responsible Business Conduct.

3.2 OECD Guidelines for Corporate Social Responsibility in Multinational Enterprises

On the basis of previous corporate social responsibility guidelines, notably the ones stressed under the aegis of the UN Global Compact Guide to Corporate Sustainability, several other international initiatives have deepened and expanded the subject. The OECD, in turn, has stood out by promoting extensive research to strengthen social responsibility amongst the corporate environment. In 2011, the Organization launched the *OECD Guidelines for Multinational Enterprises* (OECD Guidelines).⁷

This study aim at promoting economic, environmental and social progress around the world, especially in the following areas: transparency; humanity; employment and industrial relations; environment; combating corruption and related illicit acts; consumer rights; science and technology; competition; and taxation. The diversity of issues involved under the OECD Guidelines denotes the transversality approach embedded in the RBC rationale. In fact, it is considered the only comprehensive code on RBC adopted, at the multilateral level, by the most numerous adherent governments, namely: all OECD members, as well as Brazil, Argentina, Egypt, Latvia, Lithuania, Morocco, Peru and Romania. Together, these governments are host to a large part of foreign direct investment.

This study was followed by the *OECD Due Diligence for Responsible Business Conduct*, in 2018.⁸ Providing plain language explanations towards the implementation of the OECD Guidelines, its recommendations and associated provisions and highlighting the benefits of this: to avoid and address adverse impacts related to workers, human rights, the environment, bribery, consumers and corporate governance that may be associated with their operations, supply chains and other business relationships. Due diligence, according to the OECD, involves embed responsible business conduct into policies and management systems; identifying and assessing actual and potential adverse impacts associated with the enterprise's operations, products or services; ceasing, preventing and mitigating adverse impacts; tracking implementation and results; communicating how impacts are addressed; and providing for or cooperating in remediation when appropriate.

Altogether, the OECD studies seek to harmonize business operations and government policies; reinforce mutual trust between companies and societies in which they operate; increase the private sector's contribution to sustainable development, as well as improve the investment environment. As *recommendations*, they provide principles and standards; but, on the other hand, encompass a binding

⁷ OCDE. *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*. Paris: OECD Publishing, 2011.

⁸ OCDE. *OECD Due Diligence for Responsible Business Conduct*. Paris: OECD Publishing, 2018.

compromise for adherents concerning their implementation, so that its internalization is recommended through national laws, as well as international commitments.⁹

In fact, the engagement towards the effective adoption of RBC clauses in the field of foreign investments, rises from the annex of the OECD Guidelines: “Declaration on Foreign Investment and Multinational Companies”. This Declaration recognizes foreign investment as being of great importance to the world economy, with the potential to significantly contribute to the development of countries. On the other hand, it also recognizes multinational companies as having an important role in this investment and subsequent development process. Therefore, the Declaration encourages the adoption of a socially responsible approach by multinational companies in conducting their foreign investments, given its notable potential to promote economic, social and environmental progress.

In addition to the abovementioned international initiatives, several others set out important guidelines for corporate social responsibility, mention should be made, notably: *Responsible business conduct and human rights, from the OECD; OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct; OECD Policy Framework for Investment; 7 OECD Policies towards RSC; UN Guiding Principles Business, UN; UN Principles for Responsible Investment, UN; ILO Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy; and ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work (1998)*, by the ILO; the *ISO 26000 - Guidance on Social Responsibility*, from the International Organization for Standardization (ISSO); and *IFC Performance Standards*, International Finance Corporation.

4 Responsible Business Conduct applied to Foreign Investments

As seen, socially responsible business conduct implies compliance with human rights, environmental protection, labor relations as well as the adoption of measures against corruption. Although companies have the ultimate decision whether to act responsibly or not in the given areas, States are granted the duty to protect and safeguard the public interest, playing an important role in shaping a structure that

⁹ OCDE. v. According to the Preface of OECD Guidelines for Multinational Enterprises: “The Guidelines provide voluntary principles and standards for responsible business conduct consistent with applicable laws and internationally recognized standards. However, the countries adhering to the Guidelines make a binding commitment to implement them in accordance with the Decision of the OECD Council on the OECD Guidelines for Multinational Enterprises. Furthermore, matters covered by the Guidelines may also be the subject of national law and international commitments” (OCDE. OECD Guidelines for Multinational Enterprises. Paris: OECD Publishing, 2011, page 15).

allows and encourages socially responsible businesses, a steady economic growth and sustainable development.

In its role as regulators, States might then establish a regulatory framework adequate to RBC guidelines, integrating them into the investment policy framework and creating a favorable environment for sustainable businesses deriving from foreign investments. OECD has, in this regard, formulated a *Policy Framework for Investment*,¹⁰ in which international good practices are suggested through guidelines aimed at improving the capacity of a country to enable a qualified environment for investment.

The study was formulated upon the urge to strengthen the international and national environments in which economic activity is conducted. Key policy issues must be set out, notably the ones that drive investment according to social awareness, building shared values of democratic society and respect for human rights. In order to improve the development benefits of investments to society, appropriate roles and responsibilities for governments should be firmly fixed, along with the ones assigned to business, civil society and others focusing on promoting development and poverty reduction.

Governments are then urged to elaborate an effective set of policies, providing a framework conducive to responsible corporate action that will enable companies to more easily protect the public interest by aligning economic activities with environmental and social consciousness. To that effect, OECD proposes measures to States based on *regulating, facilitating, cooperating, promoting and exemplifying*.

Regulating implies States establishing and implementing an adequate legal framework that protects the public interest and supports RBC. This set of rules might also provide for monitoring business performance and compliance from well-defined milestones, ensuring sufficient resources to for that end in order to sufficiently curb violations. In this sense, the OECD understands that it is the duty of governments to provide a legal and regulatory framework in the areas of human rights, employment and labor, the environment, anti-corruption, consumer interests - sectors that can be severely impacted through activities conducted irresponsibly. *Facilitating* demands communicating clearly and efficiently the notions and expectations about RBC, by providing guidance and support to companies regarding their respective regulatory regimes. This contributes to the identification and removal of barriers that hinder the acceptance of RBC by the corporate sector.

In turn, *Co-operating* requires States to act both domestically and internationally. Internally, within the public organizational structure; as well as towards foreign governments. The process of defining and implementing RBC, given its far-reaching

¹⁰ OECD, *Policy Framework for Investment 2015 Edition*, Paris: OECD Publishing, 2015.

impacts, requires consultation and cooperation between all relevant stakeholders – including government, companies, workers, civil society and local community organizations. From that perspective co-operation will ensure internal and external coherence, allowing for building harmonic policies according to widely recognized instruments (for example, OECD Guidelines for Multinational Enterprises, the UN Guiding Principles for Business and Human Rights).

The act of *Promoting*, in turn, requires State supporting for best RBC practices. In addition to enacting and enforcing regulations that protect the public interest underlying RBC, governments may encourage correlated non-governmental initiatives. The OECD suggests, then, that governments encourage the achievement of specific public interest goals by granting tax benefits to companies that add a positive contribution to economic, environmental and social progress. Another form of incentive would be for governments establishing RBC-related procurement criteria, rather than simply establishing legal contract obligations. In addition, governments can also recognize RBC best practices through annual awards.

Finally, *Exemplifying* requires States to act responsibly when performing as an economic actor. By exemplifying RBC through States' own operations, the government increases its legitimacy when setting recommendations to private economic actors and businesses. The OECD, with this Policy Framework, engages States to pay special attention to protecting human rights of those involved in the investor activities; to encouraging local capacity, through cooperation with the local community; to facilitating the development of human capital, by stimulating job creation as much as possible; to instituting principles of good corporate governance; and, furthermore, to implementing self-regulatory systems to foster the relationship of mutual trust between the companies and the societies in which they operate.

5 Responsible Business Conduct measures around the globe

Although the aforementioned international guidelines on RBC have a prevalently *soft law* nature, not generating by itself international legal obligations, they have inspired and guided administrative measures, court decisions and national legislation adopted in the national level. First of all, countries are increasingly incorporating RBC in the form of *hard law* instruments and, thus, attributing companies the *duty of diligence* regarding the consequences of their activities in social, human, environmental and labor domain. This *diligence* aims at preventing adverse impacts from economic activities and, when occurred, enables companies to, timely and effectively, provide remedy, if caused or somehow facilitated by them.

The OECD Trade Union Advisory Committee (TUAC),¹¹ for example, states that it is government's responsibility to make it mandatory for companies to implement due diligence audits, which would lend itself to assess the observance or not of the corporate responsibility contained in the OECD Guidelines, establishing binding obligations for the engagement of stakeholders in its implementation. Furthermore, TUAC calls governments to introduce binding due diligence clauses in trade and investment agreements, export credits, development finance and public procurement. In fact, to strengthen policy coherence, a whole of measures must be aligned and coherent with the same purpose, which extrapolates the scope of national legislation, since binding investment agreements, as seen, play a decisive role on conduction the underlying economic activities.

Likewise, France introduced a legislation imposing a "surveillance plan" (plan de vigilance) on companies, which implies the duty to promote internal audits regarding the observance or not of human and environmental rights. This was stated in art. L. 225-102-4,¹² of the French Commerce Code, through a modification introduced by Ordonnance n° 2017-1162 du 12 Juillet 2017 – art. 11. By means of this provision, a legal obligation is imposed on companies to adopt reasonable due diligence measures capable of identifying risks and preventing serious violations of human rights and fundamental freedoms, including human health and safety and the environment which may arise either directly from the main company's activities, as well as from companies controlled, subcontractors or suppliers.

In Switzerland, a popular initiative project promoted by a coalition of over 130 civil society organizations was entitled "Responsible companies – protection of human beings and the environment". Arising back in 2016, the proposal claimed companies responsibilities concerning environment and human rights. The so-called Responsible Business Initiative, if approved, would require the compliance of companies' subsidiaries and supply chains with U.N. human rights guidelines and a range of international environmental standards. A public report on potential risks, such as inabilities to verify the safety of factory buildings or the use of child labor, and the measures taken to address them, were foreseen.

¹¹ Trade Union Advisory Committee (TUAC) to the OECD is an interface for trade unions with the OECD. It is an international trade union organization which has consultative status with the OECD and its various committees. Trade Union Advisory Committee. About TUAC. Available in: <https://tuac.org/about/>. Accessed in: 18 November 2020.

TUAC. Launch of the OECD Due Diligence Guidance on Responsible Business Conduct – TUAC Contribution. Available in: <https://mneguidelines.oecd.org/TUAC-Due-Diligence-Guidance-Contribution-2018.pdf>. Accessed in: 18 November 2020.

¹² FRANCE. Code de Commerce – L. 225-102-4. Available in: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?idSecti onTA=LEGISCTA000006161273&cidTexte=LEGITEXT000005634379&dateTexte=20200406>. Accessed in: 02 January 2020.

The initiative would, therefore, render companies based in Switzerland liable for violations even when concerning entities and subsidiaries they control abroad, enabling victims to bring their cases before Swiss courts.¹³ Unfortunately, after a referendum occurred in November 2020, thus contemporary to the coronavirus pandemic, the Initiative opposed both by businesses and the government, was rejected by a narrow percentage, having the struggle faced by Swiss companies with the pandemic. Either way, a milder counter-proposal got into force,¹⁴ obliging companies to report on human rights and environmental standards and conduct due diligence, but not including liability clauses as it was foreseen by the.

In Germany, in turn, has also been struggling to remedy the lack of a legal framework for human rights due diligence, when the German government approved its National Action Plan on Business and Human Rights (“NAP”) in line with the UN Guiding Principles for Business and Human Rights. Based on the requirements of this document together with the OECD Guidelines for Multinational Enterprises, a Supply Chain Law (“Lieferkettengesetz” or “Sorgfaltspflichtengesetz”)¹⁵ was drafted in February 2009 imposing mandatory legal obligations on companies based in Germany with more than 500 employees, both for German companies and their supply chains (“Lieferkettengesetz” or “Sorgfaltspflichtengesetz”).¹⁶

The draft law dwells on human rights responsibilities of German companies with regard to subsidiaries and contractors abroad. In that matter, it aims at obliging large German companies to take appropriate measures to prevent human rights violations in their business activities and supply chains. The draft law also proposes amendments to the Commercial Code. Civil liability for damages and risk sanctions would incur in case of non-compliance, including fines of up to five million euros, imprisonment and impediment to public procurement in Germany. In order to refrain adverse effects from economic activities, German government has been adopting several other actions to aligning companies towards a socially responsible conduct.¹⁷

¹³ NEW YORK TIMES. Swiss to Vote on Tougher Responsibility Proposal for Companies. Available in: <https://www.nytimes.com/2020/11/27/world/europe/switzerland-referendum-corporate-responsibility.html>. Accessed in: 05 January 2020.

¹⁴ Business And Human Rights Resource Centre. Switzerland: Responsible Business Initiative rejected at ballot box despite gaining 50.7% of popular vote. Available in: <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/switzerland-responsible-business-initiative-rejected-at-ballot-box/>. Accessed in: 06 January 2021.

¹⁵ GERMANY. (Federal Ministry For Economic Cooperation And Development Of Federal Republic) Federal Ministers Heil and Müller: “Now the Coalition Agreement will come into play for a supply chain law. The aim is finalisation before the end of this legislative term.” Available in: https://www.bmz.de/en/press/aktuelleMeldungen/2020/juli/200714_pm_21_Federal-Ministers-Heil-and-Mueller-Now-the-Coalition-Agreement-will-come-into-play-for-a-supply-chain-law-The-aim-is-finalisation-before-the-end-of-this-legislative-term/index.html. Accessed in: 03 January 2021.

¹⁶ GERMANY. Sorgfalt Gesetzentwurf. Available in: <https://media.business-humanrights.org/media/documents/files/documents/SorgfaltGesetzentwurf.pdf>. Accessed in: 03 January 2021.

¹⁷ GERMANY. (Federal Ministry For Economic Cooperation And Development Of Federal Republic) Faire globale Liefer – und Wertschöpfungsketten. Available in: <https://www.bmz.de/de/themen/lieferketten/index.html>. Access in: 03 January 2021.

These measures, adopted both at national and international level, impact on the regulation of foreign investments, whose agreements signed at the international level are, in general, linked to the compliance to domestic legislation of the contracting States and also to the international commitments undertaken by each State Party to the agreement.

In this light, several investment agreements around the globe have included RBC clauses, expressly regulating the correlation between investments and social aspects – such as human rights, work, health, poverty reduction – as well as environmental aspects – such as biodiversity and change climate change.

This is the case of the Bilateral Investment Agreement signed between Morocco and Nigeria,¹⁸ in 2016. In the same vein, the Bilateral Investment Agreement – also in the year 2016 – between Argentina and Qatar¹⁹ and, still, the agreement signed between Canada and Cameroon,²⁰ in 2014. South Africa, for its part, developed a model for bilateral investment agreement (SADC Model Bilateral Investment Treaty Template – 2012)²¹ in which a whole chapter is dedicated to the rights and duties of investors, among which it expressly cites measures of corporate social responsibility, such as: obligations against corruption; [consideration of] environmental and social impacts; environmental management and improvement; minimum standards for human rights, environment and work; corporate governance standards; right to development.

Brazil, in turn, has already signed a bilateral agreement with Chile (2015)²² in which an explicit reference was made to the OECD Guidelines on Multinational Enterprises; and with Colombia,²³ in which an exclusive article was addressed to tackle “Corporate Social Responsibility”. In the field of investment arbitration jurisdiction, the correlation between investments and human and social rights has already been analyzed by the arbitration courts, although the direct confrontation of

¹⁸ MORROCO; NIGERIA. Morocco – Nigeria Bilateral investment treaty (2016). Available in: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/3711/morocco-nigeria-bit-2016>. Accessed in: 17 December 2020.

¹⁹ ARGENTINA; QATAR. Argentina - Qatar Bilateral investment treaty (2016). Available in: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/3706/argentina-qatar-bit-2016>. Accessed at: 17 December 2020.

²⁰ CAMEROON; CANADA. Cameroon – Canada Bilateral Investment Agreement (2014). Available in: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/3537/cameroon-canada-bit-2014>. Accessed at: 17 December 2020.

²¹ SOUTH AFRICA. SADC Model Bilateral Investment Treaty Template (2012). Available in: <http://www.iisd.org/itn/wpcontent/uploads/2012/10/sadc-model-bit-template-final.pdf>. Accessed at: 17 December 2020. Trade Union Advisory Committee. About TUAC. Available in: <https://tuac.org/about/>. Accessed in: 18 Nov. 2020.

²² BRASIL. Acordo e Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e a República do Chile. Brasília, 27.04.2018. Disponível em: www.itamaraty.gov.br/images/ed_atosinter/20151009-ACF-port2.pdf. Acesso em: 30 jan. 2021.

²³ BRASIL. Acordo e Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e o Governo da República da Colômbia. Bogotá. 09.10.2015. *Op. cit.*

RBC measures is not yet consensual – notably due to the nature of predominantly inalienable rights involved. In Brazil, for example, the arbitrability or not of the matter is restricted to available rights (article 1, Law 9.307 / 1996).²⁴

Subject to that proviso, the matter of social adverse impacts of foreign investments is faced, albeit mostly tangentially, by arbitral courts. In the CMS GAS case,²⁵ Argentina claimed that, given its state of social and economic crisis, compliance with the objected investment treaty would imply a violation of constitutionally guaranteed rights. The International Center for Settlement of Investments Disputes (ICSID), arbitral tribunal to the case, concluded otherwise, stating that there was no collision between the instruments in question (investment treaty and Argentinian Constitution), whose compatibility is scrutinized when a new agreement is concluded, notably considering that the question at issue did not directly affect fundamental human rights.

Still concerning Argentina, in the Sempra case²⁶ the State maintained that, in the light of the prevailing economic and social conditions, the recognition of the Argentinian right to property would, once again, meet the fundamental rights incorporated in its Constitution, with the Argentine government argued that adherence to the Washington Convention could not support sovereign decisions necessary to safeguard public interests, such as those needed for restructuring the national monetary system. However, the arbitrators decided on the need to respect the investor's legitimate expectations.

In the TECMED case,²⁷ Mexico's compliance with environmental and public health rights was questioned before the ICSID. Based on the denial of renewal of environmental and public health licenses to the company Cytar, a subsidiary of the Spanish company TECMED - which, years before, had obtained a license to operate in a landfill, but in the following years got suspended after Mexican legislation prohibited the installation of sanitary landfills with toxic waste in the vicinity of urban centers. After local pressure on denying this environmental license renewal to Cytar upon protection of environmental and public health rights, the decision did not please investors, which lead to arbitration. The arbitral tribunal, assessing the issue, decided, on the other hand, that the expropriation had violated the bilateral investment agreement signed between Mexico and Spain.

The aforementioned international arbitration cases reveal the increase of corporate social responsibility matters being brought upon Arbitral Tribunals and leading, consequently, to unfavorable arbitral awards towards States. These cases

²⁴ BRASIL. Lei 9.307, 23 set. 1996 – Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307. Acesso em: 04 jan. 2020.

²⁵ ICSID. CMS Gas Transmission Co v. Argentina. ICSID Case n. ARB/01/8, Award 12/05/2005.

²⁶ ICSID. Sempra Energy International v. Argentina. ICSID Case n. ARB 02/16, Award, 28.09.2007.

²⁷ ICSID. Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. vs. Mexico. ICSID Case n. ARB (AF)/00/2, Award 29/05/2003.

usually derive from investment operations not preceded by investment agreements in force or, if so, without RBC clause foreseen. In other words, in case of a lack of instruments guiding corporate activities towards socially responsible standards, the arising controversies tend, in practice, to entail unfavourable judgements to States.

Recognition of indirect expropriation or breach of expectations legitimate interests of the investor, for example, could be avoided by mere provisions of specific clauses tackling RBC clauses – suggesting, for example, that the increase in corporate social responsibility standards, resulting from rules of domestic or international law applicable to all economic actors, will not generate the right to any compensation to the investor for fact of having to fulfill them. The examples above reveal the undeniable linkage between foreign investments and social and environmental matters. While coexisting in the context of economic activities arising from foreign investments, these issues must be tackled with no delay. It is up to governments to seek to mitigate adverse effects, foreseeing, as much as possible in their investment agreements, RBC clauses that allow harmonization between these different sectors.

6 Conclusion

In order to prevent economic process from derailing to the detriment of human rights and labour laws, environment and human well-being, an adequate regulation towards Responsible Business Conduct urges. Foreign investment regulation forms part of a broader attempt to transform the World Economic Order into a more equitable, sustainable and fairer one. As a relevant feature of Economy in the globalized era, foreign investments shouldn't be and end in itself. Given its potential to improve the economic reality of the host country, foreign investment should also aim at providing social and environmental changes.

The adjustment of foreign investments towards value driven business is capable of combatting some of the most adverse effects deriving from economic activities, such as social inequalities, environmental destruction and corruption. The State is called upon to regulate and thus repair faults in the free market system, mitigating the negative effects of economic activity, in a rapprochement of law with morals and justice. Adequate instruments such as investment agreements negotiated and celebrated between governments are key instruments that may function as engines for economic and social transformation.

That is why the international guidelines for RBC, regardless of their *soft law* nature, should inspire and integrate clauses in investment agreements. Despite not creating new international legal obligations, they can serve as a useful route for conducting the economic processes towards a socially sustainable globalization. Improving the investment climate, often used to encouraging foreign investment,

should be interpreted broadly. A good investment climate helps mobilise capital, skills, technology to allow firms to expand. But it also helps channeling resources to building a better society.

The Cooperation and Investment Facilitation Agreements (CFIAs), as the Brazilian model of investment agreement, follows this trend, standing out as a mechanism that promotes additional advantages beyond attracting investments itself, serving as a conduit for the local diffusion of technology and expertise, and also providing RBC guidelines to the investors. It promotes business towards a socially, economically and environmentally responsible manner, revealing the attempt to raise social awareness within economic stakeholders and, thus, sustainability. Even though sustainable development measures implies a shared duty between States, economic agents and civil Society, States, given its role to safeguard the public interest, should consider, as much as possible, the promotion of investment clauses setting ancillary obligations to economic practices, in order to build value driven businesses. This is for the benefit of the sustainable development. Of the environment. Of human and labor rights. Of humankind.

References

ARGENTINA; QATAR. *Argentina and Qatar Bilateral investment treaty*. Available in: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/3706/argentina-qatar-bit-2016>. Accessed at: 17 December 2020.

BRASIL. *Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos – ACFIs*. Sítio oficial da Secretaria Executiva da Câmara de Comércio Exterior – CAMEX – Ministério da Economia. Disponível em: <http://www.camex.gov.br/negociacoes-comerciais-internacionais/acordos-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-acfi>. Acesso em: 13 dez. 2020.

BRASIL. *Acordo e Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e a República do Chile*. Brasília, 27.04.2018. Disponível em: www.itamaraty.gov.br/images/ed_atosinter/20151009-ACFI-port2.pdf. Acesso em: 30 jan. 2021.

BRASIL. *Acordo e Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e o Governo da República da Colômbia*. Bogotá. 09.10.2015. Disponível em: www.itamaraty.gov.br/images/ed_atosinter/20151009-ACFI-port2.pdf. Acesso em: 15 out. 2020.

BRASIL. *Acordo e Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e a República do Maláui*. Brasília, 25.06.2015. Disponível em: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3472>. Acesso em: 15 fev. 2016.

BRASIL. *Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996 – Dispõe sobre a arbitragem*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307. Acesso em: 04 jan. 2020.

BUSINESS AND HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTRE. *Switzerland: Responsible Business Initiative rejected at ballot box despite gaining 50.7% of popular vote*. Available in: <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/switzerland-responsible-business-initiative-rejected-at-ballot-box/>. Accessed in: 06 Jan. 2021.

CAMEROON; CANADA. *Cameroon and Canada Bilateral Investment Agreement*. Available in: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/3537/cameroon-canada-bit-2014>. Accessed at: 17 December 2020.

COZENDEY, Carlos Marcio Bicalho; CAVALCANTE, Pedro Mendonça. Novas perspectivas para acordos internacionais de investimentos – o Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI). *Cadernos de Política Exterior*, vol. 1, n. 2, p. 87-109, Brasília, out. 2015.

COZENDEY, Carlos Marcio Bicalho. *Um balanço até aqui dos acordos de investimentos*. Available at: <http://antigo.itamaraty.gov.br/pt-BR/discursos-artigos-e-entrevistas-categoria/outras-autoridades-artigos/16357-um-balanco-ate-aqui-dos-acordos-de-investimentos-embaxador-carlos-marcio-cozendey-valor-economico-29-05-2017>. Accessed in: 13 October 2020.

DIAS, Bernadete de Figueiredo. *Investimentos Estrangeiros no Brasil e o Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2010.

FEDERAL MINISTRY FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT OF FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY. *Faire globale Liefer – und Wertschöpfungsketten*. Available at: <https://www.bmz.de/de/themen/lieferketten/index.html>. Access in: 03 January 2021.

FEDERAL MINISTRY FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT OF FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY. Federal Ministers Heil and Müller: “*Now the Coalition Agreement will come into play for a supply chain law*. The aim is finalisation before the end of this legislative term.” https://www.bmz.de/en/press/aktuelleMeldungen/2020/juli/200714_pm_21_Federal-Ministers-Heil-and-Mueller-Now-the-Coalition-Agreement-will-come-into-play-for-a-supply-chain-law-The-aim-is-finalisation-before-the-end-of-this-legislative-term/index.html. Accessed in: 03 January 2021.

FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY. *SorgfaltGesetzentwurf*. Available at: <https://media.business-humanrights.org/media/documents/files/documents/SorgfaltGesetzentwurf.pdf>. Accessed in: 03 January 2021.

FONSECA, Karla Closs. *Os Acordos de Promoção e Proteção Recíprocas de Investimento e o Equilíbrio entre o Investidor Estrangeiro e o Estado Receptor de Investimentos*. 2007. 216 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2007.

FRANCE. *Code de Commerce – L. 225-102-4*. Available at: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?idSectionTA=LEGISCTA000006161273&cidTexte=LEGITEXT000005634379&dat eTexte=20200406>. Accessed in: 02 January 2020.

GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. *A Proteção Jurídica dos Investimentos Brasileiros no Exterior*. São Paulo: Lex, 2017. v. 1. 381p.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *CMS Gas Transmission Co v. Argentina*. ICSID Case n. ARB/01/8, Award 12/05/2005.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Sempra Energy International v. Argentina*. ICSID Case n. ARB 02/16, Award, 28.09.2007.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. vs. Mexico*. ICSID Case n. ARB (AF)/00/2, Award 29/05/2003.

LOWENFELD, Andreas F. *International Economic Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.

MARCEU, Gabrielle; REIMAN, Cornelis. When and how is a regional trade agreement compatible with the WTO? *Legal Issues of Economic Integration*, v. 28, n. 3, p. 297 – 336, 2001.

MAYR, Stefan. CETA, TTIP, TISA and their relationship with EU Law. In: GRILLER, Stefan; OBWEXER, Walter; VRANES, Erich. *Mega-Regional Trade Agreements CETA, TTIP and TISA: New Orientations for EU External Economic Relations*. Oxford: Oxford

MIROUDOT, S. Investment. In: CHAUFFOR, J.P.; MAUR, J.-C. *Preferential Trade Agreements Policies for Development: a handbook*. Washington: World Bank, 2011.

- MONEBHURRUN, Nitish. Novelty. International Investment Law: The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments as a Different International Investment Agreement Model. *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 7, n. 1, 2016.
- MOROSINI, Fábio; BADIN, Michelle Rattón Sanchez. O Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos: o que está por trás desta inovação regulatória? *Pontes*. v. 12, n. 1. Available in: https://static.portaldaindustria.com.br/media/filer_public/c1/11/c1113c45-f6d5-4ed7. Accessed at: 05 December 2020
- MOROCCO; NIGERIA. *Morocco and Nigeria Bilateral investment treaty*. Available in: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/3711/morocco-nigeria-bit-2016->. Accessed at: 17 December 2020.
- NASSER, Rabih A.; NASSER, Salem H.; SATO, Nathalie S. T. Arbitragem no novo modelo brasileiro de acordos de investimento. *Revista Brasileira de Arbitragem e Mediação*, Rio de Janeiro, n. 47. p. 38-54, 2015.
- NEW YORK TIMES. *Swiss to Vote on Tougher Responsibility Proposal for Companies*. Available in: <https://www.nytimes.com/2020/11/27/world/europe/switzerland-referendum-corporate-responsibility.html>. Accessed in: 05 January 2020.
- ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *OECD Due Diligence for Responsible Business Conduct*. Paris: OECD Publishing, 2018.
- ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*. Paris: OECD Publishing, 2011.
- ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *OECD Policy Framework for Investment 2015*. Edition, Paris: OECD Publishing, 2015.
- ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Policy Framework for Investment*. Available in: <https://www.oecd.org/investment/toolkit/policyareas/responsiblebusinessconduct/>. Accessed at: 05 January 2020.
- PANZINI, Fabrizio; NEGRI, Constanza. O retorno dos acordos de investimentos na agenda comercial brasileira. *Revista Brasileira de Comércio Exterior*, Rio de Janeiro, n. 123, p 58-72, abr./jun. 2015.
- PERRONE-MOISÉS, Claudia. *Direito ao Desenvolvimento e Investimentos Estrangeiros*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.
- PICCIOTO, Sol. Linkages in international investment regulation: the antinomies of the draft multilateral agreement on investment. Pennsylvania: University of Pennsylvania *Journal of International Economic Law*, n. 19, 1998.
- SOUTH AFRICA. *SADC Model Bilateral Investment Treaty Template (2012)*. Available in: <http://www.iisd.org/itn/wpcontent/>.
- THE TRADE UNION ADVISORY COMMITTEE (TUAC). *About TUAC*. Available at: <https://tuac.org/about/>. Accessed in: 18 November 2020.
- THE TRADE UNION ADVISORY COMMITTEE (TUAC). *Launch of the OECD Due Diligence Guidance on Responsible Business Conduct – TUAC Contribution*. Available at: <https://mneguidelines.oecd.org/TUAC-Due-Diligence-Guidance-Contribution-2018.pdf>. Accessed in: 18 November 2020.
- UNITED NATIONS. Global Compact. *Guide to Corporate Sustainability*. UN Publishing, 2014.
- UNITED NATIONS. United Nations Conference on Trade and Development. *World Investment Report 2015: reforming international investment governance*. Geneva: UNCTAD, 2015.
- UNITED STATES OF AMERICA. *Report of the Advisory Committee on International Economic Policy regarding the (U.S.) Model Investment Treaty*. Institute for Policy Studies. September, 2009.

Available in: http://www.ips-dc.org/reports/report_of_the_advisory_committee_on_international_economic_policy_regarding_the_model_bilateral_investment_treaty. Accessed at: 02 December 2020. uploads/2012/10/sadc-model-bit-template-final.pdf. Accessed at: 17 December 2020.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *Agreement on Trade-Related Investment Measures (TRIMs)*. Available in: http://www.wto.org/english/tratop_e/trims_e.htm. Accessed at: 23 December 2020.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *Havana Charter Final Act 1948*. Accessed at: http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/havana_e.pdf. Accessed at: 23 December 2020.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

NÓBREGA, Beatriz Figueiredo Campos da. Promoting economic and social development through an innovative investment framework: the multidimensional role of CFAs. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 2, n. 1, p. 91-110, jan./abr. 2021.

(Des)Controle digital de comportamento e a proteção ao livre desenvolvimento da personalidade

Digital (un)control of behavior and the protection of free development of personality

Haide Maria Hupffer*

Universidade Feevale (Novo Hamburgo, Rio Grande do Sul, Brasil)
haide@feevale.br
<http://orcid.org/0000-0002-4965-9258>

Gabriel Cemin Petry**

Universidade Feevale (Novo Hamburgo, Rio Grande do Sul, Brasil)
gabrielcpetry96@gmail.com
<http://orcid.org/0000-0002-2357-1573>

Recebido/Received: 20.01.2021/ January 20th, 2021

Aprovado/Approved: 27.02.2021/ February 27th, 2021

Resumo: O artigo discute a utilização de novas tecnologias no controle digital do comportamento humano sob a ótica do direito e da ética, através do método de investigação dedutivo, fundado em ampla bibliografia interdisciplinar e em documentos legais nacionais e internacionais, com o objetivo de examinar os riscos do desenvolvimento e aplicação do controle comportamental digital por meio de algoritmos e as possibilidades de respostas do direito aos problemas e desafios encontrados. Neste sentido, direitos e garantias fundamentais encontram-se em xeque com o controle de comportamento digital, devendo o direito ao livre desenvolvimento da personalidade ser, neste contexto de digitalização do mundo, (re)afirmado e garantido pela defesa do direito à autodeterminação informativa.

Como citar este artigo/*How to cite this article:* HUPFFER, Haide Maria; PETRY, Gabriel Cemin. (Des)Controle digital de comportamento e a proteção ao livre desenvolvimento da personalidade. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 2, n. 1, p. 111-132, jan./abr. 2021. DOI: 10.47975/IJDL/1hupffer

* Docente da Universidade Feevale (Novo Hamburgo, Rio Grande do Sul, Brasil). Pesquisadora no Programa de Pós-Graduação em Qualidade Ambiental e no Curso de Direito da Universidade Feevale. Realizou estágio de Pós-Doutorado em Direito pela Unisinos. Doutora e Mestra em Direito pela Unisinos. Líder do Grupo de Pesquisa CNPq/Feevale "Direito e Desenvolvimento". Líder do Projeto de Pesquisa "Novas Tecnologias e Sociedade de Risco".

** Graduando em Direito e Bolsista de Iniciação Científica na Universidade Feevale (Novo Hamburgo, Rio Grande do Sul, Brasil).

Palavras-chave: Direito digital. Controle comportamental. Direitos fundamentais. Proteção de dados pessoais.

Abstract: The article aimed to discuss the use of new technologies in the digital control of human behavior under the perspective of law and ethics, through the deductive investigation method, founded on a wide interdisciplinary bibliography and national and international legal documents, to examine the risks the development and application of digital behavioral control through algorithms and the possibilities of legal responses to problems and challenges encountered. In this way, fundamental rights and guarantees are undermined by the control of digital behavior, and the right to the free development of the personality should, in this context of digitalization of the world, be (re) affirmed and assisted by the defense of the right to informative self-determination.

Keywords: Digital law. Behavioral control. Fundamental rights. Personal data protection.

Sumário: **1** Introdução – **2** Novas tecnologias e novas formas de controle: a prática de controle digital comportamental e o valor dos dados pessoais para mecanismos de *profiling* e *behavioral targeting* – **3** A (re)afirmação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade frente ao controle comportamental e riscos à liberdade digital – **4** Conclusão – Referências

1 Introdução

O ser humano do início do século XXI delegou à tecnologia seus dados pessoais e informações de seus movimentos e ações que realiza no ciberespaço. Tudo pode ser mapeado, vigiado e monitorado gerando um grande fluxo de informações sem fronteiras, interconectadas às redes de dispositivos digitais que estão interligados no planeta. Os passos no mundo físico e virtual, as diferentes interações nas redes sociais, filmes, séries e programas assistidos, pesquisas realizadas na *internet*, compras de produtos e serviços, transações bancárias, viagens, relações no trabalho, preferências políticas, dados sensíveis, aptidões, interações familiares, registros médicos, interesses, reações, movimentos dos olhos e expressões do corpo físico constituem dados de valor inestimável para grandes corporações e governos.

Nas suas interações diárias o ser humano alimenta a sociedade de controle que capta seus movimentos, decodificando-os e depois os converte em um sinal digital analisado por diferentes sistemas de inteligência artificial. De posse das informações, surge a possibilidade de grandes corporações e Estados controlarem as escolhas e os movimentos individuais e coletivos para direcionar informações com objetivo de induzir comportamentos, ações, simpatias e extremismos. Assim, moldados ao controle dos seus criadores e patrocinadores, o “maravilhoso” mundo digital com seus algoritmos vai conduzindo o ser humano como marionetes que se sujeitam e se subordinam a biopolítica da sociedade de controle. Os sistemas de vigilância e controle se transformam em uma ameaça pela coletivização de adequação de comportamentos e produção de subjetividade.

A partir do exposto, o presente estudo objetiva problematizar e discutir à luz do direito e da ética se as novas tecnologias de direcionamento e controle digital

do comportamento violam o princípio do livre desenvolvimento da personalidade e o direito do ser humano de preservar a sua essência, individualidade, privacidade, dignidade e de tomar decisões com liberdade e autonomia.

O desenvolvimento do conteúdo do artigo está estruturado no método dedutivo amparado em ampla pesquisa bibliográfica interdisciplinar e em documentos legais nacionais e internacionais. O estudo está dividido em duas partes: i) Novas tecnologias e novas formas de controle: a prática de controle digital comportamental e o valor dos dados pessoais para mecanismos de *profiling* e *behavioral targeting*; ii) A (re)afirmação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade frente ao controle comportamental e riscos à liberdade digital.

A intenção não é criticar os avanços das tecnologias da informação, mas refletir sobre os riscos da manipulação indevida dos dados e das informações pessoais que se encontram em xeque com o controle do comportamento digital por corporações e governos. O livre desenvolvimento da personalidade é o fio condutor do estudo e pretende-se interrogar como as novas formas de controle e vigilância digital têm o poder de induzir comportamentos individuais e coletivos. Heidegger contribui ao indicar que é preciso questionar a técnica e o que se delegou para a técnica para garantir os direitos fundamentais e preservar a autodeterminação informativa, o livre desenvolvimento da personalidade e a essência do que se entende por ser humano.

2 Novas tecnologias e novas formas de controle: a prática de controle digital comportamental e o valor dos dados pessoais para mecanismos de *profiling* e *behavioral targeting*

Os avanços desenfreados das novas tecnologias no campo digital colocam em xeque as velhas perspectivas não somente no campo da ética e do Direito, mas de toda a sociedade, implicando em uma verdadeira metamorfose do mundo, onde “velhas certezas da humanidade estão desaparecendo e algo totalmente novo emerge”.¹ Fronteiras são dissolvidas com a *internet* global, questionando, por exemplo, a jurisdição nacional e os limites do uso da informação;² o corpo humano é metamorfoseado em um corpo virtual ou digital (formando “humanos digitais”), confrontando categorias mais tradicionais de identidade social, coletividade e

¹ BECK, Ulrich. *Metamorfose do mundo: novos conceitos para uma nova realidade*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p. 15.

² BOFF, Salete Oro; FORTES, Vinicius Borges; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. *Proteção de dados e privacidade: do direito às novas tecnologias na sociedade da informação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 32.

individualização;³ “Mnémosyne”, deusa grega da memória, encontra-se ameaçada de morte pela permanência das informações em rede, sendo necessária a implantação do “direito ao esquecimento digital”,⁴ emerge da fusão do mundo *on-line* e *off-line* o mundo *on-life*: onde sistemas computacionais podem “libertar” as pessoas da tomada de decisões humanas, substituindo-as conforme o seu entendimento e influenciando diretamente no comportamento decisório humano, transformando as pessoas cada vez mais em *inconscientes digitais (Digital Unconscious)*.⁵

Algumas inovações, sob aspecto técnico, podem ser mencionadas, tais como: *i*) utilização de sistemas de inteligência artificial (IA) em aparelhos celulares (*smartphones*), casas (*smart homes*), jogos, centrais telefônicas, redes sociais e serviços de atendimento ao consumidor; *ii*) aplicações de IA no setor automotivo, através de carros autônomos e abrindo espaço para tendências em demais veículos de transporte, como ônibus, táxis e também em aplicativos que trabalham com caronas;⁶ *iii*) o emprego pelo setor militar de armas autônomas, as denominadas *Lethal Autonomous Weapon Systems*, que são capazes de detectar e identificar alvos, bem como atacá-los e destruí-los sem intervenção humana;⁷ *iv*) a implementação de recursos digitais, bem como de novas tecnologias da informação e comunicação (TICs) na automação de cidades (*Smart Cities*), como consta o exemplo da Cidade Digital de Barcelona, na Espanha;⁸ *v*) além de contribuição das novas tecnologias, em seu sentido amplo, nos mais variados campos do conhecimento, como no campo da medicina por exemplo, é possível observar novos impactos no campo do Direito, de forma direta no Poder Judiciário e inclusive em processos decisórios ou avaliativos, através de “robôs-classificadores” (que encontram materiais e os classificam), “robôs-relatores” (extração e condensação de informações relevantes de documentos) e “robôs-julgadores” (que produzem, em tese, decisões com base nas informações coletadas).⁹ Deste último ponto, segundo o Conselho Nacional de Justiça brasileiro, existem mais de 40 projetos de implantação de sistemas de IA

³ BECK, Ulrich. *Metamorfose do mundo: novos conceitos para uma nova realidade*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p. 190.

⁴ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 84 e 269.

⁵ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Teoria geral do direito digital: transformação digital: desafios para o Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 24-26.

⁶ CHELIGA, Vinicius; TEIXEIRA, Tarcísio. *Inteligência Artificial: aspectos jurídicos*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 19-21.

⁷ Ver sobre *Lethal Autonomous Weapon Systems* em: HUPFFER, Haide Maria; PETRY, Gabriel Cemin. A (im) possibilidade do uso de *Lethal Autonomous Weapon System* frente ao direito internacional humanitário e a ética. *Revista Brasileira de Estudos de Defesa*. v. 6, n. 2, p.125-153, jul./dez. 2019, p. 125-129. Disponível em: <https://rbed.abedef.org/rbed/article/view/75153>. Acesso em: 22 jan. 2021.

⁸ MOROZOV, Evgeny; BRIA, Francesca. *A Cidade Inteligente: tecnologias urbanas e democracia*. Tradução de Humberto do Amaral. São Paulo: Ubu, 2019, p. 96.

⁹ BOEING, D. H. A.; MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Ensinando um robô a julgar: pragmática, discricionariedade, heurísticas e vieses no uso de aprendizado de máquinas no judiciário*. Florianópolis: Emais Academia, 2020, p. 95-104.

em 32 tribunais do Brasil, entre eles o Supremo Tribunal Federal, com *Victor*, e o Superior Tribunal de Justiça, com *Sócrates*.¹⁰

Este panorama compõe o rol de inovações que se enquadram no que Wolfgang Hoffmann-Riem denomina de “processo de digitalização” das áreas da vida, tais como as comunicações públicas e privadas, a economia, a cultura e a política. Este processo de digitalização não trata somente das infraestruturas de *software* e *hardware* atualmente desenvolvidas e aplicadas, mas também dos impactos representados pela mudança nas condições de vida decorrentes da utilização das novas tecnologias em todo o mundo: fator responsável por reformular as relações de influência e poder.¹¹

O Panóptico de Foucault hoje é substituído por um “Panóptico Eletrônico”, através do uso de câmeras e sistemas em rede capazes de monitorar cada clique dado e tempo que se passa em determinado lugar ou sitio eletrônico, sendo a informação e o conhecimento sobre a pessoa um pressuposto essencial para eficácia deste método de poder sobre o indivíduo.¹² Com a computação ubíqua, aparelhos eletrônicos encontram-se por toda parte de forma constante, bem como desenvolvem as mais variadas funções na vida humana, de forma que esta forma de vigilância se torna mais intensa e os “olhos eletrônicos” persistem insaciáveis por mais informações e dados do indivíduo.¹³

Neste aspecto salta um dos produtos deste processo de digitalização: os dados pessoais digitais. Segundo a *General Data Protection Regulation* (GDPR) europeia, dados pessoais podem ser definidos qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável (art. 4º).¹⁴ Este sentido legal é replicado em diversas legislações de proteção de dados na América Latina, como é o caso da *Ley de Protección de Datos Personales* na Argentina (art. 4º),¹⁵ a *Ley Sobre Protección de la Vida Privada* no Chile (art. 2º)¹⁶ e, dentre outros exemplos,

¹⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Projetos com Inteligência Artificial no Poder Judiciário*. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=29d710f7-8d8f-47be-8af8-a9152545b771&sheet=b8267e5a-1f1f-41a7-90ff-d7a2f4ed34ea&lang=pt-BR&opt=ctxmenu,currsel>. Acesso em: 06 jan. 2021.

¹¹ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Teoria geral do direito digital: transformação digital: desafios para o Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 1-2.

¹² RUARO, Regina Linden. Privacidade e autodeterminação informativa: obstáculos ao Estado de Vigilância. *Arquivo Jurídico*, Teresina, v. 2, n. 1, jan./ jun. de 2015, p. 54. Disponível em: <http://revistas.ufpi.br/index.php/raj>. Acesso em: 10 jan. 2021.

¹³ BOFF, Salete Oro; FORTES, Vinicius Borges; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. *Proteção de dados e privacidade: do direito às novas tecnologias na sociedade da informação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 26 e 133.

¹⁴ UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=pt>. Acesso em: 20 dez. 2020.

¹⁵ ARGENTINA. *Protección de los datos personales. Ley 25.326/2020*. Promulgada parcialmente en octubre 30 de 2000. Disponível em: https://www.oas.org/juridico/PDFs/arg_ley25326.pdf. Acesso em: 18 dez. 2020.

¹⁶ CHILE. *Ley Nº 19.628 de 18 ag. 1999*. Sobre Protección de la vida privada. Disponível em: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=141599&buscar=19628>. Acesso em: 10 dez. 2020.

a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) brasileira, conforme o seu artigo 5º, que define dados pessoais como qualquer “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável”.¹⁷

Ocorre que os dados pessoais são dotados de uma natureza especial, que possibilitam sua viabilidade no mercado como bens econômicos de alta validade, sendo equiparados ao petróleo bruto. Tal equiparação metafórica – entre dados brutos e petróleo bruto – possui certas distinções interessantes para o debate, tais como: *i)* diferentemente do petróleo e do gás natural, dados são produzidos em segundos de uma forma não limitada; *ii)* dados não se encontram escondidos pelo mundo, mas, sim, em praticamente qualquer lugar, sendo tecnicamente de fácil armazenamento; *iii)* existem pequenas e grandes “refinarias” de dados brutos, tais como grandes empresas como Facebook, Google e Amazon, além de órgãos e agências governamentais; *iv)* os dados brutos, com auxílios de sistemas de IA, podem dar mais qualidade e variedade a produtos derivados da coleta e extração de dados; *v)* a coleta de dados pode não resultar em um consumo imediato, mas em um momento posterior, aumentando o valor dos dados ou até mesmo implicando na inexistência e “descarte” dos dados.¹⁸

Tratam-se, portanto, de bens de informação em um mercado multilateral capaz de conectar atores e campos de atividades distintos, o que é visível, por exemplo, na relação triangular de usuários, mecanismos de busca e anunciantes. Em breve síntese, as tecnologias utilizadas neste processo são empregadas para a coleta de dados comportamentais do usuário, detendo alto valor preditivo, o qual é realizado com base na coleta de dados que representam o comportamento *on-line* do usuário através do histórico de navegação, buscas em rede e redes sociais.¹⁹ De pronto, faz-se possível denunciar a contradição da prática de coleta excessiva de dados – que em nada melhoram o funcionamento da aplicação digital – com princípios de finalidade (específica) e necessidade (adequada aos fins do tratamento) esculpido nos incisos I e III, do artigo 6º, da LGPD. Fora que, por força do §4º, do art. 8º, do referido diploma legal, qualquer coleta de dados com fins genéricos será considerada nula, reconhecendo-se como viciado o consentimento do titular.²⁰

A prática de coleta de dados relacionados ao comportamento digital para fins comerciais e publicitários não se trata de uma novidade. Jim Edwards, em outubro de 2012, escreveu o seguinte artigo neste sentido: *Apple Has Quietly Started*

¹⁷ BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 28 dez. 2020.

¹⁸ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Teoria geral do direito digital: transformação digital: desafios para o Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 19-21.

¹⁹ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Teoria geral do direito digital: transformação digital: desafios para o Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 58.

²⁰ BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 28 dez. 2020.

Tracking iPhone Users Again, And It's Tricky To Opt Out. Atentava, à época, que se determinado usuário estivesse olhando vários *sites* de carros no celular, o sistema entenderia que provavelmente o usuário estivesse procurando comprar algum veículo, logo seria bombardeado por anúncios (Ads). Isso ocorria através de um sistema de rastreamento nomeado de *Identifier for Advertisers* (IFA), previamente habilitado no aparelho celular, que gerava anúncios em aplicativos de aparelhos móveis e na *internet*, informando ao anunciante que determinado usuário está olhando para uma determinada publicação, servindo assim para um direcionamento (*targeting*). E mais: a ferramenta é significativamente prática para inferência comportamental humana.²¹

O fenômeno acima referido é nomeado de “online behavioral advertising” (OBA) – em língua portuguesa “publicidade comportamental *online*”. Este processo é também usualmente chamado de “perfilamento online” (*online profiling*) ou “direcionamento comportamental” (*behavioral targeting*) e a aplicação de OBA pode ser definida como “a prática de monitorar o comportamento online das pessoas e usar as informações coletadas para mostrar anúncios direcionados individualmente”.²²

De uma forma mais técnica, muitas vezes o referido direcionamento comportamental é realizado por meio de *tracking cookies*, dentre outros como as impressões digitais do dispositivo. No caso dos *cookies* rastreadores, interessa atentar que os mais populares sítios eletrônicos chegam a coletar mais de 6.000 *cookies*, sendo a maioria destes de *sites* terceiros que coletam cerca de 350 *cookies* de rastreamento do usuário.²³

Neste processo, alguns dos fatores característicos controlados pelos anunciantes são: *i*) o nível de personalização de anúncios; e *ii*) precisão dos anúncios. No primeiro caso, o nível de personalização é fundado em (a) dados pessoais para o procedimento de *targeting*, tais como históricos de busca e pesquisa *on-line*; e (b) a quantidade de informação utilizada em pesquisas de termos na *internet* ou histórico de pesquisa, podendo ainda ser utilizada a coleta de dados atinentes a idade, gênero, localização, nível de educação, comportamento em compras *on-line*, históricos de busca e interesses do usuário. O segundo ponto atine a precisão, que

²¹ EDWARDS, Jim. *Apple Has Quietly Started Tracking iPhone Users Again, And It's Tricky To Opt Out*, 2012. Disponível em: <https://www.businessinsider.com/ifa-apples-iphone-tracking-in-ios-6-2012-10>. Acesso em: 04 jan. 2021.

²² “The practice of monitoring people’s online behavior and using the collected information to show people individually targeted advertisements” (BOERMAN, Sophie C.; KRUIKEMEIER, Sanne; BORGESIUS, Frederik J. Zuiderveen. Online Behavioral Advertising: A Literature Review and Research Agenda. *Journal of Advertising*, v. 46, n. 3, 2017, p. 364 Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/00913367.2017.1339368>. Acesso em: 05 jan. 2021).

²³ BOERMAN, Sophie C.; KRUIKEMEIER, Sanne; BORGESIUS, Frederik J. Zuiderveen. Online Behavioral Advertising: A Literature Review and Research Agenda. *Journal of Advertising*, v. 46, n. 3, 2017, p. 364. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/00913367.2017.1339368>. Acesso em: 05 jan. 2021.

ocorre quando o usuário se dá conta de que determinado anúncio é baseado no seu comportamento *on-line* passado, entendendo, assim, que determinado profissional de *marketing* realizou interferências sobre as suas escolhas de consumo.²⁴

Outras práticas de controle comportamental por meio de algoritmos podem ser exemplificadas através de mecanismos como o uso de ferramentas de *autocomplete* – valendo-se do comportamento posterior do usuário – e o controle do *News Feed* de diversas plataformas de comunicação, através de fatores de “ranqueamento” de posicionamentos e preferências, influenciando diretamente em resultados de busca e atualização.²⁵ O ponto de partida deste tipo de controle inicia-se com a criação de perfis (perfilagem ou *profiling*): a criação ou caracterização de perfis, segundo a ótica de Boff, Freitas e Fortes, trata-se de um reflexo da prática de tratamento de dados pessoais, tendo como objetivo a indicação do que pode ser relevante para determinados usuários dentro de determinado contexto, verificando se o indivíduo ou o grupo de pessoas próximas ao primeiro podem se interessar acerca de determinado produto.²⁶

A criação de perfis é definida pela GDPR, em seu art. 4º, como qualquer forma de tratamento automatizado de dados pessoais que avalie aspectos da vida pessoal de pessoas com o fim de “analisar ou prever aspetos relacionados com o seu desempenho profissional, a sua situação económica, saúde, preferências pessoais, interesses, fiabilidade, comportamento, localização ou deslocções”.²⁷ Entretanto, tem-se que as informações coletadas, ainda que em grandes bancos de dados, tendem a ser parciais, resultando no que Stefano Rodotà chama de “metaconhecimentos” sobre o cidadão, que “dificilmente podem ser verificados pelos interessados, embora até embasem decisões sobre eles”.²⁸ Quanto a isso, fora algumas exceções, o titular de dados tem garantido o direito de não se sujeitar a decisões individuais automatizadas e inclusive na criação de perfis, conforme dispõe o art. 22, da GDPR – incorporada na LGPD brasileira em seu art. 20.²⁹

²⁴ BOERMAN, Sophie C.; KRUIKEMEIER, Sanne; BORGESIU, Frederik J. Zuiderveen. Online Behavioral Advertising: A Literature Review and Research Agenda. *Journal of Advertising*, v. 46, n.3, 2017, p. 365-367. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/00913367.2017.1339368>. Acesso em: 05 jan. 2021.

²⁵ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Teoria geral do direito digital: transformação digital: desafios para o Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 62.

²⁶ BOFF, Salete Oro; FORTES, Vinicius Borges; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. *Proteção de dados e privacidade: do direito às novas tecnologias na sociedade da informação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 161.

²⁷ UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=pt>. Acesso em: 20 dez. 2020.

²⁸ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 115.

²⁹ BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 28 dez. 2020.

O procedimento funda-se no uso de algoritmos que avaliam comportamentos anteriores do usuário, procurando estabelecer padrões de comportamento como atitudes e valores, muitas vezes incluindo o usuário, de acordo com seu perfil, em grupos de usuários para realização do *behavioral targeting*, ou seja, do direcionamento comportamental para publicidade comercial e até mesmo eleitoral (v.g., utilização de *bots* em processos eleitorais e políticos, como a retirada do Reino Unido do “Brexit” em 2016), com base na filtragem de informações do usuário. No aspecto, pode-se igualmente falar que “o desenvolvimento de valores, o desdobramento de emoções, o processamento de experiências e preferências podem ser influenciados, até mesmo o abandono da curiosidade pelo inesperado”.³⁰

Importa destacar que a prática de *profiling* pode, ainda, dar margem à discriminação, colocando a garantia constitucional de igualdade em xeque. Exemplo de discriminação por meio do perfilhamento pode ser vista na aplicação do “Imposto Rosa” (*Pink Tax*), onde produtos idênticos possuem valores distintos conforme o gênero do usuário consumidor.³¹ As situações de discriminação podem ocorrer em diferentes casos, mas tendem a ser de maior gravidade quando os dados utilizados no ato discriminatório se tratam de dados sensíveis, tais como os apontados pelo art. 5º, II, da LGPD: “origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico”.³²

Além dos exemplos citados, pode-se falar ainda em mecanismos de bloqueio de conteúdo indesejado e, igualmente, no chamado “policiamento preditivo”, que se trata de uma forma de influência por meio de algoritmos preditivos na ação das autoridades públicas em planejamento e implantação de operações, na medida em que há avaliação de dados pessoais em banco de dados públicos (assim como perfis de vítimas, localidades e situações específicas). Tal ferramenta também é capaz de prevenir a ação criminosa do infrator de forma indireta, influenciando seu comportamento por meio da dissuasão.³³

O fenômeno de acesso fragmentado à informação também contribui para uma alteração na forma com que o usuário percebe o mundo *on-line* e *off-line*, na medida em que, de certa forma, plataformas de pesquisa e notícias o impedem de ter acesso livre à informação, isto é, sem que seja direcionado inconscientemente

³⁰ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Teoria geral do direito digital: transformação digital: desafios para o Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 63-65.

³¹ BOFF, Salete Oro; FORTES, Vinicius Borges; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. *Proteção de dados e privacidade: do direito às novas tecnologias na sociedade da informação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 167-170.

³² BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 28 dez. 2020.

³³ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Teoria geral do direito digital: transformação digital: desafios para o Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 66.

pelo algoritmo do sistema a determinada informação que condiz mais com seu perfil. Isso ocorre em razão da formação de bolhas informacionais que constroem um universo de informações exclusivas ao usuário (nutrindo o usuário conforme seus interesses e gostos particulares). Segundo Boff, Fortes e Freitas, as bolhas são, em resumo, apresentadas através de três dinâmicas: *i*) a bolha agrupa usuários com interesses comuns, sendo afastada de bolhas e agrupamentos diferentes; *ii*) bolhas são invisíveis, não sendo possível ao usuário escolher quais os critérios utilizados na busca de informação, mas que, paradoxalmente, são percebidas pelo mesmo como verdadeiras e imparciais; *iii*) não cabe ao usuário escolher não entrar na bolha, visto que, traçado seu perfil, os serviços serão automaticamente colocados à disposição do usuário.³⁴

Os excessos de direcionamentos personalizados com base no comportamento do usuário podem gerar sentimentos e respostas negativas, fazendo com que as pessoas percebam certa perda do poder de liberdade de escolha, controle e até mesmo propriedade.³⁵ Por outro lado, não se pode ignorar que o uso de novas tecnologias, neste sentido, abarca, sem dúvidas, novas oportunidades para o mercado e a sociedade; todavia, também novos riscos: o tratamento de pessoas como objetos de controle inconsciente (*digital unconscious*) põe em risco princípios fundamentais do Estado de Direito, inclusive, e em particular, a autonomia e liberdade de autodeterminação, considerando a possibilidade de influência de algoritmos na construção individual e social da sociedade. Mais: “riscos de proteção e manipulação jurídica também existem no uso da seleção e controle digital para atos governamentais”.³⁶

Infrações à liberdade digital, ao contrário da física, não provocam danos no corpo físico das pessoas, mas ao virtual, que igualmente deve ser objeto de proteção constitucional; no entanto, os riscos à liberdade digital são paradoxalmente invisíveis: quão mais próximos estamos do dano, menos visível ele é.³⁷ O direito ao livre desenvolvimento da personalidade, fundamento da LGPD (art. 2º, VII), é desafiado por práticas de *behavioral targeting* e *profiling* que entendem o comportamento do usuário e efetivamente são capazes de direcioná-lo para determinados fins comerciais e, igualmente, eleitorais e políticos. Segundo Rodotà,

³⁴ BOFF, Salete Oro; FORTES, Vinicius Borges; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. *Proteção de dados e privacidade: do direito às novas tecnologias na sociedade da informação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 156-159.

³⁵ BOERMAN, Sophie C.; KRUIKEMEIER, Sanne; BORGESIU, Frederik J. Zuiderveen. Online Behavioral Advertising: A Literature Review and Research Agenda. *Journal of Advertising*, v. 46, n. 3, 2017, p. 367. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/00913367.2017.1339368>. Acesso em: 05 jan. 2021.

³⁶ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Teoria geral do direito digital: transformação digital: desafios para o Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 71-72.

³⁷ BECK, Ulrich. *Metamorfose do mundo: novos conceitos para uma nova realidade*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p.185.

garantias constitucionais devem igualmente estender-se sobre o mundo digital, de forma a proteger o poder de escolha dos indivíduos em rede, lembrando que a “a construção da personalidade requer a liberação de condicionamentos que podem distorcer o seu processo formativo”.³⁸ A dinâmica de controle, *in casu*, conclui-se como paradoxal: excessivo controle comportamental digital conduz, logicamente, o usuário à perda da noção de liberdade e do exercício do controle sobre as próprias decisões, levando a um descontrole na formação de suas vontades ou, de outra forma, um “controle guiado” pelo algoritmo.

3 A (re)afirmação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade frente ao controle comportamental e riscos à liberdade digital

A proteção conferida ao livre desenvolvimento da personalidade é relativamente recente e ganhou força com a Declaração Universal de Direitos Humanos ao dispor no art. 22 que: “Todo o homem, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade”.³⁹ A Declaração Universal dos Direitos Humanos ao dar voz ao livre desenvolvimento da personalidade influenciou diversas constituições que ressignificaram a proteção à própria condição humana e sua dignidade.

Neste cenário, a Constituição de Portugal previu no art. 26, inciso 1, ao tratar de outros direitos pessoais que: “A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação”.⁴⁰ Por sua vez, a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, dentre os direitos de liberdade, prevê em seu artigo 2º, inciso I que “Todos têm direito ao livre desenvolvimento da personalidade, contanto que não lesem os direitos de terceiros e não atentem contra a ordem constitucional e os bons costumes”.⁴¹ A Constituição

³⁸ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 117.

³⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Promulgada em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 13 jan. 2021.

⁴⁰ PORTUGAL. Assembleia da República. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <https://www.igac.gov.pt/documents/20178/358682/Constitui%C3%A7%C3%A3o+da+Rep%C3%BAblica+Portuguesa.pdf/75cbb3ef-b379-43a3-af8c-78ff82b1868f>. Acesso em: 13 jan. 2021.

⁴¹ ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal*. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2021.

italiana prevê, em seu art. 2º, que “a República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, seja como indivíduo, seja nas formações sociais nas quais se desenvolve sua personalidade”.⁴² Na Constituição brasileira, embora não esteja expressamente indicado o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, o reconhecimento da dignidade humana, da liberdade e da autonomia como princípios fundantes pressupõem o exercício da liberdade de escolhas existenciais, do direito à imagem, à privacidade e também à proteção de dados pessoais.

No Código Civil brasileiro de 2002 há um capítulo específico para tratar dos direitos de personalidade que estão previstos do art. 11 até o art. 21 com clara indicação de que são “intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”, exceto nos casos previstas em lei. Os direitos de personalidade são muito bem sintetizados por Schreiber ao classificá-los como sendo o “direito ao corpo, direito ao nome, direito à honra, direito à imagem e direito à privacidade”.⁴³ Freire e Sales complementam que os direitos de personalidade podem ser definidos como o “conjunto de caracteres próprios da pessoa e são direitos inerentes à própria existência”, como a defesa do que lhe é próprio que é a vida, a liberdade, a honra, a identidade, a privacidade e seus bens e valores interiores.⁴⁴

Considerando que a pessoa humana é um ser social que “vive em sociedade integrada dentro de uma comunidade de personalidades”, Szaniawski observa que a ordem jurídica deve “tornar possível a cada ser humano realizar sua tarefa ética, seu desenvolvimento criador, sua evolução pessoal e espiritual” e garantir para cada ser humano que ele seja sujeito de direito com a devida “autonomia de vontade em suas relações sociais” e a valorização da dignidade.⁴⁵

Pais de Vasconcelos ao tratar dos direitos da personalidade compreende que “a personalidade é a qualidade de ser pessoa. Esta qualidade tem uma relevância jurídica crucial. Todo o Direito é construído a partir dela e a seu propósito”. Cada pessoa humana é única e irrepetível. O autor complementa que “não há Direito sem pessoas, sem pessoas humanas, de carne e osso, com amor e ódio, alegria e tristeza, prazer e dor, bondade e maldade, solidez e fragilidade, concepção e morte”.⁴⁶

⁴² RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 116.

⁴³ SCHREIBER, Anderson. *Direito da Personalidade*. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Atlas, 2014, p. 15.

⁴⁴ FREIRE, Geovana Maria Cartaxo de Arruda; SALES, Tainah Simões. Os direitos à identidade digital e ao acesso à internet como instrumento de concretização dos objetivos do desenvolvimento do milênio e da democracia. *Justiça do Direito*, v. 29, n. 3, p. 563-686, set./dez. 2015, p. 568.

⁴⁵ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 115-116.

⁴⁶ PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. *Direito de personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 47.

Portanto, direitos de personalidade são “próprios da pessoa em si, ou seja, originários do homem, com o seu nascimento, e aqueles referentes à projeção dos direitos de ordem moral e social do homem nas relações exteriores”. O que é tutelado “é o valor da pessoa, sem limites, salvo aqueles postos no seu interesse e no interesse de outras pessoas humanas”. O ser humano tem a garantia de poder fazer as “escolhas axiológicas que o identificam não só como pessoa humana, mas também que lhe instituem sua singularidade vital”. Dito de outro modo, o livre desenvolvimento da personalidade confere ao ser humano a garantia de autodeterminação “sobre si mesmo (liberdades individuais psíquicas)”, bem como a garantia de liberdade de consciência, direito à integridade intelectual e moral, livre manifestação do pensamento, livre desenvolvimento espiritual e intelectual, liberdade de crença, liberdade política, identidade pessoal, familiar e social e de divertimento. Também é entendido como a liberdade pública pessoal que se manifesta “na segurança do próprio corpo físico (integridade física, liberdade de ir e vir)” e “como condição da existência coletiva, da extensão dos interesses particulares de um sujeito à esfera de outrem com interesses igualmente dignos de tutela”.⁴⁷

Sistemas programados para induzir condutas violam o núcleo central do direito ao livre desenvolvimento da personalidade e subtraem algo da dignidade, como a faculdade do ser humano de se definir como pessoa e de se tornar o que intimamente planejou.

Os desafios jurídicos, éticos e sociológicos decorrentes do desenvolvimento e uso desse tipo de tecnologia de controle comportamental são produto do que o sociólogo Ulrich Beck denomina de segunda modernidade: na primeira, impera a metafísica da reprodução, onde o futuro não perde conexões básicas com o passado e a sociedade é capaz de prever e colonizar o futuro; no entanto, na segunda, a modernidade acaba por romper com a continuidade do passado, visto que velhos preceitos (jurídicos-éticos-sociais) não mais aplicam-se de forma integral diante da nova realidade tecnológica que emerge.⁴⁸

No entanto, é possível considerar a extensão de princípios e normas jurídicas como válidos à proteção da personalidade do indivíduo dentro do meio digital: a virtualização dos corpos, como bem aponta Pierre Lévy, é uma nova etapa de autocriação – através da técnica – que sustenta a espécie humana, sendo uma projeção, vetorização, multiplicação ou mesmo heterogenia do corpo humano.⁴⁹ Sobre corpo humano se assenta o pressuposto de dignidade humana, fundamento da ordem constitucional brasileira (art. 1º, III, CF/88), sendo-lhe assegurados direitos

⁴⁷ ARAÚJO, Maria Angélica Benetti. A disciplina dos direitos de personalidade no Direito Português. *Revista de Direito Privado*, v. 45, p. 41-68, Jan./Mar, 2011, p. 43.

⁴⁸ BECK, Ulrich. *Metamorfose do mundo: novos conceitos para uma nova realidade*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p. 72.

⁴⁹ LÉVY, Pierre. *O que é virtual? 2.* ed. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 27-33.

humanos e garantias fundamentais arroladas no art. 5º da Constituição brasileira: o corpo virtual é extensão do corpo físico (inclusive sendo capaz de provocar efeitos neste), logo estende-se o escopo protetivo constitucional sobre o mesmo, a fim de garantir efetiva dignidade e eficácia sobre os direitos fundamentais. Tem-se, neste sentido, uma (re)construção de direitos de liberdade e defesa da personalidade, transformando-se “do segredo das comunicações na *internet* à extensão da promessa da *Magna Charta* – não te tocaremos – do corpo físico ao corpo eletrônico”.⁵⁰

Neste aspecto, normas de proteção de direito de liberdade, igualdade e, inclusive, livre desenvolvimento da personalidade abrangem infraestruturas digitais, servindo de parâmetro para avaliação jurídica das consequências da seleção e controle algorítmico do comportamento, garantindo-se o exercício do direito de liberdade e formação do pensamento a sem influência, direta ou indireta, de direcionamentos comportamentais ou decisões automáticas fundadas em “metainformações” no processo de *profiling*. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais também é importante neste sentido, visto que atores privados podem consideravelmente interferir na esfera de garantias constitucionais dos cidadãos, uma vez que cada vez mais empresas privadas prestam serviços básicos, tendo o poder de interferir, através de extensa coleta de dados pessoais, na formação da opinião política, restrição e geração de oportunidades, participação social e, inclusive, em tarefas mais cotidianas da vida.⁵¹

Ainda assim, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, tais circunstâncias acabam por ensejar, igualmente, “a criação de novos mecanismos para a proteção da dignidade humana e dos direitos de personalidade por um lado [...] e, por outro, dos princípios do estado de direito, da democracia e das correlatas liberdades comunicativas”.⁵² Neste aspecto, Wolfgang Hoffmann-Riem aponta que o risco digital que o controle comportamental representa para o direito ao livre desenvolvimento da personalidade pode ser elidido através de uma forte tutela do direito à autodeterminação informativa,⁵³ que se faz presente em mecanismos de defesa constantes em recentes legislações sobre proteção de dados, como a GDPR europeia e a Lei Geral de Proteção de Dados brasileira, edificada com fundamento na autodeterminação

⁵⁰ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância*: privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 272.

⁵¹ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Teoria geral do direito digital*: transformação digital: desafios para o Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 42-46.

⁵² SARLET, I. W. Proteção da personalidade no ambiente digital: uma análise à luz do caso do assim chamado Direito ao Esquecimento no Brasil. *Espaço Jurídico Journal of Law* [EJL], v. 19, n. 2, p. 491-530, 16 ago. 2018. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/17557>. Acesso em: 16 jan. 2021.

⁵³ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Teoria geral do direito digital*: transformação digital: desafios para o Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 46.

informativa (art. 2º, II), o livre desenvolvimento da personalidade e a dignidade da pessoa humana (art. 2º, VII).

Ademais, reforça-se a analogia de Beck acerca dos ditames de Tocqueville sobre o “espírito humano”: “se a modernidade rompe com a continuidade, visto que o passado cessa de lançar luz sobre o futuro, o espírito humano fica preso na escuridão”.⁵⁴ O desenvolvimento das novas tecnologias avança consideravelmente mais rápido do que a capacidade de reflexão humana sobre as consequências jurídicas e éticas de suas aplicações, levantando questões maiores do que os propósitos do uso da técnica: desenvolver veículos e armas autônomas para substituir combatentes no campo de batalha?⁵⁵ Criar cidades digitais, como em Barcelona, na Espanha, ou plataformas de participação popular conduzidas por meio de sistemas de Inteligência Artificial, como instalado em Reykjavik, na Islândia?⁵⁶ Valer-se de processos de *profiling* e *behavioral targeting* para induzir, manipular ou influenciar o comportamento humano no exercício da liberdade ou do livre desenvolvimento da personalidade? Os fins para que são utilizadas tecnologias são relevantes, considerando que vivemos em constantes relações de poder – em que igualmente não é possível simplesmente reduzir o usuário à condição de vítima, na medida em que também exercem poder ao curtir, postar, compartilhar e interagir *on-line*. Desta forma, “qual a melhor maneira de exercer a liberdade em uma sociedade tecnológica apresenta-se como um dos mais importantes desafios da contemporaneidade”.⁵⁷ Neste aspecto, para além do campo do Direito, não há como escapar de diálogos com a Filosofia e a Ética.

Recorre-se, então, a Heidegger em seus escritos ao questionar a técnica, refletindo que o ser humano, no esforço de conduzir uma relação com a técnica, chega tarde demais para aquilo que a técnica essencializa, o que o coloca em perigo por não mais encontrar a si mesmo, ou seja: quando a vida é governada pela técnica o ser humano pode não mais encontrar a sua essência e tudo o que o define como ser humano. Entretanto, alerta que não é a técnica o perigo ou que ela seja demoníaca, pelo contrário, na técnica existe o mistério. Para o autor, a ameaça não vem das máquinas e dos aparelhos da técnica que podem causar a morte, mas a verdadeira ameaça já atacou o ser humano na sua essência quando o

⁵⁴ BECK, Ulrich. *Metamorfose do mundo: novos conceitos para uma nova realidade*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p. 72.

⁵⁵ HUPFFER, Haide Maria; PETRY, Gabriel Cemin. A (im)possibilidade do uso de *Lethal Autonomous Weapon System* frente ao direito internacional humanitário e a ética. *Revista Brasileira de Estudos de Defesa*. v. 6, n. 2, p. 125-153, jul./dez. 2019, p. 125-129. Disponível em: <https://rbed.abedef.org/rbed/article/view/75153>. Acesso em: 22 jan. 2020.

⁵⁶ MOROZOV, Evgeny; BRIA, Francesca. *A Cidade Inteligente: tecnologias urbanas e democracia*. Tradução de Humberto do Amaral. São Paulo: Ubu, 2019, p. 96 e 176.

⁵⁷ ROSA, Fábio Medeiros da; CHEVITARESE, Leandro. Vigilância e relações de poder nas redes sociais: questões éticas na sociedade contemporânea. *ORGANICOMP*, ano 14, n. 27, p. 59-69, 2º sem. 2017, p. 67.

“homem se encontra impedido de perceber o apelo de uma verdade mais originária” e abandona a sua livre essência. Por isso, Heidegger convoca o ser humano a questionar a técnica, a ver o perigo da técnica, pois ao olhar para o perigo ele se questiona e reflete sobre a essência da técnica, e este questionar para o filósofo alemão “é a devoção do pensamento”.⁵⁸

Ao questionar a técnica, Heidegger empreendeu uma caminhada para mostrar que a questão do *ser* deve ser a verdadeira e única tarefa dos pensadores e que a vida humana não pode ser compreendida com uma postura teórica objetivadora. O caminho do pensamento sobre o *ser* necessita da clareira, que para Heidegger pode ser percorrido, se a pergunta pelo sentido do *ser* for corretamente posta.

As contribuições de Heidegger instigam a questionar se o livre desenvolvimento da personalidade não está sendo diariamente ameaçado pelas estruturas midiáticas da sociedade da informação. Assim, questiona-se: até que ponto os sistemas de vigilância estão sendo moldados ao controle dos seus criadores para realizarem uma coletivização de adequação de comportamentos e produção de subjetividade? Restará alguma coisa de substancial da condição humana e da personalidade que define cada ser humano se todos os passos virtuais e físicos são acompanhados, controlados, vigiados, moldados pelos governos, organizações formais, empresas, amigos virtuais, corporações nacionais e internacionais, empresas de marketing e *hackers*? Para ingressar no “maravilhoso” mundo digital os próprios sujeitos se subordinam à biopolítica da sociedade de controle e na simplificação perigosa da liberdade de expressão e da personalidade.

Neste sentido, Hans Jonas, discípulo de Heidegger, atenta justamente a hipótese de que os velhos imperativos éticos não mais encontram total guarida no futuro tecnológico, de forma que se faz necessária uma ética do futuro pautada no princípio responsabilidade. *In casu*, sobre a natureza modificada do agir humano, atenta Jonas quanto aos benefícios e perigos éticos do controle comportamental: salvar pessoas portadoras de deficiências mentais e de sintomas dolorosos parece ser algo positivo e benéfico; todavia “uma certa transição leva do alívio do paciente – um objeto em total consonância com a tradição médica – a aliviar a sociedade da inconveniência de tratamentos individuais difíceis entre seus membros”. Para o filósofo alemão, problemas persistentes na sociedade de massas acabam por tornar este tipo de prática sedutora para fins não medicinais, isto é, para manipulação social, de forma que quando contornado o caminho humano, para a resolução de problemas humanos, “substituindo por curto-circuito de um mecanismo impessoal, subtraímos algo da dignidade dos indivíduos e damos mais um passo à frente no

⁵⁸ HEIDEGGER, Martin. A questão da técnica. *Scientiæ Zudia*, São Paulo, v. 5, n. 3, p. 375-98, 2007, p. 386-396. Disponível em: http://www.scientiaestudia.org.br/revista/PDF/05_03_05.pdf. Acesso em: 15 jan. 2021.

caminho que nos conduz de sujeitos responsáveis a sistemas programados de conduta”.⁵⁹

Como observado, com o avanço da sociedade digitalmente intermediada por algoritmos e pela *Internet das Coisas*, o valor dos dados pessoais passou a ser uma moeda de troca na economia do conhecimento, o que tornou ainda mais complexo o desafio de ser completamente anônimo, o que vem causando a erosão gradual dos direitos de personalidade. O risco de identificação dos dados pessoais processados se tornou relevante a ponto de enfraquecer os direitos de personalidade dos indivíduos. A melhor legislação de proteção de dados não oferece proteção integral à privacidade individual, pois uma vez que os dados forem analisados e as informações sobre as pessoas forem adquiridas e compartilhadas, nada garante que os dados sejam excluídos quando o indivíduo pleitear o direito ao esquecimento ou o direito a que seus dados sejam apagados. Pelas inúmeras interações diárias, em diferentes ambientes informacionais, acrescidos com as interações possibilitadas pela *Internet das Coisas*, outro grande desafio é identificar com quem estão os dados pessoais: com o fabricante do dispositivo ou com os sensores? Com os desenvolvedores de *software* e aplicativos? Com os provedores de infraestrutura e/ou negócios da análise de dados? Com o governo?⁶⁰

A Inteligência Artificial com o desenvolvimento de complexos sistemas de algoritmos digitais terá capacidade de prever qualquer cenário de forma completamente determinista. Qualquer objeto ligado à rede de *internet* poderá mapear e vigiar todos os passos do ser humano, seu código genético, suas preferências, hábitos, expressões faciais, redes sociais, consultadas na *internet*, familiares, aptidões, perfil psicológico, perfil genético, relações, opiniões, preferência política, predições sobre enfermidades e habilidades de potenciais filhos e o sequenciamento do genoma de todos os habitantes de determinada localidade. Frente à possibilidade de coletar grandes volumes de dados e de desenhar sofisticados sistemas de análise e mineração de dados, o uso inadequado da Inteligência Artificial pode expor o ser humano a novas situações de vulnerabilidade e violar direitos da personalidade. Qualquer ação que o ser humano realiza poderá ser objeto de recopilação e análise. A Inteligência Artificial, entendida como *Big Data*, com a “humanidade datificada” poderá prever com perfeição o comportamento imediato de qualquer pessoa, mesmo quando ela não estiver consciente da sua personalidade ou de suas decisões.⁶¹

⁵⁹ JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para civilização tecnológica*. Tradução original de Marijane Lisboa, Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006.

⁶⁰ KAUFFMAN, Marcos E.; NEGRI, Marcelo. New technologies and data ownership: wearables and the erosion of personality rights. *Revista de Direitos Sociais e Políticas Públicas (Unifafibe)*, v. 6, n. 1, p. 512-538, 2018, p. 528-533. Disponível em: <http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/issue/view/25>. Acesso em: 14 jan. 2021.

⁶¹ BARONI, Manuel Jesús López. Las narrativas de la inteligencia artificial. *Revista de Bioética & Derecho*, Barcelona, v. 46, p. 5-28, jul. 2019, p. 10-12. Disponível em: <https://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/27280/29232>. Acesso em: 12 jan. 2021.

Os algoritmos modificam a percepção do mundo e também atuam sobre o comportamento social influenciando a sociedade na tomada de decisões. A vigilância “por cima da pele” já é realidade e os “Estados podem vigiar não somente o que as pessoas fazem, como também o que sentem ou pensam, através de tecnologia que monitore sinais biométricos como a pressão sanguínea e o ritmo cardíaco”. Para desenvolver a vigilância, a premissa é a de que “os estados emocionais e anímicos são meros fenômenos biológicos que se correlacionam com sinais biométricos”. Com o desenvolvimento de algoritmos é possível em tempo real saber se uma pessoa ao ler uma notícia, ler comentários ou olhar fotos no Facebook, ver um vídeo e assistir TV se ela está irritada ou ansiosa, feliz ou triste e assim enviar propagandas, notícias e novas informações. Para além disso, Harari complementa que “o desenvolvimento mais importante do século XXI é a habilidade de ‘hackear’ os seres humanos, ir por baixo da pele, coletar dados biométricos, analisá-los e entender as pessoas melhor do que entendem a si mesmas”.⁶²

Estes são exemplos que não esgotam as interferências das novas tecnologias na sociedade, especialmente no que toca ao controle de comportamento humano por meio de algoritmos. Neste aspecto, repisa-se que paira paradoxal dinâmica de controle sobre o comportamento: *i)* através da coleta e análise de dados pessoais do usuário, é possível não somente direcionar seus passos com base em seu comportamento, mas, prevê-lo e influenciá-lo por meio de algoritmos, de forma que o detentor da informação exerce controle sobre o titular dos dados; *ii)* através do controle comportamental digital, o titular dos dados perde a noção de liberdade e do exercício do controle sobre as próprias decisões, levando a um descontrole na formação de suas vontades ou, de outra forma, um “controle guiado” pelo algoritmo.

Conclusão

As novas tecnologias, frutos da técnica humana, estão por toda parte, atuando nos mais diversos processos e campos da sociedade moderna, abarcando tanto novas oportunidades quanto novos riscos à sociedade informacional. Do processo de digitalização das coisas, o produto de dados pessoais digitais se destaca, sendo comparado comumente ao novo petróleo da modernidade, considerando a elevada gama de possibilidades de mercado, uma vez que é multilateral e capaz de relacionar-se com áreas distintas; a quantidade de produtos e atuações comerciais

⁶² APROXIMA-SE a era da vigilância subcutânea, adverte Yuval Noah Harari. Entrevista concedida à BBC e publicada na *Revista IHU ONLINE*, 20 maio 2020. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/599123-aproxima-se-a-era-da-vigilancia-subcutanea-adverte-yuval-noah-harari>. Acesso em: 16 jan. 2021.

derivadas de dados pessoais; assim como a alta rentabilidade e vantagens de controle e poder a serem adquiridas pelos detentores da informação.

Dentre estas vantagens destaca-se a coleta, uso e venda de dados pessoais de consumidores usuários de aplicativos, mecanismos de busca em rede, aparelhos telefônicos, redes sociais, entre outros, para processos de *profiling* e *behavioral targeting*, primeiro traçando um perfil do usuário, com base nos dados coletados, e, após, direcionando seu comportamento, por meio de anúncios personalizados, induzindo o usuário a realizar determinada ação, que pode estar voltada tanto para a indução de comportamento do consumidor a compra de determinado produto quanto a do eleitor em determinada corrida eleitoral para que simpatize com determinado candidato ou ideal político. Mais: através de práticas de *profiling* também se faz possível agrupar usuários que possuem interesses comuns nas chamadas “bolhas informacionais”, separando-as das demais e nutrindo os usuários com informações parciais, fragmentadas e selecionadas por algoritmos conforme os interesses destacados no perfil, podendo, fora os entraves relacionados ao acesso à informação, a formação de perfis por meio de algoritmos levar a práticas discriminatórias quanto a grupos de minorias selecionados.

Levantam-se questões acerca da harmonia do uso e desenvolvimento destas tecnologias com o direito e a ética, o que se faz desafiador, considerando que a modernidade não mais consegue buscar apoio em respostas passadas, uma vez que problemas como o controle comportamental digital não antes foram enfrentados e sequer imaginados. Além do frontal ataque à garantia constitucional de liberdade (digital), também é possível ver danos reflexos no direito à informação, igualdade, privacidade e, em especial, ao direito de livre desenvolvimento da personalidade, que está intimamente atrelado à dignidade humana no ato da formação da personalidade e escolhas sobre o corpo, o qual resta em xeque com o emprego de tecnologias voltadas ao direcionamento comportamental humano.

A garantia de livre desenvolvimento da personalidade faz-se presente em inúmeros documentos e Constituições internacionais, como, no caso da Declaração Universal de Direitos do Homem, e, igualmente, nas Constituições da Alemanha, Itália e Portugal, por exemplo, protegendo o direito do indivíduo de estar livre para construir sua identidade, formar sua personalidade e tomar decisões sobre o próprio corpo. A Carta Magna brasileira, embora não mencione expressamente tal garantia, está fundada sob o princípio de dignidade da pessoa humana, guarnecendo o indivíduo de direitos fundamentais de liberdade, igualdade, privacidade, livre manifestação do pensamento e, entre outros, informação, bem como a proteção do indivíduo e seu corpo está garantida em legislações infraconstitucionais, como o Código Civil de 2002.

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade, neste contexto, garante a liberdade física e psíquica à pessoa humana e seu corpo, o qual, por força das transformações da digitalização do mundo, é virtualizado, sendo uma heterogenia do corpo, ou seja, uma extensão do corpo físico que igualmente demanda tutela jurídica. Neste aspecto, a defesa das garantias fundamentais no contexto de controle comportamental pode dar-se através de uma (re)afirmação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade: *i*) aplicando-se princípios e direitos fundamentais existentes de forma horizontal, não somente servindo de freios às arbitrariedades estatais, mas também, às práticas arbitrárias de empresas e organizações privadas, bem como interpretando-se de forma extensiva os direitos fundamentais para utilização de técnicas de controle comportamental por meio de algoritmos, criando parâmetros de avaliação jurídica das consequências na aplicação de tais tecnologias, de forma a fortalecer a liberdade de decisão do indivíduo e seu controle às formas de tratamento de seus dados pessoais; *ii*) a criação de novos mecanismos legais de defesa da dignidade humana e livre desenvolvimento da personalidade, bem como o fortalecimento de legislações específicas acerca da regulação do direito à autodeterminação informativa, como é o caso da GDPR europeia e da LGPD brasileira, que é capaz de neutralizar os riscos à liberdade digital decorrentes da prática de controle comportamental por meio de algoritmos.

O presente trabalho apresenta apenas incipientes resoluções e provocações acerca da implementação de tais tecnologias no direito, não esgotando a temática e sua monumental variedade de interrogações, de forma que persistem questionamentos jurídicos-éticos-sociais sobre o desenvolvimento e aplicação de técnicas de direcionamento e controle comportamental. Ainda assim, faz-se pertinente atentar, com base em Heidegger, que a vida não pode ser governada tão somente pelos parâmetros e promessas da técnica, sob pena de abandono das razões de humanidade, bem como, fundado em Hans Jonas, ao avanço tecnológico não é lícito apostas totais sobre a vida e a dignidade humana, de forma que seu desenvolvimento deve pautar-se essencialmente na responsabilidade e no respeito às gerações que herdarão as consequências do presente.

Referências

ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal*. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2021.

APROXIMA-SE a era da vigilância subcutânea, adverte Yuval Noah Harari. Entrevista concedida à BBC e publicada na *Revista IHU ONLINE*, 20 maio 2020. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/599123-aproxima-se-a-era-da-vigilancia-subcutanea-adverte-yuval-noah-harari>. Acesso em: 16 jan. 2021.

ARAÚJO, Maria Angélica Benetti. A disciplina dos direitos de personalidade no Direito Português. *Revista de Direito Privado*, v. 45, p. 41-68, Jan./Mar, 2011.

- ARGENTINA. *Protección de los datos personales. Ley 25.326/2020*. Promulgada parcialmente em outubro 30 de 2000. Disponível em: https://www.oas.org/juridico/PDFs/arg_ley25326.pdf. Acesso em: 18 dez. 2020.
- BARONI, Manuel Jesús López. Las narrativas de la inteligencia artificial. *Revista de Bioética & Derecho*, Barcelona, v. 46, p. 5-28, jul. 2019, p. 10-12. Disponível em: <https://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/27280/29232>. Acesso em: 12 jan. 2021.
- BECK, Ulrich. *Metamorfose do mundo: novos conceitos para uma nova realidade*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- BOEING, D. H. A.; MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Ensinando um robô a julgar: pragmática, discricionariedade, heurísticas e vieses no uso de aprendizado de máquinas no judiciário*. Florianópolis: Emais Academia, 2020.
- BOERMAN, Sophie C.; KRUIKEMEIER, Sanne; BORGESJUS, Frederik J. Zuiderveen. Online Behavioral Advertising: A Literature Review and Research Agenda. *Journal of Advertising*, v. 46, n. 3, p. 363-376, 2017. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/00913367.2017.1339368>. Acesso em: 05 jan. 2021.
- BOFF, Salete Oro; FORTES, Vinicius Borges. FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. *Proteção de dados e privacidade: do direito às novas tecnologias na sociedade da informação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Projetos com Inteligência Artificial no Poder Judiciário*. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=29d710f7-8d8f-47be-8af8-a9152545b771&sheet=b8267e5a-1f1f-41a7-90ff-d7a2f4ed34ea&lang=pt-BR&opt=ctxmenu,currsel>. Acesso em: 06 jan. 2020.
- BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 28 dez. 2020.
- CHELIGA, Vinicius; TEIXEIRA, Tarcísio. *Inteligência Artificial: aspectos jurídicos*. Salvador: JusPodivm, 2019.
- CHILE. *Ley Nº 19.628 de 18 ag. 1999*. Sobre Protección de la vida privada. Disponível em: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=141599&buscar=19628>. Acesso em: 10 dez. 2020.
- EDWARDS, Jim. *Apple Has Quietly Started Tracking iPhone Users Again, And It's Tricky To Opt Out*, 2012. Disponível em: <https://www.businessinsider.com/ifa-apples-iphone-tracking-ios-6-2012-10>. Acesso em: 04 jan. 2021.
- FREIRE, Geovana Maria Cartaxo de Arruda; SALES, Tainah Simões. Os direitos à identidade digital e ao acesso à internet como instrumento de concretização dos objetivos do desenvolvimento do milênio e da democracia. *Justiça do Direito*, v. 29, n. 3, p. 563-686, set./dez. 2015.
- HEIDEGGER, Martin. A questão da técnica. *Scientiæ Zudia*, São Paulo, v. 5, n. 3, p. 375-98, 2007, p. 386-396. Disponível em: http://www.scientiaestudia.org.br/revista/PDF/05_03_05.pdf. Acesso em: 15 jan. 2021.
- HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Teoria geral do direito digital: transformação digital: desafios para o Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- HUPFFER, Haide Maria; PETRY, Gabriel Cemin. A (im)possibilidade do uso de Lethal Autonomous Weapon System frente ao direito internacional humanitário e a ética. *Revista Brasileira de Estudos de Defesa*. v. 6, n. 2, p.125-153, jul./dez. 2019, p. 125-153. Disponível em: <https://rbed.abedef.org/rbed/article/view/75153>. Acesso em: 22 jan. 2020.

JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para civilização tecnológica*. Tradução original de Marijane Lisboa, Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006.

KAUFFMAN, Marcos E.; NEGRI, Marcelo. New technologies and data ownership: wearables and the erosion of personality rights. *Revista de Direitos Sociais e Políticas Públicas (Unifafibe)*, v. 6, n. 1, p. 512-538, 2018, p. 528-533. Disponível em: <http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/issue/view/25>. Acesso em: 14 jan. 2021.

LÉVY, Pierre. *O que é virtual?* 2. ed. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Editora 34, 2011.

MOROZOV, Evgeny; BRIA, Francesca. *A Cidade Inteligente: tecnologias urbanas e democracia*. Tradução de Humberto do Amaral. São Paulo: Ubu, 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Promulgada em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 13 jan. 2021.

PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. *Direito de personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006.

PORTUGAL. Assembleia da República. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <https://www.igac.gov.pt/documents/20178/358682/Constitui%C3%A7%C3%A3o+da+Rep%C3%BAblica+Portuguesa.pdf/75cbb3ef-b379-43a3-af8c-78ff82b1868f>. Acesso em: 13 jan. 2021.

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

ROSA, Fábio Medeiros da; CHEVITARESE, Leandro. Vigilância e relações de poder nas redes sociais: questões éticas na sociedade contemporânea. *ORGANICOMP*, ano 14, n. 27, p. 59-69, 2º sem. 2017.

RUARO, Regina Linden. Privacidade e autodeterminação informativa: obstáculos ao Estado de Vigilância. *Arquivo Jurídico*, Teresina-PI, v. 2, n. 1, jan./ jun. de 2015, p. 41-60. Disponível em: <http://revistas.ufpi.br/index.php/raj>. Acesso em: 10 jan. 2021.

SARLET, I. W. Proteção da personalidade no ambiente digital: uma análise à luz do caso do assim chamado Direito ao Esquecimento no Brasil. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]*, v. 19, n. 2, p. 491-530, 16 ago. 2018. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/17557>. Acesso em: 16 jan. 2021.

SCHREIBER, Anderson. *Direito da Personalidade*. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Atlas, 2014.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=pt>. Acesso em: 20 dez. 2020.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

HUPFFER, Haide Maria; PETRY, Gabriel Cemin. (Des)Controle digital de comportamento e a proteção ao livre desenvolvimento da personalidade. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 2, n. 1, p. 111-132, jan./abr. 2021.

Proteção de dados pessoais e Administração Pública

Protection of personal data and Public Administration

Ricardo Marcondes Martins*

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo, São Paulo, Brasil)
ricmarconde@uol.com.br
<https://orcid.org/0000-0002-4161-9390>

Recebido/Received: 23.01.2021/ January 23th, 2021

Aprovado/Approved: 17.02.2021/ February 17th, 2021

Resumo: Neste estudo examinaram-se as questões controversas referentes ao Direito Administrativo e a disciplina legal da proteção de dados pessoais. A União tem competência para disciplinar o acesso privado aos dados pessoais, para fins empresariais ou não empresariais, mas não tem competência para disciplinar o acesso administrativo estadual e municipal. Em relação ao acesso não empresarial, há acessos exclusivamente administrativos. Neste estudo, examinou-se a impossibilidade desse acesso ser realizado por empresas estatais. A Lei Federal se aplica ao acesso administrativo realizado na exploração estatal da atividade econômica. Esse acesso não se equipara ao realizado pelas empresas privadas que não integram a Administração Indireta. A aplicação de sanções administrativas pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) só é possível em relação às empresas estatais exploradoras de atividade econômica. A competência normativa da ANPD só é válida se restrita à chamada regulamentação técnica.

Palavras-chave: Proteção de dados. Empresas estatais. Autoridade Nacional de Proteção de Dados. Sanções administrativas. Competência normativa da Administração Pública.

Abstract: In this study the controversial issues related to Administrative Law and the legal discipline of the protection of personal data were examined. The Union is competent to regulate the private access to personal data, for business or non-business purposes, but it is not competent to regulate state and

Como citar este artigo/*How to cite this article:* MARTINS, Ricardo Marcondes. Proteção de dados pessoais e Administração Pública. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 2, n. 1, p. 133-149, jan./abr. 2021. DOI: 10.47975/IJDL/1martins

* Professor na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo, São Paulo, Brasil). Doutor em Direito do Estado, Subárea de Direito Administrativo, pela PUC-SP (2011). Mestre em Direito do Estado, Subárea de Direito Administrativo, pela PUC-SP (2007). Professor do Curso de Graduação e Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da PUC-SP – Núcleo Direito Administrativo. Diretor especial de Comissões Temáticas do Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos da Infraestrutura – IBEJI. Vice-Presidente do Conselho Curador da Escola Superior de Direito Municipal – ESDM-SP. Coordenador da Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura (RDAI), da Revista Brasileira de Infraestrutura (RBINF) e da Revista Internacional de Direito Público (RIDP). Líder do Grupo de Pesquisa “Ponderação no direito administrativo e contrafações administrativas”, credenciado pela PUC-SP e registrado no CNPq. Procurador do Município de São Paulo. Advogado em São Paulo.

municipal administrative access. Regarding non-corporate access, there are exclusively administrative accesses. In this study, the impossibility of this access being made by state-owned companies was examined. The Federal Law applies to administrative access made in the state exploration of economic activity. This access does not equate to that one that private companies which don't belong to Indirect Administration do. The application of administrative sanctions by the ANPD is only possible in relation to state companies that exploit economic activity. The ANPD's normative competence is only valid if it's restricted to the so-called technical regulation.

Keywords: Data protection. State-owned companies. National Data Protection Authority. Administrative sanctions. Normative competence of Public Administration.

Sumário: 1 Breve introdução – 2 Competência federal e autonomia federativa – 3 Acesso empresarial e acesso administrativo – 4 Acesso empresarial privado e acesso empresarial administrativo – 5 Responsabilização da administração por infração à LGPD – 6 Competência normativa da ANPD – 7 Conclusões – Referências

1 Introdução

A Lei Federal n. 13.709/18 (LGPD), publicada em 15.08.18, entra em vigor – considerando a *vacatio legis* de vinte e quatro meses¹ estabelecida em seu art. 65, II – em 16.08.20. Disciplina, de modo bastante pormenorizado, a proteção de “dados pessoais”, entendida essa expressão como “toda informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável”. As informações relacionadas à pessoa, por evidente, dizem respeito à sua personalidade. Certos direitos subjetivos são ínsitos ao desenvolvimento da personalidade e, por isso, na expressão de Adriano de Cupis, constituem a “medula da personalidade”.² Os chamados “direitos da personalidade” são direitos da pessoa decorrentes de sua própria condição de pessoa.³ Em obra pioneira na doutrina brasileira, Carlos Alberto Bittar conceituou-os como “direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade”.⁴ Ora, a proteção das informações pessoais são decorrência direta dos direitos ao corpo, à honra, à imagem, à privacidade, ao nome e à identidade.⁵ No direito brasileiro, os direitos da personalidade são *direitos fundamentais*, alguns expressos (CF, art. 5º, VI, X), outros implícitos (CF, art. 5º, §2º).

¹ O art. 65, II, da LGPD teve sua redação alterada pela Lei n. 13.853/19, fruto da conversão da Medida Provisória n. 869/18, para estender o prazo da *vacatio legis*, que era de dezoito meses. É de se lembrar que a lei entra em vigor no dia subsequente à consumação do prazo da *vacatio legis*, nos termos do §1º do art. 8º da Lei Complementar n. 95/98. Quando da realização deste estudo, foi editada a Medida Provisória n. 959, de 2020, para estender a *vacatio legis* para 03/05/2021. São ressalvados os artigos que disciplinam a criação da Agência Nacional de Proteção de Dados – ANPD, que entraram em vigor em 28.12.18.

² DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004, p. 24.

³ Cf. BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 21.

⁴ BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos da personalidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 1.

⁵ Sobre esses direitos *vide*, por todos: SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 71 *et seq.*

O direito subjetivo de ter domínio sobre as informações da própria pessoa decorre de seus direitos da personalidade e, pois, de seus direitos fundamentais. Restrições a esse domínio configuram autênticas “restrições” ao direito fundamental à imagem, à privacidade e à identidade.⁶ A doutrina diferencia os conceitos de “restrição de direito fundamental” do conceito de “conformação do direito fundamental”: a “conformação” configura o exercício do próprio direito, estabelecendo o seu significado jurídico; a “restrição”, como o próprio nome diz, restringe o direito fundamental.⁷ Noutras palavras, enquanto a conformação estabelece o significado jurídico do direito e, pois, os contornos da hipótese da norma que o assegura, a restrição reduz o âmbito do direito e, pois, retira condutas inicialmente abrangidas na hipótese.⁸ A Lei Federal n. 13.709/18 conformou a proteção de dados e ao fazê-lo estabeleceu várias restrições. O que se pretende neste estudo não é examinar toda a disciplina jurídica da proteção de dados estabelecida na Lei Federal. Vale dizer, não se pretende estudar toda a conformação e a restrição nela estabelecida. Pretende-se, sim, destacar os pontos controversos que essa disciplina apresenta em relação ao direito administrativo.

2 Competência federal e autonomia federativa

O Legislador Federal tem competência para conformar e restringir os direitos fundamentais da privacidade, imagem e identidade? É óbvio que tem. A Lei Federal n. 13.709/18 disciplina a utilização pelos particulares de informações privadas. A disciplina das relações privadas é objeto do direito civil e é competência privativa da União legislar sobre direito civil (CF, art. 22, I). Essa utilização dá-se, muitas vezes, para fins lucrativos, sendo, pois, ínsita à atividade comercial. É também competência privativa da União legislar sobre direito comercial (CF, art. 22, I). Quando, porém,

⁶ Adota-se a teoria *externa* dos direitos fundamentais e, por isso, fala-se em *restrições* e não em *limites*. Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 499.

⁷ Por todos: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 332-340.

⁸ Há três correntes sobre a conformação ou configuração de direitos fundamentais. A *primeira* defende uma *ampla autonomia do conceito*, de modo que o Legislador teria ampla competência para realizá-la. A corrente é bem representada por MENDES, Gilmar Ferreira. Âmbito de proteção de direitos fundamentais e as possíveis limitações. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 215. A *segunda* nega o conceito, de modo que toda “suposta” conformação seria, na verdade, uma restrição. A corrente é bem representada por: SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 10. A *terceira* defende uma relativa autonomia do conceito, pois, se, por um lado, há diferença conceitual entre restrição e conformação, por outro, o Legislador, ao conformar, está sempre vinculado a uma *conformação implicitamente* estabelecida no Texto Constitucional. Sobre a terceira corrente: MARTINS, Ricardo Marcondes. Loteamentos urbanos à luz da Constituição Federal. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura* – RDAI, São Paulo, v. 3, n. 09, p. 121-154, abr./jun. 2019, p. 124.

os dados são utilizados pela Administração Pública, seja a Administração Direta, seja a Indireta, a disciplina da utilização diz respeito ao direito administrativo. Enquanto o direito civil disciplina as relações privadas em geral,⁹ e o direito comercial disciplina a exploração privada da atividade econômica,¹⁰ o direito administrativo é o conjunto de normas que rege a Administração Pública ou, em termos objetivos, o exercício da função administrativa.¹¹ O direito administrativo é, pois, o ramo do Direito que rege a Administração Pública, é um ramo “estatutário”: é o “estatuto” da Administração.¹²

Não compete à União legislar privativamente sobre o direito administrativo. Interessante notar que o constituinte, no art. 22, lembrou até do “direito espacial”, mas não lembrou do direito administrativo. Não houve esquecimento: legislar sobre direito administrativo é decorrência direta da autonomia federativa. Assim, ao atribuir autonomia à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, no art. 18, atribuiu a essas entidades a competência para legislar sobre direito administrativo.¹³ O constituinte pode excetuar essa regra, desde que o faça expressamente (como fez, por exemplo, nos incisos II e XXVII do art. 22). Não há norma expressa na Constituição que atribua à União a competência para legislar sobre a utilização de dados pela Administração Pública. Perceba-se: o acesso administrativo a dados privados diz respeito ao direito administrativo, ao exercício da função administrativa. Consequentemente, é competência de cada entidade federativa legislar sobre a utilização administrativa de dados privados.

Justamente por isso está em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Emenda à Constituição n. 17/2019, de autoria de vários senadores, com o intuito de, além de tornar expressa, no art. 5º, a proteção de dados pessoais como direito fundamental, acrescentar o inciso XXX ao art. 22 para atribuir à União competência privativa para legislar sobre a matéria. A proposta foi encaminhada pelo Senado à Câmara dos Deputados em 03.07.2019, foi aprovada pela Comissão de Constituição, Justiça e de Cidadania da Câmara em 13.08.2019, e pela Comissão

⁹ Por todos: AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 105.

¹⁰ Se no passado o direito brasileiro aproximava-se do sistema francês da disciplina jurídica da exploração da atividade econômica, alicerçado na teoria dos atos de comércio, atualmente baseia-se no sistema italiano, alicerçado na teoria da empresa. Por todos: COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. V. 1. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 07 et seq.

¹¹ Em sentido subjetivo, formal ou orgânico, *Administração pública* refere-se a quem exerce a função administrativa; sem sentido objetivo, material ou funcional, *administração pública* refere-se à própria função. Por todos: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 50.

¹² Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. Tradução de José Alberto Froes Cal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 59. Sobre o tema vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. Qual é o critério para a incidência do Direito Administrativo? *Revista Colunistas de Direito do Estado*, www.direitodoestado.com.br, n. 257, 16.09.2016, Disponível em: <https://goo.gl/j3mPOH>. Acesso em: 15 abr. 2020.

¹³ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*, op. cit., p. 321-322.

Especial sobre Dados Pessoais em 10.12.19. Aguarda, na data da elaboração deste estudo, deliberação do Plenário da Câmara dos Deputados. A existência do Projeto apenas torna indiscutível o aqui afirmado: hoje é competência comum, própria de toda entidade federativa, legislar sobre o acesso administrativo a dados privados.

A Lei n. 13.709/18, contudo, disciplina o assunto como se ignorasse esse fato. O Legislador Federal arvora-se no direito de disciplinar o acesso a dados privados para a Administração estadual e municipal sem qualquer constrangimento. O fato não surpreende. A Federação brasileira originou-se da desagregação de um Estado unitário; deu-se por formação centrífuga.¹⁴ Na verdade, decorreu da arraigada xenofilia, própria de um “Estado colonizado”,¹⁵ que contamina boa parte dos políticos e juristas brasileiros, levando-os a copiar institutos estrangeiros. A Federação brasileira foi, inequivocamente, uma cópia da Federação norte-americana. Tanto que até a Constituição de 1967 o Estado brasileiro recebera o ridículo nome de “Estados Unidos do Brasil”.¹⁶

Sociologicamente, nunca fomos uma federação, fomos e somos um Estado unitário. Tanto é verdade que nas faculdades de Direito raramente são estudadas leis estaduais e municipais. É perfeitamente possível que o discente complete sua graduação sem estudar sequer uma lei estadual ou municipal. Nesse cenário, o fato de a União editar normas de direito administrativo com absoluto desprezo à autonomia estadual e municipal, apesar de obviamente atentatório à Constituição da República, não surpreende. Deveras: é bastante comum, no Brasil, a legislação federal ser editada e aplicada como se o Estado brasileiro fosse um Estado unitário.

3 Acesso empresarial e acesso administrativo

A Lei n. 13.709/18 tem por objeto a disciplina do “acesso empresarial de dados”, vale dizer, do acesso que tem por finalidade principal a obtenção de maior vantagem econômica possível, ou seja, a maximização do lucro.¹⁷ Por força

¹⁴ Por todos: ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria geral do federalismo democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 54-56.

¹⁵ A cultura do colonizado foi brilhantemente retratada por MEMMI, Albert. *Retrato do colonizado precedido de retrato do colonizador*. Tradução de Marcelo Jacques de Moraes. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007, p. 113 et seq.

¹⁶ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*, op. cit., p. 85-86.

¹⁷ Tecnicamente, lucro é o resultado de uma atividade que tem por finalidade principal a obtenção da maior vantagem econômica possível. Por todos: SUNDFELD, Carlos Ari. Entidades administrativas e noção de lucro. *Revista Trimestral de Direito Público – RTDP*, São Paulo, v. 6, p. 263-268, 1994, p. 264; ATALIBA, Geraldo; GONÇALVES, J. A. Lima. Excedente contábil – sua significação nas atividades pública e privada. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 6, p. 277-280, 1994, p. 277; PETER, Lafayette Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 311; MARTINS, Ricardo Marcondes. Estatuto jurídico das empresas estatais à luz da Constituição Federal. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes (Coord.). *Estatuto jurídico das empresas estatais*. São Paulo: Contracorrente, 2018, p. 25-26.

disso, o art. 4º da LGPD afasta de sua incidência: 1) o acesso de dados realizado por pessoa física para fins exclusivamente particulares ou não econômicos; 2) o acesso de dados realizado para fins exclusivamente jornalísticos e artísticos; 3) o acesso de dados para fins exclusivamente acadêmicos; 4) o acesso de dados para fins exclusivos de segurança nacional, defesa nacional, segurança do Estado ou atividades de investigação e repressão de infrações penais; 5) o acesso de dados provenientes de fora do território brasileiro e que não tenham sido objeto de comunicação, compartilhamento com agentes brasileiros ou de transferência internacional de dados com outro país.

Pode-se afirmar que todo acesso de dados que não tenha finalidade “empresarial”, ou seja, a maximização de lucros, configura um “acesso não empresarial”. Existem acessos “não empresariais” que podem ser realizados por “pessoas públicas” e por “pessoas privadas”, como o acesso para fins exclusivamente jornalísticos; e existem acessos “não empresariais” vedados às pessoas privadas, ou seja, acessos “exclusivamente administrativos”.

É o caso da quarta hipótese mencionada (art. 4º, III, c/c §1º): a LGPD proíbe às pessoas privadas, salvo se estiverem sob “controle administrativo” – ou, na linguagem do legislador, “em procedimento sob tutela de pessoa jurídica de direito público” –, o acesso de dados para fins exclusivos de segurança nacional, defesa nacional, segurança do Estado ou atividades de investigação e repressão de infrações penais. Por conseguinte, só a Administração Pública pode acessar dados para essas finalidades. Trata-se de “acesso exclusivamente administrativo”. Em suma: a LGPD proíbe para essas finalidades o acesso privado.

Pode-se perguntar: o que significa “procedimento de tutela de pessoa jurídica de direito público”? A “tutela” ou “controle administrativo” dá-se em decorrência da “descentralização administrativa”.¹⁸ Existem três tipos de descentralização: territorial ou geográfica; funcional ou técnica e por colaboração.¹⁹ A tutela decorrente da descentralização funcional ou técnica é aquela que atinge as “empresas estatais”, sociedades de economia mista e empresas públicas. A tutela decorrente da descentralização por colaboração é a que atinge as “concessionárias” e “permissionárias” de serviços públicos. O §4º do art. 4º da LGPD, porém, estabelece que em nenhum caso será admitido o acesso privado à totalidade de dados para as finalidades referidas no inciso III, salvo se a pessoa privada possuir capital integralmente constituído pelo poder público. Em linguagem técnica: esse acesso é vedado às pessoas privadas, salvo se for fruto de uma descentralização, mas, ainda

¹⁸ Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 159-160; MARTINS, Ricardo Marcondes. Descentralização administrativa e contrafações. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 21, n. 114, p. 47-73, mar./abr. 2019, p. 49-50.

¹⁹ MARTINS, Ricardo Marcondes. Descentralização administrativa e contrafações, *op. cit.*, p. 51-53.

assim, o acesso “total” só será possível se a entidade privada for uma “empresa pública”. Com efeito: uma empresa privada que possua capital integralmente constituído pelo poder público é, por definição, uma empresa pública.²⁰

Os §§1º e 4º do art. 4º da LGPD envolvem um difícil problema do direito administrativo: a validade da constituição de empresas estatais para finalidades diversas da exploração da atividade econômica. Apesar de amplamente difundida,²¹ a constituição de empresas estatais para prestar serviços públicos, realizar obras públicas, exercer poder de polícia configura uma lamentável fraude.²² Empresas estatais que não exploram atividade econômica são “contrafações de autarquias”.²³ Logo, em que pese a expressa admissibilidade dos §§4º e 5º da LGPD, considerando a inconstitucionalidade da criação de empresas públicas para finalidades diversas da exploração de atividade econômica, o acesso a dados para fins exclusivos de segurança nacional, defesa nacional, segurança do Estado ou atividades de investigação e repressão de infrações penais deve dar-se ou pela Administração direta ou pela Administração autárquica e funcional, vale dizer, apenas por pessoas jurídicas de direito público.

Dito isso, indaga-se: a disciplina da LGPD destina-se à administração pública? Sim, à exploração estatal da atividade econômica. Noutras palavras, empresas públicas e sociedades de economia mista, que necessitem ter acesso a dados privados, para sua atividade fim, sujeitam-se à disciplina da LGPD. Trata-se do acesso empresarial administrativo.

4 Acesso empresarial privado e acesso empresarial administrativo

O Estado explora atividade econômica, em monopólio, nos casos discriminados no art. 177 da CF/88, e em concorrência com os particulares, nas hipóteses indicadas no art. 173 da CF/88.²⁴ Em ambos os casos, quando tem acesso a dados privados para a atividade-fim submete-se à disciplina da LGPD. É mister enfatizar, contudo, que a “exploração privada” da atividade econômica não se

²⁰ MARTINS, Ricardo Marcondes. Estatuto jurídico das empresas estatais à luz da Constituição Federal, *op. cit.*, p. 95 *et seq.*

²¹ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. Estatuto jurídico das empresas estatais à luz da Constituição Federal, *op. cit.*, p. 40 *et seq.*

²² MARTINS, Ricardo Marcondes. Estatuto jurídico das empresas..., *op. cit.*, p. 53 *et seq.*

²³ MARTINS, Ricardo Marcondes. Estatuto jurídico das empresas..., *op. cit.*, p. 63 *et seq.* No mesmo sentido: MUKAI, Toshio. *O direito administrativo e o regime jurídico das empresas estatais*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 265.

²⁴ Sobre ambos *vide*: MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria jurídica da liberdade*. São Paulo: Contracorrente, 2015, p. 175; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 268-280; 321 *et seq.*

confunde com a “exploração estatal”.²⁵ A empresa estatal é Administração Pública, ainda que integrante da Administração Indireta, é um braço do Estado para a realização do interesse público.²⁶ Justamente por isso, nos termos do *caput* do art. 173, a exploração estatal da atividade econômica só é admitida para atender aos imperativos da segurança nacional e o relevante interesse coletivo.²⁷ Noutras palavras, a Constituição não admite que o Estado explore atividade econômica apenas e tão somente para obter lucro, como um empresário a mais no mercado.

A empresa privada (particular) tem interesse jurídico – vale dizer, interesse admitido pelo Direito – de ter acesso a dados privados para realização exclusiva de seus próprios interesses, ou seja, para tão somente maximizar seus lucros. A empresa estatal, ao revés, tem acesso a dados privados, em última análise, não para maximizar seus ganhos econômicos, mas para atender aos imperativos da segurança nacional e ao relevante interesse coletivo.

Conforme já referido no item anterior, tornou-se muito comum a criação de empresas estatais para realização de atividades diversas da exploração de atividade econômica. Com efeito: criaram-se empresas estatais para realização das mais diversas atividades estatais, dentre elas a prestação do serviço público. Por sinédoque, essas empresas são identificadas como “prestadoras de serviço público”.²⁸ Nos termos do art. 24 da LGPD, as empresas estatais que exploram a atividade econômica sujeitar-se-ão ao mesmo regime de acesso estabelecido para as empresas privadas; já as empresas estatais que prestam serviços públicos sujeitar-se-ão ao mesmo regime de acesso estabelecido para as pessoas de direito público.

A exegese do dispositivo impõe três observações. Primeira: o *caput* do referido art. 24, ao estabelecer a submissão ao “mesmo tratamento dispensado às pessoas jurídicas de direito privado particulares”, deve ser submetido a uma interpretação conforme a Constituição. As empresas estatais exploradoras de atividade econômica não podem ter nenhum benefício, no acesso aos dados, não extensível às empresas particulares. Se tiverem, a concorrência será desleal, com violação do art. 173, §1º, da CF/88. Há, pois, uma “igualdade em relação aos benefícios”. Não há, porém, uma “igualdade em relação às restrições”. Isso em

²⁵ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. Estatuto jurídico das empresas estatais à luz da Constituição Federal, *op. cit.*, p. 74 *et seq.*

²⁶ Nesse sentido, o escólio de Celso Antônio Bandeira de Mello: “Empresas públicas e sociedades de economia mista são, fundamentalmente e acima de tudo, instrumentos de ação do Estado. O traço essencial caracterizador destas pessoas é o de se constituírem em *auxiliares* do Poder Público; logo, são entidades voltadas, por definição, à busca de interesses transcendentes aos meramente privados” (*Curso de direito administrativo, op. cit.*, p. 201).

²⁷ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. Estatuto jurídico das empresas estatais à luz da Constituição Federal, *op. cit.*, p. 74 *et seq.*

²⁸ MARTINS, Ricardo Marcondes. Estatuto jurídico das empresas estatais à luz da Constituição Federal, *op. cit.*, p. 55-57.

decorrência do fato de que as empresas estatais não são simples empresas, mas braços do Estado para realização da missão estatal, integrantes da Administração Indireta. Nos termos aqui afirmados: não podem servir-se do acesso aos dados privados apenas e tão somente para maximizar seus ganhos.

Segunda observação: agiu bem o Legislador ao prever, no parágrafo único do art. 24 da LGPD, a submissão das empresas estatais prestadoras de serviços públicos ao mesmo regime das entidades de direito público. Como dantes afirmado, essas entidades não passam de “contrafações de autarquia”; logo, sujeitam-se integralmente ao direito público, inclusive no que tange ao acesso a dados.

Terceira observação: essa previsão, do referido parágrafo único do art. 24, não torna válida a criação de empresas estatais prestadoras de serviço público. Essas empresas configuram uma fraude, uma inválida fuga para o direito privado, atentatória da Constituição, pois, são, reitera-se, autarquias invalidamente disfarçadas de empresas estatais.

5 Responsabilização da administração por infração à LGPD

O art. 52 da LGPD prevê várias sanções administrativas ao descumprimento das obrigações e proibições nela estabelecidas: advertência, multa, publicização da infração, bloqueio e eliminação de dados pessoais, suspensão parcial do funcionamento do banco de dados, suspensão do exercício de atividade de tratamento de dados, proibição parcial ou total do exercício de atividades relacionadas ao tratamento de dados. Essas sanções, estabelece o dispositivo, serão aplicadas pela autoridade nacional. Nos termos do art. 55-A, trata-se da Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD, órgão da administração federal integrante da Presidência da República.

Nesse ponto a LGPD apresenta, em relação ao direito administrativo, um tema bastante interessante: a aplicação de sanções administrativas à Administração Pública. Apesar de a literalidade da Lei não deixar claro, não cabe à ANPD aplicar as referidas sanções administrativas às pessoas jurídicas de direito público. Não existe controle administrativo de uma entidade federativa sobre a outra. Assim, a União não tem competência para impor uma sanção administrativa a Estados e Municípios e vice-versa. A imposição de uma sanção administrativa pressupõe uma relação de sujeição, uma relação vertical entre o sancionador e o sancionado.²⁹ Todas as entidades federativas estão numa relação horizontal, não há sujeição administrativa entre uma e outra, e, por isso, inexistente possibilidade de uma entidade

²⁹ Sobre a relação de sujeição: MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria jurídica da liberdade*, op. cit., p. 127-128.

federativa impor, administrativamente, uma sanção sobre outra.³⁰ Idêntica regra se estende às autarquias e fundações públicas, pessoas jurídicas de direito público, integrantes da Administração indireta da entidade que as instituiu. Da mesma forma que a ANDP não tem competência para sancionar Estados e Municípios, também não tem competência para sancionar as pessoas de direito público por eles constituídas.

Poder-se-ia argumentar: pode a ANPD impor sanção administrativa aos órgãos federais e às pessoas de direito público federais? O tema das relações entre entidades administrativas e entre órgãos administrativos ainda é pouco tratado na doutrina. Em que pese eventuais discordâncias, não há razão jurídica para, no âmbito do controle interno,³¹ um órgão sancionar outro, ou uma entidade pública sancionar outra. Trata-se de uma regra elementar: a Administração Pública não deve sancionar a si mesma. Todos os órgãos e entes públicos são regidos pelos princípios da *cooperação* e da *coordenação*, de modo que todos devem atuar como engrenagem da mesma Administração, cooperando uns com os outros e atuando em coordenação em prol do cumprimento eficiente das respectivas competências.³² Se um órgão ou uma entidade não cumpre suas funções, o controle interno deve responsabilizar os respectivos agentes públicos, mas não o próprio órgão ou entidade. Em relação a estes, devem ser adotadas medidas administrativas para resolver a correção do desvio funcional. Assim, não cabe à ANPD sancionar órgãos federais ou autarquias e fundações federais. Evidentemente, essa regra não se aplica ao controle externo, seja o controle administrativo, seja o controle jurisdicional. É perfeitamente possível que o Tribunal de Contas, no primeiro caso, ou o Poder Judiciário, no segundo, imponham sanções a pessoas de direito público.

Nos termos já explicados, existem centenas de empresas estatais que realizam atividades diversas da exploração de atividade econômica, designadas, por sinédoque, como prestadoras de serviços públicos. Conforme aqui já indicado,

³⁰ Nas precisa lição de Celso Antônio Bandeira de Mello: “Assim, entre elas [Estados membros e União], diversamente do que ocorreria nas relações que entrevissem com pessoas de direito privado, não há relação de supremacia. Todas se encontram parificadas, cada qual com as respectivas atribuições, cada qual com suas próprias competências impenetráveis umas pelas outras” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Conflito entre União e Estado – apoderamento pela União, sem recorrer ao Judiciário, de recursos tributários que a constituição declara pertencentes aos Estados, para saciar-se de alegados créditos – Inviabilidade. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 33, p 74-77, 2001, p. 75, esclarecimento nosso). E pouco adiante, de modo claro, afirma: “Dada a inexistência de supremacia de uns sobre outros, a nenhum deles será dado impor aquela que lhe parece ser a solução consentânea com o Direito. Havendo uma pretensão resistida não comparece a autoexecutoriedade de um Estado sobre outro, ou da União sobre um Estado ou de um Estado sobre a União. Logo, só o Poder Judiciário é que poderia acudir de imediato a pretensão de um destes sujeitos em relação a outro ou outros deles” (*Ibidem*, p. 76).

³¹ Controle interno é o controle administrativo exercido pela Administração pertencente ao Poder que editou o ato. Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 368.

³² Sobre os princípios da cooperação e da coordenação, vide: GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. *Conceptos y principios fundamentales del derecho de organización*. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 141-143.

trata-se de autênticas contrafações de autarquias, vale dizer, autarquias invalidamente disfarçadas de empresas estatais. Da mesma forma que descabe à ANPD sancionar autarquias federais – por força dos princípios da cooperação e da coordenação –, estaduais e municipais – por força da própria autonomia federativa –, também descabe a ela, pelos mesmos motivos, sancionar empresas estatais prestadoras de serviço público, sejam empresas federais, sejam empresas estaduais ou municipais.

As sanções administrativas, elencadas no art. 52, são, porém, aplicáveis às empresas estatais exploradoras de atividade econômica: sociedades de economia mista, empresas públicas e suas subsidiárias. A ANPD tem competência para aplicar essas sanções tanto às empresas federais, como às empresas estaduais e municipais. As empresas estatais exploradoras de atividade econômica não podem ter tratamento privilegiado em relação às empresas particulares, sob pena de a concorrência entre elas ser desleal. Assim, por força do §1º do art. 173 da CF/88, quando se trata de exploração de atividade econômica, as mesmas sanções aplicáveis às empresas particulares são aplicáveis às empresas estatais. Para evitar a quebra da concorrência, as entidades da Administração indireta são, em relação às restrições impostas às empresas particulares, equiparadas a estas.

Na verdade, nos termos aqui explicados, essa equiparação é relativa: na verdade, a restrição é mais intensa. As empresas estatais exploradoras de atividade econômica não são simples empresas, mas braços do Estado para realização da missão estatal. Por isso, nos termos aqui explicados, o acesso a dados, permitido a elas, não se dá exatamente nos mesmos termos que o acesso a dados permitido às empresas particulares. Pode-se, porém, distinguir: em relação às empresas federais, a ANPD tem competência para sancioná-las não apenas pelo descumprimento das obrigações impostas pela LGDP às empresas particulares, mas por descumprimento de seus deveres enquanto entes da Administração indireta federal, braços da União em sua missão de realizar suas competências constitucionais.

Em relação às empresas estatais estaduais e municipais, a ANPD só tem competência para sancioná-las pelo descumprimento das obrigações impostas pela LGDP às empresas particulares. Quer dizer: eventual descumprimento de sua “missão pública” só pode ser sancionado pela entidade federativa que as criou.

6 Competência normativa da ANPD

A LGDP atribuiu uma ampla competência normativa à ANPD, entendida a expressão como a competência para editar normas administrativas abstratas:

- a) emitir opiniões técnicas ou recomendações relativas às finalidades públicas discriminadas no inciso III do art. 3º, referentes ao aqui chamado “acesso não empresarial proibido” (art. 3º, §3º);

- b) regulamentar a comunicação e o uso compartilhado de dados pessoais sensíveis entre controladores com objetivo de obter vantagem econômica (art. 10, §3º);
- c) dispor sobre padrões ou técnicas utilizados em processo de anonimização (art. 12, §3º);
- d) regulamentar o acesso a dados para realização de estudos em saúde pública (art. 13, §3º);
- e) regulamentar a portabilidade de dados a outro fornecedor (art. 18, V);
- f) regulamentar o fornecimento de cópia eletrônica integral de dados (art. 19, §3º);
- g) estabelecer novos prazos para atendimento de requisição do titular sobre a confirmação da existência ou o acesso a dados (art. 19, §4º);
- h) dispor sobre as formas de publicidade das operações de tratamento (art. 23, §1º);
- i) regulamentar o dever de informação a ela sobre a comunicação ou o compartilhamento de dados de pessoa jurídica de direito público a pessoa privada (art. 27, parágrafo único);
- j) estabelecer normas complementares sobre as atividades de comunicação e de compartilhamento de dados (art. 30);
- k) dispor sobre padrões de interoperabilidade para fins de portabilidade, livre acesso aos dados e segurança, bem como sobre o tempo de guarda dos registros (art. 40);
- l) estabelecer normas complementares sobre a definição e as atribuições do encarregado pelo tratamento de dados (art. 41, §3º);
- m) estabelecer os padrões mínimos sobre a adoção de medidas para proteção contra o acesso não autorizado ou contra situações acidentais ou ilícitas (art. 46, §1º);
- n) definição do prazo para comunicação a ela e ao titular de incidente que possa acarretar risco ou dano ao titular (art. 48, §1º);
- o) definir as metodologias que orientarão a fixação das multas administrativas previstas na LGPD (art. 53);
- p) disciplinar a adequação progressiva dos bancos de dados existentes ao determinado pela LGPD (art. 63).

Essa ampla competência normativa gera vários problemas exegéticos. Primeiro: há que se verificar se não há aí violação do princípio da legalidade. A Constituição da República proíbe os chamados regulamentos delegados ou autorizados.³³ Regulamentos, no direito brasileiro, só são válidos se forem executivos, quer dizer,

³³ Por todos: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito...*, op. cit., p. 349 et seq.

prestarem-se à fiel execução das leis. A Constituição prevê, no art. 68, um meio específico para delegação da função legislativa ao Executivo: a edição de resolução e, com base nela, posterior edição de lei delegada. Edição de regulamento com base em autorização dada em lei ordinária viola o art. 5º, II; 84, IV e 68 da CF/88. Não cabe ao Legislador estabelecer na lei: “esta matéria será disciplinada pelo Executivo em regulamento”. Caso o faça, realizará uma inválida “delegação disfarçada”.³⁴ Por isso, a atribuição de competência normativa à ANPD só será válida caso não esteja atribuindo a esta a realização de ponderações “autônomas” no plano abstrato, vale dizer, o estabelecimento de *novas* proibições, permissões ou obrigações; as ponderações no plano abstrato, próprias da competência regulamentar, devem ser instrumentais da ponderação legislativa.³⁵ O “núcleo essencial” da conduta proibida ou obrigatória deve constar da lei. Ademais, não pode a ANPD afastar, por si, sem qualquer respaldo na lei, obrigações ou proibições estabelecidas pelo Legislador. Noutras palavras: não pode a ANPD inovar, originariamente, no plano abstrato.³⁶

Segundo: há que se verificar se há aí violação da competência estabelecida no art. 84, IV, da CF/88. Por força desse dispositivo, a competência regulamentar é privativa do Chefe do Executivo, sendo, inclusive, nos termos do parágrafo único do mesmo dispositivo, indelegável.³⁷ Assim, não pode o Legislador, sem violar, o art. 84, IV, atribuir a competência regulamentar, privativa do Presidente da República, à ANPD. Há, porém, uma exceção, implicitamente estabelecida no texto constitucional. Trata-se da “regulamentação técnica”,³⁸ que, segundo doutrina consagrada,³⁹ pode ser estabelecida pelo respectivo órgão técnico. Considera-se que a Constituição, implicitamente, autoriza que a regulamentação técnica possa ser realizada pelo respectivo órgão técnico. Logo, toda a competência normativa atribuída à ANPD é válida caso se restrinja apenas à fixação de conceitos técnicos, ou, mais precisamente, à averiguação ou à operacionalização técnica para precisar conceitos utilizados na lei que sofram o influxo da rápida mudança em virtude do aprimoramento do conhecimento.⁴⁰

³⁴ *Ibidem*, p. 365.

³⁵ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. Ato administrativo. *In*: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Tratado de direito administrativo*. V. 5: Ato administrativo e procedimento administrativo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 129-133.

³⁶ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, *op. cit.*, p. 82 *et seq.*; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*, *op. cit.*, p. 106 *et seq.*

³⁷ MAZZA, Alexandre. *Agências reguladoras*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 180-181.

³⁸ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*, *op. cit.*, p. 108-109. Também chamados de *regulamentos de complementação*. Cf. ANDRADE, Leticia Queiroz. Poder normativo das agências reguladoras: legitimação, extensão e controle. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 15, ago./out. 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 15 abr. 2020.

³⁹ Por todos: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, *op. cit.*, p. 370; 372.

⁴⁰ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*, *op. cit.*, p. 108-109.

7 Conclusões

1. A Lei Federal n. 13.709/18 (LGPD) conformou a proteção de dados pessoais, direito da personalidade e direito fundamental, e ao fazê-lo estabeleceu várias restrições. Neste estudo examinaram-se os pontos controversos que essa disciplina apresenta em relação ao direito administrativo.

2. Legislar sobre direito administrativo é competência comum, e não privativa da União. O acesso administrativo a dados privados diz respeito ao direito administrativo, ao exercício da função administrativa. Conclui-se, então, ser competência de cada entidade federativa legislar sobre o acesso administrativo de dados privados. O Projeto de Emenda à Constituição n. 17/2019 reforça o acerto dessa conclusão.

3. Apesar disso, a LGPD disciplina o assunto como se a competência fosse privativa da União. O fato, diante da realidade brasileira, avessa à forma federativa, apesar da consagração constitucional, não surpreende. É bastante comum, no Brasil, a legislação federal ser editada e aplicada como se o Estado brasileiro fosse um Estado unitário.

4. A LGPD disciplina o acesso empresarial de dados privados. Existem acessos não empresariais que podem ser realizados por pessoas públicas e por pessoas privadas, e existem acessos vedados às pessoas privadas, exclusivamente administrativos. Em relação aos últimos, a LGPD proíbe que sejam realizados por pessoas privadas, salvo se estiverem sob “tutela de pessoas públicas”, e, ainda assim, o “acesso total” só será possível se se tratar de uma “empresa pública”.

5. É inválida a criação de empresas estatais para atividades diversas da exploração de atividade econômica. Logo, concluiu-se que, apesar da ressalva legal, o acesso exclusivamente público só pode ser realizado pela Administração direta, autárquica ou fundacional.

6. O acesso empresarial privado não se confunde com o acesso empresarial público. As empresas estatais exploradoras de atividade econômica concorrem com as empresas privadas e, por isso, não podem ter benefícios não estendíveis às últimas. Assim, no que diz respeito ao acesso aos dados privados, empresas estatais exploradoras de atividade econômica e empresas particulares se equiparam.

7. A equiparação, porém, restringe-se aos benefícios, não às restrições. A empresa estatal é um braço do Estado para realização do interesse público: só é admitida para atender aos imperativos da segurança nacional e ao relevante interesse coletivo. Concluiu-se, por isso, que ela não pode utilizar-se dos dados privados apenas para maximizar seus ganhos.

8. Muitas empresas estatais foram criadas para realizar atividades diversas da exploração de atividade econômica: são chamadas, por sinédoque, de prestadoras de serviço público. A LGPD acertadamente atribui a elas o regime de acesso das pessoas de direito público. A previsão legal, contudo, não faz com que sua criação

seja válida. Essas empresas configuram uma fraude: são contrafações de autarquia, sujeitas, por isso, integralmente ao direito público.

9. Compete à Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD impor as sanções previstas no art. 52 da LGPD. Por força da autonomia federativa, a ANPD não tem competência para sancionar Estados e Municípios, nem as autarquias e fundações públicas criadas por eles.

10. No âmbito do controle interno, em decorrência dos princípios da cooperação e da coordenação, um órgão ou ente público não pode sancionar outro órgão ou ente público. Diante do descumprimento da LGPD, a ANPD pode sancionar os agentes federais, mas não órgãos ou entes públicos federais.

11. A ANPD tem, porém, competência para sancionar as empresas federais, estaduais e municipais exploradoras de atividade econômica. Para evitar a quebra da concorrência com as empresas particulares, as empresas estatais são, em relação às restrições impostas às empresas particulares, equiparadas a elas.

12. A equiparação, conforme conclusão anterior, é relativa: a empresa estatal é um braço do Estado para o cumprimento do interesse público. Diante disso, distinguiu-se: em relação às empresas federais, a ANPD tem competência para sancioná-las não apenas pelo descumprimento das obrigações impostas pela LGPD às empresas particulares, mas por descumprimento de seus deveres enquanto entes da Administração indireta federal.

13. Em relação às empresas estatais estaduais e municipais, a ANPD só tem competência para sancioná-las pelo descumprimento das obrigações impostas pela LGPD às empresas particulares. Eventual descumprimento de sua “missão pública” só pode ser sancionado pela entidade federativa que as criou.

14. A LGPD atribuiu à ANPD uma ampla competência normativa. Impõem-se duas restrições a essa atribuição. Primeira: ela é inválida caso viole a legalidade, vale dizer, possibilite à ANPD realizar ponderações autônomas no plano abstrato. Segunda: ela é inválida caso extrapole o âmbito da regulamentação técnica. A competência regulamentar é, no ordenamento brasileiro, privativa do Chefe do Executivo. Excepcionalmente, por autorização implícita da Constituição, admite-se a regulamentação técnica pelo respectivo órgão técnico.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ANDRADE, Leticia Queiroz. Poder normativo das agências reguladoras: legitimação, extensão e controle. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 15, ago./out. 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 15 abr. 2020.

- ATALIBA, Geraldo; GONÇALVES, J. A. Lima. Excedente contábil – sua significação nas atividades pública e privada. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 6, p. 277-280, 1994.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Conflito entre União e Estado – apoderamento pela União, sem recorrer ao Judiciário, de recursos tributários que a constituição declara pertencentes aos Estados, para saciar-se de alegados créditos – Inviabilidade. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 33, p 74-77, 2001.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos da personalidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial – v. 1*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. *Conceptos y principios fundamentales del derecho de organización*. Madrid: Marcial Pons, 2000.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. Tradução de José Alberto Froes Cal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Loteamentos urbanos à luz da Constituição Federal. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura – RDAI*, São Paulo, vol. 3, n. 09, p. 121-154, abr./jun. 2019.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Qual é o critério para a incidência do Direito Administrativo? *Revista Colunistas de Direito do Estado*, www.direitodoestado.com.br, n. 257, 16.09.2016, Disponível em: <https://goo.gl/j3mPOH>. Acesso em: 15 abr. 2020.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Estatuto jurídico das empresas estatais à luz da Constituição Federal. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes (Coord.). *Estatuto jurídico das empresas estatais*. São Paulo: Contracorrente, 2018, p. 17-112.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Descentralização administrativa e contrafações. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 21, n. 114, p. 47-73, mar.-abr. 2019.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria jurídica da liberdade*. São Paulo: Contracorrente, 2015.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Ato administrativo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Tratado de direito administrativo – v. 5: Ato administrativo e procedimento administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 31-437.
- MAZZA, Alexandre. *Agências reguladoras*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MEMMI, Albert. *Retrato do colonizado precedido de retrato do colonizador*. Tradução de Marcelo Jacques de Moraes. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

- MENDES, Gilmar Ferreira. Âmbito de proteção de direitos fundamentais e as possíveis limitações. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1. ed., 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
- MUKAI, Toshio. *O direito administrativo e o regime jurídico das empresas estatais*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- PETTER, Lafayette Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Entidades administrativas e noção de lucro. *Revista Trimestral de Direito Público – RTDP*, São Paulo, v. 6, p. 263-268, 1994.
- ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria geral do federalismo democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MARTINS, Ricardo Marcondes. Proteção de dados pessoais e Administração Pública. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 2, n. 1, p. 133-149, jan./abr. 2021.

Ética pública e parcialidade no combate à corrupção: o caso *The Intercept Brasil* vs. Operação Lava Jato

Public ethics and partiality in the fight against corruption: The Intercept Brasil vs. Operation Car Wash

Emerson Gabardo*

Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Universidade Federal do Paraná (Curitiba, Paraná, Brasil).
emerson.gabardo.br@gmail.com.
<https://orcid.org/0000-0002-1798-526X>

Gabriel Strapasson Lazzarotto**

Universidade Federal do Paraná (Curitiba, Paraná, Brasil)
gabriel_strapa@hotmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-1582-3136>

Nicholas Andrey Monteiro Watzko***

Universidade Federal do Paraná (Curitiba, Paraná, Brasil)
nwatzkow@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0003-0305-500X>

Recebido/Received: 11.02.2021/ February 11th, 2021

Aprovado/Approved: 08.03.2021/ March 08th, 2021

Como citar este artigo/*How to cite this article*: GABARDO, Emerson; LAZZAROTTO, Gabriel Strapasson; WATZKO, Nicholas Andrey Monteiro. Ética pública e parcialidade no combate à corrupção: o caso *The Intercept Brasil* vs. Operação Lava Jato. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 2, n. 1, p. 151-198, jan./abr. 2021. DOI: 10.47975/IJDL/1gabardo

* Professor Titular de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor Associado de Direito Administrativo da Universidade Federal do Paraná (Curitiba, Paraná, Brasil). Doutor em Direito do Estado pela UFPR com Pós-Doutorado em Direito Público Comparado pela Fordham University School of Law – EUA (2013). Em 2020 foi Professor Visitante Sênior na Universidade da Califórnia – UCI (EUA).

** Pesquisador integrante do Núcleo de Investigações Constitucionais (NINC) da Universidade Federal do Paraná e vinculado ao PIBIC/UFPR (Curitiba, Paraná, Brasil).

*** Pesquisador integrante do Núcleo de Investigações Constitucionais (NINC) da Universidade Federal do Paraná e vinculado ao PIBIC/UFPR (Curitiba, Paraná, Brasil).

Resumo: No mês de junho de 2019, o *The Intercept Brasil* iniciou uma série de reportagens expondo conversas no aplicativo digital Telegram obtidas por fonte anônima, envolvendo membros da Operação Lava Jato, evidenciando diversas atitudes e conversas com conteúdo altamente controverso. Essas reportagens – que ficaram popularmente conhecidas como “Vaza Jato” – causaram uma grande repercussão nos meios jurídico, político e midiático, já que reacenderam o debate sobre a credibilidade e imparcialidade da Lava Jato. O objetivo deste trabalho é analisar o teor dos diálogos revelados pelo periódico, a partir da sua presunção de veracidade, no intuito de investigar se a conduta dos membros da Operação poderia ou não ser tipificada como irregular. A metodologia empregada para a elaboração da pesquisa foi a analítica-documental e teórico-bibliográfica. Para tanto, a partir das premissas do sistema processual acusatório, foram analisados os principais diálogos revelados pelo portal do *The Intercept Brasil*, bem como uma seleção das mensagens divulgadas pelo STF em decorrência da “Operação Spoofing”. A conclusão da investigação é a de que as condutas identificadas no contexto dos diálogos examinados podem ser enquadradas como tipos ilícitos. Particularmente, foi identificado que as práticas reveladas não se encaixam no sistema acusatório, aproximando-se, em verdade, do sistema inquisitivo, em afronta à Constituição da República e ao Código de Processo Penal brasileiros. Além disso, foi possível concluir que as condutas inferidas podem ser enquadráveis em tipos ilícitos nos campos administrativo e cível. Por fim, apesar de tais constatações, mesmo se confirmada a total veracidade dos diálogos da “Vaza Jato”, eles não poderiam ser admitidos para fins de responsabilização dos agentes pois decorrem de *hackeamento* ilícito de mensagens eletrônicas. Nada impede, todavia, que sejam utilizadas a favor do réu, nos processos judiciais em que tais provas constituam meio de defesa.

Palavras-chave: Combate à corrupção. Operação Lava Jato. *The Intercept Brasil*. Hackeamento de mensagens. Ética pública.

Abstract: In June 2019, The Intercept Brasil started a series of reports exposing conversations in the digital application Telegram obtained by an anonymous source, involving members of Operation Car Wash, showing various attitudes and conversations with highly controversial content. These reports – which became popularly known as “Vaza Jato” – caused great repercussions in the legal, political, and media, as they rekindled the debate about the credibility and impartiality of Car Wash. The objective of this work is to analyze the content of the dialogues revealed by the journal, based on its presumption of veracity, in order to investigate whether the conduct of the members of the Operation could be classified as irregular or not. The methodology used for the elaboration of the research was the analytical-documental and theoretical-bibliographic. To do so, from the premises of the accusatory procedural system, the main dialogues revealed by The Intercept Brasil portal were analyzed, as well as a selection of the messages released by the STF as a result of “Operation Spoofing”. The conclusion of the investigation is that the behavior identified in the context of the dialogues examined can be classified as illicit types. In particular, it was identified that the revealed practices do not fit the accusatory system, in fact, approaching the inquisitive system, in an affront to the Constitution of the Republic and the Brazilian Penal Procedure Code. In addition, it was possible to conclude that the inferred conduct can be classified into illegal types in the administrative and civil fields. Finally, despite such findings, even if the total veracity of the “Vaza Jato” dialogues was confirmed, they could not be admitted for the purpose of holding agents accountable because they stem from illicit hacking of electronic messages. However, there is nothing to prevent them from being used in favor of the defendant in legal proceedings in which such evidence constitutes a means of defense.

Keywords: Fight against corruption. Operation Car Wash. The Intercept Brasil. Message hacking. Public ethics.

Sumário: Introdução – **1** O *hackeamento* das mensagens e a metodologia de investigação – **2** Presunção de veracidade dos diálogos – **3** Sistema processual penal brasileiro: inquisitório ou acusatório? – **4** Análise da regularidade dos diálogos vazados pelo *The Intercept Brasil* – **5** Análise da tipicidade das condutas – **6** Ilícitude das provas – Considerações finais – Referências

Introdução¹

A corrupção é notório problema presente na sociedade contemporânea, em maior ou menor grau. Não são poucos os estudos que demonstram os prejuízos que causa para a qualidade das atividades do Estado, bem como o comprometimento do sistema político de um país. De acordo com Rogério Gesta Leal, a complexidade das relações entre Estado, democracia e corrupção é cada vez mais intensa,² o que sobleva a investigação das repercussões que as mudanças na configuração política dos Estados produzem sobre o Direito constitucional e o Direito administrativo.³

No contexto brasileiro, esse cenário se encontra agravado em virtude das crises econômicas e institucionais que assolaram o país na segunda década do século XX, proporcionando a ascensão de fenômenos como o moralismo político,⁴ o populismo judicial,⁵ a erosão do Estado de Direito, e a decadência democrática.⁶ Evidente, portanto, que em tempos de crise, a política acaba por se tornar um assunto ainda mais delicado, sujeito a maiores críticas da sociedade.

O fenômeno da corrupção se tornou o assunto do momento no Brasil desta segunda década do século XX, conseguindo criar uma grande unanimidade nacional, fazendo com que a sociedade brasileira aplaudisse um ambiente de “caça às bruxas” capitaneado pelo Poder Judiciário.⁷ As soluções que contrariam o Direito para fazer justiça ou que suspendem a legalidade para a proteção da moralidade tendem a se disseminar, ganhando apoio popular e tornando, paradoxalmente, o Poder Judiciário como um Poder perigoso para a democracia e o Estado de Direito. No mesmo sentido, Tom Daly ressalta que durante muito tempo o foco do autoritarismo esteve ligado ao Poder Executivo, porém, atualmente, há exemplos que impõem uma realidade mais complexa, em que o papel autoritário do Poder Judiciário também precisa ser considerado.⁸

¹ O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001 e também da Chamada CNPq nº 03/2018 – PIBIC. Processo 129185/2019-1.

² LEAL, Rogério Gesta. Estado, democracia e corrupção: equações complexas. *Revista de Investigações Constitucionais*. v. 1, n. 1, jan./abr. 2014, p. 91.

³ HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Curitiba, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul.-set., 2013.

⁴ GABARDO, Emerson. Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 65-91, out./dez., 2017.

⁵ SALGADO, Eneida Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. v. 117, p. 193-217, jul.-dez., 2018.

⁶ DALY, Tom. Understanding multi-directional democratic decay: lessons from the rise of Bolsonaro in Brazil. *Law and Ethics on Human Rights*. v. 14, n. 2, p. 199-226, 2020.

⁷ GABARDO, Emerson. Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988. *Op. cit.*, p. 81.

⁸ DALY, Tom. Understanding multi-directional democratic decay: lessons from the rise of Bolsonaro in Brazil. *Op. cit.*

Inserido nesse contexto, o objeto da presente análise é a Operação Lava Jato, considerada pela Polícia Federal como a maior investigação de corrupção da história do país.⁹ Sua importância pode ser demonstrada pela grande impactação no sistema político,¹⁰ bem como pelos altos valores econômicos envolvidos, além do perfil relevante dos investigados. Nesse sentido, vale destacar a famosa “Lista de Janot”: um pedido de investigação feito no âmbito da Lava Jato, pelo então Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, contra 83 pessoas de renome, das quais: 8 eram ministros de governo, 24 senadores, 39 deputados federais, 3 governadores, e 1 ministro do Tribunal de Contas da União.

A Lava Jato teve, portanto, anos gloriosos, sempre muito estimada pela sociedade brasileira por seus efeitos e descobertas, alcançando um grande espaço na mídia. Ocorre que, mais recentemente, esse cenário acabou se modificando, uma vez que a Operação Lava Jato começou a sofrer muitas críticas oriundas de alguns setores da sociedade e da academia jurídica, sendo acusada de operar com parcialidade. Interessante observar que, mesmo no seu auge de popularidade, a maioria dos brasileiros já achava que a operação estava sendo conduzida de forma parcial, como comprova uma pesquisa realizada pela Confederação Nacional dos Transportes (CNT), divulgada em 2016.¹¹

Em certa medida, o grupo de agentes públicos que outrora era visto como o sinônimo de luta contra a corrupção no Brasil, aos poucos perdeu sua popularidade, e passou a ser acusado de atuar de forma estratégica, com motivações políticas, partidárias e ideológicas. Em sua obra sobre a Lava Jato, a pesquisadora Fabiana Alves Rodrigues descreve de forma detalhada e cientificamente fundamentada esta realidade em que o Judiciário “transforma alguns atores das camadas intermediárias e inferiores deste poder em verdadeiros *designers* de políticas públicas de combate à corrupção (*policies*), com capacidade para definir as regras do jogo (*polity*) ou interferir na competição eleitoral (*politics*)”.¹²

Por outro lado, a pretensa parcialidade do grupo nem sempre foi considerada algo negativo para a generalidade da sociedade civil. Tanto é assim que a imagem da Lava Jato foi amplamente utilizada para captar votos em prol do então candidato a presidente Jair Bolsonaro, em 2018. “Lavatismo” e “bolsonarismo” costumam

⁹ POLÍCIA FEDERAL. *Operação Lava Jato*. Disponível em: <http://www.pf.gov.br/imprensa/lava-jato>. Acesso em: 01 jul. 2020.

¹⁰ KATZ, Andrea Scoseria. Making Brazil work? Brazilian coalitional presidentialism at 30 and its post-Lava Jato prospects. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n. 3, p. 77-102, set./dez., 2018.

¹¹ REVISTA FÓRUM. *Lava Jato é “parcial” para a maioria dos brasileiros, aponta pesquisa*. Disponível em: <https://revistaforum.com.br/noticias/pesquisa-mostra-que-maioria-dos-brasileiros-acha-a-lava-jato-parcial/>. Acesso em: 01 jul. 2020.

¹² RODRIGUES, Fabiana Alves. *Lava Jato: aprendizado institucional e ação estratégica na Justiça*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020, p. 242.

andar de mãos dadas desde então, em que pese a ruptura ocorrida com a saída de Sérgio Moro do governo de Jair Bolsonaro em 2020.¹³

Neste espectro, vale mencionar a análise feita por Fabio de Sá e Silva, professor de estudos brasileiros na *University of Oklahoma*, nos Estados Unidos, que identifica na força-tarefa da Lava Jato um “discurso iliberal” – conceito aplicado a líderes que enfraquecem as instituições e regras que garantem a limitação do exercício de seu poder – e aponta ser “difícil negar que a luta anticorrupção serviu como plataforma para a extrema direita no Brasil”.¹⁴ Segundo o autor, o que está acontecendo no Brasil é um ambiente perfeito para estudos sobre o declínio democrático. Isso porque, enquanto de um lado juízes e promotores estão sendo tratados como campeões em uma cruzada, a democracia brasileira se deteriorou rapidamente, começando pelas eleições polarizadas em 2014, passando pelo *impeachment* da ex-presidenta Dilma Rousseff em 2016 e, por fim, a prisão do ex-presidente Lula em 2018 (que o afastou das eleições presidenciais). Ao final, o pleito acabou sendo vencido pelo ex-capitão do exército e político de extrema direita, Jair Bolsonaro.¹⁵

Na realidade, as críticas à operação só se intensificaram desde 2016. Não apenas em termos jurídicos, políticos e ideológicos, mas também no campo econômico, a Lava Jato passou a ser acusada de produzir um efeito nefasto ao país. Segundo o economista Luiz Gonzaga Beluzzo, os agentes da Operação interferiram demasiadamente nas empresas brasileiras, e por conta disso a Lava Jato acabou por atingir de maneira ferrenha a economia do país, desorganizando “uma cadeia produtiva muito importante, talvez a mais importante, para a recuperação da economia, por seus efeitos sobre o emprego e a renda”.¹⁶ Idêntico ponto de vista é o de Walfrido Warde, que afirma que o combate à corrupção, elevado à condição de *show* no contexto da Lava Jato, destruiu setores inteiros da economia brasileira e, mesmo assim, não acabou com a corrupção.¹⁷

No mesmo viés, Raphael Boldt critica a Operação Lava Jato a partir da perspectiva dos danos causados pelos maxiprocessos. Segundo ele, a Lava Jato fomentou a desestruturação do sistema de direitos e garantias fundamentais típico da Constituição brasileira, além de ter reforçado valores pragmáticos como segurança e eficiência em detrimento de questões de princípio. Ainda, segundo

¹³ G1. *Ex-juiz Sérgio Moro anuncia demissão do Ministério da Justiça e deixa o governo Bolsonaro*. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/04/24/moro-anuncia-demissao-do-ministerio-da-justica-e-deixa-o-governo-bolsonaro.ghtml>. Acesso em: 15 out. 2020.

¹⁴ SILVA, Fabio de Sa e. From Car Wash to Bolsonaro: Law and Lawyers in Brazil's Illiberal Turn (2014-2018). *Journal of Law and Society*. v. 47, n. 51, p. 1-21, Oct., 2020.

¹⁵ SILVA, Fabio de Sa e. From Car Wash to Bolsonaro:... *Op. cit.*, p. 7.

¹⁶ BELUZZO, Luiz Gonzaga. As Consequências Econômicas da Lava Jato. In: KERCHÉ, Fábio; FERES JR., João (Org.). *Operação Lava Jato e a democracia brasileira*. São Paulo: Contracorrente, 2018, p. 21-37, p. 28.

¹⁷ WARDE, Walfrido. *O espetáculo da corrupção: como um sistema corrupto e o modo de combatê-lo estão destruindo o país*. Rio de Janeiro: LeYa, 2018, p. 16.

o autor, a “fantasia ideológica” que garante certa imunização da Lava Jato, é “apresentada diariamente pelos meios de comunicação de massa como símbolo de moralidade e integridade”,¹⁸ em detrimento de princípios e garantias do processo penal e da Carta Republicana brasileira. Essa imunização fica mais evidente sob a óptica do *Lawfare*. Esse fenômeno, identificado como o “uso estratégico do Direito para fins de deslegitimar, prejudicar ou aniquilar um inimigo”,¹⁹ tem como uma de suas dimensões fundamentais as “externalidades”. Isto é, são usadas “técnicas avançadas de comunicação com o objetivo de potencializar a utilização estratégica da lei para atingir um inimigo”,²⁰ criando um ambiente que legitima a persecução e indevidamente subverte o estado prévio de inocência dos acusados.

Essa legitimação, segundo o estudo de Patrícia Augsten, deu-se no âmbito da Lava Jato por meio da promoção de decisões judiciais sem a devida proposição de “reflexões aprofundadas sobre determinadas questões do Direito e da Justiça”. Assim, segundo a autora, preocupações com possíveis ilegalidades e violações de garantias fundamentais ficaram à margem das reportagens jornalísticas dos grandes veículos de comunicação, dando um significado subjetivo à ideia de justiça de tal forma que se acabou promovendo um “fundamentalismo penal”. Depreende-se, portanto, que a midiatisação dos maxiprocessos judiciais desnaturam o principal objetivo da publicidade dos processos penais, que é permitir que o cidadão exerça o papel de vigilante da jurisdição.²¹ Por outro lado, todos esses fatores tornam o assunto ainda mais relevante para o debate científico.

1 O *hackeamento* das mensagens e a metodologia de investigação

Os agentes envolvidos na Operação sempre negaram as acusações de parcialidade ou mesmo a importância das externalidades negativas produzidas. Entretanto, para agravar esse cenário de críticas à Lava Jato, o periódico *The Intercept Brasil* publicou, em junho de 2019, uma série de reportagens jornalísticas sobre o tema. Essas reportagens expuseram conversas e discussões internas no âmbito da Operação (as quais ocorreram no aplicativo Telegram), que tratavam abertamente sobre os processos judiciais, demonstrando articulação de atores no âmbito das investigações e, ainda, conversas que versavam sobre impedir a

¹⁸ BOLDT, Raphael. Maxiprocessos criminais, corrupção e mídia: uma análise a partir da operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, v. 6, n. 3, set.-dez. 2020, p. 1218.

¹⁹ ZANIN, Cristiano; MARTINS, Valeska; VALIM, Rafael. *Lawfare: uma introdução*. São Paulo: Contracorrente, 2019, p. 26.

²⁰ ZANIN, Cristiano; MARTINS, Valeska; VALIM, Rafael. *Op. cit.*, p. 53.

²¹ AUGSTEN, Patrícia. *A significação jornalística da justiça: uma análise da cobertura da Lava Jato na Folha de S. Paulo*. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Comunicação Social, PUCRS, 2019, p. 142-143.

vitória do Partido dos Trabalhadores nas eleições de 2018. Consequentemente, o ambiente de disputa pública intersubjetiva a respeito das narrativas sobre a Operação foi incrementado com um elemento novo: o próprio discurso privado dos agentes envolvidos, que se tornou objeto de estudo a partir das reportagens do *The Intercept Brasil*. Posteriormente, com o levantamento de sigilo dos autos onde se determinou que a defesa do ex-presidente Lula tivesse acesso às mensagens *hackeadas* e que são objeto da Operação Spoofing, foi divulgado um conteúdo de 50 páginas de novos diálogos anexados na Reclamação 43007,²² analisadas por perito contratado pela defesa. Aparentemente, mais mensagens serão paulatinamente liberadas para o público – o que implica afirmar que o conteúdo total de fontes tende a ser bem maior que o analisado por este artigo. A presente abordagem, portanto, confirma-se como meramente exemplificativa do fenômeno investigado. Ainda assim, a amostra apresentada é suficientemente ilustrativa da realidade, prestando-se a confirmar as conclusões obtidas. Todas as variáveis identificadas sugerem que uma futura ampliação do espectro de fontes (mensagens) tende a reforçar ainda mais as conclusões apresentadas.

Do ponto de vista de seu conteúdo, em um contexto de conflitos hermenêuticos e perspectivas opostas, o presente artigo pretende recortar o tema e concentrar-se em três questionamentos conexos a respeito da Lava Jato e das reportagens do *The Intercept Brasil*: 1. Haveria ou não alguma conduta civil (improbidade) ou administrativamente irregular nas ações descritas e no próprio teor das mensagens trocadas entre os personagens ligados à Operação? 2. Em havendo alguma conduta irregular externalizada pelas mensagens trocadas, quais seriam as irregularidades segundo o sistema constitucional brasileiro e o ordenamento legislativo atual? 3. E, finalmente, em havendo possível tipificação, as mensagens poderiam servir de prova processual para o fim de algum tipo de penalização a agentes públicos responsáveis?

Em que pese o conteúdo altamente controverso dos diálogos, há juristas que negam a existência de irregularidades, sob o argumento, dentre outros, de que as mensagens demonstrariam apenas a realidade do sistema brasileiro e, portanto, devem ser tratadas com normalidade. Neste viés, Bárbara Gomes Lupetti Baptista, especialista no estudo da imparcialidade judicial,²³ assevera que tratar como absurda, incomum ou inédita a conduta dos agentes é desconsiderar a realidade processual brasileira, bem como manter viva a crença em um conceito de imparcialidade que

²² UOL. STF tira sigilo e conversas de Moro com procuradores são divulgadas. *Migalhas*. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/quentes/339728/stf-tira-sigilo-e-conversas-de-moro-com-procuradores-sao-divulgadas>. Acesso em: 03 fev. 2021.

²³ BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. *Entre “Quereres” e “Poderes”*: Paradoxos e ambiguidades da imparcialidade judicial. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2013.

não existe.²⁴ Segundo a autora, o comportamento de Sérgio Moro não é incomum, mas revela uma lógica de uma cultura jurídica que centraliza no juiz as escolhas sobre fatos e evidências. Nesta perspectiva, em um dos diálogos travados entre procuradores do Ministério Público Federal, sobre as práticas de Sérgio Moro, a procuradora da República no Rio de Janeiro, Monique Checker, diz que Moro “viola sempre o sistema acusatório e é tolerado por seus resultados” – tal conduta, portanto, seria algo normalizado pelo sistema.²⁵ Portanto, a questão não é suscitada apenas por observadores externos ao objeto de estudo, mas esteve presente nas próprias discussões travadas entre os partícipes da Lava Jato.

Para Matheus F. de Castro e Daniel Ghilardi, não se trata apenas de uma questão cultural, mas do próprio modelo, que é idealista. Ou seja, haveria um problema sistêmico decorrente da adoção, no Brasil, do “princípio da identidade física do juiz” – um fator de fomento a tais posturas parciais, na medida em que concentra de forma exagerada os poderes instrutórios nas mãos do julgador. Então, a quebra de imparcialidade seria “oportunizada pela própria conformação do procedimento”.²⁶ Por outro lado, autores como Lênio Streck e Luigi Ferrajoli concentram suas críticas a um comportamento inadmissível, mesmo no contexto do modelo brasileiro. Segundo os autores, os diálogos violaram o sistema processual acusatório de forma categórica, não sendo possível a sua normalização.²⁷

A partir desta controvérsia, o presente estudo realiza uma análise da regularidade e eventual tipicidade, com base no exposto pelas conversas travadas – e cuja autenticidade não foi expressamente negada pelos interlocutores. Registra-se, entretanto, que o Ministério Público Federal no Paraná reiteradamente não tem reconhecido a veracidade das mensagens. Por outro lado, perícia realizada pelo Serviço de Perícias em Informática do Instituto Nacional de Criminalística da Polícia Federal atestou a integridade do conteúdo periciado. É importante frisar que o material jornalístico é oriundo de uma cópia ilícita extraída do celular do Procurador da República Deltan Dallagnol, obtida por hackeamento ilegal realizado por um

²⁴ BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. A crença no princípio (ou mito) da imparcialidade judicial. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*. v. 7, n. 2, jun. p. 202-223, 2020, p. 213.

²⁵ VEJA. *Em novas mensagens, procuradores criticam conduta de Moro*. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/moro-sempre-viola-o-sistema-acusatorio-diz-procuradora-em-vazamento/>. Acesso em: 22 jul. 2020.

²⁶ CASTRO, Matheus Felipe de; GHILARDI, Daniel. Precisamos falar sobre “identidade física” do juiz: modelos de imparcialidade objetiva no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 174, ano 28, p. 255-282, dez., 2020, p. 277.

²⁷ THE INTERCEPT BRASIL. *Parte 4: Exclusivo: chats privados revelam colaboração proibida de Sérgio Moro com Deltan Dallagnol na Lava Jato*. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/06/09/chat-moro-deltan-telegram-lava-jato/>. Acesso em: 03 jul. 2020; e LUCENA, David. Qualquer confusão entre acusação e julgamento é prejudicial à imparcialidade, diz ‘pai’ do garantismo penal. *Folha de S.Paulo*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/07/qualquer-confusao-entre-acusacao-e-julgamento-e-prejudicial-a-imparcialidade-diz-pai-do-garantismo-penal.shtml>. Acesso em: 29 jul. 2020.

grupo que acabou sendo preso.²⁸ A perícia foi realizada em decorrência da Operação Spoofing, que capturou os autores do ilícito.

Sendo assim, em que pese a ilicitude da origem das informações, seu conteúdo manteve-se hígido como fonte informativa. Por hipótese, é possível sugerir que algo das gravações (ou sua totalidade) seja futuramente desconstituído, considerando que o assunto ainda é controvertido. Se isso ocorrer, e for comprovado que a totalidade ou parte das mensagens da amostra utilizada são falsas, então as conclusões obtidas também precisarão ser revistas, podendo ser invalidadas. Feita a ressalva, o presente artigo propõe uma discussão jurídica consistente em averiguar, sob o prisma da presunção metodológica de veracidade das conversas publicadas pelo *The Intercept Brasil*, se teria havido, ou não, condutas irregulares praticadas pelos membros da Operação Lava Jato. Em caso afirmativo, é objetivo também compreender de que maneira tais condutas poderiam ser tipificadas a partir do ordenamento brasileiro e se haveria alguma possibilidade de responsabilização.

De acordo com a classificação de Antônio Carlos Gil, o método que proporciona a base lógica de investigação do presente artigo é o hipotético-dedutivo, a partir da técnica de pesquisa observacional. Trata-se de uma pesquisa exploratória, na qual foram empregadas as abordagens analítica-documental e teórico-bibliográfica.²⁹ Foram selecionados os principais diálogos revelados pelo portal do *The Intercept Brasil* entre 09 e 18 de junho de 2019. No material obtido pelo *The Intercept Brasil* há quase 1 milhão de mensagens, totalizando um arquivo com mais de 30 mil páginas, as quais geraram dezenas de reportagens, por diferentes portais de notícias (Folha de S.Paulo, Veja, *El País*). Desse modo, tal delineamento por amostragem foi feito com o fito de efetuar o recorte temático da pesquisa em prol de sua factibilidade e objetividade, sem embargo da necessidade de pesquisas posteriores sobre o restante do farto material jornalístico existente. Posteriormente, foram ainda selecionadas pelo critério de relevância as mensagens publicizadas pelo Ministro Ricardo Lewandowski.³⁰

Ao todo, a amostra compreende um total de sete reportagens divulgadas pelo periódico, somadas às mensagens do relatório apresentado judicialmente (selecionadas a partir do tema das reportagens). Foram destacados os trechos que geraram mais polêmica na imprensa, sendo provavelmente o material mais controverso divulgado até agora (considerando-se que a maior parte das mensagens

²⁸ FOLHA DE S. PAULO. *Preso diz à PF que hackeou mensagens da Lava Jato e as entregou de forma anônima ao Intercept*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/07/preso-diz-a-pf-que-hackeou-mensagens-da-lava-jato-e-as-entregou-de-forma-anonima-ao-intercept.shtml>. Acesso em: 15 out. 2020.

²⁹ GIL, Antônio Carlos. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 13-26.

³⁰ BERGAMO, Mônica. Lewandowski suspende sigilo de 50 páginas de conversas de Moro com procuradores e dá acesso aos documentos; leia a troca de mensagens. *Folha de S.Paulo*. Disponível em: <https://media.folha.uol.com.br/folha/2021/02/01/novas-transcricoes-peticao-ex-presidente-juntada1-2-2021.pdf>. Acesso em: 03 fev. 2021.

trocadas e *hackeadas* não foi ainda divulgada). Além disso, ao contrário dos demais, esses diálogos da amostra estão situados em um mesmo contexto na Operação, centradas em sua maior parte nos atores principais da Lava Jato (Sérgio Moro e os procuradores da força tarefa de Curitiba), e suas respectivas atuações no âmbito interno da Operação. A partir da oitava reportagem, o *The Intercept Brasil* alterou um pouco o teor das reportagens, divulgando mensagens travadas em contextos extrínsecos aos processos da Lava Jato, como por exemplo a polêmica do ingresso de Sérgio Moro no governo Bolsonaro,³¹ ou ainda, sobre a interferência da Operação na política da Venezuela.³²

Assim, em primeiro lugar, buscou-se entender o funcionamento básico do sistema processual penal brasileiro, abordando a temática dos sistemas processuais penais inquisitório e acusatório, tidos pela doutrina como dois sistemas ideais e puros que prevaleceram em determinados períodos históricos. Neste ponto, foi importante explicar que ainda que o Código de Processo Penal tenha traços do modelo inquisitório, o sistema processual penal brasileiro é regido pelo princípio acusatório, que carrega consigo fundamentos constitucionais importantes inerentes ao Direito processual, como os princípios da imparcialidade, do contraditório e da paridade de armas.

Feitas estas considerações teóricas, passou-se a analisar, com base no sistema processual penal acusatório, se as condutas identificadas a partir dos diálogos *hackeados* foram regulares ou não. A hipótese inicial de pesquisa foi a de que as ações retratadas nos diálogos, em sua maioria, eram irregulares, uma vez que violariam a Constituição e o Código de Processo Penal brasileiros. Em conclusão, a investigação efetuada permitiu confirmar a hipótese em relação ao total das sete reportagens analisadas. Ou seja, houve condutas irregulares no contexto dos diálogos examinados, uma vez que as práticas reveladas não se enquadram no sistema acusatório, aproximando-se do sistema inquisitivo. Ademais, foi possível concluir, sob o ponto de vista teórico, que essas condutas podem ser enquadradas em ilícitos tipificados no ordenamento jurídico brasileiro nas duas diferentes áreas: administrativa e civil (improbidade).

Por fim, o trabalho se debruçou sobre a temática das provas ilícitas, a fim de responder se os diálogos da “Vaza Jato” poderiam ser admitidos como provas em eventual processamento. Para isso, foram analisadas as disposições legais e

³¹ THE INTERCEPT BRASIL. *Parte 8: Às vésperas de Moro aceitar convite para o Ministério da Justiça, procuradores do MPF discutiam como ingresso do juiz na política podia legitimar críticas...* Disponível em: <https://theintercept.com/2019/06/29/chats-violacoes-moro-credibilidade-bolsonaro/>. Acesso em: 23 jul. 2020.

³² THE INTERCEPT BRASIL. *Parte 9: Lava Jato tramou vazamento de delação para interferir na política da Venezuela após sugestão de Sérgio Moro.* Disponível em: <https://theintercept.com/2019/07/07/lava-jato-vazamento-delacao-venezuela/>. Acesso em: 23 jul. 2020

as discussões doutrinárias acerca do assunto, principalmente no que se refere à possibilidade de mitigação da inadmissibilidade de provas obtidas em contrariedade ao ordenamento jurídico. Ao fim, concluiu-se que não seria possível tal utilização das mensagens para o fim de eventual responsabilização dos sujeitos envolvidos. Todavia, nada impede que seja realizado um juízo de proporcionalidade para que tais provas possam ser utilizadas para a defesa de réus que tenham sido prejudicados pela atuação parcial de autoridades nos respectivos casos concretos.

2 A presunção de veracidade dos diálogos

São vários os elementos que apontam a veracidade dos diálogos divulgados e que dão base para a perspectiva metodológica de presunção de veracidade adotada. Nesse sentido, Giovanni Alessandro Begossi, em um estudo incidente sobre os diálogos vazados, dividiu essas evidências em 4 grandes grupos, quais sejam: (i) a confirmação por diversos veículos de mídia; (ii) a verossimilhança entre os diálogos e os atos processuais; (iii) a ausência de negativa direta e confirmação implícita; e (iv) a inexistência de prova contrária.³³ Ademais, o material oriundo da Operação Spoofing foi periciado.³⁴

Segundo Begossi, após os vazamentos, outros portais de notícias se aliaram ao *The Intercept Brasil*, no intuito de divulgar os materiais obtidos, incluindo-se nesse contexto jornais como a Folha de S.Paulo, *El país* e Veja – alguns deles que por muito tempo foram criticados justamente por defender sistematicamente a Lava Jato. Todos os portais justificaram as razões pelas quais decidiram trabalhar em parceria com o *The Intercept Brasil*, sendo uma delas o fato de que os diálogos aparentavam ser verdadeiros. A Folha, por exemplo, afirma que foi possível concluir que não há indícios de alteração, considerando que vários de seus repórteres acabaram por participar de alguns diálogos, confirmando sua ocorrência.³⁵ A Veja, por seu turno,

³³ BEGOSSI, Giovanni Alessandro. *Lawfare, pós-democracia e pós-verdade no caso Lula*: análise da potencial violação do direito fundamental ao juiz natural por Sérgio Moro e seus impactos na democracia brasileira à luz dos diálogos divulgados pelo *The Intercept*. Trabalho de conclusão de curso. UFRN, Rio Grande do Norte, 2019, p. 39.

³⁴ Conforme esclarecido pela decisão proferida pelo Ministro do STF Ricardo Lewandowski: “Do citado relatório consta, também, que: ‘Todos os dispositivos arrecadados foram submetidos a exames pelo Serviço de Perícias em Informática do Instituto Nacional de Criminalística da Polícia Federal, que objetivaram a extração e análise do conteúdo do material, com a elaboração de Laudo Pericial de Informática específico para cada item apreendido’. Atestando a integridade do material periciado, sobretudo a inteireza da respectiva cadeia de custódia, consta, ainda, do referido relatório policial o quanto segue: “Dessa forma, qualquer alteração do conteúdo em anexo aos Laudos (remoção, acréscimo, alteração de arquivos ou parte de arquivos), bem como sua substituição por outro com teor diferente, pode ser detectada” (STF - Reclamação 43.007 – DF, em 28 de dezembro de 2020).

³⁵ FOLHA DE S. PAULO. *Série de reportagens da folha explora mensagens obtidas por site The Intercept Brasil*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/06/serie-de-reportagens-da-folha-explora-mensagens-obtidas-por-site-the-intercept-brasil.shtml>. Acesso em: 02 set. 2020.

divulgou uma carta ao leitor, concluindo pela veracidade das conversas, cujo título foi “Ninguém está acima da lei”.³⁶

De outro vértice, é possível verificar indícios de veracidade do conteúdo a partir da verossimilhança entre os diálogos e os atos processuais. Essa análise foi realizada pelo *BuzzFeed News*, em um artigo que fez um comparativo das mensagens com alguns casos, concluindo que os documentos coincidem com as orientações de Sérgio Moro aos membros da Lava Jato, no aplicativo Telegram.³⁷ Ainda, é possível fazer um “cruzamento” dos diálogos com as datas das principais ocorrências, por exemplo, do dia em que o ex-presidente Lula fez um comício, oportunidade que estimulou diversas conversas em grupos internos da Operação.

Ainda, aponta-se que os membros da Operação, em especial Deltan Dallagnol e Sérgio Moro, quando se manifestaram sobre o assunto, não negaram o teor das conversas, mas tentaram justificá-las. Neste viés, Begossi afirma que a estratégia de Moro pode ser resumida nas seguintes justificativas: não lembrar desses diálogos; mesmo que tenham sido parcialmente verdadeiros, dizer que podem ter sido adulterados; mesmo que não tenham sido adulterados, afirmar que não se vislumbra qualquer ilegalidade neles; e ter deletado os diálogos originais, logo não podendo comprovar nem que não ocorreram, nem que foram adulterados.³⁸

Repise-se que Moro chegou a ir a uma audiência na Comissão de Constituição de Justiça, em 16 de junho de 2019, quando utilizou por diversas vezes a expressão “*hackers criminosos*”, insistindo na tese de que as mensagens foram obtidas de maneira ilícita, afirmando, ademais, não ver nada de relevante no conteúdo. Em uma perspectiva lógica, a contrário senso, confirmou sua veracidade, pois se não fosse verdadeiro o conteúdo, não haveria o crime sugerido.

Da mesma forma, o procurador da força tarefa, Deltan Dallagnol, ratificou a veracidade dos diálogos, quando em entrevista à BBC Brasil, afirmou: “A gente foi *hackeado*, eles têm mensagens verdadeiras. Eu não posso atestar que tudo lá seja verdade, mas existe”.³⁹ Além disso, em outra entrevista, concedida ao portal de notícias da UOL, o procurador admitiu que “o que o episódio Intercept ensinou é que não dá para confiar em mensagens roubadas por criminosos sem avaliar informações e evidências independentes no mundo real”. O procurador afirma, ainda, que “na época, foram apontadas supostas irregularidades que, se

³⁶ VEJA. *Carta ao Leitor: Ninguém está acima da lei*. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/revista-veja/carta-ao-leitor-ninguem-esta-acima-da-lei/>. Acesso em: 02 set. 2020.

³⁷ BUZZFEED NEWS. *Documentos mostram que atos da Lava Jato coincidiram com orientações de Moro no Telegram*. Disponível em: <https://www.buzzfeed.com/br/gracilianorochoa/moro-deltan-telegram>. Acesso em: 02 set. 2020.

³⁸ BEGOSSI, Giovanni Alessandro. *Lawfare, pós-democracia e pós-verdade no caso Lula:... Op. cit.*, p. 40.

³⁹ NOTÍCIAS UOL. *De “notícia falsa” a defesa de atos: Lava Jato mudou reação a vazamentos*. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/11/06/forca-tarefa-lava-jato-respostas-mensagens-vazadas-mudanca.htm?cmpid=copiaecola/>. Acesso em: 17 jul. 2020.

existissem, seriam detectadas nos processos e eles seriam anulados”. E continua: “todos os atos praticados nos processos estão embasados e são avaliados por outras três instâncias independentes”.⁴⁰ Ou seja, não negou a veracidade, mas tão somente defendeu a legitimidade das decisões tomadas. Aliás, este é um argumento recorrente, em que pese pouco relevante para o fim de afirmar a veracidade ou não dos diálogos.

Na defesa do seu comportamento os agentes da Lava Jato têm insistido no fato de que as decisões, em regra, são mantidas pelas instâncias superiores. Como se os vícios das instâncias inferiores não pudessem ser replicados e convalidados em um processo corporativo que não se restringe apenas a uma instância do Judiciário.⁴¹ A Lava Jato é mais do que os agentes subjetivamente considerados. Ela é uma estrutura sustentada por seus representantes em todas as instâncias. Ademais, é reforçada pelo apoio associativo (como o incondicional e ostensivo apoio da AJUFE – Associação dos Juizes Federais do Brasil). Conforme esclarece Fabiana Rodrigues “a ação estratégica do TRF4, sinal claro de forte sintonia entre o tribunal e o juiz do caso, permitiu que os processos da 13ª Vara recebessem tratamento diferenciado dos demais casos de corrupção que circulam pelos balcões da Justiça Federal”.⁴²

Sendo assim, diante dos indícios apontados acima, toma-se como premissa a presunção de veracidade dos diálogos divulgados pelo *The Intercept Brasil*, para a análise jurídica aqui posta. Repita-se que, por hipótese, é possível sugerir que algo das gravações seja futuramente desconstituído. Se isso ocorrer, e for comprovado que a totalidade ou parte das mensagens da amostra utilizada são falsas, então as conclusões obtidas também precisarão ser revistas.

3 Sistema processual penal brasileiro: inquisitório ou acusatório?

É natural que nas épocas em que a sociedade se veja ameaçada pela criminalidade, o Estado estabeleça um certo recrudescimento das penas, e regras menos flexíveis no processo penal, funcionando a estrutura do sistema penal como um verdadeiro termômetro dos elementos democráticos e autoritários do ordenamento jurídico.⁴³ Com o objetivo de facilitar o estudo da disciplina, a literatura jurídica reconhece que existiram, no decorrer da história, dois sistemas processuais

⁴⁰ NOTÍCIAS UOL. *Até Dallagnol admite: fatos da Lava Jato são causa de nulidade de processos*. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/colunas/reinaldo-azevedo/2020/07/07/ate-dallagnol-admite-fatos-da-lava-jato-sao-causa-de-nulidade-de-processos.htm>. Acesso em: 02 set. 2020.

⁴¹ RODRIGUES, Fabiana Alves. *Lava Jato:...* *Op. cit.*, p. 97.

⁴² RODRIGUES, Fabiana Alves. *Lava Jato:...* *Op. cit.*, p. 240.

⁴³ LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 44.

penais distintos, com características opostas: um com regras mais flexíveis e mais garantias, chamado de sistema acusatório, e outro com regras mais inflexíveis e rígidas, chamado de sistema inquisitório.

Importante frisar que a doutrina não concebe uma linearidade de desenvolvimento dos sistemas inquisitório e acusatório. Trata-se apenas de arquétipos utilizados para descrever dois tipos ideais e puros de sistemas processuais penais, dotados de características distintas e opostas, que surgiram e prevaleceram em graus durante determinados períodos históricos.⁴⁴ Assim, no plano teórico, a dicotomia acusatório/inquisitório serve como uma ferramenta para designar uma dúplice alternativa, em relação a dois modelos de organização judiciária e, por consequência, duas figuras de juiz, bem como dois métodos de investigação processual e, portanto, dois tipos de juízo.⁴⁵

A doutrina penal identifica reminiscências simbólicas do sistema acusatório nos sistemas grego e romano – quando este se identificou notadamente por meio da participação direta do povo no exercício da acusação. O processo penal grego dos séculos VI ao IV a.C., corresponderia, de acordo com Salah Khaled Jr., ao sistema acusatório puro, pois qualquer cidadão poderia formular uma acusação perante o órgão competente.⁴⁶ Trata-se, de acordo com o autor, de um procedimento estruturado a partir da argumentação baseada em um aspecto dialogal, pela supremacia do contraditório.

Em contrapartida, o sistema romano pretoriano, no que tange ao sistema processual penal adotado, teve como grande influência a forma de organização política, oscilando entre o sistema acusatório e o procedimento inquisitório. A partir da *cognitio* praticada durante a Monarquia – em que prevaleciam características inquisitoriais – chegou-se ao sistema acusatório (*acusatio*) no período da República Romana.⁴⁷ Desse modo, analogamente ao sistema grego, surgiu no contexto romano um processo com características acusatórias, no qual a acusação poderia ser assumida por qualquer cidadão. Em certo período da Idade Média do continente europeu, todavia, ganha destaque o sistema inquisitório, notadamente a partir do século XII, com base nos trabalhos dos juristas da Universidade de Bolonha.⁴⁸

⁴⁴ VASCONCELOS, Vinicius Gomes de. O “Sistema Acusatório” do Processo Penal Brasileiro: Apontamentos acerca do Conteúdo da Acusatoriedade a partir de Decisões do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: *Revista Direito Estado e Sociedade*, n. 47, jul.-dez., 2016.

⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 452.

⁴⁶ KHALED JR., Salah H. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. São Paulo: Atlas, 2013. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522479900/>. Acesso em: 16 ago. 2020.

⁴⁷ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. Curitiba: Juruá, 2008.

⁴⁸ CARVALHO, Salo de. Revisita à desconstrução do modelo jurídico inquisitorial. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*. v. 42, 2005.

Estes paradigmas jurídicos históricos a respeito do tema são mencionados apenas a título de ilustração comparativa. Atualmente, em regra, a doutrina aponta como principais características do sistema inquisitório: a concentração das funções de acusar e julgar, juiz ativo e inquisidor, limitação ao contraditório, prisão do acusado durante o processo, que era tido como objeto das investigações, e a busca da verdade real.

Com o avanço do Iluminismo e dos ideais humanitários, o sistema inquisitorial começou a perder força, tendo em vista a repercussão dos novos postulados de valorização das pessoas. De acordo com Aury Lopes Jr., o sistema inquisitório foi desacreditado por incidir no erro psicológico de crer que uma pessoa pode exercer funções tão antagônicas como investigar, acusar, defender e julgar.⁴⁹ Destarte, esse sistema foi extinto com a promulgação do Código de Processo Penal francês, em 1808, que inaugurou um “sistema misto” – pois o código previa um sistema que compartilharia de características de ambos os sistemas (acusatório e inquisitório).

Para o fundador do movimento garantista, Luigi Ferrajoli, o Código Napoleônico deu vida a um monstro, que nasceu da junção entre os processos acusatório e inquisitório, que foi denominado como processo misto, tendo em vista a prevalência inquisitória na primeira fase, caracterizada pela ausência de contraditório, e a tendência acusatória na fase seguinte, caracterizada pelo contraditório público e oral.⁵⁰ Vale frisar, contudo, que a denominação “sistema misto” não é unânime na doutrina. Para Aury Lopes Jr., por exemplo, a classificação do sistema misto peca por insuficiência de alguns aspectos, dentre os quais destaca-se: primeiro, que os sistemas realmente puros seriam tipos ideais oriundos da caracterização histórica, portanto, sem correspondência com os modelos reais atuais; segundo, porque a separação das atividades de acusar e julgar não seria o núcleo fundante dos sistemas, e por si só, seria insuficiente para a caracterização do modelo acusatório.⁵¹ Todavia, este segundo argumento não é pertinente ao sistema civilista que, efetivamente, passou a ter na separação entre a atividade de julgar e acusar uma de suas premissas básicas a partir do advento do racionalismo moderno e, particularmente, do modelo de Estado de Direito consagrado no século XX.

A acusatoriedade se ampara, dentre outras características, pela separação formal entre as funções de acusar e julgar. Desse modo, conforme ensina Jacinto Coutinho,⁵² essa separação passa pela divisão do sistema acusatório em dois princípios determinantes para a gestão probatória no processo: o princípio dispositivo e o princípio inquisitivo. Assim, o amparo do modelo acusatório se dá através do

⁴⁹ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. Op. cit., p. 47.

⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão:...* Op. cit., p. 452.

⁵¹ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. Op. cit., p. 50-51.

⁵² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Curitiba, v. 30, 1998, p. 165-167.

princípio dispositivo, isto é, o que estabelece que o juiz deve ser mero espectador na relação processual.

A partir disso, cumpre mencionar que a jurisprudência brasileira costuma entender que o Brasil adotou o sistema processual acusatório. No julgamento do RHC nº 120.379, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal entendeu que “o sistema acusatório confere ao Ministério Público, exclusivamente, na ação penal pública, da formação do *opinio delicti*, separando a função de acusar daquela de julgar”.⁵³ Já para juristas como Ada Grinover, o sistema processual brasileiro adotou o modelo acusatório, dado que: 1) em regra, os atos praticados em investigação preliminar não podem ser considerados provas; 2) a jurisdição não pode ser iniciada de ofício; e, 3) o processo deve transcorrer em contraditório pleno diante de juiz natural.⁵⁴

No julgamento da ADI nº 4414/2013, o STF defendeu que o conceito da acusatoriedade é “equivoco na doutrina brasileira”, mas seus contornos são imposição constitucional, com base no artigo 129, inciso I, e da norma do *due process of law* (art. 5º, LIV, da Constituição). Assim, a decisão afirma que “a separação entre as funções de acusar, defender e julgar é o signo essencial do sistema acusatório de processo penal” utilizando-se, para tanto, da doutrina de Luigi Ferrajoli.⁵⁵

Corroborando esse entendimento, o STF definiu, quando do julgamento do HC nº 88875/2010, que o sistema jurídico vigente no Brasil é de natureza acusatória em sua estrutura formal, em razão da imposição democrática e constitucional. Assim, afirma-se a “natureza dialógica” do processo penal acusatório, o que parece consolidar a importância máxima do contraditório para o respeito de direitos fundamentais na persecução penal.⁵⁶

Em que pese a doutrina majoritária e a jurisprudência do STF reconheçam a acusatoriedade do sistema processual penal brasileiro, há doutrinadores que apontam que a cultura inquisitória ainda vige no Código de Processo Penal. Nessa conjuntura, Marco Aurélio Nunes da Silveira afirma que o CPP brasileiro surgiu durante o período Vargas, de modo que o resultado foi um código que representava os ideais políticos do Estado Novo, declaradamente autoritários e fundados num pretense pensamento “popular democrático”. Para Silveira, essa cultura inquisitória produz evidentes efeitos até os dias de hoje, em que pese a moderação do modelo operada em sucessivas reformas, especialmente após a CF de 1988.⁵⁷

⁵³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *RHC 120379*, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 26/08/2014.

⁵⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 78.

⁵⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *ADI 4414*, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 31/05/2012.

⁵⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *HC 88875*, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 07/12/2010.

⁵⁷ SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. *A cultura Inquisitória Vigente e a Origem Autoritária do Código de Processo Penal Brasileiro*. *Revista EMERJ*. Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 264-275, jan.-fev. 2015.

No entanto, independentemente das práticas jurídicas e das inspirações históricas, é cediço que a Constituição, no plano do dever ser, deixou nítida sua preferência pelo sistema acusatório, conferindo a função privativa ao Ministério Público de promover a ação penal pública (art. 129, inciso I), e instituindo garantias processuais importantes, dentre as quais se destacam os princípios do contraditório, ampla defesa, paridade de armas, imparcialidade e do devido processo legal. Assim, ainda que se aceite que o Código de Processo Penal possa ter sido constituído em um momento originário com um caráter inquisitório, é possível concluir que as alterações impostas pela Constituição, bem como a interpretação da jurisprudência, em especial do STF, consagram a construção de um modelo eminentemente acusatório. Logo, as práticas contrárias a essa filtragem constitucional do CPP tendem a se demonstrar inquisitórias e, portanto, inconstitucionais.

4 Análise da regularidade dos diálogos vazados pelo *The Intercept Brasil*

Conforme visto no tópico anterior, a Constituição de 1988 estabeleceu o sistema acusatório no processo penal, no qual as figuras do acusador e do julgador não devem se misturar. Nesse modelo, compete ao magistrado analisar de maneira imparcial as alegações das partes e as provas, sem qualquer interesse no resultado da ação. Ao Ministério Público, por outro lado, compete a função de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Por isso pode, em muitos casos, representar o polo acusatório em ação judicial, nos casos em que considere tal proceder fundamental para a preservação dos interesses sociais. Essa atuação, contudo, deve se pautar pela isonomia, característica da sua função institucional.

Uma das questões controversas na doutrina brasileira acerca dos sistemas processuais penais é a possibilidade ou não de iniciativa probatória do julgador e sua relação com a configuração do sistema acusatório. Sem admitir a prevalência do sistema inquisitório, alguns autores procuram um resultado misto, aceitando algumas características *ad hoc* do inquisitório, flexibilizando o sistema acusatório por intermédio de uma hermenêutica antigarantista.⁵⁸

A postura do juiz ativo (um exemplo de *mix* entre acusatório e inquisitório), no entanto, é problemática, mesmo que possa ser admitida em alguns casos. Afinal: (i) já existe um órgão público oficial de acusação; (ii) a postura ativa do juiz viola o princípio constitucional da paridade de armas. Ainda que admitida, a ausência

⁵⁸ Guilherme de Souza Nucci é exemplo de autor que defende este resultado misto. Cf.: NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 104-105.

de um regramento específico que pudesse estabelecer previamente as condições, limites e possibilidades de alguma atuação judicial criminal ativa torna perigoso e arriscado este modelo misto proposto.

Desse modo, tendo por base o processo acusatório e os demais princípios que são inerentes (imparcialidade, contraditório, paridade de armas, etc.), a hipótese da qual partiu este artigo foi de que os agentes da Operação Lava Jato atuaram de forma irregular, conforme demonstram os diálogos vazados pelo *The Intercept Brasil*. Nestes termos, as reportagens parecem apontar claramente que o sistema processual penal adotado pelos membros da Operação Lava Jato não se enquadra no sistema acusatório, aproximando-se, na verdade, do sistema inquisitório. A tentativa hermenêutica de se trazer elementos inquisitórios para serem enxertados no sistema acusatório não possui respaldo no sistema constitucional brasileiro – e ainda que fosse, não poderia ser aplicada sem prévia disposição legal regulatória.

Destaca-se, contudo, que na amostra selecionada há centenas de mensagens. Por isso, para obter um melhor recorte metodológico, optou-se por investigar apenas os diálogos que, *prima facie*, poderiam significar uma afronta ao sistema acusatório. Foram excluídas as mensagens de conteúdo irrelevante ao tema e apenas considerados na análise os trechos pelos quais seria possível exemplificar a existência de irregularidades. Para tanto, os excertos foram divididos em duas situações fáticas previamente delimitadas: (i) quando juiz e Ministério Público atuaram coordenadamente, como se fossem aliados ligados pelo mesmo escopo; (ii) quando os membros da Lava Jato demonstraram atuar com motivações políticas.

4.1 Atuação coordenada entre juiz e Ministério Público

Como já foi dito, o sistema acusatório tem como núcleo fundante as separações das funções de acusar e julgar, motivo pelo qual promotor e juiz devem sempre atuar de forma equidistante. O réu tem, portanto, o direito de ser processado e julgado por juiz que atue de forma justa e imparcial. A atuação conjunta entre órgão acusador e o órgão julgador se verifica como uma afronta direta ao sistema processual acusatório, uma vez que a postura do juiz ativo, consoante mencionado, viola o princípio constitucional da paridade de armas, e abre brechas para potencialidades autoritárias e violações à imparcialidade da decisão. Não há como se flexibilizar a característica essencial do sistema acusatório sem implodi-lo como um todo.

O primeiro caso a ser citado, que demonstra essa atuação irregular, é o de um processo do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva. O contexto fático teria ocorrido no dia 14 de setembro de 2016, quando o MPF apresentou denúncia contra Lula (caso do Triplex de Guarujá), no famoso episódio do *PowerPoint* – denúncia esta que, mais tarde, teria levado à prisão do ex-presidente. De acordo com a parte 03 da série de vazamentos intitulada “As mensagens secretas da Lava Jato”, o

procurador da Lava Jato, Deltan Dallagnol, teria confessado para o Juiz Sérgio Moro que utilizaria provas “indiretas” na denúncia do ex-presidente. O procurador tinha medo de que a utilização de um mecanismo probatório indireto pudesse atrair críticas e a acusação de simples ausência de provas. A resposta do magistrado para esta consideração foi: “*Definitivamente, as críticas à exposição de vcs são desproporcionais. Siga firme*”.⁵⁹

Essa mensagem, quando liberada, causou uma verdadeira turbulência na imprensa, pois, embora seja curta, revela que o magistrado emitiu um juízo prévio sobre o recebimento da denúncia, além de ter se manifestado acerca da suficiência das provas contra um réu – o que é algo irregular. Esse diálogo demonstra, portanto, a existência de um espírito de colaboração do juiz para com o Ministério Público, conduta esta que é incompatível com o sistema acusatório, que pressupõe a equidistância do magistrado em relação às partes.

Para além do diálogo supracitado, o *The Intercept Brasil* revelou também oportunidades distintas em que o ex-juiz teria agido em conjunto com o Ministério Público. Cita-se, nesse contexto, as conversas divulgadas nas partes 04 e 05 da série, quando Sérgio Moro indicou uma testemunha, que claramente iria fortalecer um caso penal contra um réu que iria julgar. Moro enviou, no dia 07/12/2015, a seguinte mensagem ao procurador Deltan Dallagnol:

Moro – 17:42:56 – Entao. Seguinte. Fonte me informou que a pessoa do contato estaria incomodado por ter sido a ela solicitada a lavratura de minutas de escrituras para transferências de propriedade de um dos filhos do ex Presidente. Aparentemente a pessoa estaria disposta a prestar a informação. Estou entao repassando. A fonte é seria.⁶⁰

Já na parte 06 da série divulgada, o juiz Sérgio Moro auxiliou o Ministério Público a definir a sua estratégia de atuação midiática, fazendo, inclusive, a utilização de linguagem depreciativa em relação a réus da operação. Isso ocorreu no dia 10 de maio de 2017, quando o ex-presidente Lula fez um comício, declarando o interesse em se candidatar à presidência nas eleições de 2018. Naquela noite, Moro sugeriu a Santos Lima, membro da força-tarefa da Lava Jato no MPF, a publicação de uma nota explorando contradições do depoimento de Lula:

⁵⁹ THE INTERCEPT BRASIL. *Parte 3: Exclusivo: Deltan Dallagnol duvidava das provas contra Lula e de propina da Petrobras horas antes da denúncia do triplex*. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/06/09/dallagnol-duvidas-triplex-lula-telegram-petrobras/>. Acesso em: 03 jul. 2020.

⁶⁰ THE INTERCEPT BRASIL. *Parte 5: Leia os diálogos de Sergio Moro e Deltan Dallagnol que embasaram a reportagem do Intercept*. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/06/12/chat-sergio-moro-deltan-dallagnol-lavajato/>. Acesso em: 03 jul. 2020.

Moro – 22:12 – Talvez vcs devessem amanhã editar uma nota esclarecendo as contradições do depoimento com o resto das provas ou com o depoimento anterior dele

Moro – 22:13 – Por que a Defesa já fez o showzinho dela.⁶¹

Além dos diálogos supracitados, houve outras oportunidades em que o então juiz Sérgio Moro atuou em conjunto com o Ministério Público: (i) sugerindo aos procuradores da Lava Jato que trocassem a ordem de fases da operação; (ii) cobrando agilidade em novas operações; e (iii) dando conselhos estratégicos e pistas informais de investigação.⁶²

Por outro lado, no que tange às conversas divulgadas recentemente pelo Ministro Ricardo Lewandowski, há também demonstrações inequívocas da atuação conjunta do juiz da Operação Lava Jato com os procuradores e membros da força tarefa. Nesse sentido, pode-se citar, por exemplo, o diálogo ocorrido no dia 19 de maio de 2017, quando o ex-juiz Sérgio Moro pede ao procurador Deltan Dallagnol que junte uma manifestação nos autos, uma vez que precisa disso para dar prosseguimento ao processo:

Moro – 14:45:46 – Preciso de manifestação do MPF quanto a testemunhas no 501560857 com certa urgência

Deltan – 15:06:33 – Vai hoje nossa manifestação.⁶³

E não foi só nessa ocasião, uma vez que, dois anos antes desse episódio, em 17 de dezembro de 2015, Moro mandou uma mensagem para Dallagnol, requerendo uma manifestação no pedido da prisão preventiva de Bumlai, até às 12:00h. Em resposta, Dallagnol confirma que seria feita a manifestação, e complementa enviando algumas decisões que ele considerava “boas para mencionar quando precisa prender alguém”:

11:33:20 – Moro – Preciso manifestação mpf no pedido de revigacao da preventiva do bmlai ate amanhã meio dia.

⁶¹ THE INTERCEPT BRASIL. *Parte 6: Leia os diálogos de Sérgio Moro e Deltan Dallagnol que embasaram a reportagem do Intercept*. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/06/14/sergio-moro-enquanto-julgava-lula-sugeriu-a-lava-jato-emitir-uma-nota-oficial-contra-a-defesa-eles-acataram-e-pautaram-a-imprensa/>. Acesso em: 23 dez. 2020.

⁶² THE INTERCEPT BRASIL. *Parte 4: Exclusivo: chats privados revelam colaboração proibida de Sérgio Moro com Deltan Dallagnol na Lava Jato*. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/06/09/chat-moro-deltan-telegram-lava-jato/>. Acesso em: 03 jul. 2020.

⁶³ BERGAMO, Mônica. Lewandowski suspende sigilo de 50 páginas de conversas de Moro com procuradores e dá acesso aos documentos; leia a troca de mensagens. *Folha de S.Paulo*. Disponível em: <https://media.folha.uol.com.br/folha/2021/02/01/novas-transcricoes-peticao-ex-presidente-juntada1-2-2021.pdf>. Acesso em: 03 fev. 2021.

11:37:00 – Deltan – Ok, será feito. Seguem algumas decisões boas para mencionar quando precisar prender alguém... pena que parece que quem emitiu a decisão anda meio estranho.⁶⁴

Sem qualquer pretensão de esgotar o conteúdo dos diálogos divulgados recentemente pelo STF, cumpre mencionar outras oportunidades em que houve essa atuação irregular, quando: (i) o ex-juiz pediu urgência para que o MPF se manifestasse no processo, em razão da PF, e o procurador atende seu pedido;⁶⁵ (ii) os procuradores demonstraram que não haveria como prosseguir com as denúncias, sem combinar antes com Moro;⁶⁶ (iii) os diálogos entre procuradores revelam que havia uma rotina de manter o ex-juiz Moro informado (destaca-se que o próprio perito que realizou a análise das mensagens constantes no documento com sigilo levantado na Reclamação 43007 informou que alguns procuradores se referiam ao ex-juiz Sérgio Moro pelo codinome “Russo”);⁶⁷ (iv) o procurador Deltan Dallagnol pede aos demais procuradores para que enviem seus assuntos para reunião com Moro que estejam pendentes;⁶⁸ (v) o procurador Deltan Dallagnol pede o número de um processo a outro procurador, para que Moro possa analisar se usaria ou não.⁶⁹

⁶⁴ BERGAMO, Mônica. Lewandowski suspende sigilo de 50 páginas de conversas de Moro com procuradores e dá acesso aos documentos; leia a troca de mensagens. *Op. cit.*

⁶⁵ “16:17:02 Moro Pf pede urgência na manifestação no 505080862; 16:17:18 Deltan ok;

21:47:08 Foi protocolada” (BERGAMO, Mônica. Lewandowski suspende sigilo de 50 páginas de conversas de Moro com procuradores e dá acesso aos documentos; leia a troca de mensagens. *Folha de S. Paulo. Op. cit.*).

⁶⁶ “12:46:04 Roberson MPF Estávamos eu, Julio, Jerusa e Andrey para dar um gás total para sair às denúncia de lavagem na segunda. Mas frente aos acontecimentos ponderamos que tvz o melhor seja trabalhar na próxima semana e feriado para que essa denúncia fique 100% para a semana após a Páscoa. O que acham? Creio que estamos todos de acordo que com toda a bagunça não seria uma boa propor na segunda ou terça, ainda mais sem combinar com o PGR e o Russo. Por outro lado penso que também não podemos esperar demais, que será muito arriscado esperar uma decisão do pleno do STF. Até pq uma denúncia forte no primeiro grau pode fortalecer a posição dos ministros que querem quero caso do Lils permaneça no primeiro grau” (BERGAMO, Mônica. Lewandowski suspende sigilo de 50 páginas de conversas de Moro com procuradores e dá acesso aos documentos; leia a troca de mensagens. *Folha de S. Paulo. Op. cit.*).

⁶⁷ “15:26:07 Deltan Vc vem? Qual é a pauta?

15:30:53 Estou em São Paulo. Ia falar das colaborações e leniências, bem como ver as questões sobre as novas operações. Nada muito especial, mas cumprindo uma rotina de manter o russo informado, bem como atento aos humores dele. Fica para depois” (BERGAMO, Mônica. Lewandowski suspende sigilo de 50 páginas de conversas de Moro com procuradores e dá acesso aos documentos; leia a troca de mensagens. *Folha de S. Paulo. Op. cit.*).

⁶⁸ “20:29:35 Deltan Caros, enviem por favor assuntos para reunião com russo que estejam pendentes” (BERGAMO, Mônica. Lewandowski suspende sigilo de 50 páginas de conversas de Moro com procuradores e dá acesso aos documentos; leia a troca de mensagens. *Folha de S. Paulo. Op. cit.*).

⁶⁹ “10:08:49 Deltan Robinho o pedido do Pace do Palocci já foi protocolado? Tem o número? Para que o russo possa analisar se usa ou não” (BERGAMO, Mônica. Lewandowski suspende sigilo de 50 páginas de conversas de Moro com procuradores e dá acesso aos documentos; leia a troca de mensagens. *Folha de S. Paulo. Op. cit.*).

Portanto, todas essas condutas acima mencionadas revelam que o juiz atuava de forma conjunta com o Ministério Público, como se dele fosse parte. Ocorre que essa atuação coordenada entre o juiz e o Ministério Público por fora do rito do processo judicial é incompatível com o sistema processual acusatório e, ademais, fere o princípio da imparcialidade previsto na Constituição (art. 5º, LIII) e no Código de Ética da Magistratura (art. 9º), bem como o princípio da paridade de armas. Sobre o tema, vale mencionar a lição de Eugênio Zaffaroni, que afirma que a imparcialidade é a essência da jurisdiccionariedade.⁷⁰

Nada obstante, alguns juristas entrevistados para falar sobre os vazamentos do *The Intercept Brasil* defenderam a Lava Jato no contexto das revelações realizadas, afirmando que a proximidade entre procuradores e juízes é normal no Brasil, embora seja imoral. A constitucionalista Vera Chemim, por exemplo, entende que Dallagnol e Moro se mostraram preocupados em “fazer a coisa certa”, afirmando que não viu na troca de mensagens nada de comprometedora, ou seja, nada que pudesse constatar a parcialidade do juiz.⁷¹

A dinâmica dos processos às vezes acaba, realmente, por gerar conversas entre o juiz, os advogados e os membros do Ministério Público. Essa prática é comum no Direito comparado e também no brasileiro, sendo inclusive prevista como direito da parte no Estatuto dos Advogados.⁷² No entanto, não é admissível que o magistrado da causa emita juízos prévios sobre os casos, tampouco que aconselhe as partes unilateralmente, pois essas condutas, além de comumente reprovadas pelo Direito constitucional em nível comparado, tem vedação expressa no artigo 254 do Código de Processo Penal brasileiro. O desconhecimento da diferença entre dois comportamentos significativamente distintos, pelos operadores do Direito citados, é algo perturbador; sua normalização é algo ainda mais grave – notadamente porque cabe aos órgãos de controle ter um comportamento cuja integridade seja ainda mais rigorosa que a de seus controlados.

Instado a se manifestar sobre os vazamentos dos diálogos, Lênio Streck enfatizou que de acordo com a Constituição de 1988, o processo penal brasileiro é acusatório, no entanto, na prática ele se demonstra inquisitivo. Segundo Streck, o juiz acaba sendo protagonista do processo, agindo de ofício, ou seja, sem ser provocado por uma das partes, e buscando provas, o que faz com que o Ministério Público, também com postura inquisitiva, acabe encontrando um aliado estratégico no juiz.

⁷⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Poder judiciário: crise, acertos e desacertos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 86 e 91.

⁷¹ VEJA. *Juristas divergem sobre a imparcialidade de Moro*. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/juristas-divergem-sobre-imparcialidade-de-moro/>. Acesso em: 28 out. 2020.

⁷² Lei nº 8.906/94, art. 7º – São direitos do advogado: [...] VIII – dirigir-se diretamente aos magistrados nas salas e gabinetes de trabalho, independentemente de horário previamente marcado ou outra condição, observando-se a ordem de chegada; [...].

Para o autor, este é um problema anterior, de que a Lava Jato é um sintoma.⁷³ De todo modo, se a constatação de que a consolidação usual de uma prática irregular pudesse ser argumento válido para o reconhecimento da normalidade da atuação do juiz em conluio com o promotor, do ponto de vista lógico, nada impediria que também certos atos corruptivos do Executivo, que ocorrem diuturnamente, pudessem ser normalizados pelo costume. Mas não são, pois este é um argumento que tem sido incapaz de afastar a culpabilidade em casos de improbidade. Então, qual seria o critério objetivo para a normalização de irregularidades pelo costume? Não existe. E se não há como se estabelecer um padrão objetivo prévio de regulação desta tese “do costume normal”, muito menos seria possível utilizá-la seletivamente, conforme a conveniência subjetiva da autoridade intérprete.

Práticas reiteradas contrárias ao ordenamento não se normalizam apenas pelo costume ou seu caráter usual – e esta proposição deve valer tanto para as condutas imorais do Executivo e Legislativo quanto para as condutas antiéticas do Judiciário. Ao contrário da linguagem popular, “ladrão que rouba ladrão *não* pode ter cem anos de perdão” na dogmática constitucional brasileira. E, ademais, órgãos de controle precisam ser duplamente rigorosos em seu comportamento – pois o nível de exigência ética que lhes recai é ainda superior ao das demais autoridades públicas.

Assim, a conclusão é que, sob o ponto de vista legal, as condutas inferidas da amostra de mensagens trocadas demonstram uma aproximação irregular entre o Estado-juiz e Estado-acusador. Destaca-se a manifestação do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, para quem “não restam dúvidas de que o Juiz Sérgio Moro atuou como verdadeiro Chefe da força-tarefa de Curitiba”. Ademais, comenta o Ministro que em diversos momentos Moro acabou por direcionar a produção probatória nas ações penais, além de aconselhar a acusação. Ainda, o jurista complementa afirmando que “quem acha que isso é normal, certamente não está lendo a Constituição e nem o nosso Código de Processo Penal”.⁷⁴ No mesmo sentido são as conclusões de Fabiana Rodrigues, ao demonstrar a incidência de uma evidente ação estratégica da Lava Jato na condução dos casos e no uso das ferramentas processuais.⁷⁵ As mensagens trocadas, portanto, possuem correspondência e respaldo nas ações irregulares efetivamente realizadas.

De fato, segundo Francisco de Assis do Rego Monteiro Rocha Júnior, há uma dificuldade para que as ciências penais dialoguem com a Constituição e recebam seus influxos, de modo que muito frequentemente os preceitos constitucionais são desconsiderados para a solução de casos concretos. Para o autor, as razões

⁷³ THE INTERCEPT BRASIL. *Parte 4: Exclusivo: chats privados revelam colaboração proibida de Sergio Moro com Deltan Dallagnol na Lava Jato*. *Op. cit.*

⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 166.373*, Rel. Ministro Edson Fachin. Voto do Ministro Gilmar Mendes, proferido em 02.10.2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-gilmar-ordem-alegacoes-finais.pdf>. Acesso em: 19 out. 2020.

⁷⁵ RODRIGUES, Fabiana Alves. *Lava Jato:...* *Op. cit.*, p. 115 e ss.

para isso decorrem de uma ideologia de que o Direito penal é leniente e que o Direito processual penal somente obstaculiza a realização dos fins daquele, que é combater a criminalidade.⁷⁶ O discurso ostensivo da Lava Jato, compartilhado igualmente entre juízes e promotores, sempre caminhou nesta direção.

Portanto, é factível concluir que as condutas do então juiz Sérgio Moro e dos referidos procuradores do Ministério Público Federal, membros da Operação Lava Jato, são irregulares. Isso porque, repise-se, o Brasil adotou o sistema processual acusatório, que pressupõe a separação das funções de julgar e acusar e, ainda, a equidistância entre as partes, de modo que as condutas inferidas demonstram a violação de garantias constitucionais essenciais no Estado Democrático de Direito brasileiro.

4.2 Motivações políticas

Para além da atuação coordenada entre magistrado e Ministério Público, que por si só já caracteriza uma situação irregular, ficou claro, a partir dos diálogos vazados pelo *The Intercept Brasil* e pelo *relatório divulgado pelo STF*, que tanto Sérgio Moro quanto os procuradores da força-tarefa de Curitiba, teriam operado muitas vezes com motivações políticas e ideológicas. Neste ponto, é preciso ressaltar que a atuação dos membros do Poder Judiciário e do MP deve ser sempre guiada de forma impessoal.

Aprovado em 2008 pelo Conselho Nacional de Justiça, o Código de Ética da Magistratura estabelece, em seu artigo primeiro, que os magistrados devem atuar norteando-se pelos princípios da independência, da imparcialidade e do segredo profissional. O capítulo 3 do Código, que trata somente sobre a imparcialidade, afirma, no artigo oitavo, que magistrado imparcial: “é aquele que busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes, e evita todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito”. O artigo nono estabelece que o juiz, “no desempenho de sua atividade, cumpre dispensar às partes igualdade de tratamento, vedada qualquer espécie de injustificada discriminação”.⁷⁷

O Ministério Público, da mesma forma, deve buscar sempre a defesa da ordem jurídica e dos interesses coletivos e sociais, nunca interesses individuais. Sobre o tema, Eugênio Pacelli afirma que o Ministério Público, enquanto órgão do Estado

⁷⁶ ROCHA JÚNIOR, Francisco de Assis do Rego Monteiro. A legalidade penal constitucionalmente filtrada: uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2020, v. 11, n. 21, p. 167-197, ago.-dez., 2019, p. 167.

⁷⁷ BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça. Código de Ética da Magistratura Nacional*. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/images/programas/publicacoes/codigo_de_etica_da_magistratura_nacional.pdf. Acesso em: 01 jul. 2020.

e integrante do Poder Público, tem como relevante missão constitucional a defesa não dos interesses acusatórios, mas da ordem jurídica, o que o coloca em posição de absoluta imparcialidade diante da jurisdição penal.⁷⁸

O Ministro Alexandre de Moraes, no julgamento do HC 114093, estabeleceu que o princípio do promotor natural visa assegurar a imparcialidade na atuação do Ministério Público tanto em favor da sociedade quanto do acusado. Assim, ele afirma que o objetivo do princípio é evitar indicações casuísticas ou retiradas arbitrárias de promotores em casos importantes de forma a orientar o resultado de determinadas ações.⁷⁹ Neste viés, tanto juiz quanto Ministério Público devem atuar de maneira impessoal. Portanto, não podem operar segundo seus interesses particulares, sejam eles de cunho moral, ideológico, político ou partidário, mas sim de acordo com o interesse público. No entanto, os diálogos divulgados demonstram diversas oportunidades em que os membros da Operação Lava Jato teriam atuado com motivações políticas e partidárias, algumas delas discriminatórias (como quando se referiam de forma sarcástica a Lula como o “nove”, em referência pessoal à mão do ex-presidente).

Nesse contexto, cita-se a parte 07 da série de reportagens, quando o *The Intercept Brasil* divulgou um diálogo, novamente travado entre Sérgio Moro e o procurador Deltan Dallagnol, que revelou que o ex-juiz discordou de investigações sobre o ex-presidente Fernando Henrique Cardoso (PSDB) na Lava Jato, pois, em suas palavras não queria “melindrar alguém cujo apoio é importante”.⁸⁰ Vale evidenciar que até então FHC já havia sido citado na Lava Jato por pelo menos nove vezes como envolvido em alguma possível irregularidade.

Outras mensagens divulgadas revelam que Sérgio Moro tinha dúvidas sobre as provas apresentadas pelo ex-Ministro Antonio Palocci em sua delação premiada. As mensagens publicadas em parceria com o jornal Folha de S.Paulo sugerem que Moro achava a delação relevante por representar uma quebra dos vínculos que uniam o PT desde o início das investigações. O procurador Paulo Roberto Galvão afirmou, em um grupo de Telegram, que “Russo [Moro] comentou que embora seja difícil provar, ele [Palocci] é o único que quebrou a omertà petista”, associando os petistas à *Omertà*, o código de honra da máfia italiana.⁸¹

⁷⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 369.

⁷⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *HC 114093*, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 03/10/2017.

⁸⁰ THE INTERCEPT BRASIL. *Parte 7: Lava Jato fingiu investigar FHC apenas para criar percepção pública de ‘imparcialidade’, mas Moro repreendeu: ‘Melindra alguém cujo apoio é importante’*. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/06/18/lava-jato-fingiu-investigar-fhc- apenas-para-criar-percepcao-publica-de-imparcialidade-mas-moro-repreendeu-melindra-alguem-cujo-apoio-e-importante/>. Acesso em: 03 jul. 2020.

⁸¹ VEJA. *Diálogos: Moro achou delação de Palocci sobre Lula ‘difícil de provar’*. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/dialogos-moro-achou-delacao-de-palocci-sobre-lula-dificil-de-provar/>. Acesso em: 03 jul. 2020.

Na parte 02 das reportagens divulgadas pelo *The Intercept Brasil* evidencia-se mais uma vez a atuação da operação com motivações políticas e partidárias, dessa vez pelo lado do Ministério Público. Essas conversas teriam sido travadas no contexto de quando o Ministro Ricardo Lewandowski autorizou uma entrevista do ex-presidente Lula, que naquela oportunidade estava preso. Os diálogos demonstram revolta por parte dos procuradores da Lava Jato com o teor da decisão. A procuradora Laura Tessler, por exemplo, afirma: “Que piada!!! Revoltante!!! Lá vai o cara fazer palanque na cadeia. Um verdadeiro circo”. Em seguida, uma outra procuradora, Isabel Groba, respondeu: “Mafiosos!!!!!!!!!!!!!!!!!!!!!!”. Mais tarde, a mesma procuradora Tessler deixou explícito a verdadeira preocupação dos procuradores: “sei lá... mas uma coletiva antes do segundo turno pode eleger o Haddad”.⁸²

Nesse mesmo dia, enquanto essas mensagens eram trocadas no grupo da Lava Jato, o procurador Deltan Dallagnol teria conversado com uma amiga identificada no seu Telegram como “Carol PGR”. No diálogo, Dallagnol lamenta a possibilidade de Lula ser entrevistado antes das eleições e os dois estavam expressamente de acordo que o objetivo principal era impedir o retorno do PT à presidência. Então, concordaram que rezariam para que isso não ocorresse:

Carol PGR – 11:24:06 ando muito preocupada com uma possível volta do PT, mas tenho rezado muito para Deus iluminar nossa população para que um milagre nos salve

Deltan Dallagnol – 13:34:22 Valeu Carol!

13:34:27 Reza sim

13:34:32 Precisamos como país.⁸³

E as conversas seguiram por horas, demonstrando preocupação dos procuradores da Lava Jato com a “volta do PT”.

Um outro diálogo travado entre integrantes da força-tarefa em Curitiba revela que os procuradores da Lava Jato ironizaram a morte da ex-primeira-dama Marisa Letícia e o luto de Lula, em 2017. “Um amigo de um amigo de uma prima disse que Marisa chegou ao atendimento sem resposta, como vegetal”, disse Dallagnol. “Estão eliminando as testemunhas...”, completa o procurador Januário Paludo.⁸⁴ Essa

⁸² THE INTERCEPT BRASIL. *Parte 2: Exclusivo: Procuradores da Lava Jato tramaram em segredo para impedir entrevista de Lula antes das eleições por medo de que ajudasse a ‘eleger o Haddad’*. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/06/09/procuradores-tramaram-impedir-entrevista-lula/>. Acesso em: 03 jul. 2020.

⁸³ THE INTERCEPT BRASIL. *Parte 2: Exclusivo: Procuradores da Lava Jato tramaram em segredo para impedir entrevista de Lula antes das eleições por medo de que ajudasse a ‘eleger o Haddad’*. *Op. cit.*

⁸⁴ NOTÍCIAS UOL. *Procuradores da Lava Jato ironizam morte de Marisa Letícia e luto de Lula*. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/08/27/lava-jato-morte-marisa-leticia-lula.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 03 jul. 2020.

reportagem fez com que a procuradora Jerusa Viécili, que também aparece nos diálogos fazendo piadas, pedisse desculpas no Twitter: “Errei. E minha consciência me leva a fazer o correto: pedir desculpas à pessoa diretamente afetada, o ex-presidente Lula”.⁸⁵

Com a análise das mensagens hackeadas e que são objeto da Operação Spoofing, pode-se observar, ainda, a existência de outras mensagens que corroboram as conclusões ora identificadas. Por exemplo, em 27 de fevereiro de 2016, o ex-juíz Sérgio Moro, às 11 horas, 21 minutos e 24 segundos, enviou ao procurador Deltan Dallagnol o seguinte questionamento: “O que acha dessas notas malucas do diretório nacional do PT? Deveríamos rebater oficialmente? Ou pela ajufe?”. Em seguida, às 12 horas, 30 minutos e 44 segundos, Deltan responde a Moro: “Na minha opinião e de nossa assessoria de comunicação, não, porque não tem repercutido e daremos mais visibilidade ao que não tem credibilidade”.⁸⁶

Por fim, em diálogo datado de 14 de dezembro de 2016, Deltan e Moro trocam a seguinte mensagem, onde Moro comemora a informação de que o MPF estaria em breve protocolando denúncias aos investigados, sendo que um destes era o ex-presidente Lula:

17:48:52. Deltan – Denúncia do Lula sendo protocolada em breve
Denúncia do Cabral será protocolada amanhã

23:40:00. Moro – um bom dia afinal.⁸⁷

Todas essas conversas, além de várias outras não citadas – por conta da quantidade de reportagens e pelo recorte da amostragem –, demonstram que agentes da Lava Jato possuíam repulsa ao Partido dos Trabalhadores, seus membros e, sobretudo, temiam a possível volta do PT à presidência da República. Por conclusão lógica, se acabaram demonstrando por diversas vezes suas motivações políticas claramente identificáveis nas mensagens trocadas,⁸⁸ a dedução inexorável é de

⁸⁵ MEGALE, Bela. Procuradora da Lava-Jato pede desculpas a Lula em rede social: ‘errei’. *O Globo*. Disponível em: <https://blogs.oglobo.globo.com/bela-megale/post/procuradora-da-lava-jato-pede-desculpas-lula-errei.html>. Acesso em: 03 fev. 2021.

⁸⁶ BERGAMO, Mônica. Lewandowski suspende sigilo de 50 páginas de conversas de Moro com procuradores e dá acesso aos documentos; leia a troca de mensagens. *Folha de S.Paulo*. Disponível em: <https://media.folha.uol.com.br/foha/2021/02/01/novas-transcricoes-peticao-ex-presidente-juntada1-2-2021.pdf>. Acesso em: 03 fev. 2021.

⁸⁷ BERGAMO, Mônica. Lewandowski suspende sigilo de 50 páginas de conversas de Moro com procuradores e dá acesso aos documentos; leia a troca de mensagens. *Op. cit.*

⁸⁸ Outro exemplo: em mensagem enviada em 19 de março de 2016, às 08 horas, 53 minutos e 16 segundos, um procurador identificado como “Orlando SP”, ao retratar manifestações ocorridas em dia anterior, afirma “embora embalada em showmício e pagamento de muitas pessoas, deu para ver q a jararaca ainda tem cabeça”. No dia 18 de março de 2016, após concessão de liminar de Gilmar Mendes, suspendendo a nomeação de Lula ao cargo de ministro-chefe da Casa Civil, ocorreram manifestações a favor do ex-presidente em diversas cidades, conforme notícias datadas do dia. O diálogo pode ser encontrado em: BERGAMO, Mônica. Lewandowski suspende sigilo de 50 páginas de conversas de Moro com procuradores e dá acesso aos documentos; leia a troca de mensagens. *Op. cit.*

que sua conduta é irregular, uma vez que incompatível com o Estado Democrático de Direito pela evidente parcialidade dos acusadores.

Por certo que ninguém é neutro, nem se espera dos juízes e promotores que não possuam opiniões, posições e sentimentos. Ocorre que tanto Estado-juiz quanto Estado-acusador devem tomar uma postura social e profissional imparcial e impessoal em relação aos réus, sem demonstrar qualquer interesse ou predisposição, seja ela ideológica, moral, política ou partidária. Assim, os agentes que atuam na persecução penal não podem deixar suas convicções pessoais ou ideológicas interferirem em suas atuações judiciais. Nem mesmo devem externalizar em público preferências políticas que demonstrem suas inclinações ou seu sentimento de aversão ideológica no tocante a casos judiciais em que estejam atuando. No entanto, não foi o que ocorreu, pois os integrantes da Operação não somente possuíam vieses, como os externalizavam livremente e de forma a reforçar seu espírito corporativo contra os réus que estavam sob sua investigação. E tais externalizações ideológicas não diziam respeito apenas às investigações em andamento, mas também a questões familiares dos acusados, bem como à situação político-eleitoral do país. Conforme denota-se da leitura das mensagens trocadas, tanto magistrado quanto procuradores, atuaram com motivações políticas e ideológicas em uma clara violação dos princípios da imparcialidade, do juiz natural e do promotor natural.

5 Análise da tipicidade das condutas

Por intermédio das conversas analisadas, foi demonstrada a violação do processo penal acusatório e seus princípios norteadores, em especial os princípios da imparcialidade, da paridade de armas, do juiz natural e do promotor natural. No entanto, além a violação genérica ao sistema acusatório, tomou-se como hipótese que as condutas identificadas poderiam ser subsumidas em tipos específicos estabelecidos no ordenamento jurídico, tanto no campo administrativo quanto no cível.

5.1 Atos de improbidade administrativa

Em linhas gerais, a Lei nº 8.492/1992 previu de forma genérica três hipóteses de improbidade administrativa: (a) atos que importam enriquecimento ilícito (art. 9º); (b) atos que causam prejuízo ao erário (art. 10); (c) atos que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11). No caso vertente não houve prejuízo ao erário, pelo menos de forma direta, e tampouco enriquecimento ilícito. No entanto, se está diante da hipótese de atos ímprobos, sob o ponto de vista do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, uma vez que houve violação a princípios constitucionais da Administração Pública pelos agentes.

O art. 4º da LIA prevê que os agentes públicos “são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos”. Dessa maneira, restará configurada a improbidade administrativa na hipótese de violação de qualquer princípio, explícito ou implícito, que seja aplicável à Administração.⁸⁹

No caso específico das condutas analisadas, vislumbra-se o enquadramento da hipótese prevista no *caput* do art. 11 da LIA, que prevê que constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

Fato é que o art. 11 da LIA é extremamente controverso, tendo em vista o perigo de deixar ao subjetivismo do intérprete o adequado enquadramento da conduta à norma.⁹⁰ Desse modo, o STJ decidiu que é imprescindível a configuração da má-fé do sujeito ativo para incidência do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, não sendo suficiente a mera prática de irregularidade administrativa.⁹¹ Essa exigência veio justamente para evitar a aplicação desproporcional das sanções de improbidade, que também deverá levar em conta as diretrizes impostas pelo art. 22 da LINDB, instituídos pela Lei nº 13.655/2018.⁹²

Da direta análise dos diálogos, é evidente que houve a violação dos princípios da imparcialidade e da honestidade, mormente porque os responsáveis violaram frontalmente as diretrizes impostas pela Constituição, no que diz respeito ao sistema acusatório e suas garantias, que pressupõem a imparcialidade judicial, a equidistância do juiz em relação as partes, a honestidade e a boa-fé processual. Conforme demonstrado, juiz e Ministério Público acabaram por atuar voluntariamente em conluio, por diversas oportunidades. Por sua vez, os fatos processuais antes narrados (e que foram selecionados apenas como amostra) confirmam esta interpretação do discurso. Não parece ter se tratado de mero equívoco ou atuação imprudente.

Nesse sentido, destaca-se o diálogo – que talvez seja uma das mais evidentes demonstrações da violação desses princípios – em que, de acordo com a parte 3 da série de reportagens do *The Intercept Brasil*, o procurador Deltan Dallagnol, preocupado com as críticas recebidas após a exposição de denúncia ao ex-presidente Lula, afirma que “a denúncia é baseada em muita prova indireta de autoria, mas não

⁸⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Improbidade Administrativa – Direito Material e Processual*. São Paulo: Grupo GEN, 2019, p. 311.

⁹⁰ HARGER, Marcelo. *Improbidade administrativa: comentários a Lei nº 8.492/92*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 133.

⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 480.378/SP, Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 16.03.2004, DJ 24.05.2004.

⁹² NEVES, Daniel Amorim; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Improbidade Administrativa – Direito Material e Processual*. *Op. cit.*, p. 311.

caberia dizer isso na denúncia e na comunicação evitamos esse ponto”. Contudo, Moro teria tranquilizado o procurador afirmando que “definitivamente, as críticas à exposição de vcs são desproporcionais. Siga firme”, demonstrando-se favorável ao recebimento da denúncia e adiantando o mérito da decisão.⁹³ No entanto, conforme já citado, não é admissível que o magistrado da causa emita juízos prévios sobre os processos, tampouco que aconselhe as partes unilateralmente, uma vez que essas condutas são reprovadas pelo Direito brasileiro. Assim, o ex-juiz acabou por incorrer na violação de princípios essenciais do Direito Administrativo, em especial o da imparcialidade, o qual se encontra expresso no *caput* do art. 11 da LIA.

Assim, tanto no diálogo supracitado quanto em outros já mencionados, não só o ex-juiz pode ter incorrido em improbidade administrativa, mas também o procurador, tendo em vista que um procurador, enquanto agente público, também tem o dever material de atuar de maneira impessoal, sem realizar consultas indevidas ou clientelistas a um magistrado a respeito de conteúdo probatório utilizado em denúncia em que ainda não havia sido dada decisão de mérito a respeito de sua admissão. Nesse viés, de acordo com a reportagem, antes da resposta de Moro, Dallagnol complementa, dizendo: “creio que isso vai passar só quando eventualmente a página for virada para a próxima fase, com o eventual recebimento da denúncia, em que talvez caiba, se entender pertinente no contexto da decisão, abordar esses pontos”.⁹⁴ Nesse caso, o referido diálogo mostra que houve, portanto, a violação dos princípios da imparcialidade e da honestidade por parte do MP.

Quanto ao dolo, o STJ consolidou-se no sentido de que é necessária apenas a demonstração de dolo genérico para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso no art. 11 da LIA.⁹⁵ Ainda que esta seja uma posição fortemente contestável,⁹⁶ trata-se da atual jurisprudência em vigor. Ou seja, é necessária a demonstração apenas genérica de que houve a vontade, ou a assunção consciente do risco, por parte do agente, de concretizar as características objetivas do tipo. Isso é exatamente o que ocorreu no presente caso.

Destarte, a conclusão obtida é a de que os agentes da Lava Jato incorreram em atos que podem ser enquadrados em tipos da lei de improbidade administrativa,

⁹³ THE INTERCEPT BRASIL. *Parte 3: Exclusivo: Deltan Dallagnol duvidava das provas contra Lula e de propina da Petrobras horas antes da denúncia do triplex. Op. cit.*

⁹⁴ THE INTERCEPT BRASIL. *Parte 3: Exclusivo: Deltan Dallagnol duvidava das provas contra Lula e de propina da Petrobras horas antes da denúncia do triplex. Op. cit.*

⁹⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp n. 875.163/RS. Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 1ª Seção, j. 23/06/2010.

⁹⁶ Nesse sentido, Tailaine Costa entende que ao aplicar o dolo genérico em matéria de improbidade administrativa corre-se o risco de punir o agente público a título de culpa nos casos de violação do art. 11, ou seja, utilizar a culpa para disposição legislativa nas quais o dolo é imprescindível para a sua configuração (COSTA, Tailaine Cristina. *Flexibilização de garantias no combate à improbidade administrativa no Brasil*. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020, p. 94).

por violação do art. 11, *caput*, da LIA, em especial os princípios da imparcialidade e da honestidade.

5.2 Ilícitos administrativos

Romeu Felipe Bacellar Filho define que a responsabilização administrativa decorre da prática pelo servidor de atos considerados irregulares no desempenho do cargo ou função, por ato ou omissão.⁹⁷ Desse modo, os procuradores da força-tarefa da Operação Lava Jato e o juiz Sérgio Moro, na qualidade de agentes públicos, estão sujeitos, além da responsabilização civil, também à responsabilização administrativa, decorrente do exercício do cargo que ocupavam no período das mensagens. Vale mencionar que são diversos os diplomas que regulam a responsabilização administrativa, dentre os quais se destaca a Lei nº 8.112/1990, também denominada Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União.

Todavia, no caso da magistratura, as penalidades aplicáveis devem observar o que dispõe o Código de Ética da Magistratura, bem como a Lei Complementar nº 35 de 1979, também intitulada Lei Orgânica da Magistratura (LOMAN), que deve ser aplicada pela instituição máxima de regulação do Poder Judiciário, qual seja, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

No que tange à responsabilização administrativa dos servidores do Ministério Público Federal, é preciso mencionar o Conselho Nacional do Ministério Público, que se trata de um órgão externo encarregado de controlar e fiscalizar a atuação administrativa e financeira dos órgãos integrantes do MP, bem como supervisionar o cumprimento dos deveres funcionais de seus membros.⁹⁸ Ademais, a instituição é regulada pela Lei Complementar nº 75 de 1993, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o Estatuto do Ministério Público da União.

No caso dos vazamentos, é factível concluir que o juiz Sérgio Moro teria realizado atos que podem incorrer em violação a alguns dispositivos presentes no Código de Ética da Magistratura, dentre os quais se destaca o art. 8º, que prevê que o magistrado imparcial é aquele que busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes, e evita todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito. Neste ponto, vale enfatizar que um Código de Ética deve ser entendido como uma norma de caráter especificador

⁹⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Reflexões a propósito do regime disciplinar do servidor público. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, Ano 7, n. 30, out./dez. p. 11-27, 2007, p. 16.

⁹⁸ PANSIERI, Flávio. *Conselho Nacional do Ministério Público*. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Tomo Direito Administrativo e Constitucional, Edição 1, Abril de 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/69/edicao-1/conselho-nacional-do-ministerio-publico>. Acesso em: 27 out. 2020.

ou complementar, possibilitando a construção de uma Administração Pública moral e eficiente.⁹⁹

A atuação irregular pode ser observada por meio de diversas mensagens em que o ex-juiz se demonstrou favorável à acusação, em especial quando sugeriu aos procuradores da Lava Jato que trocassem a ordem de fases da operação, cobrou agilidade em novas operações, e deu conselhos estratégicos e pistas informais de investigação.¹⁰⁰

No que diz respeito aos agentes públicos integrantes do Ministério Público, as mensagens analisadas indicam que eles também podem ter incorrido em irregularidades administrativas, mais precisamente a violação do disposto no art. 236, inciso IX, da LC nº 75/1993, que prevê que os membros do Ministério Público da União devem desempenhar com zelo e probidade suas funções. Isto porque, a partir dos diálogos vazados, demonstra-se a atuação coordenada dos procuradores com o juiz, conduta esta reprovada pelo ordenamento jurídico brasileiro, que adotou o modelo de sistema acusatório e, portanto, pressupõe a equidistância das partes em relação ao júízo.

Vale ressaltar que alguns procuradores da força-tarefa da Operação Lava Jato chegaram a ser denunciados perante o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), por conta dos vazamentos. No entanto, Orlando Rochadel, corregedor do CNMP, decidiu arquivar o pedido de reclamação disciplinar, por entender que não houve nenhuma conduta ilegal no caso – ou seja, não teria havido comportamento irregular dos promotores. Além disso, o corregedor entendeu que as mensagens são ilegais e foram obtidas “à revelia de qualquer autorização judicial e com infração do direito à intimidade dos interlocutores”.¹⁰¹ Da mesma forma, o ex-juiz Sérgio Moro foi denunciado ao CNJ, por conta das revelações. Todavia, o corregedor do Conselho Nacional de Justiça, Ministro Humberto Martins, decidiu pelo arquivamento da reclamação que pedia a apuração sobre as mensagens trocadas pelo magistrado, justificando que seria infrutífero instaurar procedimento contra juiz que já estava exonerado e, portanto, não tinha mais vínculo com o Judiciário.¹⁰² Dessa forma, acabou não havendo uma análise de mérito desta questão pelos respectivos órgãos administrativos de controle.

⁹⁹ GABARDO, Emerson; FINGER, Ana Cláudia. Ética na Administração Pública e o Código de Ética do Superior Tribunal Militar. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. v. 11, n. 43, p. 119-133, 2011.

¹⁰⁰ THE INTERCEPT BRASIL. *Parte 4: Exclusivo: chats privados revelam colaboração proibida de Sergio Moro com Deltan Dallagnol na Lava Jato*. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/06/09/chat-moro-deltan-telegram-lava-jato/>. Acesso em: 03 jul. 2020.

¹⁰¹ AGÊNCIA BRASIL. *CNMP decide que não há ilegalidades em mensagens entre Deltan e Moro*. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2019-06/cnmp-decide-que-nao-ha-ilegalidades-em-mensagens-entre-deltan-e-moro>. Acesso em: 17 out. 2020.

¹⁰² O TEMPO. *CNJ arquivou todos os processos contra ex-juiz Sérgio Moro*. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/politica/cnj-arquivou-todos-os-processos-contra-ex-juiz-sergio-moro-1.2195566>. Acesso em: 27 out. 2020.

6 Ilícitude das provas

Como dito anteriormente, este estudo se dedicou a realizar uma análise jurídica hipotética de condutas de agentes públicos expostas pela série de reportagens do *site* de jornalismo *The Intercept Brasil*. Para isso, partiu-se do pressuposto da presunção de veracidade do contido nas mensagens vazadas. Todavia, não seria razoável ignorar a questão da (i)lícitude na obtenção desses diálogos. Isso porque, conforme demonstram os desdobramentos da “Operação Spoofing”,¹⁰³ as trocas de mensagens que envolvem membros do Ministério Público Federal e do ex-juiz Sérgio Moro foram colhidas por meio de *hackeamento* de aplicativo de mensagem desses agentes.

Tais diálogos foram obtidos ao arpejo de normas e garantias fundamentais, uma vez que se violou o direito à privacidade e inviolabilidade de dados e comunicações assegurados, respectivamente pelos incisos X e XII do artigo 5º da Constituição brasileira de 1988. Ainda, o crime de invasão de dispositivo informático está previsto no artigo 154-A do Código Penal Brasileiro.¹⁰⁴ Também é necessário lembrar que: (i) o inciso LVI do artigo 5º da CF dispõe que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”; (ii) o artigo 157 do Código de Processo Penal dita que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violações a normas constitucionais ou legais”; (iii) a Lei nº 9784/1999 determina em seu artigo 30 que “são inadmissíveis no processo administrativo as provas obtidas por meios ilícitos”; (iv) e o artigo 369 do Código de Processo Civil dispõe que “as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”.

Diante de tais dispositivos, é nítido que os diálogos revelados pelo *The Intercept Brasil*, e que foram objeto de análise no presente artigo, constituem-se como provas ilícitas. Por isso não podem, numa análise apriorística, serem admitidos para fins de responsabilização dos agentes envolvidos. Contudo, não se pode ignorar o debate realizado pela doutrina acerca das possibilidades excepcionais de admissão de provas ilícitas nos processos judiciais.

Conforme já revelado, tanto o art. 5º, LVI, da Constituição de 1988, quanto o art. 157 do Código de Processo Penal, bem como o art. 30 da Lei nº 9.784/1999

¹⁰³ BONIN, Robson; BRONZATTO, Thiago. Hacker que vazou mensagens da Lava Jato fecha acordo com a PF. *Revista VEJA*. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/hacker-que-vazou-mensagens-da-lava-jato-fecha-acordo-com-pf/>. Acesso em: 03 set. 2020

¹⁰⁴ Art. 154-A: Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita.

expressamente proíbem a adoção de provas ilícitas no processo, sendo essa, portanto, a regra. Porém, a doutrina e a jurisprudência têm flexibilizado essa regra a partir do princípio da proporcionalidade *pro reo*, ou seja, quando o sopesamento dos valores contrastantes é favorável ao réu. Essas discussões alcançam o processo civil,¹⁰⁵ bem como o processo administrativo, os quais também se orientam pelas balizas da proporcionalidade, onde se deve verificar se o bem jurídico a ser protegido pela admissão das provas ilícitas deve prevalecer sobre o direito atingido no caso concreto.

No campo penal, em que o debate é mais acentuado, Aury Lopes Jr. vislumbra quatro correntes doutrinárias que dispõem sobre essa temática. São elas: 1. Admissibilidade Processual da Prova Ilícita, hoje minoritária, segundo a qual “não interessava a violação do direito material”, podendo o “responsável pela prova ilícita” responder em outro processo; 2. Inadmissibilidade Absoluta, seguida por aqueles que interpretam o ordenamento de forma literal e absoluta, não admitindo exceções; 3. Admissibilidade da Prova Ilícita em Nome do Princípio da Proporcionalidade, podendo, neste caso, ser admitida tanto em prejuízo para o acusado, como em prol do interesse público; 4. Da Admissibilidade da Prova Ilícita a Partir da Proporcionalidade *Pro Reo*, “em que a ponderação entre o direito de liberdade de um inocente prevalece sobre um eventual direito sacrificado na obtenção da prova (dessa inocência)”.¹⁰⁶

Diante dessas hipóteses doutrinárias acerca da admissibilidade ou não de provas ilícitas, a última parece ser a mais adequada. Ou seja, para que se possa consentir com o sacrifício de salvaguardas constitucionais, um material probatório obtido com infringência ao ordenamento e garantias individuais só poderia ser aceito se, além de beneficiar o polo mais frágil da relação processual, fosse aprovado pelo crivo da proporcionalidade. Todavia, embora seja a vertente mais adequada, há aqueles que argumentam pela aplicação do princípio da proporcionalidade *pro societate*. Nesse viés, Sergio Demoro Hamilton argumenta que assim como admitida a proporcionalidade *pro reo*, não haveria razão para não se adotar a teoria da proporcionalidade *pro societate*, sob pena de a sociedade restar desamparada, permitindo que alguém possa tirar proveito de sua própria torpeza.¹⁰⁷ Na mesma vertente, Fabio Antonio Xavier de Moraes, defende que “o critério da proporcionalidade pode e deve ser adotado em favor da sociedade (*pro*

¹⁰⁵ ALVES, Francisco Luís Rios. Prova ilícita e sua admissão no processo civil. *Revista da ESMAPE*. Recife, v. 18, n. 38, jul./dez. 2013, p. 356.

¹⁰⁶ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. Op. cit., p. 438-443.

¹⁰⁷ HAMILTON, Sergio Demoro. As Provas Ilícitas, a Teoria da Proporcionalidade e a Autofagia do Direito. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, v. 1, n. 6, p. 53-65, fev.-mar., 2001.

societate) em casos excepcionais, pois nenhum direito fundamental seria ilimitado, principalmente quando se trata de crime organizado”.¹⁰⁸

O próprio Ministério Público Federal (particularmente, com forte apoio dos agentes da Operação Lava Jato) propôs alteração de dispositivos do Código de Processo Penal nas propostas conhecidas como “10 Medidas Contra a Corrupção”, as quais posteriormente se converterem no Projeto de Lei de iniciativa popular nº 4.850/2016. Pretendeu-se, dentre outras mudanças, a alteração do artigo 157 do CPP, visando incluir hipóteses de exclusão da ilicitude da prova. Porém, a inclusão desses novos dispositivos buscava garantir o direito de o polo acusatório lançar mão de provas *prima facie* ilícitas, em prejuízo do réu – aliás, dispositivo este que se tivesse sido aprovado, talvez hoje militasse em desfavor dos agentes públicos protagonistas das conversas vazadas.

Entretanto, como reforça Frederico de Almeida, essa tentativa de intervenção política do Ministério Público e, particularmente, da Lava Jato, para além do espaço propriamente judicial, restou derrotada. Esse fracasso, observado pela desnaturação do PL, deu-se pela primazia do Poder Legislativo em conduzir a tramitação do projeto.¹⁰⁹ Ademais, o ambiente político foi significativamente alterado com a redução paulatina da popularidade do “lavajatismo” e os então primeiros passos de fortalecimento do “centrão” – fenômenos que se evidenciaram a partir de 2019.

O inciso III do §2º do artigo 157, se aprovado, excluiria a ilicitude da prova quando “o agente público houver obtido a prova de boa-fé ou por erro escusável”. Como se não bastasse, o inciso VI possibilitaria a admissão de prova ilícita se “obtida em legítima defesa própria ou de terceiros”. Ainda, o inciso X disporia que deveria ser excluída a ilicitude da prova se “obtida de boa-fé por quem dê notícia-crime de fato que teve conhecimento no exercício de profissão, atividade, mandato, função, cargo ou emprego públicos ou privados”.¹¹⁰ Tais propostas foram amplamente criticadas pela doutrina especializada. Em 2017, o então presidente do Instituto dos Advogados do Brasil, Tércio Lins e Silva, no Livro “IAB e as Garantias Constitucionais – Parecer sobre o Projeto de Lei 4.850/2016”, afirmou que elas teriam “ranço de ódio contra o direito de defesa”.¹¹¹ As críticas eram acertadas e prevaleceram.

¹⁰⁸ MORAES, Fabio Antonio Xavier de. Relativização da prova ilícita em crimes de organização criminosa. *Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-09/mp-debate-relativizacao-prova-ilicita-crimes-organizacao-criminosa>. Acesso em: 06 jan. 2021.

¹⁰⁹ ALMEIDA, Frederico de. Os juristas e a crise: a Operação Lava Jato e a conjuntura política brasileira (2014-2016). *Plural – Revista de Ciências Sociais da Universidade de São Paulo*, v. 26, n. 2, ago./dez., 2019, p. 118.

¹¹⁰ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *10 Medidas Contra a Corrupção*. Disponível em: <http://www.dezmedidas.mpf.br/apresentacao/conheca-as-medidas>. Acesso em: 04 set. 2020.

¹¹¹ TEIXEIRA, Matheus. Medidas contra corrupção propostas pelo MPF têm ranço de ódio contra direito de defesa, diz IAB. *Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-08/livro-iab-compara-10-medidas-corrupcao-mpf-ai>. Acesso em: 25 jun. 2020.

Com efeito, a mesma lógica do processo penal deve se aplicar aos procedimentos administrativos, notadamente porque o Direito Administrativo Sancionador não deve ser tratado como uma medida punitiva de menor gravidade ou de importância secundária, tendo em vista que suas sanções podem atingir sobremaneira a esfera jurídica subjetiva. Sendo assim, deve ser reconhecido que o Direito penal e o Direito administrativo possuem um núcleo comum, formado por princípios que derivam diretamente da Constituição.¹¹² Por essa razão, depreende-se que, assim como no processo penal, as provas ilícitas só poderiam ser admitidas no processo administrativo sancionatório se, após um juízo de razoabilidade,¹¹³ fosse entendido que a inadmissibilidade dessa prova inidônea geraria um resultado materialmente injusto para o acusado. Assim, a prova ilícita só deve ser admitida no processo administrativo quando em benefício da parte processada ou acusada.

No âmbito do processo civil é diferente. Ampla doutrina tem acatado a relativização da regra constitucional que veda a utilização de provas ilícitas, com base no princípio da proporcionalidade.¹¹⁴ Segundo Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, quando se está diante de um conflito entre normas fundamentais a solução deve sempre ser dada casuisticamente, com base na ponderação de interesses, ou seja, à luz da proporcionalidade.¹¹⁵ Assim, conforme a amplitude do próprio artigo 369 do Código de Processo Civil, o qual estabelece que as partes podem utilizar “meios moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos” cabe ao magistrado do caso concreto fazer um juízo casuístico sobre a admissão ou não da prova de caráter ilícito, podendo se dar tanto em favor da parte requerente quanto da parte requerida.

Todavia, a mesma premissa não é válida para as ações de improbidade administrativa, pois, muito embora se trate de uma ação civil, a improbidade detém um regime jurídico processual único, marcado pela natureza ambivalente de uma demanda que se apresenta, por um lado, ressarcitória, por outro, punitiva. Diante

¹¹² BLANCHET, Luiz Alberto; GABARDO, Emerson. A aplicação dos princípios de Direito Penal no Direito Administrativo: uma análise do princípio da insignificância econômica. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 127-150, jan./mar. 2012, p. 131.

¹¹³ No tocante ao processo administrativo, Irene Nohara e Thiago Marrara destacam que, uma vez cumpridas as regras da certeza, da necessidade, da proporcionalidade estrita e da adequação, “afigura-se possível, frente às necessidades de ponderação e máxima concretização simultânea dos valores do ordenamento jurídico, autorizar a prova derivada de ilícito” (NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo Administrativo: Lei nº 9.784/99 Comentada*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 226).

¹¹⁴ Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel; *Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. V. 2. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 373; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 431.

¹¹⁵ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 102-103.

disso, ainda que não tenha natureza penal, é evidente que a ação de improbidade administrativa é uma manifestação do poder punitivo do Estado, inserindo-se, portanto, no regime geral do Direito Administrativo Sancionador.¹¹⁶ Logo, a admissão das provas ilícitas na ação de improbidade administrativa deve seguir a lógica do processo administrativo, nas mesmas balizas do processo penal, como já exposto *supra*, podendo ser admitida somente em favor da parte acusada.

De fato, por mais tentador que seja fazer uso de teses de admissibilidade mais amplas para buscar a facilitação da punibilidade no processo penal e no processo administrativo, a proteção às garantias constitucionais, ao direito de defesa e ao devido processo legal faz parte de uma construção democrática que deve ser defendida diariamente e que não admite tal espécie de flexibilização.

O devido processo legal compreende o direito à ampla defesa, do qual decorre o direito de não ser acusado de forma injusta com base em prova ilícita. Trata-se de uma construção contra o espírito da Constituição imaginar que provas ilícitas poderiam ser usadas em desfavor do réu. Ou seja, “a produção de prova ilícita contra o acusado é prática que viola o direito ao devido processo, que é princípio fundamental destinado à salvaguarda das liberdades públicas individuais”.¹¹⁷ Quando se abrem as portas do pragmatismo, os limites a respeito de questões de valores e princípios começam a ser esgarçados – o que tem um forte potencial de destruição do Estado de Direito e da democracia. O consequencialismo é um instrumento hermenêutico válido, mas que deve ser utilizado nos termos da racionalidade constitucional – infelizmente, tem sido usado equivocadamente, muitas vezes de forma meramente intuitiva e voluntarista.¹¹⁸

Em suma, se a consequência jurídica da admissão das provas ilícitas da “Vaza Jato”, em um eventual processamento penal, administrativo ou em ação de improbidade, fosse a imputação de responsabilizações aos envolvidos, ela seria contrária ao ordenamento constitucional brasileiro. Isto é, tentar fazer com que este conteúdo probatório ilícito embase uma tese acusatória voltada à condenação é algo inadmissível, por mais que pudesse trazer um resultado materialmente justo.

Nada impede, todavia, que o material colhido de forma ilícita seja utilizado positivamente, ou seja, como documentação passível de inocentar um acusado ou anular um processo. Para esta hipótese e, em confluência com a teoria que se considera mais adequada, deve-se submeter a prova ao filtro da teoria da

¹¹⁶ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. A prova na ação de improbidade administrativa. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LOPES, Ricardo Augusto de Castro. *A prova no Direito Processual Civil: Estudos em Homenagem ao professor João Batista Lopes*. São Paulo: Verbatin, 2013.

¹¹⁷ MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de Processo Penal*. Op. cit., p. 480.

¹¹⁸ GABARDO, Emerson; SOUZA, Pablo Ademir de. O consequencialismo e a LINDB: a cientificidade das previsões quanto às consequências práticas das decisões. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 20, n. 81, p. 97-124, jul./set., 2020.

proporcionalidade, tendo como baliza a tese que admite a prova ilícita somente quando colaborar para a comprovação da inocência do acusado ou identificar alguma espécie de grave nulidade processual. Esse filtro reparte-se em três momentos de análise necessários e subsequentes.¹¹⁹ O primeiro obstáculo que a prova deve vencer, é a “adequação”, devendo ser capaz de conduzir à finalidade perseguida (inocência do acusado ou grave nulidade processual). O segundo momento de análise é o da “necessidade”, de modo que a prova ilícita deve ser imprescindível para alcançar a sua finalidade, não havendo meio menos gravoso de se atingir o mesmo fim. Finalmente, a última etapa diz respeito à fase da “proporcionalidade em sentido estrito”. Neste momento se realiza a ponderação propriamente dita, de modo que uma prova ilícita será rechaçada se contraposta a ela houver um direito fundamental que prevaleça ao seu uso e o impeça. Nos casos em que a pena é a prisão, a liberdade é o direito fundamental principal que dá base para a possibilidade de admissão da prova originalmente inidônea. Já a ampla defesa é um direito axiologicamente pertinente referentemente a quaisquer penas.

Na jurisprudência dos tribunais superiores, essa hipótese de admissibilidade de prova ilícita *pro reo* é comumente admitida quando o próprio acusado, propondo a sua inocência, viola direitos fundamentais alheios para obter a prova dessa inocência. Nestes casos, entende-se que o réu estaria acobertado por excludentes de ilicitude, como legítima defesa e estado de necessidade, afastando a ilicitude da conduta e, portanto, da própria prova, e legitimando seu uso no processo.¹²⁰ Da mesma forma, a legítima defesa de terceiro e o estrito cumprimento de dever legal, por exemplo, podem ser considerados fundamentos jurídicos adequados para a aceitação da prova ilícita se em benefício do réu – situação particular na qual parece se enquadrar perfeitamente o caso *The Intercept Brasil vs. Lava Jato*. E já existe decisão neste sentido, proferida pelo Ministro do STF Ricardo Lewandowski na Reclamação 43.007 – DF, o que reforça os argumentos até então delineados.¹²¹

Considerações finais

A Constituição brasileira de 1988 adotou o sistema processual penal acusatório. Da mesma forma, o art. 3º-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei

¹¹⁹ ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 217, 1999.

¹²⁰ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. Op. cit., p. 442.

¹²¹ No dia 01.02.2021, o ministro relator Ricardo Lewandowski levantou o sigilo dos autos e deferiu o pedido do reclamante, concedendo o acesso das mensagens à defesa do ex-presidente Lula. Após interposto Agravo Regimental pelos procuradores da Lava Jato, a 2ª Turma do STF, em 09.02.2021, não reconheceu o referido Agravo, mantendo a decisão do ministro relator que havia concedido o acesso das mensagens aos reclamantes (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 43.007, Relator Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, julgado em 09.02.2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5990778>. Acesso em: 09 fev. 2021).

nº 13.964/2019,¹²² pressupõe a separação das funções de acusar e julgar em órgãos distintos, e a equidistância do juiz em relação às partes, a fim de garantir a preservação dos princípios da imparcialidade, do juiz natural, da paridade de armas, bem como do exercício do contraditório, todos com previsão constitucional. Neste modelo, “o juiz assume uma posição de espectador, sem iniciativa probatória. Forma sua convicção através dos elementos probatórios trazidos ao processo pelas partes (e não dos quais ele foi atrás)”.¹²³

Neste viés, as condutas presumidamente praticadas pelos atores da Lava Jato conforme relatadas nas mensagens divulgadas pelo *The Intercept Brasil*, demonstram a existência de uma atuação irregular, na medida em que: (i) o juiz e os procuradores da Operação Lava Jato atuaram coordenadamente, como se fossem aliados; (ii) os membros da Lava Jato demonstraram atuar com motivações políticas e ideológicas. Essas irregularidades decorrem da violação do sistema processual acusatório, que pressupõe a equidistância das partes, e a separação das funções de acusar e julgar – por consequência, afrontam o Estado de Direito e o sistema constitucional brasileiro.

Nesse sentido, ao confrontar algumas das condutas expostas pelos diálogos com as legislações vigentes, observou-se a possível subsunção dessas práticas a tipos administrativos e cíveis (Lei de Improbidade Administrativa). As práticas denotadas nas conversas expostas, embora aceitas como normais por uma parcela da sociedade, revelam um moralismo subjetivista ancorado naquilo que Juarez Cirino dos Santos chamou de “justiça do espetáculo”, subvertendo a lógica do processo penal tornando-o tendencioso e suspeito.¹²⁴

Luigi Ferrajoli afirmou em entrevista recente ao jornal *Folha de S.Paulo*, a respeito das práticas adotadas na “Operação Lava Jato” que “qualquer confusão entre acusação e julgamento é prejudicial à imparcialidade e, portanto, à credibilidade do julgamento”. Disse ainda que “em qualquer outro país, o comportamento do juiz Moro justificaria sua suspeição, por sua explícita falta de imparcialidade”.¹²⁵ É importante mencionar que, em 2019, após das revelações do *The Intercept Brasil*,

¹²² No momento em que o presente trabalho é escrito, a eficácia do art. 3º-A do CPP está suspensa por força da concessão de liminar na medida cautelar nas ADIs nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, pelo ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux. Contra essa decisão, o Instituto de Garantias Penais (IGP) impetrou o HC coletivo nº 195.807, objetivando o restabelecimento da eficácia do dispositivo. O HC foi distribuído na data de 21.12.2020, destinado para a relatoria do ministro Alexandre de Moraes. Leia-se o conteúdo do artigo 3º-A: “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.

¹²³ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal. Op. cit.*, p. 402.

¹²⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. A justiça como espetáculo subverte a lógica do processo penal. *Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mai-05/juarez-santos-justica-espetaculo-subverte-logica-processo>. Acesso em: 22 set. 2020.

¹²⁵ LUCENA, David. Qualquer confusão entre acusação e julgamento é prejudicial à imparcialidade, diz ‘pai’ do garantismo penal. *Folha de S.Paulo. Op. cit.*

advogados, juristas, ex-ministros da Justiça e ex-membros de cortes superiores de justiça de vários países fizeram um manifesto ao Supremo Tribunal Federal apontando os graves vícios da Lava Jato, em especial referentes ao processo do ex-presidente Lula. Desse manifesto, vale citar o seguinte excerto: “Não há Estado de Direito sem respeito ao devido processo legal. E não há respeito ao devido processo legal quando um juiz não é imparcial, mas atua como chefe da acusação”.¹²⁶

Mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal concedeu ordem no Habeas Corpus 164.493, determinando a anulação de todos os atos decisórios praticados por Sérgio Moro no âmbito da Ação Penal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, incluindo os atos praticados na fase pré-processual, nos termos do voto do Ministro Gilmar Mendes, redator para acórdão, vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator) e Nunes Marques. Esta decisão, que reconheceu a suspeição do magistrado fruto de sua atuação parcial, não tratou das mensagens divulgadas e, portanto, não diz respeito aos fatos analisados no presente artigo. As mensagens foram citadas nos debates da 2ª Turma do STF para o fim de esclarecimento e contextualização dos fatos trazidos aos autos e que, de forma idêntica, também apontaram para a parcialidade da atuação judicial da Lava Jato. Neste HC, portanto, apesar da retórica motivacional dos ministros, tratou-se apenas de provas lícitas – o que sugere, então, uma hipótese de futura responsabilização dos agentes envolvidos.

Todavia, no caso presente, das mensagens hackeadas, deve ser reconhecida a impossibilidade de se admitir tais diálogos como provas processuais das irregularidades identificadas para o fim de formalização de quaisquer acusações. Isso porque, conforme antes descrito, as conversas da “Vaza-Jato” foram colhidas em contrariedade ao ordenamento e, se admitidas, seriam prejudiciais aos acusados eventualmente processados. Considerando que as garantias constitucionais e processuais não podem ser mitigadas em busca de decisões sancionatórias, haveria uma evidente limitação no uso processual das mensagens. As garantias asseguradas pela Constituição da República de 1988 devem guiar todas as leis infraconstitucionais, bem como garantir a manutenção do modelo acusatório no processo penal – isso vale tanto para a proibição de parcialidade dos julgadores quanto para o uso de provas ilícitas contrárias ao réu. Contudo, essa mesma conclusão não se aplica para as hipóteses de utilização de tais provas ilícitas em

¹²⁶ A nota foi assinada por: Bruce Ackerman, John Ackerman, Susan Rose-Ackerman, Alfredo Beltrán, William Bourbon, Pablo Cáceres, Alberto Costa, Advogado, Herta Daubler-Gmelin, Luigi Ferrajoli, Baltasar Garzón, António Marinho e Pinto, Christophe Marchand, Jean-Pierre Mignard, Eduardo Montealegre, Philippe Texier, Diego Valadés, Gustavo Zafra. Os signatários são professores eméritos, ex-presidentes de Tribunais, ex-ministros da Justiça, presidente de Ordem de Advogados, de países como Estados Unidos, Portugal, França, Colômbia, Alemanha, México, entre outros (REVISTA FÓRUM. STF deve libertar Lula e anular condenação”, diz manifesto de juristas internacionais. Disponível em: <https://revistaforum.com.br/global/stf-deve-libertar-lula-e-anular-condenacao-diz-manifesto-de-juristas-internacionais/>. Acesso em: 1º dez. 2020).

favor de acusados, uma vez que o direito à liberdade, o devido processo legal e a ampla defesa constituem-se como elementos de elevada importância a serem considerados em eventuais juízos de proporcionalidade nos casos concretos.

Em conclusão, cabe salientar a necessidade de se combater perenemente a corrupção. Esse combate requer, contudo, adequadas. É necessária a criação de normas jurídicas, bem como políticas públicas e privadas preventivas, além de um controle administrativo e jurisdicional objetivo. Segundo Rogério Gesta Leal, os altos níveis de corrupção podem ser reduzidos, e esta diminuição deve ser sustentada por intermédio de mecanismos preventivos e curativos. Para tanto, Leal propõe uma mistura de ações concomitantes relacionadas com níveis micro, como aprimoramento dos controles interno e externo da Administração Pública, em todas as fases da gestão, instrumentos de controle de mercado, políticas públicas transparentes e com participação social nestas áreas; e macro, com o fortalecimento das instituições democráticas.¹²⁷

Imprescindível se faz mencionar o teor da nota emitida pela Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão sobre o contexto em que se encontra o combate à corrupção no Brasil, editada após o vazamento das conversas pelo *The Intercept Brasil*. A PFDC afirma que o enfrentamento à corrupção, como a qualquer outra violação dos direitos humanos, deve respeitar integralmente todos os direitos fundamentais previstos na Constituição. Do contrário, estaria se suprimindo a própria legitimidade no esforço de combater a corrupção, uma vez que é inadmissível que o Estado, para reprimir um crime, por mais grave que seja, se transforme, ele mesmo, em um agente violador de direitos fundamentais.¹²⁸

Segundo essa linha, Walfrido Warde, em sua obra “O espetáculo da corrupção: como um sistema corrupto e o modo de combatê-la estão destruindo o país”, enfatiza não ser pertinente criticar o combate à corrupção, tampouco ser feita apologia à delinquência, mas o modo com que se tem tratado esse mal no país tem constituído não um remédio, e sim um veneno. Para o autor, o combate inconsequente à corrupção é rendição, uma vez que tem a capacidade de promover a estrondosa dissolução de instituições do sistema político econômico e social.¹²⁹

A corrupção é, segundo a definição de Norberto Bobbio, o fenômeno pelo qual um agente público age de modo diverso dos padrões do sistema, favorecendo interesses pessoais em troca de alguma recompensa. Sob a óptica de Bobbio, corrupto é o comportamento ilegal de quem desempenha papel na estrutura

¹²⁷ LEAL, Rogério Gesta. Estado, democracia e corrupção:... *Op. cit.*, p. 102-103.

¹²⁸ PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO. *Nota pública*. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.br/institucional/nota-publica-3-2019/>. Acesso em: 25 jul. 2020.

¹²⁹ WARDE, Walfrido. *O espetáculo da corrupção*:... *Op. cit.*, p. 17-18.

do Estado.¹³⁰ Não necessariamente a corrupção é um ato contrário ao texto da lei – algumas vezes a lei é instrumento de institucionalização de atos corruptivos formalmente adequados, mas que contrariam o sistema como um todo. Ademais, nem sempre a corrupção implica desvio de dinheiro público. Às vezes há formas ainda mais graves de se corromper, apenas atentando contra os postulados éticos da função. A interferência indevida no processo político, por exemplo, é um vício de grande impactação, embora economicamente incalculável. Nesse sentido, adverte a magistrada federal Fabiana A. Rodrigues: “o controle criminal que ultrapassa barreiras da legalidade, além de fragilizar a democracia pela ruptura do Estado de Direito, também pode ser qualificado como uma atuação corrupta, em especial se proporciona benefícios pessoais ou institucionais a quem o promove”.¹³¹

A partir do momento em que membros da força-tarefa da Lava Jato e magistrados, enquanto agentes estatais, descumprem procedimentos legais, escolhem quais procedimentos devem ou não serem respeitados, decidem quando as leis devem ser cumpridas ou não, estes agentes estão também corrompendo o sistema legal e o sistema acusatório.¹³² Os custos de uma argumentação de que os fins justificam os meios são altos demais para o Estado Democrático de Direito.¹³³ E configuram, por si mesmos, uma atuação corruptiva ainda mais grave que os atos corruptos pretensamente combatidos, pois fazem cair em descrédito os próprios órgãos de controle, que deveriam ser os primeiros a agir nos exatos contornos da lei e da Constituição.

Referências

AGÊNCIA BRASIL. *CNMP decide que não há ilegalidades em mensagens entre Deltan e Moro*. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2019-06/cnmp-decide-que-nao-ha-ilegalidades-em-mensagens-entre-deltan-e-moro>. Acesso em: 17 out. 2020.

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 217, 1999.

ALMEIDA, Frederico de. Os juristas e a crise: a Operação Lava Jato e a conjuntura política brasileira (2014-2016). *Plural – Revista de Ciências Sociais da Universidade de São Paulo*. v. 26, n. 2, p. 96-128, ago./dez., 2019.

ALVES, Francisco Luís Rios. Prova ilícita e sua admissão no processo civil. *Revista da ESMape*. Recife, v. 18, n. 38, p. 295-392, jul./dez. 2013.

ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. Curitiba: Juruá, 2008.

¹³⁰ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PAQUINO, Gianfranco (Coord.). 11. ed. *Dicionário de política*. Tradução de João Ferreira. Brasília: Universidade de Brasília, 1998, p. 291.

¹³¹ RODRIGUES, Fabiana Alves. Lava Jato:... *Op. cit.*, p. 264.

¹³² MARTINS JUNIOR, Osmar Pires. *Lawfare em debate*. Goiânia: Kelps, 2020.

¹³³ PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO. *Nota pública*. *Op. cit.*

- AUGSTEN, Patrícia. *A significação jornalística da justiça: uma análise da cobertura da Lava Jato na Folha de S. Paulo*. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Comunicação Social, PUCRS, 2019.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Reflexões a propósito do regime disciplinar do servidor público. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, Ano 7, n. 30, out./dez., p. 11-27, 2007.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. A crença no princípio (ou mito) da imparcialidade judicial. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*. v. 7, n. 2, jun. p. 202-223, 2020.
- BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. *Entre “Quereres” e “Poderes”*: Paradoxos e ambiguidades da imparcialidade judicial. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2013.
- BEGOSSI, Giovanni Alessandro. *Lawfare, pós-democracia e pós-verdade no caso Lula: análise da potencial violação do direito fundamental ao juiz natural por Sérgio Moro e seus impactos na democracia brasileira à luz dos diálogos divulgados pelo The Intercept*. Trabalho de conclusão de curso. UFRN, Rio Grande do Norte, 2019.
- BELUZZO, Luiz Gonzaga. As Consequências Econômicas da Lava Jato. In: KERCHER, Fábio; FERES JR, João (Org.). *Operação Lava Jato e a democracia brasileira*. São Paulo: Contracorrente, 2018.
- BERGAMO, Mônica. Lewandowski suspende sigilo de 50 páginas de conversas de Moro com procuradores e dá acesso aos documentos; leia a troca de mensagens. *Folha de S.Paulo*. Disponível em: <https://media.folha.uol.com.br/folha/2021/02/01/novas-transcricoes-peticao-ex-presidente-juntada1-2-2021.pdf>. Acesso em: 03 fev. 2021.
- BLANCHET, Luiz Alberto; GABARDO, Emerson. A aplicação dos princípios de Direito Penal no Direito Administrativo: uma análise do princípio da insignificância econômica. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 127-150, jan./mar. 2012.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PAQUINO, Gianfranco (Coord.). *Dicionário de política*. 11. ed. Tradução de João Ferreira. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.
- BOLDT, Raphael. Maxiprocessos criminais, corrupção e mídia: uma análise a partir da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, v. 6, n. 3, p. 1209-1237, set./dez., 2020.
- BONIN, Robson; BRONZATTO, Thiago. Hacker que vazou mensagens da Lava Jato fecha acordo com a PF. *Revista VEJA*. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/hacker-que-vazou-mensagens-da-lava-jato-fecha-acordo-com-pf/> Acesso em: 03 set. 2020.
- BRASIL DE FATO. *Judiciário e mídia têm sido usados para minar as democracias emergentes, diz Papa*. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2019/06/05/papa-francisco-alerta-judiciario-e-midia-tem-sido-usado-para-minar-a-democracia/>. Acesso em: 28 jul. 2020.
- BRASIL. Código de Processo Civil. *Projeto de Lei nº 6204, de 2019*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/139971>. Acesso em: 27 jan. 2021.
- BRASIL. Código de Processo Penal. *Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 11 set. 2020.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Código de Ética da Magistratura Nacional*. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/images/programas/publicacoes/codigo_de_etica_da_magistratura_nacional.pdf. Acesso em: 19 jan. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 480.378/SP, Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 16.03.2004, DJ 24.05.2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 875.163/RS*, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 1ª Seção, j. 23/06/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4414*, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 31/05/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 114093*, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 03/10/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 166.373*, Relator: Ministro EDSON FACHIN, Plenário, julgado em 02/10/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 88875*, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 07/12/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação nº 43.007*, Relator Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, julgado em 09/02/2021.

BUZZFEED NEWS. *Documentos mostram que atos da Lava Jato coincidiram com orientações de Moro no Telegram*. Disponível em: <https://www.buzzfeed.com/br/gracilianorochoa/moro-deltan-telegram>. Acesso em: 02 set. 2020.

CARVALHO, Salo de. Revisita à desconstrução do modelo jurídico inquisitorial. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*. v. 42, 2005.

CASTRO, Matheus Felipe de; GHILARDI, Daniel. Precisamos falar sobre “identidade física” do juiz: modelos de imparcialidade objetiva no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 174, ano 28, p. 255-282, dez., 2020.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

COSTA, Tailaine Cristina. *Flexibilização de garantias no combate à improbidade administrativa no Brasil*. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Curitiba, v. 30, p. 165-167, 1998.

DALY, Tom. Understanding multi-directional democratic decay: lessons from the rise of Bolsonaro in Brazil. *Law and Ethics on Human Rights*. v. 14, n. 2, p. 199-226, 2020.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FELIPPE, Marcio Sotelo. Lawfare, esse crime chamado justiça. In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBON, Gisele; DORNELLES, João Ricardo. *Comentários a uma sentença anunciada: O Processo Lula*. São Paulo: Canal, 2017.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERREIRA, Antonio Oneildo. Três faces do autoritarismo: Estado Policial. Direito Penal do inimigo e Lawfare. *Migalhas*. 14 mar. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/276236/tres-faces-do-autoritarismo-estado-policial-direito-penal-do-inimigo-e-lawfare>. Acesso em: 17 jul. 2020.

FOLHA DE S. PAULO. *Preso diz à PF que hackeou mensagens da Lava Jato e as entregou de forma anônima ao Intercept*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/07/preso-diz-a-pf-que-hackeou-mensagens-da-lava-jato-e-as-entregou-de-forma-anonima-ao-intercept.shtml>. Acesso em: 15 out. 2020.

FOLHA DE S. PAULO. *Série de reportagens da folha explora mensagens obtidas por site The Intercept Brasil*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/06/serie-de-reportagens-da-folha-explora-mensagens-obtidas-por-site-the-intercept-brasil.shtml>. Acesso em: 02 set. 2020.

G1. *Ex-juiz Sergio Moro anuncia demissão do Ministério da Justiça e deixa o governo Bolsonaro*. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/04/24/moro-anuncia-demissao-do-ministerio-da-justica-e-deixa-o-governo-bolsonaro.ghtml>. Acesso em: 15 out. 2020.

GABARDO, Emerson. Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 65-91, out./dez., 2017.

GABARDO, Emerson; FINGER, Ana Cláudia. Ética na Administração Pública e o Código de Ética do Superior Tribunal Militar. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. v. 43, p. 119-133, jan.-mar., 2011.

GABARDO, Emerson; SOUZA, Pablo Ademir de. O consequencialismo e a LINDB: a cientificidade das previsões quanto às consequências práticas das decisões. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 20, n. 81, p. 97-124, jul./set., 2020.

GIL, Antônio Carlos. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 13-26.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 27, p. 71-79, 1999.

HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Curitiba, v. 13, n. 53, p. 133-168, jul.-set., 2013.

HAMILTON, Sergio Demoro. As Provas Ilícitas, a Teoria da Proporcionalidade e a Autofagia do Direito. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*. v. 1, n. 6, p. 53-65, fev./mar., 2001.

HARGER, Marcelo. *Improbidade administrativa: comentários á Lei nº 8.492/92*. São Paulo: Atlas, 2015.

JORNAL GGN. *Juristas protocolam denúncia contra Moro por improbidade, corrupção e conflito de interesses*. Disponível em: <https://jornalgggn.com.br/justica/juristas-protocolam-denuncia-contra-moro-por-improbidade-corrupcao-e-conflito-de-interesses/> Acesso em: 17 out. 2020.

KATZ, Andrea Scoseria. Making Brazil work? Brazilian coalitional presidentialism at 30 and its post-Lava Jato prospects. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n. 3, p. 77-102, set./dez. 2018.

KHALED JR., Salah H. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. São Paulo: Atlas, 2013. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522479900/>. Acesso em: 16 ago. 2020.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MORAES, Maria Valentina de. Relações entre Estado, Administração Pública e sociedade: a corrupção como fenômeno multicultural e a afetação dos direitos fundamentais. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 18, n. 74, p. 175-192, out./dez. 2018.

LEAL, Rogério Gesta. Estado, democracia e corrupção: equações complexas. *Revista de Investigações Constitucionais*. v. 1, n. 1, jan./abr., 2014.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LUCENA, David. Qualquer confusão entre acusação e julgamento é prejudicial à imparcialidade, diz ‘pai’ do garantismo penal. *Folha de S.Paulo*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/07/qualquer-confusao-entre-acusacao-e-julgamento-e-prejudicial-a-imparcialidade-diz-pai-do-garantismo-penal.shtml>. Acesso em: 29 jul. 2020.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. A prova na ação de improbidade administrativa. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LOPES, Ricardo Augusto de Castro. *A prova no Direito Processual Civil*. Estudos em Homenagem ao professor João Batista Lopes. São Paulo: Verbatim, 2013.

MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*: tutela dos direitos mediante procedimento comum. v. 2, 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MARTINS JUNIOR, Osmar Pires. *Lawfare em debate*. Goiânia: Kelps, 2020.

MEGALE, Bela. Procuradora da Lava-Jato pede desculpas a Lula em rede social: 'errei'. *O Globo*. Disponível em: <https://blogs.oglobo.globo.com/bela-megale/post/procuradora-da-lava-jato-pede-desculpas-lula-errei.html>. Acesso em: 03 fev. 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Caso Lava Jato*. 2016. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em: 10 jun. 2019.

MORAES, Fabio Antonio Xavier de. Relativização da prova ilícita em crimes de organização criminosa. *Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-09/mp-debate-relativizacao-prova-ilicita-crimes-organizacao-criminosa>. Acesso em: 06 jan. 2021.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Improbidade Administrativa – Direito Material e Processual*. São Paulo: Grupo GEN, 2019.

NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo Administrativo: Lei nº 9.784/99 Comentada*. São Paulo: Atlas, 2009.

NOTÍCIAS UOL. *Até Dallagnol admite: fatos da Vaza Jato são causa de nulidade de processos*. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/colunas/reinaldo-azevedo/2020/07/07/ate-dallagnol-admite-fatos-da-vaza-jato-sao-causa-de-nulidade-de-processos.htm>. Acesso em: 02 set. 2020.

NOTÍCIAS UOL. *Procuradores da Lava Jato ironizam morte de Marisa Letícia e luto de Lula*. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/08/27/lava-jato-morte-marisa-leticia-lula.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 03 jul. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

O TEMPO. *CNJ arquivou todos os processos contra ex-juiz Sérgio Moro*. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/politica/cnj-arquivou-todos-os-processos-contra-ex-juiz-sergio-moro-1.2195566>. Acesso em: 27 out. 2020.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PANSIERI, Flávio. *Conselho Nacional do Ministério Público*. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Tomo Direito Administrativo e Constitucional, Edição 1, Abril de 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/69/edicao-1/conselho-nacional-do-ministerio-publico>. Acesso em: 27 out. 2020.

POLÍCIA FEDERAL. *Operação Lava Jato*. Disponível em: <http://www.pf.gov.br/imprensa/lava-jato>. Acesso em: 01 jul. 2020.

PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO. *Nota pública*. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/institucional/nota-publica-3-2019/>. Acesso em: 25 jul. 2020.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

REVISTA FÓRUM. *Lava Jato é "parcial" para a maioria dos brasileiros, aponta pesquisa*. Disponível em: <https://revistaforum.com.br/noticias/pesquisa-mostra-que-maioria-dos-brasileiros-acha-a-lava-jato-parcial/>. Acesso em: 01 jul. 2020.

- REVISTA FÓRUM. *Para 97,8% dos professores de Direito, Moro foi parcial no julgamento de Lula, diz pesquisa*. Disponível em: <https://revistaforum.com.br/politica/para-978-dos-professores-de-direito-moro-foi-parcial-no-julgamento-de-lula-diz-pesquisa/>. Acesso em: 28 out. 2020.
- REVISTA FÓRUM. *STF deve libertar Lula e anular condenação”, diz manifesto de juristas internacionais*. Disponível em: <https://revistaforum.com.br/global/stf-deve-libertar-lula-e-anular-condenacao-diz-manifesto-de-juristas-internacionais/>. Acesso em: 01 dez. 2020.
- ROCHA JÚNIOR, Francisco de Assis do Rego Monteiro. A legalidade penal constitucionalmente filtrada: uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, v. 11, n. 21, p. 167-197, ago.-dez., 2019.
- RODRIGUES, Fabiana Alves. *Lava Jato: aprendizado institucional e ação estratégica na Justiça*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020.
- SALGADO, Eneida Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. v. 117, p. 193-217, jul.-dez., 2018.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. A justiça como espetáculo subverte a lógica do processo penal. *Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mai-05/juarez-santos-justica-espetaculo-subverte-logica-processo>. Acesso em: 22 set. 2020.
- SILVA, Fabio de Sa e. From Car Wash to Bolsonaro: Law and Lawyers in Brazil's Illiberal Turn (2014-2018). *Journal of Law and Society*. v. 47, n. 51, p. 1-21, Oct., 2020.
- SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. A Cultura Inquisitória Vigente e a Origem Autoritária do Código de Processo Penal Brasileiro. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 264-275, jan.-fev., 2015.
- SIMÃO NETO, Calil. *Improbidade administrativa: teoria e prática: de acordo com a Lei nº 12.846 de 01 de agosto de 2013, com a Lei complementar nº 135 de junho de 2010: Ficha Limpa*. 2. ed. Leme: J.H. Mizuno, 2014.
- TEIXEIRA, Matheus. Medidas contra corrupção propostas pelo MPF têm ranço de ódio contra direito de defesa, diz IAB. *Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-08/livro-iab-compara-10-medidas-corruptcao-mpf-ai>. Acesso em: 25 jun. 2020.
- THE INTERCEPT BRASIL. *Parte 7: Lava Jato fingiu investigar FHC apenas para criar percepção pública de 'imparcialidade', mas Moro repreendeu: 'Melindra alguém cujo apoio é importante'*. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/06/18/lava-jato-fingiu-investigar-fhc-apenas-para-criar-percepcao-publica-de-imparcialidade-mas-moro-repreendeu-melindra-alguem-cujo-apoio-e-importante/>. Acesso em: 03 jul. 2020.
- THE INTERCEPT BRASIL. *Parte 2: Exclusivo: Procuradores da Lava Jato tramaram em segredo para impedir entrevista de Lula antes das eleições por medo de que ajudasse a 'eleger o Haddad'*. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/06/09/procuradores-tramaram-impedir-entrevista-lula/>. Acesso em: 03 jul. 2020.
- THE INTERCEPT BRASIL. *Parte 3: Exclusivo: Deltan Dallagnol duvidava das provas contra Lula e de propina da Petrobras horas antes da denúncia do triplex*. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/06/09/dallagnol-duvidas-triplex-lula-telegram-petrobras/>. Acesso em: 03 jul. 2020.
- THE INTERCEPT BRASIL. *Parte 4: Exclusivo: chats privados revelam colaboração proibida de Sérgio Moro com Deltan Dallagnol na Lava Jato*. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/06/09/chat-moro-deltan-telegram-lava-jato/>. Acesso em: 03 jul. 2020.
- THE INTERCEPT BRASIL. *Parte 5: Leia os diálogos de Sérgio Moro e Deltan Dallagnol que embasaram a reportagem do Intercept*. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/06/12/chat-sergio-moro-deltan-dallagnol-lavajato/>. Acesso em: 03 jul. 2020.

THE INTERCEPT BRASIL. *Parte 6: Leia os diálogos de Sergio Moro e Deltan Dallagnol que embasaram a reportagem do Intercept*. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/06/14/sergio-moro-enquanto-julgava-lula-sugeriu-a-lava-jato-emitir-uma-nota-oficial-contra-a-defesa-eles-acataram-e-pautaram-a-imprensa/>. Acesso em: 23 dez. 2020.

THE INTERCEPT BRASIL. *Parte 8: Às vésperas de Moro aceitar convite para o Ministério da Justiça, procuradores do MPF discutiam como ingresso do juiz na política podia legitimar críticas...* Disponível em: <https://theintercept.com/2019/06/29/chats-violacoes-moro-credibilidade-bolsonaro/>. Acesso em: 23 jul. 2020.

THE INTERCEPT BRASIL. *Parte 9: Lava Jato tramou vazamento de delação para interferir na política da Venezuela após sugestão de Sérgio Moro*. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/07/07/lava-jato-vazamento-delacao-venezuela/>. Acesso em: 23 jul. 2020.

UOL. STF tira sigilo e conversas de Moro com procuradores são divulgadas. *Migalhas*. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/quentes/339728/stf-tira-sigilo-e-conversas-de-moro-com-procuradores-sao-divulgadas>. Acesso em: 03 fev. 2021.

VASCONCELOS, Vinicius Gomes de. O “Sistema Acusatório” do Processo Penal Brasileiro: Aportamentos Acerca do Conteúdo da Acusatoriedade a partir de Decisões do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: *Revista Direito Estado e Sociedade*. n. 47, jul.-dez. 2015.

VEJA. *Carta ao Leitor: Ninguém está acima da lei*. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/revista-veja/carta-ao-leitor-ninguem-esta-acima-da-lei/>. Acesso em: 02 set. 2020.

VEJA. *Diálogos: Moro achou delação de Palocci sobre Lula ‘difícil de provar’*. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/dialogos-moro-achou-delacao-de-palocci-sobre-lula-dificil-de-provar/>. Acesso em: 03 jul. 2020.

VEJA. *Em novas mensagens, procuradores criticam conduta de Moro*. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/moro-sempre-viola-o-sistema-acusatorio-diz-procuradora-em-vazamento/>. Acesso em: 22 jul. 2020.

VEJA. *Juristas divergem sobre a imparcialidade de Moro*. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/juristas-divergem-sobre-imparcialidade-de-moro/>. Acesso em: 28 out. 2020.

WARDE, Walfrido. *O espetáculo da corrupção: como um sistema corrupto e o modo de combatê-lo estão destruindo o país*. Rio de Janeiro: LeYa, 2018.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Poder judiciário: crise, acertos e desacertos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ZANIN, Cristiano; MARTINS, Valeska; VALIM, Rafael. *Lawfare: uma introdução*. São Paulo: Contracorrente, 2019.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

GABARDO, Emerson; LAZZAROTTO, Gabriel Strapasson; WATZKO, Nicholas Andrey Monteiro. Ética pública e parcialidade no combate à corrupção: o caso *The Intercept Brasil vs. Operação Lava Jato*. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 2, n. 1, p. 151-198, jan./abr. 2021.

Para cidades justas, em rede e inteligentes: uma agenda pública pelo direito à cidade sustentável

*For fair, networked and smart cities:
a public agenda for the right to a
sustainable city*

Lígia Maria Silva Melo de Casimiro*

Universidade Federal do Ceará (Fortaleza, Ceará, Brasil)
meloligia@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0001-7987-4381>

Harley Carvalho**

Faculdade Terra Nordeste / Centro Universitário Estácio (Fortaleza, Ceará, Brasil)
harleyjus@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0001-7522-2933>

Recebido/Received: 26.01.2021/ January 26th, 2021

Aprovado/Approved: 27.03.2021/ March 27th, 2021

Resumo: O artigo foi desenvolvido com base em pesquisa bibliográfica exploratória e percepção empírica. Parte-se da questão de que as propostas de inovação tecnológica e de fortalecimento da infraestrutura urbana que dominam as pesquisas em torno das cidades inteligentes precisam estar vinculadas à prestação efetiva de serviços e à promoção do acesso a direitos sociais. Nessa linha de compreensão, defende-se a importância da funcionalidade urbana sob a perspectiva do direito à cidade, dialogando com a adjetivação da *smart city*, pela promoção do desenvolvimento humano no território de cidades. A argumentação apresentada é desenvolvida em três etapas: a realização de

Como citar este artigo/*How to cite this article*: CASIMIRO, Lígia Maria Silva Melo de; CARVALHO, Harley. Para cidades justas, em rede e inteligentes: uma agenda pública pelo direito à cidade sustentável. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 2, n. 1, p. 199-215, jan./abr. 2021. DOI: 10.47975/IJDL/1casimiro

* Docente da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (Fortaleza, Ceará, Brasil). Doutora em Direito Econômico e Desenvolvimento pela PUC/PR. Mestra em Direito do Estado pela PUC-SP. Presidente do Instituto Cearense de Direito Administrativo – ICDA. Diretora do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo – IBDA. Coordenadora Regional do Instituto Brasileiro de Direito.

** Professor na Faculdade Terra Nordeste e no Centro Universitário Estácio (Fortaleza, Ceará, Brasil). Mestre em Direito e Doutorando em Direito na Universidade Federal do Ceará. Associado ao Instituto Brasileiro de Direito Urbanístico – IBDU.

uma reflexão da função da cidade para as pessoas; a compreensão de cidades justas, inteligentes e em rede como elementos do Direito à Cidade no século XXI e a necessidade de a agenda urbana contemporânea refletir o Estado Social.

Palavras-chave: Direito à cidade sustentável. Cidades inteligentes. Estado social. Agenda urbana. Planejamento social. Questão urbana.

Abstract: Was developed based on bibliographic research and empirical perception. It starts from the question that the proposals for technological innovation and strengthening of urban infrastructure that dominate research around smart cities need to be linked to the effective provision of services and the promotion of access to social rights. In: this line of thought, the importance of urban functionality from the perspective of the right to the city is defended, dialoguing with the adjective of the smart city by promoting human development In: the cities space. The argument presented is developed In: three stages: a reflection on the function of the city for people; the understanding of fair, smart and networked cities as elements of the Right to the City In: the 21st century and the need for the contemporary urban agenda to reflect the Welfare State.

Keywords: Right to a sustainable city. Smart cities. Welfare state. Urban agenda. Social planning. Urban question.

Sumário: Introdução – **1** A função da cidade para pessoas – **2** Direito à cidade no século XXI: cidades solidárias, inteligentes e em rede – **3** A agenda urbana contemporânea deve refletir o Estado Social – Considerações finais – Referências

Introdução

O artigo propõe uma reflexão sobre um tipo de agenda urbana escolhida para promover desenvolvimento para cidades justas, inteligentes e em rede que, embasada tão somente em incremento da infraestrutura por meio de obras e reformas urbanas não dialoga direta ou funcionalmente com as demandas materiais da sociedade, em especial diante de um cenário de pandemia sanitária. Ainda que administrar uma cidade implique em prever a execução de obras, reformas, ampliações viárias, investimentos em tecnologias, tais movimentos precisam estar vinculados à prestação efetiva de serviços e à promoção do acesso a direitos sociais.

A cidade é troca afetiva, é comércio, circulação de pessoas e mercadorias; cultura, educação ampliada, progresso e melhoria na qualidade de vida. Para muitos ela é a única oportunidade de trabalho, mas é também a piora gradativa na condição de viver, a ausência de saúde, a convivência com a degradação ambiental, a impossibilidade de acesso a serviços e a ausência de direitos fundamentais à sadia qualidade de vida.

As ideias apresentadas, por meio de análise bibliográfica exploratória e percepção empírica, se concentram em defender a importância da funcionalidade urbana sob a perspectiva do direito à cidade, dialogando com a adjetivação da *smart city* pela promoção do desenvolvimento humano no território de cidades.

1 A função da cidade para pessoas

A cidade é um organismo que surge do uso que as pessoas desejam e necessitam desenvolver em determinado território. É uma construção humana em resposta às necessidades humanas, tendo no bojo dessa escolha um misto, possível, de paixão e racionalidade. A função de urbanizar, por sua vez, é uma atividade pública que tem por base um conjunto de competências variadas em um sistema próprio de decisões, as quais têm o poder de resolver e gerar diversas situações passíveis de melhorar e(ou) piorar a vida na cidade, concomitantemente. A urbanização, sob a perspectiva do pacto constitucional nacional, é um programa de ações para organizar e estruturar a cidade e tem no planejamento urbano, que deve ser social e participativo, a sua principal premissa. Na mira da funcionalidade, a transformação do espaço urbano depende de recursos diversos, de intervenções urbanas públicas e privadas, de várias camadas de legislação, de novas tecnologias, o que nem sempre são de fácil precisão, levando ao entendimento de que não existe um único método racional de otimização urbana para garantir uma cidade adequada às necessidades de seus habitantes.

Sob tal perspectiva, a importância de conduzir a Administração Pública pautada em previsões legais para o comportamento público e privado em função do desenvolvimento humano solicita uma atuação planejada e, também, regulatória, firme na condução de comportamentos que possam se reverter em ganhos coletivos. Para tanto é também preciso reconhecer que as forças convergentes e divergentes que ocupam a cidade, na tentativa de transformá-la a seu modo, atuam em territórios urbanizados, desorganizados, planejados ou não, em cidades-dormitório, ricas, desiguais, isoladas, com grandes áreas verdes, cinzas, cidades conurbadas, megacidades, inseridas em grandes corredores e em regiões metropolitanas, em rede. Diante dessas tantas possibilidades, defende-se que a agenda pública deve estar direcionada à organização de cidades justas, adequadas às necessidades sociais, econômicas e culturais, como um direito.

Defende-se que as cidades, feitas por pessoas e para pessoas, deve ser administrada como foco na garantia de qualidade de vida para todos e todas.¹ E da longa história da noção de direito à cidade, expressão cunhada por Henry Lefebvre até hoje,² ainda é preciso defender que a condição de vida nas cidades requer transformações nas relações entre a sociedade e o Estado, bem como requer intervenções que trazem vantagens e inconvenientes a serem repartidos entre os

¹ SAULE JÚNIOR, Nelson. Direito à moradia como responsabilidade do Estado brasileiro. In: SAULE JÚNIOR, Nelson (Org.). *Direito à Cidade: trilhas legais para o direito às cidades sustentáveis*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 68-70.

² LEFEBVRE, Henri. *O direito à cidade*. Tradução de T. C. Netto. São Paulo: Documentos, 1969a.

diversos segmentos sociais, individual e coletivamente, implicando em um dever público de assumir responsabilidades pautadas em valores como solidariedade, cidadania e democracia participativa. As cidades, portanto, não são construídas sobre uma prancha em branco, mas sim a partir de uma correlação de fatores econômicos, políticos e sociais que amplia os desafios da administração pública.

O estabelecimento de responsabilidades se impôs com a pandemia e o modelo de desenvolvimento agora tem mais uma baliza, um esforço global para controlar a disseminação de um vírus de letalidade invulgar. A forma e velocidade de sua propagação revelam especificidades tais que as ações locais, adotadas na gestão das cidades demonstraram a grande relevância do agir em nome da garantia de igualdade de condições de vida, da isonomia na atenção pública.³ A funcionalidade da cidade estabelece condições para o exercício dos direitos fundamentais sociais, o que une o planejamento para gestão administrativa (obras, serviços públicos, gestão de bens etc.) e orçamentário ao planejamento urbano.

A oferta de unidades habitacionais de interesse social, os serviços e a infraestrutura para mobilidade, o mobiliário urbano para o lazer e fomento para um ambiente que favoreça a disposição de postos de trabalho e geração de renda compõem, de maneira geral, um conjunto de políticas públicas e ações coordenadas para promover o direito à cidade. Os direitos fundamentais urbanos solicitam, para seu acesso, uma diversificada oferta de condições e soluções aos problemas surgidos da ocupação da cidade, integrados em seus aspectos sociais, econômicos, ambientais, para que o processo de inclusão seja efetivo. A pandemia tem mostrado e reforçado um cenário de desigualdades de condições de vida e vulnerabilidade coletiva a ser combatido com vontade política, gestão eficiente e recursos financeiros direcionados.

No âmbito internacional/institucional e social, o debate sobre cidades funcionais para todos e todas ocorre sendo provocado por organismos públicos e movimentos sociais. A instituição de três grandes conferências mundiais organizadas pelo ONU Habitat, sendo a última ocorrida em 2016, em Quito, no Equador, tem defendido a implantação de uma agenda urbana para o desenvolvimento humano balizada por recomendações de que haja envolvimento direto das Administrações Públicas locais, regionais e nacionais, da população cidadina e da iniciativa privada, em um debate democrático de matiz social e econômico sobre sua implantação, e que se encontram com as previsões constitucionais brasileiras firmadas no pacto de 1988. Já temos legislação para avançar. O que não temos?

³ SALGADO, Mônica S. A pandemia e o desenvolvimento sustentável: estudo de caso numa “smart city”. *In: Encontro Nacional de Tecnologia do Ambiente Construído*, 18, 2020, Porto Alegre. Anais... Porto Alegre: ANTAC, 2020. Disponível em: <https://entac2020.com.br/anais-2020/artigos/345.pdf>. Acesso em: fev. 2021.

2 Direito à cidade no século XXI: cidades solidárias, inteligentes e em rede

A Nova Agenda Urbana, publicada pela ONU Habitat em 2016 é um documento que reforça o tema dos direitos sociais, econômicos e culturais sob a perspectiva urbana, apresentando também as contradições, próprias da condição humana, em um sistema majoritariamente capitalista que é causa da ampliação das desigualdades sociais e econômicas nas cidades, ao tempo que produz riquezas e avanços tecnológicos de toda ordem.⁴ O discurso sobre produzir cidades mais competitivas colide com a defesa do planejamento social para cidades focadas nas pessoas e em suas necessidades. Verifica-se o valor ideal de solidariedade e coesão social, no entanto, nos termos da Nova Agenda, não foi feita menção às causas estruturais que impõem limitações e negativas ao acesso de *todas as pessoas* ao que a cidade poderia ofertar.⁵

Questões como racismo ambiental, machismo, racismo, xenofobia são tratados como efeitos de uma urbanização mercantilista, mas não recebem indicativos de soluções eficazes como redistribuição de riquezas na medida da desigualdade existente, tendo em vista o perfil diverso dos países e de suas populações no mundo.⁶ Assim sendo, a Nova Agenda Urbana ao lado dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável – ODS, com suas limitações e contradições, propõe novas possibilidades de exercer o urbanismo,⁷ reconhecendo declaradamente a construção contemporânea e social do direito à cidade, provocando os que pensam a cidade e seu desenho – de dentro e de fora do setor público –, a refletir, reconhecer e promover urbanização sob a égide de tal direito. O que ainda não temos? Uma visão precisa, socialmente comprometida, do que se espera de uma cidade para que se garanta qualidade de vida a todos e todas.

⁴ Alicia contribui com o debate sobre as consequências da urbanização estimulada exclusivamente pelos ideais capitalistas descrevendo os estudos produzidos por Matt Barnes e Seebom Rowntree sobre a pobreza social e urbana e seu vínculo direto com o processo de produção capitalista (ZICCARDI, Alicia. *Cuestión social y el derecho a la ciudad*. In: ERAZO, Jaime; CARRIÓN, Fernando. *El derecho a la ciudad en América Latina: visiones desde la política*. México: UNAM, 2016, p. 26-27).

⁵ Aqui está o divisor de águas sobre a menção da *cidade para todos* diferente da defesa do *direito à cidade*. Para David Harvey, a Nova Agenda Urbana tem uma posição liberal sobre as cidades e não enfrenta as questões estruturais que produzem no ambiente urbano tanta desigualdade de condições de vida (HARVEY, David. Entrevista a David Harvey sobre Gentrificación: Habitat III tiene una posición neoliberal. *Resistencia Comité Popular por Nuestros Territorios – Frente a Habitat III*. Quito, Ecuador. Disponível em: <https://resistenciapopularhabitat3.org/2016/07/25/entrevista-a-david-harvey-sobregentrificacion-habitat-iii-tiene-una-posicion-neoliberal/>. Acesso em: 12 dez. 2020).

⁶ PIKETTY, Thomas. *A economia da desigualdade*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015, p. 65-67.

⁷ JEREISSATI, Lucas Campos. *O planejamento do solo urbano como conformador do direito às cidades sustentáveis: uma análise do plano mestre e de mobilidade do Fortaleza 2040*. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Ceará. PPGD, Fortaleza, 2020, p. 43-44.

A tensão existente com a concepção mercadológica de cidade recebeu mais um aporte positivo sobre a cidade para as pessoas, fortalecendo ainda mais o tema do planejamento social para cidades menos desiguais, com políticas públicas voltadas a aplicar a função social da propriedade urbana em face das intervenções urbanas, públicas e privadas. Esse ganho é considerável diante dos dados sobre desigualdade social em cidades mundo afora,⁸ contribuindo na defesa de uma forma inclusiva de urbanização para o desenvolvimento humano. A urbanização se faz por meio de planejamento que resulta em programas de ações e projetos urbanos, sendo fundamental entender que o direito à cidade legitima ações públicas quando incorpora as dimensões política, material e simbólica,⁹ com a previsão da distribuição e planificação dos recursos materiais e financeiros espacialmente justos, que permita atender às necessidades coletivas e individuais, respeitando a diversidade sociocultural.

As ações administrativas nesse campo exigem uma articulação do poder público, tanto quanto das forças políticas, sociais e econômicas. É importante a precisão nas escolhas políticas administrativas observando mudanças e adequações, entre curto, médio e longo prazo, pois o objeto da intervenção e os fins buscados – uma cidade mais justa – têm um significativo grau de interferência na vida das pessoas, considerando ainda que o desenvolvimento que se busca não pode ser outro senão humano, para as presentes e futuras gerações.¹⁰ Nessa perspectiva, a ideia de cidades inteligentes e em rede só poderia aparecer ao lado da noção de direito à cidade se o valor da solidariedade estiver presente, provocando um diálogo real entre tais nomenclaturas adjetivas.

As cidades inteligentes são um instrumento cujo sentido deve ser dado pelo direito à cidade. Dito isso, abordagens supostamente neutras apenas reforçam o padrão excludente de urbanização no século XXI. A divisão social do espaço urbano, executada pela gestão pública em respeito à sua população, permite que o mosaico da cidade, com distintas formas e conteúdos socioeconômicos não ocorra somente por meio de ocupações irregulares, que geram para o poder público mais dever de urbanização, com pressão sobre a estrutura e os recursos ambientais. É preciso

⁸ A sociedade brasileira, apesar dos avanços alcançados, ainda é profundamente desigual. Dados divulgados pelo PNAD, de 2013, demonstram que o número de miseráveis no país era de 10,45 milhões, com o número de pobres chegando a 28,7 milhões, sediados nas cidades (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. *Pesquisa Nacional por amostra de domicílios – Síntese de Indicadores 2012*. Brasília: IBGE, 2013, p. 66-67).

⁹ PLATAFORMA GLOBAL POR EL DERECHO A LA CIUDAD. *El derecho a la ciudad: construyendo otro mundo posible*. Ford Foundation: Instituto Pólis. 2016, p. 14-16.

¹⁰ GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desíree. Administração Pública e seus fundamentos de gestão: eficiência, interesse público, direitos fundamentais e desenvolvimento. In: HACHEM, Daniel Wunder; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord.). *Direito Público no Mercosul: Intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade. Anais do VI Congresso da Associação de Direito Público do Mercosul: homenagem ao professor Jorge Luís Solomoni*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 247-248.

transformar a cidade, se afastando do modo de operação que favorece e estimula a competição pela terra urbanizada, para oferecer um território que reconheça e possibilite condições de vida para os diversos grupos sociais.¹¹ Compete ao poder público, na função de urbanizar, planejar e induzir uso e ocupação de forma igualitária e não segregacionista. É preciso planejar socialmente a cidade solidária.

As cidades inteligentes, termo surgido em 1997, no Fórum Mundial, se referiu, à época, às cidades que investissem e desenvolvessem tecnologia da informação para torná-las mais competitivas, no comércio internacional. O foco na melhora da vida urbana não estava aliado diretamente a essa terminologia, mas o desenvolvimento do tema passou a incorporar referências sobre investimentos em infraestrutura de comunicação para oferecer à população de maneira geral, acesso universal e econômico a um conjunto de serviços públicos, bem como aumentar a transparência dialógica entre cidadãos e administração pública.¹² No entanto, não se verifica uma reflexão sobre a desigualdade socioeconômica, segregação socioespacial e condições de acesso às novas tecnologias

Ao longo do tempo, a compreensão sobre cidades inteligentes passou a incorporar mais características que, de maneira resumida, pode ser reconhecida como: (i) defesa da utilização de infraestrutura de rede para melhorar a eficiência econômica e política e permitir o desenvolvimento social, cultural e urbano; (ii) defesa da noção de desenvolvimento urbano conduzido por negócios; (iii) defesa da inclusão social de cidadãos urbanos no acesso aos serviços públicos; (iv) defesa da sustentabilidade social e ambiental como um elemento estratégico.¹³ As novas tecnologias digitais devem ser agregadas com objetivo de aumentar a eficiência da administração pública na gestão da cidade e as possibilidades oferecidas pelas tecnologias da informação e comunicação têm que estar a serviço da inclusão social e da democracia participativa e deliberativa, na perspectiva de uma governança coletiva.¹⁴

As cidades em rede, por sua vez, apresentam-se como uma condição para o estabelecimento de relações materiais e imateriais entre espaços urbanos,

¹¹ VASCONCELOS, Pedro de Almeida. Contribuição para o debate sobre processos e formas socioespaciais nas cidades. In: VASCONCELOS, Pedro de Almeida; CORRÊA, Roberto Lobato; PINTAUDI, Silvana Maria (Org.). *A Cidade contemporânea: segregação espacial*. São Paulo: Contexto, 2016, p. 17-23.

¹² LAZZARETTI, Kellen et al. Cidades inteligentes: insights e contribuições das pesquisas brasileiras. *Urbe, Rev. Bras. Gest. Urbana*, Curitiba, v. 11, e20190118, 2019. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2175-33692019000100287&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 15 fev. 2021. Epub Dec 09, 2019. <https://doi.org/10.1590/2175-3369.011.001.e20190118>.

¹³ CARAGLIU, Andrea; DEL BO, Chiara; NIJKAMP, Peter. Smart Cities in Europe. *Journal of Urban Technology*, v. 18: n. 2, p. 65-82, 2011. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/citedby/10.1080/10630732.2011.601117?scroll=top&needAccess=true>. Acesso em: 15 fev. 2021.

¹⁴ CASIMIRO, Ligia Maria Silva Melo de; MACHADO, Raquel Ramos. Democracia participativa na gestão pública eficiente da cidade. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 78, p. 115-135, out./dez. 2019.

envolvidos em um sistema pelo qual a produção, circulação de pessoas e coisas e o consumo se realizam, de forma articulada.¹⁵ Com a expansão urbana os centros originais das cidades perderam, gradativamente, a sua primitiva função global, a residencial, comercial e, também, produtiva. Constituem-se então, resultantes de tais expansões, redes urbanas formadas por centros urbanos de dimensões variadas. Suas relações dinâmicas ocorrem em campos de forças de diferentes magnitudes, que interagem no decorrer do tempo e no espaço. As cidades em rede podem ser compreendidas pela organização do conjunto de cidades e suas zonas de influência, com fluxos de bens, pessoas e serviços situados entre si e as concernentes áreas rurais.¹⁶

As hierarquias entre estes espaços foram se estabelecendo por níveis, com serviços oferecidos pelo seu grau de significância, especialidade e qualificação. Uma das manifestações da nova ordem econômica internacional é, pois, o processo de espraiamento das atividades urbanas, ocupando todo o território livre e gerando distâncias entre a habitação e o trabalho. Disto resulta uma nova demanda representada pela necessidade de desenvolvimento de novas tecnologias, o que poderá permitir vencer as distâncias rapidamente e com baixo custo. Aqui se encontram as cidades em rede e as cidades inteligentes. A segregação socioespacial, característica presente em grandes e médias cidades, interfere sobre as condições de desenvolvimento humano, como no acesso à moradia e acesso e incorporação ao mercado de trabalho, podendo ser definida como uma distribuição desigual, dos diversos grupos sociais, no espaço das cidades, tendo por marcante a diferenciação estrutural desse espaço e seus efeitos sobre a vida dos moradores.¹⁷

As cidades em rede passam a suprir certas necessidades em regime de cooperação, de tal forma que a demanda de bens e serviços por parte da população se realiza em lugares distintos entre si. A questão urbana está relacionada à questão social¹⁸ em uma intrincada teia que envolve também o modo de economia capitalista que provoca privação de acesso a bens e serviços, dentre eles o acesso à moradia adequada, dado o alto valor da terra urbanizada, ou mesmo a dificuldade de mobilidade urbana, relacionada às distâncias entre o local de moradia e o trabalho, quando essa localização não se torna impeditiva do acesso formal ao emprego. A

¹⁵ SIMÕES, Jorge Manuel Salgado. *Cidades em rede e redes de cidades: o movimento das cidades educadoras*. Dissertação de Mestrado em Cidades e Culturas Urbanas, apresentada à Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2010, p. 11-25.

¹⁶ CORRÊA, R. L. Reflexões sobre a dinâmica recente da rede urbana brasileira. In: Encontro Nacional da ANPUR, 9. 2001, Rio de Janeiro. *Ética, planejamento e construção democrática do espaço: anais do IX Encontro...* Rio de Janeiro: ANPUR, 2001. v.1, p. 424-430.

¹⁷ BORGES, Ângela; CARVALHO, Inaiá. Revisitando os efeitos de lugar: segregação e acesso ao mercado de trabalho em uma metrópole brasileira. *Cad. CRH*, Salvador, v. 30, n. 79, p. 121-135, abr. 2017.

¹⁸ CASTELLS, Manuel. *A questão urbana*. Tradução de Arlene Caetano. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983, p. 158-162.

exclusão social e o espraiamento territorial ampliam a dimensão da pobreza urbana, tendo em vista a desigualdade de condições de habitar e se mover na cidade sede.¹⁹ O bem-estar do cidadão urbano está sempre condicionado pela funcionalidade social que a cidade oferta: a de usufruir e exercer os direitos fundamentais em uma convivência social equilibrada pela intervenção pública precisa e eficiente.

Reforça-se que a promoção do acesso aos direitos sociais e econômicos dependem da elaboração de políticas públicas voltadas às demandas existentes, serviço públicos funcionando isonomicamente para todos os segmentos, atrelados a um sistema de controle de resultados que deve ser decorrente de um processo de planejamento social pulsante.²⁰ Todas essas ocorrências inscritas em um contexto econômico, nacional e até internacional, que podem transformar a natureza das relações se estiverem calcadas em valores de justiça social e solidariedade. A concepção de uma cidade inteligente, mais integrada, mais inovadora, pressupõe uma visão holística e sistêmica do espaço urbano e a integração efetiva dos vários atores e setores urbanos. Para tal, é necessário ir além dos investimentos em inovação tecnológica e inovar também na gestão, no planejamento, no modelo de governança e no desenvolvimento de políticas públicas direcionadas à promoção de justiça social, implicando no controle da função social da propriedade, na prestação equânime de serviços públicos e na democracia participativa.

3 A agenda urbana contemporânea deve refletir o Estado Social

Para uma agenda urbana que corresponda às previsões do Estado Social, é preciso destacar a importância de investimento em políticas públicas e que seu papel não se completa sem que a participação da sociedade seja efetiva. A tarefa de planejar e modificar o ambiente urbano é um dever público sem o qual não há legitimidade para agir, pois a promoção de ações urbanísticas requer, desde o seu planejamento, a impressão do pensamento comunitário a permear e conduzir a atuação ao encontro da promoção de direitos.²¹ A dimensão alcançada pela promoção de políticas urbanas planejadas, com a participação popular e sob o viés dos direitos sociais, econômicos e culturais tem o poder de modificar estruturalmente uma cidade.

¹⁹ SOLDANO, Daniela. Vivir en territorios desmembrados. Un estudio sobre la fragmentación socio-espacial y las políticas sociales en el área metropolitana de Buenos Aires (1990-2005). In: ZICCARDI, Alicia (Comp.). *Proceso de urbanización de la pobreza y nuevas formas de exclusión social*. Bogotá: Siglo del Hombre: Clacso-CROP, p. 37-69, 2008.

²⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-49, p. 3.

²¹ ZICCARDI, Alicia. Cuestión social y el derecho a la ciudad. In: ERAZO, Jaime; CARRIÓN, Fernando. *El derecho a la ciudad en America Latina: visiones desde la política*. México: UNAM, 2016, p. 35.

As questões que maltratam a vida do cidadão urbano estão marcadas pela precariedade da estrutura social, das condições laborais, de escolhas administrativas que marcaram o território urbano sem uma visão comunitária, democrática e eficiente,²² desfocada da promoção dos direitos fundamentais. A questão econômica em nenhum momento pode deixar de ser considerada, mas deve correr ao lado de valores como equidade, alteridade, solidariedade, para compor uma nova perspectiva de cidadania urbana sustentável. A dinâmica da economia afeta e é afetada pelo redesenho da cidade a partir do direito à circulação, e com ela o valor da terra, o sistema de transportes, a circulação do capital financeiro, a produção e escoamento da indústria, mas, especialmente, a vida do indivíduo “mão de obra”, que opera como instrumento de toda essa máquina.²³

Sem políticas públicas originadas propositalmente no interesse e necessidades do cidadão, para promover transformações pelo desenvolvimento, com a definição de cada papel, o mercado não substitui o Estado e vice-versa, a perspectiva contemporânea de progresso continuará frágil.²⁴ Nesse momento, cabe ressaltar que as políticas públicas para o desenvolvimento urbano inclusivo têm necessariamente um viés ideológico, pois caracterizadas pelo objetivo de melhorar a vida de todos os cidadãos, reduzindo as desigualdades que limitam sua condição de vida. No caso brasileiro, dentre os objetivos do Estado está o desenvolvimento, vinculados à cidadania e à dignidade humana como princípios. As políticas públicas são programas de ações públicas e fomento para posturas privadas, consistindo em decisões formuladas no âmbito da atividade de governo, podendo ter maior ou menor amplitude e impacto social e econômico a depender da configuração institucional da Administração Municipal.²⁵

No caso brasileiro, a definição jurídica sobre o ente federativo fala em Município – e não cidade – arquitetado dentro de princípios de Democracia Social e Republicana, substanciado pela gama de programas e deveres de proteção e promoção dos direitos fundamentais. O alcance de condições satisfatórias e adequadas ao ser humano, permitindo-lhe ascender ao bem-estar e à vida digna está vinculado à vida urbana sustentável, com dados recentes sobre a urbanização mundial prospectando que o mundo do futuro é um mundo urbanizado.²⁶ Viver em

²² ZICCARDI, Alicia. Cuestión social y el derecho..., *op. cit.*, p. 38.

²³ SPOSITO, Maria Encarnação Beltrão. *Capitalismo e Urbanização*. São Paulo: Contexto, 1988, p. 38-41.

²⁴ SILVA, Christian Luiz; BASSI, Nadia Solange Schmidt. Políticas públicas e desenvolvimento local. *In: SILVA, Christian Luiz (Org.). Políticas Públicas e desenvolvimento local: instrumentos e proposições de análise para o Brasil*. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 18-21.

²⁵ VALLE, Vanice Regina Lirio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 36.

²⁶ UN HABITAT. World Cities report 2016. *Urbanization and development: emerging futures*, p. 7-8. Disponível em: <http://cdn.plataformaurbana.cl/wp-content/uploads/2016/06/wcr-full-report-2016.pdf>. Acesso em: jan. 2021.

núcleos urbanos parece ser inevitável, sejam eles de que dimensão forem. Para tanto, pensar cidades a partir de condições de habitabilidade adequadas e dignas, as quais propiciam a manutenção da saúde pública e do controle dos recursos ambientais em estruturas sustentáveis, é o objetivo do século XXI.

No entanto, grande parte da população brasileira ainda vive, de forma geral, como se estivesse no século XIX, tendo a pandemia do SARS-CoV-2 (COVID-19) realçado essa condição.²⁷ Em cidades com baixo índice de infraestrutura urbana relacionada à promoção da saúde, inacessibilidade de moradias adequadas à condição humana digna, com acesso à circulação cerceado indiretamente pelo alto custo do transporte público, com grandes distâncias a serem percorridas, alimentação industrializada de má qualidade, parco abastecimento de água potável, serviços públicos de educação, saúde, iluminação, limpeza urbana insuficientes, e muitas vezes inexistentes, retroalimentando a precarização da vida nos centros urbanos. Todas as atividades, serviços públicos e bens que podem garantir à população melhoria na sua condição de vida estão relacionadas tanto à capacidade do poder público de ofertá-los quanto à possibilidade da população de acessá-los.

A cidade deve ofertar tais serviços e para tanto, investir em infraestrutura e recursos humanos deve ser prioridade. De tal forma que a agenda pública para o desenvolvimento humano envolve a atividade administrativa de planejar, estabelecer planos, elaborar políticas públicas e executar ações vinculadas verdadeiramente aos objetivos constitucionais estabelecidos. No caso do Brasil, à identificação da municipalidade e do interesse local no tocante à questão urbana, somaram-se definições ampliadas da previsão constitucional sobre regiões metropolitanas, com a aprovação do Estatuto da Metrópole – Lei n. 13089/2015 –, acompanhando, na perspectiva de um país em desenvolvimento, as exigências de um cenário global de urbanização acelerada e de cidades em rede.²⁸ Com esse cenário, que não é recente na dinâmica urbana brasileira, os processos de elaboração de políticas públicas para o desenvolvimento urbano não podem se furtar a prever a coordenação de meios adequados à realização de ações interventivas nas cidades, sob uma perspectiva local e regional, definindo comportamentos públicos e privados que contribuam para a ocupação da terra urbana de maneira equilibrada e socialmente justa.

²⁷ MAGALHÃES, Luís Felipe Aires; BÓGUS, Lucia; PASTERNAK, Suzana; SILVA, Camila Rodrigues da. Desigualdades socioespaciais e disseminação da COVID-19 na macrometrópole paulista. In: BAENINGER, Rosana et al. (Org.). *Migrações internacionais e a pandemia de Covid-19*. Campinas: Núcleo de Estudos de População “Elza Berquó” – Nepe/Unicamp, 2020, p. 535-549.

²⁸ Jeroen Klink destaca que o cenário de metropolização com sua respectiva agenda econômica, se dá em um contexto diferente daquele ocorrido nas décadas de 1960 e 1970 (KLINK, Jeroen. A reestruturação produtivo-territorial e a emergência de uma nova agenda metropolitana: o panorama internacional e as perspectivas para o caso brasileiro. In: KLINK, Jeroen (Org.). *Governança das metrópoles: Conceitos, experiências e perspectivas*. São Paulo: Annablume, 2010, p. 7-13).

Existe uma relação íntima entre direitos e espaços urbanos que influencia a formação e a estrutura territorial das cidades, determinando a divisão de seus espaços conforme certas modalidades de utilização.²⁹ Tal assertiva remete à vinculação dos direitos inerentes à condição humana, a serem exercidos no território da cidade e por ali estarem, podendo ser chamados de direitos urbanos. As funções centrais típicas dos centros urbanos estabelecem com os indivíduos uma relação que determina a sua posição no sistema social, de tal forma que a organização urbana, por meio de um conjunto de processos distribuidores correlacionados, entre residências, indústrias, comércios, serviços, determina o acesso aos direitos que lhes garantem certo bem-estar social que substancie e promova o direito à cidade, daí poder garantir-lhe adjetivo de cidade inteligente ou *smart city*.³⁰

Entende-se que para promover a realização do direito à cidade é preciso que a administração pública promova o planejamento direcionando o orçamento público para investimentos que permitam a tecnologia servir à cidadania, sendo efetivamente eleito a pedra de toque de toda gestão para cidades sustentáveis. Não se defende qualquer planejamento, mas aquele que tenha por característica formular reflexões e proposições para a intervenção da realidade, embasado juridicamente na concepção de Estado Social. Este, por sua vez, comanda o dever da realização de prestações materiais, assumindo a missão de garantir igualdade de condições por meio das mesmas e assim reduzir as desigualdades no seio da sociedade.³¹

Na indicação dos aspectos mais significativos, aqueles que fundamentam o direito à cidade estão, portanto, o planejamento social e o funcionamento da cidade em acordo com as demandas de sua população, sejam elas fixas ou flutuantes. Isso implica dizer que sua vocação urbana e rural deve ser observada e respeitada, destacada pelo grau de importância que impõem diante da necessidade de modificação da realidade socioeconômica e redução das desigualdades sociais. Para quem vive no campo, ou quem trabalha nele, a circulação, tida como o movimento de pessoas, veículos e animais nas vias públicas, é dependente das mesmas condições que se apresentam na zona urbana.

Não se está a mencionar tão somente o fenômeno da urbanização do campo, visto contemporaneamente com a fixação de condomínios para fins de moradia, em que os demais bens e serviços são usufruídos na zona urbana, mas sobre aquela ocupação tradicional de moradores camponeses que têm suas necessidades minimizadas ou desconsideradas pelo poder público, no que diz respeito às políticas

²⁹ MARRARA, Thiago. Regulação local de infra-estruturas e direitos urbanos fundamentais. *Rev. Jur.*, Brasília, v. 9, n. 84, p. 01-15, abr./maio, 2007, p. 2.

³⁰ CASTELLS, Manuel. *A questão urbana...*, op. cit., p. 151-152.

³¹ Cf.: diminuir a diferença não é equiparar a todos, no que se trataria de um comportamento exercido pelos princípios de um Estado Socialista, o que não é o caso do Brasil (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria Jurídica da Liberdade*. São Paulo: ContraCorrente, 2015, p. 145-147).

públicas para infraestrutura e serviços.³² Independente do peso econômico que tenha a zona rural para o município, a gestão pública, em uma composição que pode variar entre áreas urbanas exclusivamente, de expansão urbana e áreas rurais, tem por dever constitucional ofertar serviços de saneamento básico, limpeza, abastecimento de água, de energia elétrica, transporte público, um conjunto de ações que garantem o exercício dos direitos fundamentais e a sadia qualidade de vida. Aqui temos presente, na gestão eficiente e eficaz de serviços a materialização do direito à cidade sustentável. Em regiões metropolitanas, as cidades se interligam fisicamente, o que impõe atenção especial para o atendimento das necessidades e a integração que promova desenvolvimento.³³

Além disso, é preciso ressaltar que a pobreza e a desigualdade socioeconômica em determinadas zonas rurais, solicitam do poder público municipal um maior volume de investimentos, não estando apenas relacionadas aos baixos rendimentos e níveis de consumo, cabendo ser considerada a precariedade no fornecimento de serviços de saúde, abastecimento de água, esgoto, serviços escolares, sistema viário adequado ao meio ambiente rural.³⁴ Seja no campo ou nos centros urbanos, diante das necessidades de deslocamento de toda e qualquer população, não é possível pensar em desenvolvimento sem possibilidades adequadas que favoreçam à circulação, de pessoas ou de bens, uma interação entre a ideia das cidades em rede relacionada à de cidades inteligentes para pessoas e não somente para negócios: agenda urbana pelo direito à cidade para todos e todas.

Considerações finais

Ao tratar da organização dos espaços habitáveis para cidades justas, em rede e inteligentes, é perceptível que todas as intervenções públicas envolvem estruturação, atuação transparente e gestão participativa, escolhas e definição de custos para tanto, que tenham a pessoa humana como referência. É preciso também a elaboração de procedimentos de controle social, os quais sem coordenação não alcançam resultados de coesão e desenvolvimento humano. Sem inovar em ações superadoras da desigualdade socioeconômica e socioespacial, que permitam outra postura dos atores urbanos – sociais e econômicos –, que provoque e reforce a necessária mudança de comportamento que caracteriza a urbanização no mundo,

³² PEGORETTI, Michela Sagrillo; SANCHES, S. P. A problemática da segregação espacial dos residentes na área rural: uma visão através da dimensão acesso e do sistema de transporte. *Anais do II Encontro da ANPPAS*, Indaiatuba, 2004.

³³ GUIMARÃES, Geraldo Spagno. *Comentários à Lei de Mobilidade Urbana – Lei n. 12.587/12: essencialidade, sustentabilidade, princípios e condicionantes do direito à mobilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 98.

³⁴ IPEA. *Infraestrutura social e urbana no Brasil: subsídios para uma agenda urbana de pesquisa e formulação de políticas públicas*. Brasília: IPEA, 2010, p. 597-600.

em especial na América Latina e no Brasil, não conseguiremos transformações significativas.

De tal forma, entende-se que um dos fios condutores para a elaboração de políticas públicas para o direito a cidades justas é a reorientação da maneira como se planeja, planifica, administra, se aplicam recursos e se governam democraticamente as cidades.³⁵ O dinamismo econômico e social presentes nas cidades e regiões se apresenta sob a forma de uma heterogeneidade de demandas que carecem de respostas multifacetárias para que se consiga alcançar em resultados positivos de urbanização mais humana, o que solicita dinâmicas menos liberais e mais sociais para o planejamento administrativo e as intervenções urbanas.³⁶ Moradia, transporte, saneamento básico, terra urbana acessível, função social da propriedade, são bens e serviços que devem estar à disposição de todos e todas.

Ainda, a ampliação de tais ações do local para o regional, em um movimento de cooperação e coordenação de ações, implica em tratar da superação da contradição entre o individualismo societário e a qualidade de vida comunitária em que a tecnologia deve ser uma ferramenta a serviço da redução das desigualdades sociais e não para controle e segregação. Determinadas regiões do país, em formato metropolitano ou não, compreendem municípios com funções complementares, embora de gestão independente e, muitas das vezes, com capacidades financeiras desiguais. As características das demandas sociais e de infraestrutura urbana são localizadas, mas também podem surgir da relação entre municípios, fazendo com que suas soluções extrapolem limites político-administrativos, equacionando-se em uma escala regional. Um sistema de cooperação, na perspectiva da promoção de habitação de qualidade, terra urbanizada, redução de distâncias e oportunidades de trabalho são pautas que não podem ser desconsideradas em um mundo de espraiamento territorial e recursos tão escassos.³⁷ Com a aposta feita nos centros urbanos, vistos como a grande possibilidade de desenvolvimento para a humanidade, fonte de soluções dos problemas que se enfrenta, a urbanização planejada com base na promoção do acesso universal aos direitos sociais, gerida por agentes públicos compromissados em promover o alcance de melhores condições de vida e de bem-estar às populações mais vulneráveis, pode de maneira sustentável, incorporar definitivamente a relação entre desenvolvimento e cidade.³⁸

³⁵ ONU HABITAT. *Nueva agenda urbana*. Disponível em: www.habitat3.org. Acesso em: fev. 2021.

³⁶ COCCO, Giuseppe. A mobilização democrática das metrópoles: entre a brasilianização do mundo e devir-cidade das favelas. In: KLINK, Jeroen (Org.). *Governança...*, op. cit., p. 66-68.

³⁷ GOMIDE, Alexandre de Ávila. Mobilidade urbana, iniquidade e políticas sociais. *Políticas sociais: acompanhamento e análise*. Brasília: Rio de Janeiro: IPEA, 2006, p. 242.

³⁸ ONU HABITAT. *Nueva agenda urbana...*, op. cit.

Referências

- BORGES, Ângela; CARVALHO, Inaiá. Revisitando os efeitos de lugar: segregação e acesso ao mercado de trabalho em uma metrópole brasileira. *Cad. CRH*, Salvador, v. 30, n. 79, p. 121-135, Abril 2017. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-49792017000100121&lng=en&nrm=iso. Acesso em: dez. 2020.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-49.
- CARAGLIU, Andrea; DEL BO, Chiara; NIJKAMP, Peter. Smart Cities. In: Europe, *Journal of Urban Technology*, 18: 2, 65-82, 2011. Disponível em <https://www.tandfonline.com/doi/citedby/10.1080/10630732.2011.601117?scroll=top&needAccess=true>. Acesso em: 15 fev. 2021.
- CASIMIRO, Lígia Maria Silva Melo de; MACHADO, Raquel Ramos. Democracia participativa na gestão pública eficiente da cidade. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 78, p. 115-135, out./dez. 2019. DOI: 10.21056/aec.v19i78.1181. Disponível em <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1181/831>. Acesso em 15 fev. 2021.
- CASTELLS, Manuel. *A questão urbana*. Tradução de Arlene Caetano. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983.
- COCCO, Giuseppe. A mobilização democrática das metrópoles: entre a brasilianização do mundo e devir-cidade das favelas. In: KLINK, Jeoren (Org.). *Governança das metrópoles: conceitos, experiências e perspectivas*. São Paulo: Annablume, 2010.
- CORRÊA, R. L. Reflexões sobre a dinâmica recente da rede urbana brasileira. In: Encontro Nacional da ANPUR, 9. 2001, Rio de Janeiro. *Ética, planejamento e construção democrática do espaço: anais do IX Encontro...* Rio de Janeiro: ANPUR, 2001. v.1.
- CORRÊA, R. L. Reflexões sobre a dinâmica recente da rede urbana brasileira. In: Encontro Nacional da ANPUR, 9. 2001, Rio de Janeiro. *Ética, planejamento e construção democrática do espaço: anais do IX Encontro...* Rio de Janeiro: ANPUR, 2001. v.1.
- GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree. Administração Pública e seus fundamentos de gestão: eficiência, interesse público, direitos fundamentais e desenvolvimento. In: HACHEM, Daniel Wunder; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. (Coord.). *Direito Público no Mercosul: Intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- GOMIDE, Alexandre de Ávila. Mobilidade urbana, iniquidade e políticas sociais. *Políticas sociais: acompanhamento e análise*. Brasília: Rio de Janeiro: IPEA, 2006, p. 242. Disponível em: http://www.hugoribeiro.com.br/biblioteca-digital/IPEA_2006-Políticas_sociais-%20acompanhamento_analise-12.pdf#page=244. Acesso em: jan. 2021.
- GUIMARÃES, Geraldo Spagno. *Comentários à Lei de Mobilidade Urbana – Lei n. 12.587/12: essencialidade, sustentabilidade, princípios e condicionantes do direito à mobilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- HARVEY, David. Entrevista a David Harvey sobre Gentrificación: Habitat III tiene una posición neoliberal. *Resistencia Comité Popular por Nuestros Territorios – FRENTE A HABITAT III*. Quito, Ecuador. Disponível em: <https://resistenciapopularhabitat3.org/2016/07/25/entrevista-a-david-harvey-sobregentrificacion-habitat-iii-tiene-una-posicion-neoliberal/>. Acesso em: dez. 2020.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. *Pesquisa Nacional por amostra de domicílios – Síntese de indicadores 2012*. Brasília: IBGE, 2013.
- LAZZARETTI, Kellen *et al.* Cidades inteligentes: insights e contribuições das pesquisas brasileiras. *Urbe, Rev. Bras. Gest. Urbana*, Curitiba, v. 11, e20190118, 2019. Available from: <http://www>.

scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2175-33692019000100287&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 15 fev. 2021. Epub Dec 09, 2019.

IPEA. *Infraestrutura social e urbana no Brasil*: subsídios para uma agenda urbana de pesquisa e formulação de políticas públicas. Brasília: IPEA, 2010.

KLINK, Jeroen. A reestruturação produtivo-territorial e a emergência de uma nova agenda metropolitana: o panorama internacional e as perspectivas para o caso brasileiro. In: KLINK, Jeroen (Org.). *Governança das metrópoles*: conceitos, experiências e perspectivas. São Paulo: Annablume, 2010.

MAGALHÃES, Luís Felipe Aires; BÓGUS, Lucia; PASTERNAK, Suzana; SILVA, Camila Rodrigues da. Desigualdades socioespaciais e disseminação da Covid-19 na macrometrópole paulista. In: BAENINGER, Rosana *et al.* (Org.). *Migrações internacionais e a pandemia de Covid-19*. Campinas: Núcleo de Estudos de População “Elza Berquó” – Nepo/Unicamp, 2020, p. 535-549.

MARTINS, Ana Maria de Aragão Costa. LIMA NETO, Vicente Correia. *Dependência do automóvel, planejamento urbano e a cidade de Brasília*. Texto para discussão n. 2163. Brasília/Rio de Janeiro: Ipea, 2015.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria Jurídica da Liberdade*. São Paulo: ContraCorrente, 2015.

MARRARA, Thiago. Regulação local de infra-estruturas e direitos urbanos fundamentais. *Rev. Jur.*, Brasília, v. 9, n. 84, p.01-15, abr./maio, 2007. Disponível em: <http://myrtus.uspnet.usp.br/pesqfdrp/portal/professores/marrara/pdf/regulac%C3%A3o.pdf>. Acesso em: dez. 2020.

MARRARA, Thiago. *Bens Públicos*: Domínio Urbano: Infraestruturas. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

LEFEBVRE, Henri. *O direito à cidade*. Tradução de T. C. Netto. São Paulo: Documentos, 1969.

ONU HABITAT. *Nueva agenda urbana*. Disponível em: www.habitat3.org. Acesso em: jan. 2021.

PLATAFORMA GLOBAL POR EL DERECHO A LA CIUDAD. *El derecho a la ciudad*: construyendo outro mundo posible. Ford Foundation: Instituto Pólis, 2016.

PEGORETTI, Michela Sagrillo; SANCHES, S. da P. A problemática da segregação espacial dos residentes na área rural: uma visão através da dimensão acesso e do sistema de transporte. *Anais do II Encontro da ANPPAS*, Indaiatuba, SP, 2004. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Suely_Sanches/publication/266583533_A_PROBLEMATICA_DA_SEGREGACAO_ESPACIAL_DOS_RESIDENTES_NA_AREA_RURAL_UMA_VISAO_ATRAVES_DA_DIMENSAO_ACESSO_E_DO_SISTEMA_DE_TRANSPORTE/links/56ec4cf608aea35d5b98218e.pdf. Acesso em: jul. 2017.

PIKETTY, Thomas. *A economia da desigualdade*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015.

SALGADO, Mônica S. A pandemia e o desenvolvimento sustentável: estudo de caso numa “smart city”. In: ENCONTRO NACIONAL DE TECNOLOGIA DO AMBIENTE CONSTRUÍDO, 18, 2020, Porto Alegre. Anais... Porto Alegre: ANTAC, 2020. Disponível em: <https://entac2020.com.br/anais-2020/artigos/345.pdf>. Acesso em: fev. 2021.

SAULE JÚNIOR, Nelson. Direito à moradia como responsabilidade do Estado brasileiro. In: SAULE JÚNIOR, Nelson (Org.). *Direito à Cidade*: trilhas legais para o direito às cidades sustentáveis. São Paulo: Max Limonad, 1999.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Serviço Público garantia fundamental e cláusula de proibição de retrocesso social*. Curitiba: Íthala, 2016.

SIMÕES, Jorge Manuel Salgado. *Cidades em rede e redes de cidades*: o movimento das cidades educadoras. Dissertação de Mestrado em Cidades e Culturas Urbanas, apresentada à Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2010.

SILVA, Antônio Néilson Rodrigues da; COSTA, Marcela da Silva; MACÊDO, Márcia Helena. *Planejamento integrado, organização espacial e mobilidade sustentável no contexto de cidades brasileiras*. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/160905_livro_cidade_movimento_cap04.pdf. Acesso em: jun. 2017.

SOLDANO, Daniela. Vivir en territorios desmembrados. Un estudio sobre la fragmentación socio-espacial y las políticas sociales en el área metropolitana de Buenos Aires (1990-2005). In: ZICCARDI, Alicia (Comp.). *Proceso de urbanización de la pobreza y nuevas formas de exclusión social*. Bogotá: Siglo del Hombre: Clacso-CROP, p. 37-69, 2008.

SILVA, Christian Luiz; BASSI, Nadia Solange Schmidt. Políticas públicas e desenvolvimento local. In: SILVA, Christian Luiz (Org.). *Políticas Públicas e desenvolvimento local: instrumentos e proposições de análise para o Brasil*. Petrópolis: Vozes, 2012.

SPOSITO, Maria Encarnação Beltrão. *Capitalismo e Urbanização*. São Paulo: Contexto, 1988.

UN HABITAT. *World Cities report 2016*. Urbanization and development: emerging futures. Disponível em: <http://cdn.plataformaurbana.cl/wp-content/uploads/2016/06/wcr-full-report-2016.pdf>. Acesso em: jan. 2021.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

VASCONCELLOS, Eduardo Alcântara de. *Mobilidade urbana e cidadania*. Rio de Janeiro: SENAC NACIONAL, 2012.

VASCONCELOS, Pedro de Almeida. Contribuição para o debate sobre processos e formas socioespaciais nas cidades. In: VASCONCELOS, Pedro de Almeida; CORRÊA, Roberto Lobato; PINTAUDI, Silvana Maria (Org.). *A Cidade contemporânea: segregação espacial*. São Paulo: Contexto, 2016, p. 17-23.

ZICCARDI, Alicia. Cuestión social y el derecho a la ciudad. In: ERAZO, Jaime; CARRIÓN, Fernando. *El derecho a la ciudad en America Latina: visiones desde la política*. México: UNAM, 2016.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CASIMIRO, Lígja Maria Silva Melo de; CARVALHO, Harley. Para cidades justas, em rede e inteligentes: uma agenda pública pelo direito à cidade sustentável. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 2, n. 1, p. 199-215, jan./abr. 2021.

Diretrizes para Autores

1. Submissão de artigos

As propostas de artigos para publicação na *International Journal of Digital Law* deverão ser enviadas através do sistema eletrônico de submissões (gratuitamente), por meio de cadastro no Sistema Eletrônico e acesso mediante login e senha a ser realizado no [site](#). Não serão aceitas propostas enviadas por e-mail. A revista reserva-se o direito de aceitar ou rejeitar qualquer original recebido, de acordo com as recomendações do seu corpo editorial, inclusive por inadequação da temática do artigo ao perfil editorial da revista, como também o direito de propor eventuais alterações.

2. Qualificação dos autores

Ao menos um dos autores do artigo deverá possuir o título de Doutor (Dr.), Doctor of Juridical Science (J.S.D. ou S.J.D), Doctor juris (Dr. iur. ou Dr. jur.), Doctor of Philosophy (Ph.D.) ou Legum Doctor (LL.D.). A exigência poderá ser relativizada, nunca extrapolando o percentual de 30% por edição, em casos excepcionais de: (i) artigos de autores afiliados a instituições estrangeiras; (ii) artigos escritos em inglês.

3. Ineditismo e exclusividade

Os textos para publicação na *International Journal of Digital Law* deverão ser inéditos e para publicação exclusiva, salvo no caso de artigos em língua estrangeira que tenham sido publicados fora do país. Uma vez publicados nesta revista, também poderão sê-lo em livros e coletâneas, desde que citada a publicação original. Roga-se aos autores o compromisso de não publicação em outras revistas e periódicos, bem como de que as propostas de artigo não se encontrem postulados de forma simultânea em outras revistas ou órgãos editoriais.

4. Idiomas

Podem ser submetidos artigos redigidos em Português, Espanhol ou Inglês.

5. Cadastro dos metadados no sistema eletrônico de submissões

5.1. No momento da submissão do artigo no sistema eletrônico, os campos dos metadados deverão ser preenchidos obrigatoriamente de acordo com estas diretrizes, sob pena de rejeição liminar da submissão.

5.2. Autores

5.2.1. Nome/Nome do Meio/Sobrenome: indicação do nome completo do(s) autor(es) apenas com as iniciais de cada nome em caixa alta. Em caso de artigos em coautoria, os nomes de todos os coautores devem ser inseridos no sistema na ordem que deverá constar no momento da publicação.

5.2.2. E-mail: indicação do e-mail do(s) autor(es) para contato, que será obrigatoriamente divulgado na versão publicada do artigo;

5.2.3. ORCID iD: indicação do número de identificação ORCID (para maiores informações [clique aqui](#)). O identificador ORCID pode ser obtido no [registro ORCID](#). Você deve aceitar os padrões para apresentação de iD ORCID e incluir a URL completa; por exemplo: <https://orcid.org/0000-0003-1781-1726>.

5.2.4. URL: link para o currículo completo do autor. No caso de autores brasileiros, deve ser indicado o link para o Currículo Lattes.

5.2.5. Instituição/Afiliação: indicação da sua principal afiliação institucional ou das duas principais, caso o vínculo com ambas possua a mesma importância (instituição à qual encontra-se vinculado como docente ou discente, ou, caso não seja docente ou discente, a instituição onde foi obtido o seu maior título acadêmico, como doutorado, mestrado, especialização etc.). O nome da instituição deverá constar por extenso e na língua original da instituição (ou em inglês quando a escrita não for latina), seguida da indicação do país de origem da instituição entre parênteses. Caso o autor seja docente e esteja cursando mestrado ou doutorado em outra instituição, a afiliação principal será a da instituição na qual o autor figura como mestrando ou doutorando.

5.2.6. País: indicação do país da principal afiliação institucional do autor.

5.2.7. Resumo da biografia: indicação do mini currículo, iniciando com a indicação da instituição onde figura como docente, seguida de cidade, sigla do Estado e país entre parênteses, indicação das titulações acadêmicas (começando pela mais elevada), outros vínculos com associações científicas, profissão etc.

5.3. Título e Resumo:

5.3.1. Título: título no idioma do artigo, com apenas a primeira letra da sentença em maiúscula.

5.3.2. Resumo: resumo no idioma do artigo, sem parágrafo ou citações e referências, com até 200 palavras.

5.4. Indexação

5.4.1. Palavras-chave: indicação de 5 palavras-chave no idioma do artigo (em letras minúsculas e separadas por ponto vírgula).

5.4.2. Idioma: indicar a sigla correspondente ao idioma do artigo (Português=pt; English=en; Español=es).

5.5. Contribuidores e Agências de fomento: os artigos resultantes de projetos de pesquisa financiados deverão indicar neste campo a fonte de financiamento.

5.6. Referências: inserir a lista completa de referências citadas no artigo, dando um espaço entre cada uma delas.

6. Apresentação do texto e elementos pré-textuais

6.1. Recomenda-se que o trabalho tenha entre 15 e 30 páginas (tamanho A4 – 21 cm x 29,7 cm), compreendendo a introdução, desenvolvimento, conclusão (não necessariamente com esses títulos) e uma lista de referências bibliográficas.

6.2. As margens utilizadas deverão ser: esquerda e superior de 3 cm e direita e inferior de 2 cm.

6.3. No corpo do texto deverá ser utilizada Fonte Times New Roman, tamanho 12, espaçamento entre linhas de 1,5 cm e espaçamento de 0 pt (pontos) antes e depois dos parágrafos.

6.4. Nas notas de rodapé deverá ser utilizada Fonte Times New Roman, tamanho 10, espaçamento simples entre linhas.

6.5. No desenvolvimento do texto, os parágrafos deverão conter recuo de 1,5 cm em relação à margem esquerda. Títulos e subtítulos deverão estar alinhados à margem esquerda, sem recuo.

6.6. A estruturação deverá observar a exposta neste item 6.6.

6.6.1. Título no idioma do artigo, com apenas a primeira letra da sentença em maiúscula e em itálico, centralizado.

6.6.2. Nos casos de necessidade de indicar informações a respeito do artigo (financiamento por agências de fomento, agradecimentos, tradutores do texto etc.), deverá ser inserida uma nota de rodapé com um asterisco (e não com número) situada à direita do título no idioma do artigo.

6.6.3. Título em inglês, com apenas a primeira letra da sentença em maiúscula, em itálico e em itálico, centralizado. No caso de artigos redigidos em inglês, este elemento deverá ser substituído pelo título em português.

6.6.4. O artigo não deve incluir os nomes do(s) autor(es). As informações, para fins de publicação, serão retiradas dos metadados inseridos pelo(s) autor(es) no sistema eletrônico da revista no momento da submissão.

6.6.5. Resumo no idioma do artigo (fonte Times New Roman 12, espaçamento entre linhas simples, sem parágrafo ou citações e referências, com até 200 palavras), antecedido da palavra “Resumo” escrita no idioma do artigo.

6.6.6. Indicação de 6 palavras-chave no idioma do artigo (em letras minúsculas e separadas por ponto vírgula), antecidas da expressão “Palavras-chave” redigida no idioma do artigo.

6.6.7. Resumo em inglês (Fonte Times New Roman 12, espaçamento entre linhas simples, sem parágrafo ou citações e referências, com até 200 palavras), antecedido da palavra “Abstract”. No caso de artigos redigidos em inglês, este elemento deverá ser substituído pelo resumo em português.

6.6.8. Indicação de seis palavras chave em inglês (em letras minúsculas e separadas por ponto vírgula), antecidas da expressão “Keywords”. No caso de artigos redigidos em inglês, este elemento deverá ser substituído pelas palavras-chave em português.

6.6.9. Sumário com a identificação dos títulos das seções e das subseções, com numeração progressiva, separados por ponto vírgula, sequencialmente e em parágrafo único.

6.6.10. Desenvolvimento do trabalho científico: a numeração progressiva, em números arábicos, deve ser utilizada para evidenciar a sistematização do conteúdo do trabalho.

6.6.11. Lista das referências bibliográficas efetivamente utilizadas no artigo, ao final do trabalho, separadas por um espaço simples, alinhadas à margem esquerda (sem recuo).

6.6.12. Aplicam-se, para os demais aspectos de formatação, as normas técnicas brasileiras (ABNT NBR 10520:2002 e 14724:2011).

6.6.13. No caso de artigos com 4 ou mais autores, é necessário incluir de uma nota de rodapé indicando qual foi a contribuição de cada um.

6.7. Todo destaque que se queira dar ao texto deve ser feito com o uso de itálico, ficando vedada a utilização de negrito, sublinhado ou caixa alta para fins de dar destaque ao texto.

6.8. Figuras e tabelas devem estar inseridas no texto, e não no final do documento na forma de anexos.

7. Metodologia científica

7.1. As referências dos livros, capítulos de obras coletivas, artigos, teses, dissertações e monografias de conclusão de curso de autores citados ou utilizados como base

para a redação do texto devem constar em nota de rodapé, com todas as informações do texto, em observância às normas técnicas brasileiras (ABNT NBR 6023:2018), e, especialmente, com a indicação da página da qual se tirou a informação apresentada no texto logo após a referência.

7.1.1. O destaque dado ao título dos livros (ou revistas) citados deverá constar em itálico, ficando vedada a utilização de negrito.

7.1.2. Os artigos redigidos com citação no formato AUTOR-DATA não serão aceitos para publicação, somente o sistema de chamadas numérico exposto nas notas de rodapé.

7.1.3. As referências deverão constar da seguinte forma:

7.1.3.1. Livros:

SOBRENOME, Nome. *Título da obra em itálico*: subtítulo sem itálico. número da edição. Cidade: Editora, ano.

Exemplo:

KEEN, Andrew. *Vertigem digital*: por que as redes sociais estão nos dividindo, diminuindo e desorientando. Trad. Alexandre Martins, Rio de Janeiro: Zahar, 2012. 254p.

7.1.3.2. Capítulos de livros coletivos:

SOBRENOME, Nome. Título do capítulo sem itálico. In: SOBRENOME DO 1º ORGANIZADOR, Nome do organizador; SOBRENOME DO 2º ORGANIZADOR, Nome do 2º organizador e assim sucessivamente, separados por ponto vírgula (Org. ou Coord.). *Título da obra ou coletânea em itálico*: subtítulo sem itálico. número da edição. Cidade: Editora, ano. página inicial-página final [antecedidas de “p.”].

Exemplo:

DOTTA, Alexandre Godoy. Derechos de la Población LGBT+ en Brasil: Vulnerabilidad Social entre Avances y Retrocesos. In: BRAVO, Álvaro Sánches; CASIMIRO, Ligia Melo de; GABARDO, Emerson. (Org.). *Estado Social Y Derechos Fundamentales en Tiempos de Retroceso*. Sevilha: Ponto Rojo, 2019. p. 203-228.

7.1.3.3. Artigos em revistas:

SOBRENOME, Nome. Título do artigo sem itálico. *Título da Revista em itálico*, cidade, volume, número, página inicial-página final [antecedidas de “p.”], meses da publicação [abreviados com as três primeiras letras do mês seguidas de ponto e separados por barra]. ano.

Exemplo:

GABARDO, Emerson; SAIKALI, Lucas Bossoni. A prescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário em razão de atos de improbidade administrativa. *Revista Jurídica – Unicuritiba*, Curitiba, v. 1, p. 514-543, 2018.

7.1.3.4. Teses de Titularidade, Livre-Docência, Doutorado, Dissertações de Mestrado, Monografias de Conclusão de Curso de Graduação e Pós-Graduação:

SOBRENOME, Nome. *Título do trabalho em itálico*: subtítulo sem itálico. Cidade, ano. número de folhas seguido de “f”. Modalidade do trabalho (Grau obtido com a defesa) – Órgão perante o qual o trabalho foi defendido, Nome da instituição.

Exemplo:

SANTOS, Fábio de Sousa. *Análise Comparada da Competição na Contratação Pública Brasileira e Estadunidense*. Curitiba, 2018. 134f. Dissertação (Mestrado em Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba: 2018.

7.1.3.5 DOI – Digital object identifier: Caso o documento consultado na pesquisa tenha o número de DOI recomenda-se a inclusão, de modo complementar, do número após o término de cada referência.

Exemplo:

DOTTA, Alexandre Godoy. Public policies for the assessment of quality of the Brazilian higher education system. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 3, p. 53-69, 2016. DOI. [10.5380/rinc.v3i3.49033](https://doi.org/10.5380/rinc.v3i3.49033).

7.1.3.6. Documentos em meio eletrônico: Documentos extraídos do meio eletrônico deverão apresentar após o término de cada referência o local da rede onde foi encontrado e apresentado da seguinte maneira.

Exemplo:

IJDL. International Journal of Digital Law. *Regras para a submissão de artigos*. Disponível em: <https://journal.nuped.com.br/index.php/revista/about/submissions>. Acesso em: 12 fev. 2020.

7.1.4. Os elementos das referências devem observar o seguinte padrão:

7.1.4.1. Autor: SOBRENOME em maiúsculas, vírgula, Nome com as iniciais em maiúsculas, seguido de ponto final.

7.1.4.2. Edição: deve ser incluída a informação somente a partir da segunda edição, sem ordinal, seguido de ponto e “ed.”. Exemplo: 2. ed.

7.1.4.3. Ano: grafado com algarismos arábicos, sem ponto no milhar, antecedido de vírgula e seguido de ponto.

7.1.5. Nos casos em que for absolutamente impossível obter alguma das informações acima, a ausência deverá ser suprida da seguinte forma:

7.1.5.1. Ausência de cidade: substituir por [S.l.].

7.1.5.2. Ausência de editora: substituir por [s.n.].

7.1.5.3. Ausência de ano: indicar entre colchetes o ano aproximado, seguido de ponto de interrogação. Exemplo: [1998?].

7.2. As citações (palavras, expressões, períodos) deverão ser cuidadosamente conferidas aos textos originais.

7.2.1. Citações diretas devem seguir o seguinte padrão de registro: transcrição com até quatro linhas devem constar do corpo do texto, com letra e espaçamento normais, e estar entre aspas.

7.2.2. Recomenda-se fortemente que citações textuais longas (mais de quatro linhas) não sejam utilizadas. Entretanto, se imprescindíveis, deverão constituir um parágrafo independente, com recuo de 1,5 cm em relação à margem esquerda (alinhamento justificado), utilizando-se espaçamento entre linhas simples e tamanho da fonte 10. Neste caso, aspas não devem ser utilizadas.

7.2.3. Fica vedado o uso do op. cit., loc. cit., ibidem e idem nas notas bibliográficas, que deverão ser substituídas pela referência completa, por extenso.

7.2.4. Para menção de autores no corpo do texto, fica vedada sua utilização em caixa alta (ex.: para Nome SOBRENOME...). Nestes casos todas as menções devem ser feitas apenas com a primeira letra maiúscula (ex.: para Nome Sobrenome...).

8. Redação

8.1. Os textos devem ser revisados, além de terem sua linguagem adequada a uma publicação editorial científica.

8.2. No caso de artigos redigidos na língua portuguesa, a escrita deve obedecer às regras ortográficas em vigor desde a promulgação do ACORDO ORTOGRÁFICO DA LÍNGUA PORTUGUESA, a partir de 1º de janeiro de 2009.

8.3. As citações de textos anteriores ao ACORDO devem respeitar a ortografia original.

9. Artigos resultantes de pesquisas financiadas

Os artigos resultantes de projetos de pesquisa financiados deverão indicar em nota de rodapé, situada ao final do título do artigo no idioma do texto, a informação relativa ao financiamento da pesquisa.

10. Declaração de direitos autorais

Autores que publicam nesta revista concordam com os seguintes termos:

10.1. Não serão devidos direitos autorais ou qualquer outra remuneração pela publicação dos trabalhos.

10.2. Autores mantêm os direitos autorais e concedem à *IJD* o direito de primeira publicação, com o trabalho simultaneamente licenciado sob a [Licença Creative Commons Attribution](#) que permite o compartilhamento do trabalho com reconhecimento da autoria e publicação inicial nesta revista. Ainda, em virtude de aparecerem nesta revista de acesso público, os artigos são de uso gratuito, com atribuições próprias, com aplicações educacionais e não comerciais.

10.3. Autores têm permissão e são estimulados a publicar e distribuir seu trabalho online (ex.: em repositórios institucionais ou na sua página pessoal) a qualquer ponto antes ou durante o processo editorial, já que isso pode gerar alterações produtivas, bem como aumentar o impacto e a citação do trabalho publicado (ver [O Efeito do Acesso Livre](#)).

11. Responsabilidade dos autores

11.1. Autores são responsáveis pelo conteúdo publicado, comprometendo-se, assim, a participar ativamente da discussão dos resultados de sua pesquisa científica, bem como do processo de revisão e aprovação da versão final do trabalho.

11.2. Autores são responsáveis pela condução, resultados e validade de toda investigação científica.

11.3. Autores devem noticiar a revista sobre qualquer conflito de interesse.

11.4. As opiniões emitidas pelos autores dos artigos são de sua exclusiva responsabilidade.

11.5. Ao submeter o artigo, o autor atesta que todas as afirmações contidas no manuscrito são verdadeiras ou baseadas em pesquisa com razoável exatidão.

12. Conflito de interesses

A confiabilidade pública no processo de revisão por pares e a credibilidade de artigos publicados dependem em parte de como os conflitos de interesses são administrados durante a redação, revisão por pares e tomada de decisões pelos editores.

12.1. É obrigatório que o autor do manuscrito declare a existência ou não de conflitos de interesse. Mesmo julgando não haver conflitos de interesse, o autor deve declarar essa informação no ato de submissão do artigo, marcando esse campo específico.

12.2. Conflitos de interesses podem surgir quando autores, pareceristas ou editores possuem interesses que, aparentes ou não, podem influenciar a elaboração ou avalia-

ção de manuscritos. O conflito de interesses pode ser de natureza pessoal, comercial, política, acadêmica ou financeira.

12.3. Quando os autores submetem um manuscrito, eles são responsáveis por reconhecer e revelar conflitos financeiros ou de outra natureza que possam ter influenciado seu trabalho.

12.4. Os autores devem reconhecer no manuscrito todo o apoio financeiro para o trabalho e outras conexões financeiras ou pessoais com relação à pesquisa. As contribuições de pessoas que são mencionadas nos agradecimentos por sua assistência na pesquisa devem ser descritas, e seu consentimento para publicação deve ser documentado.

12.5. Manuscritos não serão rejeitados simplesmente por haver um conflito de interesses, mas deverá ser feita uma declaração de que há ou não conflito de interesses.

12.6. Os pareceristas devem, igualmente, revelar aos editores quaisquer conflitos de interesse que poderiam influir em suas opiniões sobre o manuscrito, e devem declarar-se não qualificados para revisar originais específicos se acreditarem que esse procedimento é apropriado. Assim como no caso dos autores, se houver silêncio por parte dos pareceristas sobre conflitos potenciais, isso significará que os conflitos não existem.

12.7. No caso da identificação de conflito de interesse da parte dos pareceristas, o Conselho Editorial encaminhará o manuscrito a outro parecerista *ad hoc*.

12.8. Se os autores não tiverem certeza do que pode constituir um potencial conflito de interesses, devem contatar o Coordenador Editorial da Revista.

12.9. Para os casos em que editores ou algum outro membro publiquem com frequência na Revista, não serão atribuídos tratamentos especiais ou diferenciados. Todos os artigos submetidos serão avaliados através do procedimento *double blind peer review*.

13. Outras informações

13.1. Os trabalhos serão selecionados pelo Coordenador Editorial e pelo Conselho Editorial da Revista, que entrarão em contato com os respectivos autores para confirmar o recebimento dos textos, e em seguida os remeterão para análise de dois pareceristas do Conselho de Pareceristas.

13.2. Os originais recebidos e não publicados não serão devolvidos.

13.3. Asseguram-se aos autores o direito de recurso das decisões editoriais.

13.3.1. Serão concedidos 5 (cinco) dias, contados da data da decisão final do Conselho Editorial.

13.3.2. O arrazoado escrito deverá ser enviado para o e-mail: journal@nuped.com.br.

13.3.3. O recurso será analisado pelo Conselho Editorial no prazo de 30 (trinta) dias.

CONDIÇÕES PARA SUBMISSÕES

Como parte do processo de submissão, os autores são obrigados a verificar a conformidade da submissão em relação a todos os itens listados a seguir. As submissões que não estiverem de acordo com as normas serão devolvidas aos autores.

1. A contribuição é original e inédita (salvo em caso de artigos em língua estrangeira publicados no exterior), e não está sendo avaliada para publicação por outra revista; caso contrário, deve-se justificar em “Comentários ao editor”.
2. O arquivo da submissão está em formato Microsoft Word.
3. URLs para as referências foram informadas quando possível.

4. O texto possui entre 15 e 30 páginas (tamanho A4 – 21 cm x 29,7 cm), compreendendo a introdução, desenvolvimento, conclusão (não necessariamente com esses títulos) e uma lista de referências bibliográficas; as margens utilizadas são: esquerda e superior de 3 cm e direita e inferior de 2 cm; no corpo do texto utilizou-se Fonte Times New Roman, tamanho 12, espaçamento entre linhas de 1,5, e espaçamento de 0 pt antes e depois dos parágrafos; nas notas de rodapé utilizou-se Fonte Times New Roman, tamanho 10, espaçamento simples entre linhas; no desenvolvimento do texto, os parágrafos contêm recuo de 1,5 cm em relação à margem esquerda; títulos e subtítulos estão alinhados à margem esquerda, sem recuo; as figuras e tabelas estão inseridas no texto, não no final do documento na forma de anexos.
5. O texto segue os padrões de estilo e requisitos bibliográficos descritos em [Diretrizes para Autores](#), na [página para submissão](#).
6. Em caso de submissão a uma seção com avaliação pelos pares (ex.: artigos), as instruções disponíveis em [Assegurando a avaliação pelos pares cega](#) foram seguidas.
7. O autor declara que, com exceção das citações diretas e indiretas claramente indicadas e referenciadas, este artigo é de sua autoria e, portanto, não contém plágio. Declara, ainda, que está ciente das implicações legais que a utilização de material de terceiros acarreta.
8. O autor declara que participou suficientemente do trabalho para tornar pública sua responsabilidade pelo conteúdo e que todas as afirmações contidas no manuscrito são verdadeiras ou baseadas em pesquisa com razoável exatidão.
9. O autor concorda com a política de responsabilidade estabelecida no item 10. Responsabilidade dos autores das [Diretrizes para Autores](#).

POLÍTICA DE PRIVACIDADE

Os nomes e endereços informados nesta revista serão usados exclusivamente para os serviços prestados por esta publicação, não sendo disponibilizados para outras finalidades ou a terceiros.

Este periódico tem um compromisso com a ética e a qualidade das publicações, seguindo padrões internacionais de publicação científica. Defendemos um comportamento ético de todas as partes envolvidas na publicação em nosso periódico: autores, editor, pareceristas, Equipe Editorial e a Editora. Não aceitamos plágio ou qualquer outro comportamento antiético. Para isso, são seguidas as diretrizes do [2nd World Conference on Research Integrity](#), Singapore, July 22-24, 2010.

Deveres do Editor

- **Decisão de publicação:** o editor é responsável por decidir quais artigos submetidos à revista devem ser publicados. O editor é guiado pelas políticas decididas pelo Conselho Editorial. Essas políticas devem obedecer às exigências legais em vigor sobre difamação, violação de direitos autorais e plágio. Para tomada de decisões o editor pode consultar o Conselho Editorial e os pareceristas.
- **Transparência e respeito:** o editor deve avaliar os manuscritos submetidos sem levar em conta a raça, sexo, a orientação sexual, a crença religiosa, a origem étnica, a nacionalidade ou a filosofia política dos autores.

- **Confidencialidade:** o editor e demais membros da equipe editorial não devem divulgar qualquer informação sobre um manuscrito submetido, a não ser aos pareceristas e os conselheiros editoriais.
- **Divulgação e conflitos de interesse:** O editor não deve utilizar materiais inéditos divulgados em um manuscrito submetido em pesquisas próprias sem o consentimento expresso e por escrito do autor. O editor deve recusar avaliar os manuscritos em que tenha conflitos de interesse por questões competitivas, colaborativas ou outros relacionamentos ou ligações com qualquer um dos autores, empresas ou (possivelmente) instituições ligadas aos manuscritos.
- **Envolvimento e cooperação em investigações:** o editor deve tomar medidas necessárias cabíveis quando foram apresentadas reclamações éticas a respeito de um manuscrito submetido ou artigo publicado.

Deveres dos Pareceristas

- **Contribuição para as decisões editoriais:** a revisão dos pareceristas auxilia o editor na tomada de decisões editoriais e por meio das comunicações com o autor também pode auxiliar o mesmo na melhora do artigo.
- **Pontualidade:** qualquer avaliador de artigo que não se sinta qualificado para analisar o artigo ou sabe que a sua imediata leitura será impossível deve notificar imediatamente o editor.
- **Confidencialidade:** os trabalhos recebidos para análise devem ser tratados como documentos confidenciais. Eles não devem ser mostrados ou discutidos com os outros.
- **Padrões de objetividade:** os pareceres devem ser conduzidos de forma objetiva. Os pareceristas devem expressar seus pontos de vista de maneira clara e apoiados em argumentos.
- **Sobre as fontes:** os pareceristas devem identificar trabalhos publicados relevantes que não foram citados pelos autores. O parecerista deve chamar a atenção do editor sobre qualquer semelhança substancial ou sobreposição entre o manuscrito em questão e qualquer outro *artigo* publicado de que tenha conhecimento pessoal.
- **Divulgação e conflito de interesses:** informações privilegiadas ou ideias obtidas pelo parecerista por meio da leitura dos manuscritos devem ser mantidas em sigilo e não devem utilizadas para proveito pessoal. O parecerista não deve avaliar manuscritos em que tenha conflitos de interesse por questões competitivas, colaborativas ou outros relacionamentos ou ligações com qualquer um dos autores, empresas ou instituições ligadas aos manuscritos.

Deveres dos Autores

- **Normas gerais:** os autores de trabalhos que se referem a pesquisas originais devem apresentar um relato preciso do trabalho realizado, bem como uma discussão objetiva sobre o seu significado. Dados complementares devem ser representados com precisão no artigo. O documento deve conter detalhes suficientes e referências que permitam que outros possam replicar o trabalho. Declarações fraudulentas ou intencionalmente imprecisas constituem um comportamento antiético e são inaceitáveis.

- **Originalidade e plágio:** os autores devem garantir que as obras são inteiramente originais e se eles utilizam o trabalho e/ou textos dos outros que isso seja devidamente citado. Plágio em todas as suas formas constitui um comportamento editorial antiético e é inaceitável.
- **Publicação múltipla ou redundante:** um autor não deve publicar manuscritos que descrevam essencialmente a mesma pesquisa em mais de um periódico. Publicar o mesmo artigo em mais de um periódico sem informar os editores e obter seu consentimento constitui um comportamento editorial antiético e é inaceitável.
- **Sobre as fontes:** o trabalho de outros autores deve sempre ser reconhecido. Os autores devem citar as publicações que foram importantes na determinação da natureza do trabalho relatado. As informações obtidas em particular, como em uma conversa, correspondência, ou discussão com terceiros, não devem ser utilizadas ou relatadas sem a permissão explícita por escrito da fonte. As informações obtidas por meio de serviços confidenciais, tais como arbitragem manuscritos ou pedidos de bolsas, não devem ser utilizadas sem a permissão explícita por escrito do autor do trabalho envolvido nestes serviços.
- **Autoria:** a autoria do trabalho deve ser restrita àqueles que fizeram uma contribuição significativa para a concepção, projeto, execução ou interpretação do estudo relatado. Todos aqueles que fizeram contribuições significativas devem ser listados como coautores. Pessoas que participaram em certos aspectos do projeto de pesquisa devem ser listadas como colaboradores. O autor principal deve garantir que todos os coautores apropriados estejam incluídos no artigo. O autor principal também deve certificar-se que todos os coautores viram e aprovaram a versão final do manuscrito e que concordaram com sua submissão para publicação.
- **Divulgação e conflitos de interesses:** todos os autores devem divulgar no manuscrito qualquer conflito financeiro ou de outra natureza que possa influenciar os resultados ou a interpretação de seu manuscrito. Todas as fontes de apoio financeiro para o projeto devem ser divulgadas.
- **Erros fundamentais em trabalhos publicados:** quando um autor descobre um erro significativo ou imprecisão em seu trabalho publicado é obrigação do autor informar imediatamente o editor da revista ou a Editoria de Periódicos e cooperar com o editor para corrigir o artigo.

Deveres da Editora

Estamos empenhados em garantir que publicidade, reimpressão ou qualquer outra fonte de receita comercial não tenha qualquer impacto ou influência sobre as decisões editoriais.

Nossos artigos são avaliados por pares para garantir a qualidade da publicação científica. Este periódico utiliza o CrossCheck (software antiplágio da CrossRef).

* Esta declaração se baseia nas recomendações da Elsevier e no *Best Practice Guidelines for Journal Editors* do Committee on *Publication Ethics* – COPE.

Author Guidelines

1. Article Submission

Article propositions for publishing on the International Journal of Digital Law must be sent through the electronic submission system (free of cost) and access through login and password. Propositions sent by e-mail will not be accepted. The Journal has the right to accept or reject any originals received, according to its Editorial Board's recommendations, including the inadequacy of the article's theme to the journal's editorial profile, as well as the right to propose modifications.

2. Author Qualification

At least one of the authors must own either a PhD degree or a Doctor of Juridical Science (J.S.D. or S.J.D), Doctor juris (Dr. iur. or Dr. jur.), Doctor of Philosophy (Ph.D.) ou Legum Doctor (LL.D.) degree. This requirement can be relativized, never exceeding 30% of the articles per edition, in exceptional cases of: (i) authors affiliated to foreign institutions; (ii) articles written in English.

3. Originality and exclusivity

Articles for publication in the International Journal of Digital Law must be original and exclusive, except in case of articles written in a foreign language and published outside Brazil. After the publication of the article in this journal, it can also be published in books and compilations, as long as the original publication is mentioned. We ask the authors to commit to not publish the article in other journals or reviews, as well as not to submit it to other journals at the same time.

4. Languages

Articles can be submitted in English, Portuguese, and Spanish.

5. Registration of the metadata in the electronic submission system

5.1. At the time of submission of the article to the electronic system, the metadata fields must be filled in according to these guidelines, under penalty of preliminary rejection of the submission.

5.2. Authors

5.2.1. *First name/Middle name/Last name:* indication of the full name of the author(s) with only the initials of each name in capital letter. In case of articles in co-authorship, the names of all coauthors must be inserted in the system in the order that should appear at the time of publication.

5.2.2. *E-mail:* indication of the e-mail address of the author(s) for contact, which will mandatorily appear in the published version of the article.

5.2.3. *ORCID iD:* indication of the number of the author's ORCID identifier (for further information [click here](#)). The ORCID identifier can be obtained in [ORCID register](#). Authors must have to accept the patterns for presentation of ORCID iD and include the full URL (e.g.: <https://orcid.org/0000-0003-1781-1726>).

5.2.4. *URL:* link to the author's full curriculum. In the case of Brazilian authors, the link to the Lattes Curriculum should be indicated.

5.2.5. Affiliation: indication of the author's main institutional affiliation (or two main affiliations if both of the links with them have the same importance). The main institution is where the author is professor or student, or, in case of not being professor or student anymore, the institution where the authors obtained their major academic title (PhD, J.S.D., LL.M, B.A., etc.). The institution's name must be written in full (not abbreviated) and in the original language of the institution (or in English for non-Latin languages), followed by an indication of the country of origin of the institution between parentheses. If the author is a professor and also a PhD, J.S.D or LL.M candidate in another institution, the main affiliation will be the institution where the author is candidate.

5.2.6. Country: indication of the country of the author's main institutional affiliation.

5.2.7. Bio Statement: indication of the author's abbreviated CV, with the information organized in the following sequence: first, the indication of the institution to which the author is affiliated as a professor; second, between parentheses, the city, state/province (if applicable) and country of the institution; third, indication of academic titles (starting with the highest); fourth, other bonds with scientific associations; fifth, profession; etc.

5.3. Title and Abstract:

5.3.1. Title: title in the language of the article, with only the first letter of the sentence in capital letter.

5.3.2. Abstract: abstract in the language of the article, without paragraph or citations and references, with up to 200 words.

5.4. Indexing:

5.4.1. Keywords: indication of 5 keywords in the language of the article (in lower case and separated by semicolons).

5.4.2. Language: indicate the acronym corresponding to the language of the article (Português=pt; English=en; Español=es).

5.5. Supporting Agencies: articles resulting from funded research projects should indicate in this field the source of funding.

5.6. References: insert the complete list of references cited in the article, with a space of one line between them.

6. Text Presentation and pre-textual elements

6.1. The article must have between 15 and 30 pages (size A4 – 21 cm × 29,7 cm), including introduction, development and conclusion (not necessarily with these titles) and a bibliographic reference list. The maximum number of pages can be relativized in exceptional cases, decided by the Editorial team.

6.2. Edges (margins) must be: top and left with 3 cm, bottom and right with 2 cm.

6.3. The text must use Font Times New Roman, size 12, line spacing 1.5, and spacing 0 pt before and after paragraphs.

6.4. References must use Font Times New Roman, size 10, simple space between lines.

6.5. In the development of the text, the paragraphs must contain decrease of 1.5 cm from the left margin. Titles and subtitles must be aligned with the left margin without decrease.

6.6. The structure should observe the following order:

- 6.6.1.** Title in the article's language, in bold, centralized, with the first letter of the sentence in capital letter.
- 6.6.2.** In case of indicating information related to the article (financing from sponsoring agencies, acknowledgments, translators, etc.), it is necessary to insert a footnote with an asterisk (not number) on the right side of the title in the article's language.
- 6.6.3.** Title in English, with only the first letter in capital letter, in bold and in italic, centralized. In the case of articles written in English, this element must be substituted by the title in Portuguese.
- 6.6.4.** The article must not include the names of the author(s). The information for publication purposes will be taken from the metadata entered by the author(s) in the journal's electronic system at the time of submission.
- 6.6.5.** Abstract in the article's language (font Times New Roman, 12, simples lines, without paragraph or quotations and references, until 200 words), preceded by the word "Abstract" written in the article's language.
- 6.6.6.** Indication of five keywords in the article's language (in lower case and separated by semicolon), preceded by the expression "Keywords" written in the article's language.
- 6.6.7.** Abstract in English (font Times New Roman, 12, simples lines, without paragraph or quotations and references, up to 200 words), preceded by the word "Abstract". In case of articles written in English, this element must be replaced by the abstract ("*resumo*") in Portuguese.
- 6.6.8.** Indication of five keywords in English (in lower case and separated by semicolon), preceded by the expression "Keywords". In case of articles written in English, this element must be replaced by keywords ("*palavras-chave*") in Portuguese.
- 6.6.9.** Table of contents, indicating the titles of the sections and subsections, with progressive numbering in Arabic numbers.
- 6.6.10.** Development of the scientific article: progressive numbering, in Arabic numbers, must be used to make clear the content's systematization.
- 6.6.11.** Bibliographic references list must bring only sources that were really used, located in the end of the article, separated by a simple space, lined to the left margin (no indent).
- 6.6.12.** For other aspects, apply Brazilian technical norms (ABNT NBR 10520:2002 e 14724:2011).
- 6.6.13.** In the case of articles with 4 or more authors, it is necessary to include a footnote indicating the contribution of each one to the article.
- 6.7.** Highlights must be made only in italics, meaning that bold, underlined or caps lock, cannot be used to highlight.
- 6.8.** Images and boards must be inserted in the text, not in the end in form of attachments.

7. Scientific Methodology

7.1. The references of books, chapters in collective books, articles, theses, dissertations/essays, monographs of quoted authors used as base to write the text must be mentioned as a reference on the footnotes, with all the information about the text, according to the Brazilian technical norms (ABNT NBR 6023:2018 – summarized in the item 7.1.3 below), and especially, indicating the page of which the information written on the text was taken, right after the reference.

7.1.1. Book's title (or journal's title) must be highlighted in italics (bold shall not be used for that purpose).

7.1.2. Articles written in the format AUTHOR-YEAR will not be accepted for publishing.

7.1.3. References shall appear as follows:

7.1.3.1. Books:

LAST NAME, Name Middle Name. *Title of the book in italics*: subtitle not in italics. Number of the edition. City: Publisher, Year.

Example:

KEEN, Andrew. *Vertigem digital*: por que as redes sociais estão nos dividindo, diminuindo e desorientando. Trad. Alexandre Martins, Rio de Janeiro: Zahar, 2012. 254p.

7.1.3.2. Chapter in a collective book:

LAST NAME, Name Middle Name. Title of the Chapter not in bold. In: ORGANIZER'S LAST NAME, Name Middle Name; 2ND ORGANIZER'S LAST NAME, Name Middle Name, and so on, separated by semicolon (Org. or Coord.). *Title of the book in italics*: subtitle not in Italics. Number of the edition. City: Publisher, Year. first page-last page [preceded by "p."].

Example:

DOTTA, Alexandre Godoy. Derechos de la Población LGBT+ en Brasil: Vulnerabilidad Social entre Avances y Retrocesos. In: BRAVO, Álvaro Sánchez; CASIMIRO, Ligia Melo de; GABARDO, Emerson. (Org.). *Estado Social Y Derechos Fundamentales en Tiempos de Retroceso*. Sevilha: Ponto Rojo, 2019. p. 203-228.

7.1.3.3. Articles in journals:

LAST NAME, Name Middle Name. Title of the article not in bold. *Title of the journal in italics*, city, volume, number, first page-last page [preceded by "p."], months of publishing [abbreviated with the first three letters of the month followed by dot and separated by a slash]. Year.

Example:

GABARDO, Emerson; SAIKALI, Lucas Bossoni. A prescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário em razão de atos de improbidade administrativa. *Revista Jurídica – Unicuritiba*, Curitiba, v. 1, p. 514-543, 2018.

7.1.3.4. Theses of Full Professor contests, Doctoral theses, Master's dissertations/ essays, Undergraduate and Graduate courses monographs:

LAST NAME, Name Middle Name. *Title in italics*: subtitle. City, year. number of pages followed by "f". Kind of the work (Degree obtained with the defense) – Department or Sector, Name of the institution.

Example:

SANTOS, Fábio de Sousa. *Análise Comparada da Competição na Contratação Pública Brasileira e Estadunidense*. Curitiba, 2018. 134f. Dissertação (Mestrado em Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba: 2018.

7.1.3.5 DOI – Digital object identifier: If the document consulted in the research has the DOI number, it is recommended to include, in a complementary way, the number after the end of each reference. Example:

DOTTA, Alexandre Godoy. Public policies for the assessment of quality of the Brazilian higher education system. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 3, p. 53-69, 2016. DOI. [10.5380/rinc.v3i3.49033](https://doi.org/10.5380/rinc.v3i3.49033).

7.1.3.6. Documents in electronic media: Documents extracted from electronic media must present after the end of each reference the location of the network where it was found and presented as follows. Example:

DIJDL. International Journal of Digital Law. *Regras para a submissão de artigos*. Disponível em: <https://journal.nuped.com.br/index.php/revista/about/submissions>. Acesso em: 12 fev. 2020.

7.1.4. The elements of references must observe the following model:

7.1.4.1. Author: LAST NAME in capital letters, comma, Name with the initials in capital letters, Middle Name with the initials in capital letters, followed by a dot.

7.1.4.2. Edition: the information must only be included after the second edition of the book, without ordinal, followed by a dot and “ed.”. Example: 2. ed.

7.1.4.3. Year: it must be written with Arabic numerals, without dot in thousand, preceded by comma, and followed by a dot. Example: 1997.

7.1.5. In case of being impossible to find one of those elements, the absence must be resolved in the following manner:

7.1.5.1. Absence of city: replace for [S.I.].

7.1.5.2. Absence of publisher: replace for [s.n.].

7.1.5.3. Absence of year: the approximated year must be indicated between brackets, followed by a question mark. Example: [1998?].

7.2. The quotations (words, expressions, sentences) must be carefully reviewed by the authors and/or translators.

7.2.1. The direct quotations must follow this pattern: transcription until four lines should fit in the text body, with normal letter, normal spacing and quotation marks.

7.2.2. It is strongly recommended that long textual quotations (more than four lines) are not used. However, if indispensable, they shall constitute an independent paragraph, with 1,5 cm of decrease related to the left margin (justified alignment), with simple lines and font 10. In that situation, quotation marks must not be used.

7.2.3. It is forbidden the use of “op. cit.”, “loc. cit.”, “ibidem” and “idem” in the footnotes. The references in footnote must be complete and written out.

7.2.4. For the mention of authors in the text body, it is forbidden the use of capital letters (e.g. for Name LAST NAME...). In this case all mentions shall be written only with the first letter in capital letter (ex.: for Name Last Name...).

8. Composition

8.1. Apart from having an adequate scientific language for an editorial publication, the text must be reviewed.

8.2. In the case of articles written in Portuguese, the writing must obey the new orthographic rules in force since the promulgation of the Portuguese Language Orthographic Agreement, from January 1st, 2009.

8.3. Citations of texts that precede the Agreement must respect the original spelling.

9. Articles resulted from funded researches

Articles resulted from funded research projects shall indicate in a footnote, located at the end of the article title in the original language, the information related to the research financing.

10. Copyright statement

Authors who publish in this Journal have to agree to the following terms:

10.1. No copyright or any other remuneration for the publication of papers will be due.

10.2. Authors retain copyright and grant the International Journal of Digital Law the right of first publication with the article simultaneously licensed under the [Creative Commons Attribution License](#), which allows sharing the work with recognition of its initial publication in this Journal. Moreover, because of their appearance in this open access Journal, articles are free to use, with proper attribution, in educational and non-commercial applications.

10.3. Authors are allowed and encouraged to post their work online (e.g. in institutional repositories or on their personal webpage) at any point before or during the submission process, as it can lead to productive exchanges, as well as increase the impact and citation of published work (see [The Effect of Open Access](#)).

11. Authors responsibilities

11.1. Authors are responsible for the published content, committing therefore to participate actively in the discussion of the results of their scientific research, as well as the review process and approval of the final version of the work.

11.2. Authors are responsible for the conducting all the scientific research, as well as its results and validity.

11.3. Authors should report the Journal about any conflict of interest.

11.4. Authors are fully and exclusively responsible for the opinions expressed in their articles.

11.5. When submitting the articles, authors recognize that all statements contained in the manuscript are true or based on research with reasonable accuracy.

12. Conflict of interest

The public confidence in the double-blind peer review process and the credibility of published articles depend in part on how conflicts of interest are managed during manuscript writing, peer review and decision making by the editors.

12.1. It is mandatory that the author of the manuscript declares the existence or not of conflicts of interest. Even thinking that there are no conflicts of interest, the author must declare this information in the article submission act, marking that field.

12.2. Conflicts of interest may appear when authors, reviewers or editors have interests that, apparently or not, may influence the development or evaluation of manuscripts.

12.3. When authors submit a manuscript, they are responsible for recognizing and revealing financial or other nature conflicts that may have influenced their work.

12.4. Authors must recognize all the financial support for the work and other financial or personal connections related to the research. The contributions of people who are mentioned in the acknowledgments for their assistance in the research must be described, and its consent to publication should be documented.

12.5. Manuscripts will not be simply dismissed because of a conflict of interest. A statement that there is or not a conflict of interest must be made.

12.6. The ad hoc reviewers must also reveal to editors any conflicts of interest that could influence their opinions about the manuscript and must declare themselves unqualified to review specific documents if they believe that this procedure is appropriate.

In the case of the authors, if there is silence from the peer reviewers about potential conflicts, it will mean that conflicts do not exist.

12.7. If a conflict of interest on the part of the peer reviewers is identified, the Editorial Board will send the manuscript to another ad hoc reviewer.

12.8. If the authors are not sure about what might constitute a potential conflict of interest, they should contact the Journal's Editor-in-Chief.

12.9. In cases in which members of the Editorial Team or some other member publish frequently in the Journal, it will not be given any special or different treatment. All submitted papers will be evaluated by double blind peer review procedure.

13. Other information

13.1. The articles will be selected by the Editor-in-Chief and the Editorial Board of the Journal, which will contact the respective authors to confirm the text reception, and then forward them to the two ad hoc reviewers' analysis.

13.2. The received and not published originals will not be given back.

13.3. Authors have the right to appeal of the editorial decisions.

13.3.1. They will be granted five (5) days from the date of the final decision of the Editorial Board to appeal.

13.3.2. The written appeal must be sent to the e-mail: <journal@nuped.com.br>.

13.3.3. The appeal will be examined by the Editorial Board within thirty (30) days

CONDITIONS FOR SUBMISSIONS

As part of the submission process, authors are required to check off their submission's compliance with all the following items, and submissions may be returned to authors that do not adhere to these guidelines.

1. The contribution is original and unpublished (except in the case of articles in a foreign language published abroad) and it is not being evaluated for publication by another Journal; otherwise, it must be justified in "Comments to the Editor."
2. The submission file is in Microsoft Word, OpenOffice or RTF.
3. URLs for the references have been informed when possible.
4. The text has between 15 and 30 pages (A4 size – 21 cm by 29.7 cm), including the introduction, development, conclusion (not necessarily with these titles) and a list of references; margins used are: left and top of 3 cm and right and bottom of 2 cm; the text is written in Times New Roman format, size 12, line spacing 1.5, and spacing 0 pt. before and after paragraphs; in the footnotes it was used Times New Roman, size 10, 1 pt. spacing; in the text development, paragraphs have an indent of 1.5 cm from the left margin; headings and subheadings are aligned on the left margin; figures and tables are inserted in the text, not in the end of the document as attachments.
5. The text respects the stylistic and bibliographic requirements outlined in the [Author Guidelines](#), on the page About.
6. In case of submission to a section with peer review (e.g.: articles), the instructions available in [Ensuring blind evaluation by peer reviewers](#) have been followed.
7. The author states that, except for the direct and indirect quotations clearly indicated and referenced, the article is of his/her authorship and therefore does not contain plagiarism. And states that he/she is aware of the legal implications of the use of other authors material.

8. The author states that participated in the work enough to make public their responsibility for the content and that all statements contained in the manuscript are true or based on research with reasonable accuracy.
9. The author agrees with the liability policy defined in item 10. Authors responsibilities of the [Author Guidelines](#).

PRIVACY STATEMENT

This journal is committed to ethics and quality in publication, following international patterns of scientific publication. We support standards of expected ethical behavior for all parties involved in publishing in our journal: the author, the journal editor, the peer reviewer and the publisher. We do not accept plagiarism or other unethical behavior. Thus, it follows the guidelines of the [2nd World Conference on Research Integrity](#), Singapore, July 22-24, 2010.

Duties of Editors

- **Publication decision:** The journal's editor is responsible for deciding which of the articles submitted to the journal should be published. The editor is guided by the policies of the journal's editorial board and constrained by such legal requirements as shall then be in force regarding libel, copyright infringement and plagiarism. The editor may consult with editorial board or reviewers in decision making.
- **Fair play:** The editor should evaluate manuscripts for their intellectual content without regard to race, gender, sexual orientation, religious belief, ethnic origin, citizenship, or political philosophy of the authors.
- **Confidentiality:** The editor and any editorial staff must not disclose any information about a submitted manuscript to anyone other than the corresponding author, reviewers, potential reviewers, other editorial advisers, and the publisher, as appropriate.
- **Disclosure and Conflicts of interest:** The editor must not use unpublished information in his/her own research without the express written consent of the author. The editor should recuse him/herself from considering manuscripts in which he/she has conflicts of interest resulting from competitive, collaborative, or other relationships or connections with any of the authors, companies, or (possibly) institutions connected to the papers.
- **Involvement and cooperation in investigations:** The editor should take reasonable responsive measures when ethical complaints have been presented concerning a submitted manuscript or published paper.

Duties of Reviewers

- **Contribution to Editorial Decision:** Peer review assists the editor in making editorial decisions and through the editorial communications with the author may also assist the author in improving the paper.
- **Promptness:** Any selected referee who feels unqualified to review the research reported in a manuscript or knows that its prompt review will be impossible should notify the editor and excuse himself from the review process.
- **Confidentiality:** Any manuscripts received for review must be treated as confidential documents. They must not be shown to or discussed with others.

- **Standards of Objectivity:** Reviews should be conducted objectively and referees should express their views clearly with supporting arguments.
- **Acknowledgement of Source:** Peer reviewers should identify relevant published work that has not been cited by the authors. The peer reviewer should also call to the editor's attention any substantial similarity or overlap between the manuscript under consideration and any other published paper of which they have personal knowledge.
- **Disclosure and Conflicts of Interest:** Privileged information or ideas obtained through peer review must be kept confidential and not used for personal advantage. Reviewers should not consider manuscripts in which they have conflicts of interest resulting from competitive, collaborative, or other relationships or connections with any of the authors, companies, or institutions connected to the papers.

Duties of Authors

- **Reporting standards:** Authors of reports of original research should present an accurate account of the work performed as well as an objective discussion of its significance. Underlying data should be represented accurately in the paper. A paper should contain sufficient detail and references to permit others to replicate the work. Fraudulent or knowingly inaccurate statements constitute unethical behavior and are unacceptable.
- **Originality and Plagiarism:** The authors should ensure that they have written entirely original works, and if the authors have used the work and/or words of others that this has been appropriately cited or quoted. Plagiarism in all its forms constitutes unethical publishing behavior and is unacceptable.
- **Multiple or Redundant Publication:** An author should not in general publish manuscripts describing essentially the same research in more than one journal or primary publication. To publish the same article in different journals without informing the editors and having their agreement constitute unethical publishing behavior and is unacceptable.
- **Acknowledgement of Sources:** Proper acknowledgment of the work of others must always be given. Authors should cite publications that have been influential in determining the nature of the reported work. Information obtained privately, as in conversation, correspondence, or discussion with third parties, must not be used or reported without explicit, written permission from the source. Information obtained in the course of confidential services, such as refereeing manuscripts or grant applications, must not be used without the explicit written permission of the author of the work involved in these services.
- **Authorship of the Paper:** Authorship should be limited to those who have made a significant contribution to the conception, design, execution, or interpretation of the reported study. All those who have made significant contributions should be listed as co-authors. Where there are others who have participated in certain substantive aspects of the research project, they should be acknowledged or listed as contributors. The corresponding author should ensure that all appropriate co-authors and no inappropriate co-authors are included on the paper, and that all co-authors have seen and approved the final version of the paper and have agreed to its submission for publication.

- **Disclosure and Conflicts of Interest:** All authors should disclose in their manuscript any financial or other substantive conflict of interest that might be construed to influence the results or interpretation of their manuscript. All sources of financial support for the project should be disclosed.
- **Fundamental errors in published works:** When an author discovers a significant error or inaccuracy in his/her own published work, it is the author's obligation to promptly notify the journal editor or publisher and cooperate with the editor to retract or correct the paper.

Duties of the Publisher

We are committed to ensuring that advertising, reprint or other commercial revenue has no impact or influence on editorial decisions.

Our articles are peer reviewed to ensure the quality of scientific publishing and we are also users of CrossCheck (CrossRef's plagiarism software).

* This statement is based on Elsevier recommendations and COPE's Best Practice Guidelines for Journal Editors.