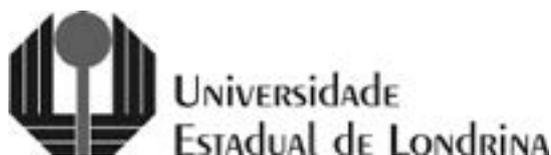




UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA



Revista do
DIREITO PÚBLICO



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

VICE-REITOR
Prof. Dr. Airton Petris

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

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

CURSO DE MESTRADO EM DIREITO NEGOCIAL
Coordenador: Prof. Dr. Clodomiro José Bannwart Junior
Vice Coordenadora: Prof. Dra. Patrícia Ayub da Costa

Catálogo elaborado pela Divisão de Processos Técnicos da Biblioteca Central da
Universidade Estadual de Londrina.

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

Revista do Direito Público / Universidade Estadual de Londrina.
Centro de Estudos Sociais Aplicados. Departamento de Direito
Público. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. –
Londrina: UEL, 2023; .v2 ; 29 cm.

Quadrimestral.

Descrição baseada em: v. 18, n.2, maio/ago. (2023).

ISSN: 1980-511X (online).

1. Direito Público – Periódicos. I. Universidade Estadual de Londrina.
Centro de Estudos Sociais Aplicados. Departamento de Direito Público.
Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial.

CDU 342

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

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

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



Revista do
DIREITO PÚBLICO

ISSN 1980551-X

MESTRADO E DOUTORADO EM
DIREITO NEGOCIAL

DEPARTAMENTO DE
DIREITO PÚBLICO



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA



SSN 1980-511X (eletrônico)
Revista do Direito Público da UEL
Volume 18, número 2, ago. 2023

EDITORES RESPONSÁVEIS / EDITORS

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

EDITOR ASSOCIADO

Doutorando José Ricardo Suter

CONSELHO EDITORIAL / EDITORIAL BOARD

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

PARECERISTAS AD HOC / REVIEWERS

Alaerte Antonio Martelli Contini	Pisa (Itália)
Claudia Aguiar Silva Britto	Rio de Janeiro
Edilton Meireles de Oliveira	São Paulo
Edna Raquel Hogemann	Rio de Janeiro
Eduardo Garcia Ribeiro Lopes Domingues	Rio de Janeiro
Fabiano Dolenc Del Masso	São Paulo
Francisco Antônio de Barros e Silva Neto	Pernambuco
Geziela Iensue	Mato Grosso do Sul
Henrique Viana Pereira	Minas Gerais
Jamile Gonçalves Calissi	São Paulo
João Porto Silvério Junior	Goiás
José Carlos Francisco	São Paulo
Luis Alberto Reichelt	Rio Grande do Sul
Loreci Gottschalk Nolasco	Goiás
Marcelo Negri Soares	Paraná
Marcelo Paulo Maggio	São Paulo
Nelson Finotti Junior	São Paulo
Raquel Von Hohendorff	Rio Grande do Sul
Rene Erick Sampar	Santa Catarina
Thami Covatti Piaia	Rio Grande do Sul
Tula Wesendonck	Rio Grande do Sul

ASSESSORIA TÉCNICA
Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR)

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

SUMÁRIO | CONTENT

EDITORIAL.....	8
DA MULTIPARENTALIDADE JUDICIAL: ANÁLISE DOS VOTOS E DOS EFEITOS DO JULGAMENTO DO RE 898060	10
JUDICIAL MULTIPARENTALITY: ANALYSIS OF VOTES AND EFFECTS OF RE 898060	
<i>Daniela Braga Paiano</i>	
A ANPD E A FISCALIZAÇÃO DA GOVERNANÇA CORPORATIVA DE PROTEÇÃO DE DADOS	30
BRAZILIAN NATIONAL DATA PROTECTION AUTHORITY AND THE OVERVIEW OF PERSONAL DATA PROTECTION POLICIES	
<i>Ana Elizabeth Neirão Reymão e Lis Arrais Oliveira e Suzy Elizabeth Cavalcante Koury</i>	
A SINGULARIDADE DO OBJETO COMO FUNDAMENTO PARA A INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO: CONTRATAÇÃO DIRETA DE SERVIÇOS DE ADVOCACIA.....	48
THE UNIQUE SINGULARITY OF THE OBJECT AS A FOUNDATION FOR THE BIDDING INEXIGIBILITY: DIRECT CONTRACTING OF LEGAL SERVICES	
<i>Adriano da Silva Ribeiro e Giovanni Galvão Villaça Gregório e Estevão Grill Pontone</i>	
MEDIAÇÃO FRENTE AOS NEGÓCIOS JURÍDICOS FAMILIARES.....	65
MEDIATION IN FAMILY LEGAL BUSINESS	
<i>José Ricardo Suter</i>	
OS CASOS MARIANA E BRUMADINHO: ANÁLISE CRÍTICA DOS ASPECTOS TRABALHISTAS E PREVIDENCIÁRIOS DOS GRANDES ACIDENTES DE TRABALHO	80
THE MARIANA AND BRUMADINHO CASES: CRITICAL ANALYSIS ON LABOR AND SOCIAL SECURITY CONSEQUENCES OF MAJOR WORK ACCIDENTS	
<i>André Torres Pinheiro de Souza e Ana Cristina Alves de Paula e Daniel Damasio Borges</i>	
CONTRATAÇÃO PÚBLICA: O PROGRAMA DE INTEGRIDADE COMO REQUISITO NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.....	101
PUBLIC CONTRACTING: THE INTEGRITY PROGRAM AS A REQUIREMENT IN THE STATE OF RIO GRANDE DO SUL	
<i>Salete Oro Boff e Dionis Janner Leal</i>	
DIÁLOGO ENTRE CORTES: COMPLEMENTARIDADE DO SIDH NA PROTEÇÃO INSTITUCIONAL DAS PESSOAS LGBTI+.....	119
DIALOGUE BETWEEN CUTS: COMPLEMENTARITY OF THE ISHR IN THE INSTITUTIONAL PROTECTION OF LGBTI+ PEOPLE	
<i>João Matheus Amaro de Sousa e Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia</i>	
NOVAS TECNOLOGIAS E O CONCEITO DE SER HUMANO: UMA PROBLEMATIZAÇÃO A PARTIR DO CRISPR.....	140
NEW TECHNOLOGIES AND THE CONCEPT OF HUMAN BEING: A CRISPR ANALYSIS	
<i>Leilane Serratine Grubba e Gabriel Zanatta Tocchetto</i>	

TRANSPARÊNCIA COMO BASE PARA A ORGANIZAÇÃO ESTADO NA TEORIA DOS SISTEMAS156

TRANSPARENCY AS A BASIS FOR THE ORGANIZATION STATE IN SYSTEMS THEORY

Luís Antonio Zanotta Calçada e Janriê Rodrigues Reck

A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE PELO PODER PÚBLICO: UM ESTUDO SOBRE A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAS169

THE PROTECTION OF PERSONALITY RIGHTS BY THE PUBLIC GOVERNMENT: A STUDY ON THE STATE'S RESPONSIBILITY IN PROCESSING PERSONAL DATA

Rodrigo Róger Saldanha e José Sebastião de Oliveira

AS ÁGUAS DA REGIÃO NORTE BRASILEIRA E A LUTA DAS COMUNIDADES RIBEIRINHAS DO ESTADO DO AMAZONAS PELA ÁGUA POTÁVEL187

THE WATERS OF THE BRAZILIAN NORTH REGION AND THE STRUGGLE OF THE AMAZON STATE RIBEIRIN COMMUNITIES FOR DRINKING WATER

Adriana Lo Presti Mendonça e Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho e Danielle de Ouro Mamed

SEGURANÇA PÚBLICA E VIOLÊNCIA FAMILIAR: ENSAIOS POLÍTICOS FRENTE A PANDEMIA DA COVID-19 NO RIO DE JANEIRO, SÃO PAULO, MINAS GERAIS E SEUS DESDOBRAMENTOS205

PUBLIC SAFETY AND FAMILY VIOLENCE: POLICIES IN FRONT OF THE COVID-19 PANDEMIC IN RIO DE JANEIRO, SÃO PAULO, MINAS GERAIS AND ITS DEVELOPMENTS

Eric Santos Andrade e Benedicto de Vasconcellos Luna Gonçalves Patrão

RESENHAS.....227

DIREITO PENAL INTERNACIONAL ECONÔMICO: FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE PENAL INTERNACIONAL DAS EMPRESAS.....227

João Pedro Ayrosa

ESTADO FISCAL E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL230

Lucas Monteiro Alves de Oliveira

Apresentamos a edição de agosto de 2023 (v. 18, n. 2) da Revista do Direito Público da Universidade Estadual de Londrina.

Inicialmente, destacamos o grande fluxo de submissões e de trabalhos que temos recebido nos últimos meses, o que apenas corrobora o crescente interesse da comunidade jurídica e científica em utilizar nossa revista como meio de divulgação de suas pesquisas e trabalhos.

Trabalhamos incessantemente para, na medida do possível, atendermos essa demanda, sempre analisando os textos submetidos através de critérios objetivos e científicos, ressaltando o caráter democrático e plural do periódico.

Quanto ao conteúdo dos artigos apresentados, a presente edição é formada por textos elaborados por autores de nosso estado, o Paraná, e de todo o Brasil, com temas relacionados à mediação, acesso à Justiça, Direito Ambiental, Direito Constitucional, Direito de Família, Direito Administrativo, Direito do Trabalho, Direito Previdenciário, inovações tecnológicas na seara jurídica, dentre outros.

No campo do Direito Ambiental, temos o artigo *“As águas da região norte brasileira e a luta das comunidades ribeirinhas do estado do Amazonas pela água potável”*, que busca discutir o problema do acesso à água na região norte do Brasil, tendo como objetivo geral analisar as causas e as consequências da falta de abastecimento de água potável às populações ribeirinhas do estado do Amazonas, apontando as principais ações que podem ajudar a minimizar tal situação

No âmbito do acesso à Justiça, apresentamos o artigo *“Diálogo entre cortes: complementaridade do SIDH na proteção institucional das pessoas LGBTI+”*, que se dedica a analisar a essencialidade da interação entre os diversos órgãos do sistema interamericano para a efetiva proteção institucional das minorias ou dos grupos em situação de vulnerabilidade sexual.

Já no que tange à seara do Direito Administrativo, temos o artigo *“A singularidade do objeto como fundamento para a inexigibilidade de licitação: contratação direta de serviços de advocacia”*, que tenciona debater se a contratação direta de advogado ou escritório de advocacia por ente público, por meio de inexigibilidade de licitação, constitui ou não ato ímprobo.

Ainda no mesmo ramo jurídico, apresentamos o texto *“Contratação pública: o programa de integridade como requisito no estado do Rio Grande do Sul”*, que se propõe a analisar os contornos da Lei nº 12.846, de 2013, comumente conhecida como Lei Anticorrupção Empresarial, que estabelece o programa de integridade como requisito para contratação de serviços e aquisição de produtos com o Poder Público, a partir da sua regulamentação pelo Decreto nº 11.129, de 2022, e outros regulamentos estaduais e municipais, a exemplo da Lei Estadual nº 15.228, de 2018, do Estado do Rio Grande do Sul, os efeitos jurídicos de tal exigência e sua constitucionalidade como requisito de habilitação ou não, a fim de atenuar os efeitos de atos corruptivos perante a Administração Pública por intermédio de contratos públicos.

Novamente na seara Administrativa, e dialogando com o Direito Constitucional, compete apresentar o a artigo *“Transparência como base para a organização estado na teoria dos sistemas”*, que se dedica a avaliar a possibilidade de transparência e publicidade dos atos estatais com base no referencial da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann.

Adentrando no tema das novas tecnologias no mundo jurídico, e traçando um paralelo também com Direito Civil e tecnológico, destacamos o trabalho *“A ANPD e a fiscalização da governança corporativa de proteção de dados”*, que objetiva discutir a importância da governança corporativa de proteção de dados, destacando a função

preventiva e educativa da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD).

Na mesma esteira, e também apresentando debate que envereda por caminhos do Direito Constitucional, temos o trabalho “*A proteção dos direitos de personalidade pelo poder público: um estudo sobre a responsabilidade do estado no tratamento de dados pessoais*”, que se propõe a apontar o reconhecimento de um direito fundamental autônomo de proteção aos dados pessoais, distinto do direito à privacidade, bem como propor reflexão acerca dos impactos do tratamento de dados pela administração pública, partindo da análise de pontos pertinentes da lei, relacionados à autonomia do órgão fiscalizador, garantindo a observância rigorosa da transparência e finalidade, constatando-se, por fim, que em vista do domínio dos dados, há a intensificação da vigilância estatal, fragilizando instituições democráticas.

No mesmo sentido, apresentamos “*Novas tecnologias e o conceito de ser humano: uma problematização a partir do CRISPR*”, pesquisa que tenciona questionar a ideia de ser humano pressuposta pela sociedade dentro de um contexto no qual esse conceito passa por uma possível necessidade de readequação.

Ademais, atinente ao Direito de Família, frisamos dois trabalhos que estão presentes nessa edição. O primeiro, intitulado “*Da multiparentalidade judicial: análise dos votos e dos efeitos do julgamento do RE 898060*”, tem por objetivo discorrer sobre a temática da multiparentalidade no âmbito judicial, promovendo uma análise do Recurso Extraordinário 898060 do Supremo Tribunal de Federal, que fixou, por meio do TEMA 622 a possibilidade da tese da multiparentalidade, com efeitos patrimoniais e extrapatrimoniais.

O segundo, por sua vez, almeja analisar se a mediação de conflitos pode ser um mecanismo fortalecedor da realização de negócios jurídicos familiares, e é intitulado “*Mediação frente aos negócios jurídicos familiares*”.

Debatendo questões referentes ao Direito Penal e Administrativo, temos o trabalho “*Segurança pública e violência familiar: ensaios políticos frente a pandemia da covid-19 no Rio de Janeiro, São Paulo, Minas Gerais e seus desdobramentos*”, que procura compreender os novos parâmetros políticos pós pandemia adotados em alguns Estados da federação que se destinam a concretizar o direito à segurança pública no seio das relações intrafamiliares.

Por fim, na seara do Direito Previdenciário e do Trabalho, sem desconsiderar elementos do Direito Ambiental, temos o artigo “*Os casos Mariana e Brumadinho: análise crítica dos aspectos trabalhistas e previdenciários dos grandes acidentes de trabalho*”, que analisa as grandes tragédias trabalhistas, sociais e ambientais ocorridas recentemente em Minas Gerais, com os rompimentos das barragens de rejeitos de mineração em Mariana e Brumadinho, buscando contextualizá-las como uma problemática que necessita ser compreendida sob o seguinte itinerário metodológico: contextualizar as tragédias enquanto grandes acidentes de trabalho, promovendo uma análise crítica dos seus aspectos trabalhistas e previdenciários.

Outrossim, nesta edição, a revista conta ainda com duas resenhas, referentes às obras “*Direito penal internacional econômico: fundamentos da responsabilidade penal internacional das empresas*”, de Kai Ambos, e “*Estado Fiscal e Supremo Tribunal Federal*”, de Luciano Felício Fuck.

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

Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti

DA MULTIPARENTALIDADE JUDICIAL: ANÁLISE DOS VOTOS E DOS EFEITOS DO JULGAMENTO DO RE 898060

JUDICIAL MULTIPARENTALITY: ANALYSIS OF VOTES AND EFFECTS OF RE 898060

Daniela Braga Paiano*

Como citar: PAIANO, Daniela Braga. Da multiparentalidade judicial: análise dos votos e dos efeitos do julgamento do RE 898060. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 18, n. 2, p. 10-29, ago.2023. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2023v18n2p.10. ISSN: 1980-511X

Resumo: Este trabalho tem por objetivo discorrer sobre a temática da multiparentalidade no âmbito judicial. Tem como escopo principal a análise do Recurso Extraordinário 898060 do Supremo Tribunal de Federal, que fixou, por meio do TEMA 622, a possibilidade da tese da multiparentalidade, com efeitos patrimoniais e extrapatrimoniais. Abordará, em um primeiro momento o caminho percorrido pelo tema até sua chegada ao STF, trazendo, aqui, os primeiros casos. Na sequência, será analisado os principais pontos da tese e os argumentos do entendimento prevalecente e a análise dos votos vencidos. Ao final, trata dos efeitos do julgamento e sua discussão doutrinária. Utiliza-se do método dedutivo trazendo os aspectos gerais do tema para então adentrar no julgamento em específico com a análise doutrinária.

Palavras-chave: filiação; duplo vínculo de filiação; multiparentalidade; possibilidade jurídica; efeitos.

Abstract: This research aims to discuss the theme judicial multiparenting. Its main scope is the analysis of the Extraordinary Appeal 898060 of the Federal Supreme Court, which established, through the subject 622, the possibility of the thesis of multiparenting, with patrimonial and extra -patrimonial effects. At first, it will analyze the path taken by the theme until its arrival at the Supreme Court, bringing here the first cases. Next, the main points of the thesis and the arguments of the prevailing understanding as an analysis of the expired votes will be analyzed. Finally, it deals with the effects of judgment and its doctrinal discussion. The deductive method is used by bringing the general aspects of the theme and then checks the specific judgment with

*Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professora convidada na Pós Graduação da Universidade Estadual de Londrina - Civil e Processo Civil.
E-mail: danielapaiano@hotmail.com

doctrinal analysis.

Keywords: parenthood; double filiation; multiparenting; judicial possibility; effects.

INTRODUÇÃO

O Direito de Família, sensível às alterações sociais, vem sendo modificado à medida que o comportamento das pessoas vai se adequando às suas novas realidades de vida. Um dos efeitos dessa transformação, reflete-se no reconhecimento da filiação. Parte de um reconhecimento de filhos advindos apenas por vínculos matrimoniais para os filhos que tiveram um reconhecimento fora dessas uniões. Hoje, tem-se a igualdade jurídica de todos os filhos, dissociado do estado civil de seus genitores.

Os padrões até então existentes eram a monoparentalidade (apenas um genitor no registro) e a biparentalidade (dois genitores no registro). Como dito, com as mudanças de comportamento social, a possibilidade jurídica do divórcio, a busca pela realização plena dos componentes de uma entidade familiar, os modelos de família vão se alterando (à exemplo da família homoafetiva). Nessas remodelagens, novas famílias vão se formando e é muito comum que muitas advenham de uma família anterior. Nessas novas famílias, muitos padrastos ou madrastas exercem o papel de pai ou mãe na vida de seus enteados.

Nasce, assim, um novo modelo de reconhecimento de filiação – a de inserção de um novo pai ou mãe ao registro desses filhos, possibilitando três ou mais genitores – multiparentalidade.

Este trabalho pretende discorrer sobre a possibilidade desse reconhecimento através da via judicial, denominando-se, aqui, de multiparentalidade judicial, traçando os três primeiros e principais casos que ensejaram no reconhecimento do novo modelo.

Na sequência, abordará a chegada do caso que gerou repercussão geral no Supremo Tribunal Federal (RE 898060) e permitiu o reconhecimento jurídico desse novo formato de filiação.

Abordará os votos prevaletentes e vencidos com seus principais argumentos para, ao final, trazer a discussão doutrinária e os efeitos do instituto.

1 DA MULTIPARENTALIDADE JUDICIAL

A possibilidade jurídica de uma pessoa ter mais de dois genitores em seu registro é denominada multiparentalidade. Ela é admitida tanto judicialmente como de forma extrajudicial. Objetiva-se, aqui, analisar a multiparentalidade judicial, em especial após o julgamento do Recurso Extraordinário n. 898.060. Para tanto, em um primeiro momento, será mostrado o que é a multiparentalidade, quais os primeiros casos que ocorreram no Brasil, sua evolução temática até a chegada no Supremo Tribunal Federal com o RE n. 898.060, ou seja, os antecedentes da fixação do TEMA 622; posteriormente, será abordado o Recurso Extraordinário no STF, com análise dos votos – prevaletentes e vencidos. Ao final, será feita uma análise das consequências e reflexos da tese.

1.1 OS ANTECEDENTES DA TESE

Preceitua o Código Civil em seu art. 1593 que o parentesco é natural (biológico) ou civil (de outra espécie, como a adoção) – cabe aqui a observação se a afinidade seria uma forma de parentesco ou não; este artigo entende que não, já que não existe, por exemplo, um efeito patrimonial dessa relação.

Seguindo uma ‘tradição’ civilista, o parentesco, para o Código Civil, é visto de forma excludente (já que o artigo acima mencionado informa que ele é natural ou civil, por consequência, não pode ocorrer de forma concomitante, embasado em vínculos distintos) e, por consequência, a filiação também o é: ou a filiação advém de laços biológicos ou da lei. Esta ‘tradição civilista’ é fruto de uma sociedade patriarcal, na qual apenas os filhos advindos de uma relação matrimonializada é que poderiam ser reconhecidos. Os demais não tinham nenhum direito e ficavam marginalizados. Aos poucos, a legislação avança (como por exemplo a lei de investigação de paternidade, lei de alimentos) e começa-se a permitir o reconhecimento de filhos de relações extramatrimoniais. Com o advento da Constituição Federal de 1988, em seu Art. 227, parágrafo 6º., essa desigualdade é rechaçada, dando lugar à igualdade jurídica dos filhos.

Nesse contexto, o matrimônio dava ensejo a uma presunção de que os filhos advindos dessa relação seriam filhos do marido da mãe – “*pater is est quem nuptie demonstrat*”. Ocorre que nem sempre isso é verdade. Por vezes, esse filho pode ser filho biológico de outra pessoa. Desse modo, o pai registral é diferente do pai biológico, de modo que, de tal divergência, apenas um poderia constar no registro na qualidade de pai – ou o registral ou o biológico.

Nascia, então, um conflito entre o pai biológico não registral e o pai socioafetivo registral – ou o contrário. A jurisprudência, por sua vez, ora optava em manter um, ora outro. Quando do surgimento do exame de DNA, a prevalência tendia a ocorrer pelo pai biológico, retirando-se o socioafetivo do registro.

Todavia, com o passar do tempo, com a remodelagem das famílias, em especial pelo papel exercido pelo padrasto ou madrasta, retirar o pai registral, que criou a criança, nutrindo afeto por ela, poderia ferir o melhor interesse desse filho ou filha. Em determinadas decisões, havia a prevalência do pai socioafetivo em detrimento do biológico no registro.

Ocorre que essa escolha de qual pai deveria ser mantido na certidão de nascimento, o biológico ou o socioafetivo, é algo muito difícil, já que suprime um lado da história de vida da pessoa. Mas, até então, “o melhor dos mundos” não existia, que é a possibilidade de se manter os dois genitores no registro.

Foi então que, com a remodelagem das famílias, isso passou a afetar diretamente a convivência com os filhos. Os filhos que até então tinham apenas um pai e uma mãe, passam a conviver com pessoas que ocupam e desempenham papéis de pais nesse novo modelo familiar. Sobre essa evolução que afeta a estrutura da filiação, afirma Gustavo Ferraz. de Campos Monaco (2021, p. 39) que este conceito se modifica em especial pelos “avanços científicos alcançados na área biológica e na evolução das técnicas médicas”, em decorrência da filiação advinda das

técnicas de reprodução assistida.

Com isso, passou-se a perceber que, em determinados casos, em especial de recomposições familiares, havia genitores biológicos e socioafetivos exercendo papéis de pais e mães de modo concomitante. Quando tais casos começaram a chegar até o Poder Judiciário, a prevalência e escolha de antes não mais caberia para essas novas situações. Dessa busca nasce a possibilidade jurídica da multiparentalidade, dando lugar a um parentesco e filiação inclusivos e não excludentes, admitindo-se pais biológicos e socioafetivos ao mesmo tempo. Permite-se, desta forma, que o parentesco deixe de ser excludente, podendo, a depender do caso concreto, coexistir (PAIANO, 2016, p. 24).

A multiparentalidade vem aperfeiçoar a compreensão do parentesco e filiação, permitindo que o parentesco seja natural e civil, cabendo, inclusive, uma proposta legislativa de inclusão de um parágrafo primeiro no art. 1593, de forma a constar que “§ 1º O parentesco poderá ser natural e civil quando resultar de multiparentalidade.” (PAIANO, 2016, p. 219).

O modelo até então existente, de se ter apenas um genitor no registro (monoparentalidade) ou dois (biparentalidade), modifica-se e é ampliado, para poder permitir que o filho tenha três ou até quatro genitores, em situações de multiparentalidade.

Como dito, a multiparentalidade é a possibilidade jurídica de se ter mais de dois genitores no registro, com vínculos biológico e socioafetivo (ou um duplo vínculo socioafetivo). Pode ser dividida em multimaternidade ou multipaternidade (PAIANO, 2016, p. 186-198). Casos de multimaternidade podem ocorrer em situações com duas mães (biológica e socioafetiva) e um pai (cita-se como exemplo casos de recomposições familiares, seja por viuvez, separações ou também situações de inseminações artificiais, caseiras ou não, em que o doador do material genético não seja anônimo) ou até mesmo três mães (casos de adoção por casal homoafetivo feminino com manutenção da mãe biológica em razão de grupos de irmãos). Os casos de multipaternidade, em que se tem dois pais e uma mãe, ocorrem também pelas recomposições familiares (novas uniões) ou em situações de traição (o marido/companheiro registra o filho e depois descobre que não é pai biológico).

Em 2016, a doutrina já apontava outras situações que poderiam gerar multiparentalidade: adoção, inseminação heteróloga por casais homoafetivos mantendo-se o doador como não anônimo, adoção à brasileira em que posteriormente o filho busca a inserção do genitor biológico, posse de estado de filhos dos filhos de criação (PAIANO, 2016, p. 177). Essas são circunstâncias exemplificativas das quais a multiparentalidade pode advir.

As ações em que se discutem os vínculos de filiação são muitas (em especial as de investigação de paternidade). Foi no ano de 2012 que essas situações das quais decorrem a multiparentalidade começaram a ter seu reconhecimento por meio de decisões judiciais. Não existe nenhum impedimento legal para tal reconhecimento, e o fenômeno “vem reconhecer juridicamente situações que já existem de forma fática.” (PAIANO, 2016, p. 176). Com isso, foi “possível vislumbrar-se a coexistência de parentalidades, flexibilizando a certeza de que apenas uma é exclusiva e certa.” (PAIANO, 2016, p. 172).

Três foram as ações ocorridas no ano de 2012 que desencadearam o reconhecimento da multiparentalidade no Brasil. A primeira delas ocorreu em Ariquemes (Rondônia), foi uma situação de investigação de paternidade cumulada com anulação de registro civil em face do pai biológico e do pai registral. No caso, percebeu-se que a filha tinha como pai tanto o biológico como o socioafetivo, motivo pelo qual a multiparentalidade foi a melhor solução (RONDÔNIA, 2012).

No mesmo ano, na cidade de Itu, também ocorreu uma situação de multiparentalidade: a mãe da criança faleceu no parto, o pai casou-se novamente e a criança foi criada pela madrasta, que exercia o papel de mãe. Com isso, a possibilidade do reconhecimento (PAIANO, 2016, p. 188).

Também no ano de 2012, em Cascavel, no Paraná, em uma ação de adoção unilateral, prevaleceu a não destituição do poder familiar do pai biológico, mantendo-o ao lado do padrasto, reconhecido como pai socioafetivo (PARANÁ, 2013).

Em pesquisa realizada em 2016, apurou-se que, à época, 12 Estados do Brasil já tinham decisões de multiparentalidade em seus Tribunais, contando com 18 ações (PAIANO, 2016, p. 192). Hoje, conforme se mostrará adiante, as demandas de multiparentalidade são muitas e seu reconhecimento é algo mais aceito, em especial após o julgamento com repercussão geral da temática pelo Supremo Tribunal Federal, favorável ao reconhecimento.

Esclarece a doutrina que “a multiparentalidade é um fenômeno jurisprudencial e doutrinário, advindo de uma interpretação conforme, integrativa e expansiva, que permite o reconhecimento de mais de um pai ou mãe a uma mesma pessoa, de modo que conste em seu registro de nascimento as consequências desse reconhecimento” (PAIANO, 2016, p. 174 – 175) - as de ordem patrimonial e extrapatrimonial.

Com esse enfrentamento, os casos passaram a surgir em primeiro grau de jurisdição, chegaram aos Tribunais Estaduais, ao Superior Tribunal de Justiça e, finalmente, ao Supremo Tribunal Federal.

Como já dito, em decisões de primeiro grau de jurisdição não havia abertura para a possibilidade de sair dos modelos padrões de monoparentalidade ou biparentalidade. Apenas com o amadurecimento do tema, a partir dessas decisões acima mencionadas, de 2012, que teve início, de forma ainda tímida, a multiparentalidade.

A título de exemplo, em uma busca livre em consulta ao site do Tribunal de Justiça de São Paulo com o termo ‘multiparentalidade’ o primeiro julgado é de 8 de maio de 2017 (SÃO PAULO, 2017). No ano de 2018, os casos encontrados foram três. Em 2019 (busca em 4 de abril de 2022), 28 demandas estão relacionadas ao tema. Verifica-se, com essa pequena amostragem, que os antecedentes da tese praticamente não mencionavam a multiparentalidade.

No STJ, dois são os casos contrários à multiparentalidade. O primeiro foi julgado antes da fixação da tese pelo STF. Neste julgado, o STJ manteve apenas a filiação biológica (BRASIL, 2015).¹ Possivelmente, se o julgamento tivesse ocorrido após 2016, a multiparentalidade poderia ter sido admitida.

¹ O caso retrata uma filha que pretendia anular o registro civil para excluir o pai socioafetivo e incluir o biológico. Porém, como não teve a manifestação do pai socioafetivo, o STJ entendeu pela sua exclusão e inclusão do biológico, não possibilitando a multiparentalidade.

O segundo caso também não foi favorável e manteve o pai socioafetivo. No Recurso Especial 1674849/RS (BRASIL, 2018), o STJ refutou a possibilidade de se estabelecer a multiparentalidade tão somente pelo desejo da mãe, resguardando direito futuro da criança em investigar a paternidade e incluir o pai biológico.²

Quando do julgamento do segundo caso no STJ, o STF já havia se posicionado favoravelmente à fixação da tese, mas o STJ não observou o preceito do TEMA 622. Isto porque, ao mencionar que o pai biológico não tinha o desejo de figurar como pai e com isso não se deveria inseri-lo como tal, é como se a corte estivesse prestigiando uma conduta irresponsável de pais que não assumem seu papel. De tal sorte, ao permitir que apenas com a maioria o filho ingresse novamente com outra ação para inserir seu pai biológico no registro, afastam-se pai e filha por 18 anos ou mais. Quando o STF admitiu a inserção do pai biológico no registro do filho, com a admissão da duplicidade de vínculos, não foi estabelecida a inserção de vínculos biológicos desde que o afeto fosse demonstrado. Não houve ali nenhuma condição para tal ato. Discorda-se da decisão desse julgamento porque impediu a filha de ter reconhecida, desde o início da demanda, a inserção da filiação biológica.

Em termos gerais, Claudio Luiz Bueno de Godoy (2018, p. 618), analisando julgados do STJ, traz à baila a situação dos “filhos privados da ciência e contato com quem os gerou, por isso defendendo-se lhes deva depois ser assegurado não só o conhecimento dessa origem genética, mas, ainda, os efeitos patrimoniais que daí se extraem, próprios da filiação.” Essa reflexão trazida por Godoy encaixa-se no julgado acima, em que melhor sorte teria o filho se pudesse ter o reconhecimento do pai biológico e eventual convívio com este.

Por isso, acredita-se, aqui, que essa decisão, contrária ao estabelecido pelo STF, tenha sido assim por falta de um amadurecimento do significado da multiparentalidade na comunidade jurídica. Todos os demais casos (cinco), reconheceram os vínculos plurais de filiação. Percebe-se, assim, que, à medida que o assunto foi se sedimentando no âmbito jurídico, as decisões seguiram a determinação fixada no TEMA 622.

O caso que levou o Supremo ao julgamento da temática teve origem em Santa Catarina e, em resumo, era uma situação de filha com pai registral socioafetivo que pretendia sua substituição pelo biológico, com pedido de alimentos. (SANTA CATARINA, 2011).³

² Questionava-se a filiação de um filho havido de uma relação extraconjugal, se deveria ser mantida a filiação registral (socioafetiva) ou a biológica. Ação de investigação de paternidade cumulada com retificação de registro de nascimento.

³ APELAÇÃO CÍVEL COM PEDIDO DE ANÁLISE PRELIMINAR DE AGRAVO RETIDO E AGRAVO DE INSTRUMENTO, AMBOS EM AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C. ANULAÇÃO/RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL E ALIMENTOS. (1) - DO AGRAVO RETIDO - INTENÇÃO DO REQUERIDO EM VER DECLARADA A IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO DE INVESTIGAÇÃO FORMULADO PELA PARTE AUTORA, JUSTIFICANDO A EXISTÊNCIA DE FILIAÇÃO ANOTADA NO REGISTRO CIVIL - DIREITO PERSONALÍSSIMO, INDISPONÍVEL E IMPRESCRITÍVEL À OBTENÇÃO DA VERDADE QUANTO À ORIGEM GENÉTICA, O QUAL ENCONTRA AMPARO, IGUALMENTE, NO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO EVIDENCIADOS - INSURGÊNCIA A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (2) - DA APELAÇÃO - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL DOS PEDIDOS, QUE DECLAROU O ESTADO DE FILIAÇÃO, DETERMINANDO A RETIFICAÇÃO DO REGISTRO DE NASCIMENTO, CONDENANDO O RÉU AO PAGAMENTO DE ALIMENTOS ATÉ A CONCLUSÃO DO CURSO SUPERIOR PELA REQUERENTE - RECURSO QUE APONTA A INSUFICIÊNCIA DE ELEMENTOS SEGUROS, COM FORÇA PARA DEMONSTRAR O VÍNCULO SANGÜÍNEO - FATO SUFICIENTEMENTE COMPROVADO ATRAVÉS DA REALIZAÇÃO DE PROVA PERICIAL (EXAME DE DNA), QUE FOI, INCLUSIVE, REPETIDA,

Enfim, como inúmeros eram os casos semelhantes em julgamento, havia um clamor social para uma definição sobre o assunto, em especial dos Institutos de Direito de Família (IBDFAM e ADFAS – fosse pela sua permissão ou proibição). Assim, diante dos princípios constitucionais familiares previstos no art. 226 e seguintes da Constituição Federal, como o da paternidade responsável, bem como o princípio da dignidade da pessoa humana, a esse caso foi dada repercussão geral, gerando o TEMA 622, autuando-o como Recurso Extraordinário 898.060.

Na sequência, analisar-se-á criticamente o julgamento pelo STF com relação ao tema, observando os principais fundamentos dos votos, bem como seus aspectos doutrinários.

2 A FIXAÇÃO DA TESE (STF, RE 898060)⁴

Já esclarecidas as espécies de filiação e o contexto do surgimento da multiparentalidade no Brasil, reitera-se, aqui, que a multiparentalidade é a possibilidade de se manter tanto a filiação

PARA MELHOR APURAÇÃO DA VERDADE REAL, ALÉM DOS DEPOIMENTOS COLHIDOS EM AUDIÊNCIA E OUTROS DOCUMENTOS, TUDO REVELANDO QUE O DEMANDADO É, DE FATO, PAI BIOLÓGICO DA POSTULANTE - FORTE VÍNCULO DE AFETIVIDADE ENTRE ESTA E O PAI REGISTRAL, CONTUDO, A CARACTERIZAR SITUAÇÃO DE PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA, HAVENDO, ATÉ MESMO, MANIFESTAÇÃO EXPRESSA POR PARTE DESSES DOIS INDIVÍDUOS, NO SENTIDO DE QUE CONTINUARÃO A SE RECONHECER COMO PAI E FILHA INDEPENDENTEMENTE DO RESULTADO DO PROCESSO JUDICIAL - ESTADO DE FILIAÇÃO PREEXISTENTE QUE IMPEDE O RECONHECIMENTO DAQUELE RECLAMADO EM RELAÇÃO AO REQUERIDO/APELANTE - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO, NESTE PONTO, QUE ORIENTA PARA A MESMA SOLUÇÃO QUANTO À ALTERAÇÃO DO REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO E CONDENAÇÃO DO RECORRENTE AO PAGAMENTO DE ALIMENTOS EM FAVOR DA AUTORA - PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO, COM A MANUTENÇÃO DA SENTENÇA APENAS NO QUE TANGE À DECLARAÇÃO DA ORIGEM BIOLÓGICA DA POSTULANTE. Se os elementos de convicção constantes dos autos não evidenciam o suposto vício de consentimento por erro quanto ao reconhecimento da paternidade, estando demonstrado, ademais, que tal ato se fez seguir e acompanhar de afetividade verdadeira, mantida a posse do estado de filho desde o nascimento da registrada, e que, passadas quase 3 (três) décadas, todos os indicativos existentes apontam para a irreversibilidade dessa situação, deve prevalecer a paternidade sócio-afetiva, baseada na convivência duradoura, no cultivo do afeto e na plena assistência, elementos que melhor identificam uma relação parental entre pais e filhos do que o mero vínculo genético. O estado de filiação, em hipóteses tais, já se estabeleceu previamente em relação ao pai afetivo e, portanto, não deverá ser reconhecido em sede de ação investigatória proposta pelo filho contra o suposto pai biológico. Na espécie, ainda, a flagrante rejeição e desinteresse do requerido em se relacionar com a autora mostra que o atendimento da pretensão por ela deduzida, neste particular, apenas poderia lhe conferir benefícios de ordem material, visto que, a prestação de amor, carinho e afeto, esta não se pode impor àquele que, pela vontade própria, a recusa. (3) - DO AGRAVO DE INSTRUMENTO - DECISÃO QUE RECEBEU A APELAÇÃO APENAS NO EFEITO DEVOLUTIVO - INSURGÊNCIA INTERPOSTA A DESTEMPO - RECLAMO PREJUDICADO, ADEMAIS, PELO JULGAMENTO SIMULTÂNEO DO APELO, CUJOS EFEITOS DO RECEBIMENTO O AGRAVANTE/APELANTE VISAVA DISCUTIR - AUSÊNCIA SUPERVENIENTE DE INTERESSE PROCESSUAL - EXTINÇÃO DO PROCEDIMENTO RECURSAL QUE SE IMPÕE POR FORÇA DO ART. 557, CAPUT, DO CPC.

4 Ementa do RE 890.060/SC: EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL. CONFLITO ENTRE PATERNIDADES SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. PARADIGMA DO CASAMENTO. SUPERAÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. EIXO CENTRAL DO DIREITO DE FAMÍLIA: DESLOCAMENTO PARA O PLANO CONSTITUCIONAL. SOBREPRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA (ART. 1º, III, DA CRFB). SUPERAÇÃO DE ÓBICES LEGAIS AO PLENO DESENVOLVIMENTO DAS FAMÍLIAS. DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO. INDIVÍDUO COMO CENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO - POLÍTICO. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DAS REALIDADES FAMILIARES A MODELOS PRÉ-CONCEBIDOS. ATIPICIDADE CONSTITUCIONAL DO CONCEITO DE ENTIDADES FAMILIARES. UNIÃO ESTÁVEL (ART. 226, § 3º, CRFB) E FAMÍLIA MONOPARENTAL (ART. 226, § 4º, CRFB). VEDAÇÃO À DISCRIMINAÇÃO E HIERARQUIZAÇÃO ENTRE ESPÉCIES DE FILIAÇÃO (ART. 227, § 6º, CRFB). PARENTALIDADE PRESUNTIVA, BIOLÓGICA OU AFETIVA. NECESSIDADE DE TUTELA JURÍDICA AMPLA. MULTIPLICIDADE DE VÍNCULOS PARENTAIS. RECONHECIMENTO CONCOMITANTE. POSSIBILIDADE. PLURIPARENTALIDADE. PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL (ART. 226, § 7º, CRFB). RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO A CASOS SEMELHANTES.

biológica como socioafetiva no registro, sem exclusão ou ‘escolha’ de alguma delas. Essas demandas, estampando as novas e atuais relações familiares, começaram a ter procedência para inclusão de ambos os genitores no ano de 2012. Deu-se início, pela via jurisprudencial, à possibilidade jurídica da multiparentalidade, mudando, assim, os padrões até então estabelecidos (monoparentalidade ou biparentalidade).

Cabe ressaltar que a multiparentalidade é estabelecida pela análise do caso concreto, em que se tem um genitor biológico e outro, ao mesmo tempo, socioafetivo (ou ambos socioafetivos). Enquanto o vínculo socioafetivo demonstra-se pelo elo afetivo entre pai/mãe e filho (que precisa ser construído ao longo do tempo), o vínculo biológico comprova-se com o exame de DNA.

No início, o tema sofreu resistência por parte da doutrina, gerando, inclusive, certa confusão, questionando se não seria o caso de apenas se conhecer a origem genética (art. 48 do ECA) como um direito da personalidade, sem inserir a paternidade/maternidade com suas consequências jurídicas patrimoniais e extrapatrimoniais, ou se seria mesmo a situação de ser mantida a filiação com múltiplos vínculos parentais.

Foi então que o tema chegou ao Supremo Tribunal Federal, por meio do caso julgado em Santa Catarina, autuando-se o procedimento como Recurso Extraordinário n. 898.060. Entendeu-se pela afronta ao dispositivo constitucional – art. 226 e 227 da C.F. (princípio da paternidade responsável, igualdade jurídica dos filhos e pela violação do princípio da dignidade da pessoa humana). Existe, no Brasil, um número muito grande de ações que discutem a paternidade. Por isso, havia uma necessidade de analisar esse recurso com um olhar para esses novos núcleos familiares, remodelados, para que se tivesse uma tutela jurídica ampla, com o reconhecimento ou não de ambas as espécies.

Dito isso, passa-se, então, a analisar o entendimento prevalecente e os votos vencidos em seus principais aspectos, apontando em que medida tal decisão foi acertada ou não, quais os avanços dela decorrentes, para, finalmente, aferir a resistência doutrinária sobre o tema.

Os votos dos ministros não estão disponíveis no site do Supremo Tribunal Federal e as considerações que serão mencionadas foram extraídas do inteiro teor do Recurso Extraordinário, disponível no site do STF, bem como do vídeo da votação disponível no site YouTube (PLENO..., 2016).

2.1 DO ENTENDIMENTO PREVALECENTE

Do julgamento do RE 898060, a tese fixada foi: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios” (BRASIL, 2016).

A tese é inovadora porque ela rompe com o modelo tradicional de filiação e desvincula-se das amarras do passado, que foram calcadas em uma sociedade patriarcal excludente.

Decorre da tese que o reconhecimento da filiação biológica não é tão somente o conhecimento da origem genética, mas é também o estabelecimento do vínculo de filiação com esse

genitor. Não cabe, a partir de então, escolher, à critério do julgador ou das partes, se o pai biológico deve substituir, excluindo o registral ou se o pai biológico não deve ser inserido já que se tem um pai registral. Com o TEMA 622, abriu-se o caminho para que as inúmeras decisões de primeiro e segundo grau de jurisdição, como também do STJ, sigam o padrão estabelecido, permitindo-se a inclusão do genitor que não consta no registro. Por consequência do reconhecimento, garantindo a igualdade jurídica dos filhos e a não hierarquização entre as espécies de filiação, os efeitos jurídicos são inatos: uma vez reconhecido como pai, surge para ele deveres dessa qualidade, de ordem patrimonial e extrapatrimonial.

Cabe aqui destacar quais premissas serviram de base para a fixação da tese: igualdade jurídica dos filhos, reformulações e expansão nos modelos familiares estipulados pelo legislador, pleno desenvolvimento das famílias em suas relações afetivas interpessoais, direito à busca pela felicidade (implícito no art. 1º., III, da Constituição Federal), necessidade de ampliação da tutela normativa a todas as formas de parentalidade com o acolhimento dos vínculos de filiação – afetivos e biológicos, sem necessidade de se decidir por um ou por outro, melhor interesse do descendente, possibilidade da pluriparentalidade no Direito Estrangeiro e a premissa de que os arranjos familiares que não foram regulados pelo legislador não podem ficar desprotegidos por essa omissão legislativa, merecendo tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito (BRASIL, 2016).

O relator, Ministro Luiz Fux, entendeu pela possibilidade das duas espécies de paternidade, nos termos da fixação da tese (BRASIL, 2016). Acompanharam o voto do relator o Ministro Ricardo Lewandowski, o Ministro Gilmar Mendes, o Ministro Dias Toffoli, a Ministra Rosa Weber, a Ministra Carmen Lúcia e o Ministro Celso de Mello.

A tese da multiparentalidade não havia sido pedida pelas partes no processo, não era objeto da demanda. Na verdade, o pai biológico não queria figurar como tal – pretendia que o pai socioafetivo permanecesse no registro. A filha, por sua vez, queria a substituição da filiação socioafetiva pela biológica e não a dupla paternidade. Todavia, conforme se pode aferir do acórdão da decisão já aqui colacionado, pai (socioafetivo) e filha “continuarão a se manter como pai e filha independentemente do resultado do processo judicial.” (SANTA CATARINA, 2011).

Mesmo não tendo sido postulada a dupla paternidade, em seu voto, o Relator, Ministro Luiz Fux, entendeu pelo seu cabimento. Neste sentido, afirma Fabíola Albuquerque Lobo (2021, p. 80) “Foi dessa maneira que a multiparentalidade ingressou no sistema jurídico brasileiro, de modo surpreendente e inesperado, não só pelas incipientes doutrina e jurisprudência brasileiras, mas também por não ter sido objeto do pedido e dos recursos nesse caso paradigma.”

Sobre os votos favoráveis, destacam-se os seguintes pontos: a paternidade responsável⁵ e o dever de cuidado,⁶ o contexto das famílias atuais, a possibilidade da dupla paternidade,⁷ a

5 Para o Ministro Gilmar Mendes o pedido do pai biológico em reconhecer-se como tal, mas negar os efeitos jurídicos é uma ‘dose de cinismo manifesta’, estimulando o que é recorrente: pais não quererem assumir suas responsabilidades. [...] A concordância prática da multiparentalidade leva a uma maior proteção do filho, e assim o ministro destacou a importância do estudo feito em 1978 pelo Professor João Baptista Villela sobre a desbiologização da paternidade.

6 Carmen Lúcia explicou que o que se busca, além da felicidade, é o afeto em todas as relações, levando o Direito a trabalhar com categorias como a paternidade responsável.

7 Ressaltou que o Ministro Relator trouxe o direito comparado e que isso já havia sido decidido nos Estados Unidos

importância do afeto e o direito à felicidade, o que valorizou esse novo paradigma de núcleo formador do conceito de família.

Os argumentos trazidos pelos Ministros tiveram por base princípios constitucionais explícitos e implícitos, deveres legais decorrentes da paternidade e as características das famílias atuais que buscam a realização dos membros que a constituem.

Da síntese dos votos aqui trazidos, os Ministros foram favoráveis à tese do reconhecimento da multiparentalidade evocando o princípio constitucional da paternidade responsável, não podendo o pai biológico fazer a escolha de querer ou não ser pai. Na verdade, as pessoas têm esse direito de ser ou não pais antes da concepção do filho. Mas, uma vez nascido, aí não se tem escolha, está-se diante de uma consequência jurídica desse nascimento – que é o dever de cuidado, assistência material e moral. No mais, quando se referem ao direito da felicidade, trazem à baila a discussão do contexto das famílias atuais, inclusiva e plural, que almejam sua realização plena.

Sobre a igualdade jurídica dos filhos, ela está prevista no art. 227, p. 6º. da Constituição Federal, reproduzido no art. 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como no art. 1596 do Código Civil. A categorização de filhos, a distinção de direitos e o não reconhecimento jurídico estão vedados legalmente em nosso ordenamento há tempos, sendo tal princípio reiterado em diversos dispositivos legais. Analisando o art. 227, parágrafo 6º. da Constituição, Gustavo Ferraz. de Campos Monaco (2021, p. 43) afirma que o dispositivo “põe fim à longa história de discriminações encontrada na legislação brasileira. Não se pode, neste momento da legislação pátria, permitir, ainda, discriminações e tratamento diferenciados que costumavam acontecer em outras épocas.

Como já mencionado, serviu também de base para a decisão prevalente o princípio da paternidade responsável – art. 226, parágrafo 7º. da Constituição Federal, também previsto no Código Civil como consequência da proteção dos filhos (art. 1583 e seguintes) e do poder familiar (art. 1630 e seguintes). Ter filhos é um ato de escolha dos genitores (salvo exceções como casos de violência sexual), inclusive o planejamento familiar é algo que cabe ao casal, de forma livre. Mas, uma vez que esses filhos são colocados no mundo, eles devem ter o reconhecimento (espontâneo ou não) dos pais, e isso já não é um ato de escolha, e sim uma obrigação que, se descumprida, possui consequências jurídicas. Por isso, defende-se aqui, da análise do caso levado ao STF, que a inserção do pai biológico no registro da filha, não é uma faculdade, mas um dever, já que biologicamente o vínculo entre eles estava comprovado pelo exame de DNA. E como tal, decorre da paternidade responsável o dever de cuidado para com os filhos.

O que foi levado ao Supremo Tribunal Federal é se a corte continuaria a manter o embate entre a filiação biológica e a socioafetiva, tendo uma delas como preferencial ou se avançaria na temática, permitindo o reflexo dessa concomitância para tantos outros casos que chegariam ao poder judiciário e trariam a mesma situação.

desde 1989, na Louisiana. Desde 2005, o Estado da Louisiana foi o primeiro Estado da Federação americana a reconhecer a dupla paternidade. Para ele, a dupla paternidade garante a concretude do que está expresso nesse dispositivo constitucional e encontra respaldo no art. 229 da Constituição Federal, ao mencionar o dever dos pais com relação aos filhos, a paternidade responsável. Não faz a Constituição nenhuma distinção entre pai afetivo ou biológico, mas menciona apenas ‘pai’.

Pretende-se demonstrar que a família (e por consequência a paternidade/maternidade) precisa ser analisada não apenas sob o viés legalista, apenas por critérios biológicos, a família e a filiação são mais que isso. Existe esse viés sociológico permeando as relações familiares e, na dinamicidade dessas relações, o Direito estaria cometendo injustiças caso tivesse que escolher uma das formas de parentalidade, razão pela qual o tema necessita de avanço, mesmo não tendo sido o pedido específico das partes no caso em análise. Por isso a defesa aqui da tese vencedora ter sido acertada e merecer elogios diante de seu progresso, já que, no que concerne à filiação, permitiu avançar, pela via jurisprudencial, pelo reconhecimento do que de fato já existia.

Anderson Schreiber (2021, p. 2126-2127), ao comentar a decisão do STF, afirma que essa foi “corajosa e ousada, na medida em que exprimiu clara ruptura com o dogma antiquíssimo segundo o qual cada pessoa tem apenas um pai e uma mãe.” Entende que o Supremo, ao adotar um modelo oposto ao da dualidade parental, calcado na “verdade” biológica, foi claro e objetivo em seu posicionamento (SCHREIBER, 2021, p. 2127). Segundo o autor, em um campo tão delicado como o da família, cercado de “pré-conceitos” de origem religiosa, social e moral (por vezes, moralista), o STF adotou um posicionamento claro e objetivo, em sentido diametralmente oposto ao modelo da dualidade parental, consolidado na tradição civilista e construído à luz da chamada “verdade biológica” (LUSTOSA; SCHREIBER, 2016, p. 849).

Deste modo, diante das novas realidades familiares, não se trata de escolhas, mas sim de possibilidades de trazer, para o registro do filho, sua realidade de vida, sem suprimir parte de sua história, mas acrescentando um novo capítulo a ela. Por isso a defesa da multiparentalidade como instrumento garantidor do direito de múltiplos vínculos parentais.

O STF deixou de lado uma análise superficial do problema e enfrentou a questão, trazendo uma abertura para o conflito de embates entre as espécies de filiação, de não mais uma prevalecer sobre a outra, mas, sim pela sua coexistência. Porém, tudo o que muda radicalmente os padrões existentes por vezes incomoda, acarretando, como consequência, duras críticas da doutrina, conforme se verá adiante.

Sobre a análise da tese prevalecente, defende-se que, com sua fixação, permitiu-se evoluir no campo das filiações. Seu acerto não foi o de analisar o pedido posto pelas partes, mas de abrir os olhos da Justiça para as realidades familiares atuais, trazendo consequências jurídicas ao reconhecimento da multiparentalidade. Tanto é verdade que, em decorrência da sua possibilidade jurídica, mostrando o avanço da tese, provimentos foram editados pelo CNJ a fim de se permitir, inclusive, o reconhecimento espontâneo, em cartório, da multiparentalidade. Tudo isso só foi possível porque o STF, como dito, enxergou as atuais modelagens familiares, reconhecendo a concomitância das formas de parentalidade.

2.1 DOS VOTOS VENCIDOS

Foram vencidas em parte as teses do Ministro Luiz Edson Fachin (acompanhado pelo Ministro Teori Zavascki) e a do Ministro Marco Aurélio (STF. RE 898060/SC) A tese defendida

pelo Ministro Fachin (STF. RE 898060/SC) pretendia a prevalência da paternidade socioafetiva. Já a do Ministro Marco Aurélio suscitou a prevalência do liame biológico (STF. RE 898060/SC).

Primeiramente será feita a análise do voto vencido do Ministro Marco Aurélio. Afirmou que houve um erro substancial no registro da pessoa natural e que, por uma ficção jurídica, o pai afetivo passaria a ser pai biológico (PLENO..., 2016). Postulou pela prevalência do vínculo biológico.

Percebe-se, da exposição do voto do Ministro, que, para ele, pai é o pai biológico. Em sua fala final afirma “por uma ficção jurídica, pai afetivo passa a ser pai biológico”, está na contramão de toda evolução vivida no Direito de Família. A família, na atualidade, também está calcada em laços afetivos, construídos em seu cotidiano. Afirmar que pai afetivo passa a ser pai biológico é ir contra o próprio dispositivo legal que reconhece que o parentesco é natural ou civil. Muito se avançou e se construiu para que as amarras do passado, em que se reconheciam filhos apenas advindos de uma relação matrimonial, fossem rompidas. A igualdade jurídica dos filhos, prevista no texto constitucional, requer essa concepção de pluralidade. E é por essa pluralidade que, na atualidade, não se pode mencionar que “pai socioafetivo passa a ser pai biológico”. São figuras distintas, mas que podem exercer o mesmo papel, a mesma função, a de pai. Mas, mesmo com suas origens distintas, tanto um quanto outro podem ser considerados pais. Por isso, hoje, dentro dessa concepção pluralista de família, ambas as origens de paternidade podem ser reconhecidas e admitidas, sem exclusão, como outrora acontecia, em que prevalecia a filiação biológica ou socioafetiva, mas sim de modo concomitante, de acordo com a realidade vivida por determinadas famílias. Não se pode mais admitir o pensamento de que filiação está apenas relacionada aos laços biológicos. Por isso, então, a não prevalência do voto do Ministro Marco Aurélio, de forma acertada.

A segunda tese vencida foi a do Ministro Luiz Edson Fachin (acompanhado por Teori Zavascki). Pretendia estabelecer a prevalência da paternidade socioafetiva. Para Fachin, não era o caso de um conflito de paternidades, mas sim o direito de revelar a ascendência genética (sem o estabelecimento da filiação biológica) (PLENO..., 2016).

Chama-se aqui a atenção para dois pontos levantados pelo Ministro: a prevalência da paternidade socioafetiva e a revelação do ascendente genético, de modo que o parentesco biológico pode ser estabelecido desde que inexistam uma relação que a ele se sobreponha, podendo, apenas ser estabelecida a multiparentalidade quando o pai biológico quer ser o pai e o pai socioafetivo não quer deixar de sê-lo.

Fazendo a análise desses pontos aqui levantados, percebe-se que o que a autora da demanda pretendia não era o conhecimento da origem genética. Foi além. A pretensão era o reconhecimento e inserção da paternidade biológica em seu registro, em substituição ao pai registral socioafetivo, em especial porque ela precisava de ajuda financeira para seguir com seus estudos. Mesmo porque, com o exame de DNA, ela já sabia que o réu era seu pai biológico.

Não era o caso de fazer um paralelo com o direito de se conhecer a ancestralidade previsto no art. 48 do ECA. O direito de saber a ascendência genética permite que o filho tenha revelada

sua ancestralidade sem criar vínculos de parentesco. Esse direito realmente foi estabelecido para casos específicos de adoção que rompem os laços biológicos e não permite uma reconstrução de parentesco com a família biológica. Para essas situações, então, o filho pode vindicar sua origem genética. Todavia, no caso em tela, não era esse o objetivo da autora, ela queria sim ter sua paternidade biológica descoberta para criação do vínculo de parentesco.

Enquanto o estado de filiação traz a qualidade de pai ao filho, o direito à ancestralidade, ou conhecimento da origem genética, permite que o filho tome conhecimento de quem é seu genitor, porém, sem impor efeitos jurídicos, ao pai biológico. Como dito, previsto no art. 48 do ECA, ele existe para que não se restabeleçam vínculos de parentesco com os pais biológicos. Inserir estado de filiação é trazer um pai para quem o vindica e, obviamente, suas consequências jurídicas.

Refuta-se aqui que o parentesco biológico possa ser estabelecido desde que inexistam uma relação que a ele se sobreponha. Não é caso de sobreposições de vínculos parentais. Conforme dito anteriormente, diante da realidade plural de determinadas famílias, esses vínculos não são mais de sobreposições ou exclusões. São casos sim de reconhecimentos concomitantes. Primeiro porque desfazer o vínculo socioafetivo seria como apagar uma parte da história vivida por pai e filha, o que seria desleal tanto com um quanto com outra. Por outro lado, a filha buscava o estabelecimento da paternidade biológica por necessidade financeira, para poder custear seus estudos, e não permitir isso seria também negar dois direitos: o da paternidade e o dos alimentos.

Por isso, afasta-se o argumento levantado pela tese vencida de que a multiparentalidade só possa ser estabelecida quando o pai biológico quer ser o pai e o pai socioafetivo não quer deixar de sê-lo. Isso porque a grande realidade do Brasil, no que se refere às ações de investigação de paternidade, é que os pais biológicos não reconhecem espontaneamente seus filhos, necessitando das ações de investigação. Se a multiparentalidade fosse reconhecida apenas quando o pai biológico assim o desejasse, estar-se-ia prestigiando uma conduta de irresponsabilidade, ferindo o princípio da paternidade responsável. Durante período em que o pai biológico deixa de reconhecer seu filho, ele se exime de suas condutas de pai, sejam elas patrimoniais ou extrapatrimoniais, o que é muito cômodo.

De acordo com o Ministro Fachin, fica a critério do pai esse estabelecimento ou não, por conta da existência de um vínculo socioafetivo já firmado. Cabe aqui lembrar uma observação feita por José Luiz Gavião de Almeida, sobre desigualdades fáticas e os filhos ainda não reconhecidos, com relação aos seus efeitos jurídicos. Afirma Gavião que, em casos de desigualdade fática, seria impossível sua extinção, uma vez que, por exemplo, filhos não vindos de casamento não podem ter o reconhecimento automaticamente estabelecido, necessitando de perfilhação voluntária ou judicial (PAIANO, 2016). Os efeitos jurídicos da paternidade só têm início com o reconhecimento estampado em registro.

Assim, a tese por ele proposta “diante da existência de vínculo socioafetivo com um pai e vínculo apenas biológico com outro genitor, ambos devidamente comprovados, somente o vínculo socioafetivo se impõe juridicamente, gerando vínculo parental e os direitos dele decorrente, assegurado o direito personalíssimo à revelação da ascendência genética” (PLENO..., 2016), foi

vencida, sendo acompanhada apenas pelo Ministro Teori Zavascki.

Para os adeptos dessa teoria, explica Michele Camacho (2020, p. 142) que “o ascendente genético não pode ser considerado como pai, já que não exerceu a paternidade em sua plenitude, com todo ofício que lhe é inerente.” Se assim o fosse, não se teria mais pai, mas muitos ‘ascendentes genéticos’ se eximindo de suas responsabilidades.

Admitir tal tese seria, novamente, retroceder às formas de exclusão de filiação. Já que não existe hierarquia entre as espécies de filiação, também não pode haver hierarquia entre as espécies de paternidade. O vínculo socioafetivo não é mais ou menos importante que o biológico. Sua imposição jurídica em detrimento do biológico é negar parte da história de vida da autora e deixá-la no esquecimento. Por isso, entende-se que a melhor decisão nesses casos de dupla paternidade seja o reconhecimento de ambas, espelhando a história de vida desse filho que vivencia tal situação.

3 DOS EFEITOS DO JULGAMENTO

A filiação tem por base o princípio da igualdade jurídica entre os filhos, os quais não podem ser discriminados, independentemente do vínculo que os une aos seus genitores. A base legal está prevista no art. 227, p. 6º. da Constituição Federal e no art. 1596 do atual Código Civil.

Trata-se de um avanço na aproximação entre o Direito e a realidade social, concretizando o princípio da igualdade jurídica entre os filhos e vedando a hierarquização entre os critérios de filiação (SCHREIBER, 2016). Sobre a impossibilidade de hierarquização entre as espécies de filiação, afirma Godoy (2018, p. 616) que filhos são filhos, quer tenham ou não vínculo genético com seus pais.

Percebe-se, na atualidade, uma grande remodelação dos modelos familiares, em que as pessoas buscam a realização plena. Nesse contexto, a multiparentalidade emerge dessas situações, de filhos ou pais que querem trazer isso às suas vidas. Com ela, passou-se a admitir, por meio de uma circunstância fática, que alguém tenha laços biológicos e socioafetivos de filiação ao mesmo tempo, demandando seu reconhecimento jurídico – seja judicial ou extrajudicial. Pode-se afirmar que “[...] as novas formas de família possibilitaram um novo rumo nas relações de parentalidade e filiação, passando-se de um modelo estritamente estanque para uma visão multiplicadora, onde se tenta adequar as novas formas de filiação à realidade contemporânea.” (LOUZADA, 2019, p. 30).

Em decorrência disso, esses filhos poderão ter inserido em suas certidões, “o nome daquela que elas reconhecem como pais, que as criou, sem que isso importe na retirada da filiação de sua genitora biológica ou na perda dos vínculos com os parentes desta.” (CORREIA, 2020, p. 99).

A filiação agora não mais admite uma escolha preferencial pela biológica ou socioafetiva. É cabível que ambas sejam reconhecidas ao mesmo tempo, sem a hierarquização de outrora. Por isso, o tema chegou ao Supremo Tribunal Federal, com tese de Repercussão Geral (TEMA 622), reconhecendo-se sua possibilidade jurídica.

Explica Michele Camacho (2020, p. 178) que “é um instrumento encontrado pelo

Estado para regulamentar a multiplicidade de relações paterno-materno-filiais já existentes, independentemente do vínculo que as formou” (em especial para formação do vínculo biológico, que não exige uma construção socioafetiva sobre ele), “e evocar àqueles que se furtam de seu dever constitucional da paternidade responsável, com o intuito de proteger o filho para que alcance seu pleno desenvolvimento físico e psicossocial.” (CAMACHO, 2020, p. 178).

Embora a doutrina reconheça essa necessidade de proteção jurídica aos filhos, no que se refere à multiparentalidade sua possibilidade jurídica nasceu pela via doutrinária e jurisprudencial (hoje, também, na via extrajudicial), mas ainda não ingressou, por lei, no ordenamento jurídico pátrio. É pertinente a observação de que a multiparentalidade “é uma realidade de vida, cuja complexidade o direito não conseguiu lidar satisfatoriamente até agora, em nenhum país do mundo.” (LÔBO, 2021).

Verifica-se que o Direito de Família, sensível às alterações de comportamentos e valores sociais, também se altera à medida que essas relações vão sendo modificadas. Na esteira desse pensamento, afirma Maria Rita de Holanda Oliveira (2015) que “Na atualidade, identificamos dois fatos jurídicos que podem dar ensejo à relação entre os sujeitos do liame do parentesco de filiação: o fato biológico do nascimento e o fato social da convivência familiar”, além da adoção e das técnicas de reprodução assistida, de modo que, “[...] tal complexidade implicará na necessidade de novas qualificações normativas, máxime com relação à paternidade e maternidade, não apenas qualitativamente como também quantitativamente.” (OLIVEIRA, 2015).

Uma vez que esses vínculos foram reconhecidos, efeitos jurídicos são produzidos – patrimoniais e extrapatrimoniais. Neste sentido, Adriana Caldas do. Rego Freitas Dabus Maluf e Carlos Alberto Dabus Maluf (2018, p. 945–946) afirmam que a multiparentalidade é “a possibilidade de o filho possuir dois pais ou duas mães reconhecidos pelo Direito, o biológico e o socioafetivo [...]” produzindo efeitos jurídicos com relação a todos eles .

Assim, a doutrina se divide entre os que são favoráveis à multiparentalidade (por todo argumento aqui já lançado) e os que a criticam, em especial com relação aos efeitos patrimoniais. É exatamente no ponto dos efeitos jurídicos que existe uma preocupação exacerbada por parte da doutrina, tentando trazer requisitos para configuração da multiparentalidade ou então, uma tentativa de negar seus efeitos jurídicos.

Para a configuração do vínculo socioafetivo, é necessário, ao longo do tempo, mostrar-se presente na vida das partes. Com relação a esta caracterização, não se vislumbram maiores problemas. Todavia, no que se refere à configuração do vínculo biológico, alguns entendem a necessidade de não apenas demonstrar o parentesco pelo DNA, mas também por algo a mais, como um estreitamento de laços.

Este poderia ser o primeiro contraponto entre a doutrina e a jurisprudência. No caso anteriormente mencionado, julgado pelo STF, o pai biológico não queria ser reconhecido porque a filha já tinha um pai registral socioafetivo, e o Supremo entendeu que, uma vez pai, deve-se arcar com as consequências jurídicas do ato, assumindo suas responsabilidades. Não se exigiu nada além do exame pericial para a configuração do vínculo biológico. Por isso, na atualidade, qualquer

exigência a mais para a formação do parentesco biológico vai contra o entendimento fixado pelo STF e, conseqüentemente, sua admissão ensejaria em estímulo a uma paternidade irresponsável, o que feriria o melhor interesse do filho.

Certamente, a multiparentalidade é uma quebra de paradigma no que se refere aos padrões de filiação. Sair da monoparentalidade ou biparentalidade para a multiparentalidade, muitas vezes gera desconfianças por parte da sociedade. É claro que quanto mais pessoas participarem de um núcleo familiar, poderá haver mais desentendimentos. Todavia, não se pode, por este motivo, permitir que filhos que não foram reconhecidos por seus pais permaneçam por eles desamparados por conta de eventuais problemas práticos.

Discorda-se do entendimento de que caberia, no caso da multiparentalidade, um cuidado pelo intérprete quando da aplicação do enunciado jurisprudencial.

Mais uma vez aqui essa ressalva ou cuidado ao se aplicar a multiparentalidade é colocar requisitos que o julgador não impôs. Alguns exigem cuidado para que a multiparentalidade não seja apenas requerida para efeitos patrimoniais, pois seu reconhecimento pode não ser benéfico ao filho e à sociedade, questionam se esse seria o modelo ideal de parentalidade e filiação (MALUF; MALUF, 2018, p. 947–948).

Este trabalho defende que, mesmo para efeitos meramente patrimoniais, nos casos de busca pelo reconhecimento do vínculo biológico, este deve sim ser formado. Negá-lo é negar a realidade de quem o vindica e, conseqüentemente, seus efeitos.

Uma das principais resistências à aceitação da multiparentalidade é a questão sucessória. Para muitos, parece injusto que o filho possa receber herança de mais de dois genitores. Nesse aspecto, cabe apenas tomar cuidado para o reconhecimento socioafetivo *post mortem*, já que o falecido suposto pai não fez o reconhecimento em vida. No mais, no que concerne ao estabelecimento do vínculo biológico, não há por que não se permitir tal direito, mesmo que o intuito do reconhecimento seja meramente patrimonial, afinal, é filho.

Outra discussão que a doutrina traz é com relação à guarda, visitas e alimentos. Observam Adriana Caldas do. Rego Freitas Dabus Maluf e Carlos Alberto Dabus Maluf (2018, p. 949–950). que os problemas poderiam ser duplicados, e questionam se isso atenderia ou não ao melhor interesse do filho, se a possibilidade de pensão alimentícia duplicada não estimularia o ócio, entre outras coisas. Refletem ainda sobre possível emancipação voluntária, exercício do poder familiar, administração de bens do filho, reparação civil por atos praticados pelo filho

Realmente, conforme mencionado, diante da existência de vínculos parentais plúrimos, essas questões podem surgir, porque quanto mais pessoas envolvidas em uma discussão familiar, maior pode ser o conflito.

A doutrina já antecipa os problemas que podem surgir das situações de multiparentalidade, conforme se pode aferir da pesquisa jurisprudencial levantada e da leitura da bibliografia até então realizada. Todavia, em termos jurisprudenciais, a discussão ainda está em uma etapa inicial, qual seja a inserção do pai biológico no registro, em sua maior parte.

Concorda-se que, após o estabelecimento do vínculo parental, essas questões atinentes

à guarda, visita, alimentos, poder familiar e herança serão sim um desdobramento natural da multiparentalidade; no entanto, essas questões não podem ser uma barreira ao seu reconhecimento.

Conflitos de natureza existencial ou patrimonial podem surgir, tenham os filhos multiparentalidade ou não. Não é a multiparentalidade em si o problema. Negar o seu reconhecimento por conta de discussões futuras é negar a realidade de vida de algumas pessoas, acarretando um retrocesso no campo do direito de família.

Feitas essas considerações sobre a evolução do tema tanto na via doutrinária como jurisprudencial, pretende-se, no próximo capítulo, analisar a multiparentalidade na via extrajudicial, analisando os provimentos concernentes ao tema e dados estatísticos, mostrando o avanço do tema para a esfera extrajudicial e a utilidade prática do instituto.

CONCLUSÃO

Pode-se concluir que as mutações sociais refletem diretamente no Direito, em sua evolução. Um desses reflexos foi o de nova remodelagens familiares que alterou na forma de se reconhecer filhos, permitindo que hoje os filhos possam ter três ou mais genitores, a denominada multiparentalidade.

O caminhar desse novo instituto teve início no ano de 2012 com os três primeiros casos aqui já mencionados. Aos poucos, outras situações ensejaram seu reconhecimento, até que no ano de 2016, um caso, com Repercussão Geral (RE 898060) foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

Na situação em concreto, permitiu-se a inclusão do genitor biológico sem a exclusão do pai registral (socioafetivo) e, por consequência desse reconhecimento, os efeitos patrimoniais e extrapatrimoniais dele advindos.

Nos votos, a tese vencedora acolheu a tese, com os argumentos aqui trazidos. A tese vencida postulava pela prevalência de conhecimento da origem genética (que não era o caso) e a outra, de que se mantivesse apenas o pai biológico.

Trata-se de um avanço porque, até então, prevalecia a manutenção de apenas um genitor – fosse o biológico ou o socioafetivo. Uma parte da história de vida do filho restaria prejudicada com a exclusão ou não inclusão de um dos genitores.

De início, a temática sofreu críticas pelo seu reconhecimento, em especial por conta de aspectos patrimoniais - sucessórios e de direito aos alimentos. Mas, defende-se aqui uma real evolução do tema, de maneira a acolher novas realidades e modelos familiares, sem prejudicar e afastar um lado da história de vida desses filhos.

Que o Direito possa servir, cada vez mais, para ser instrumento de proteção de filhos, alargando e tutelando novas roupagens de filiação, sem categorizações, dissociando do estado civil dos pais e da maneira de como esses filhos serão gerados.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Supremo Tribunal da Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 1333086/RO**. Ação declaratória de inexistência de filiação e anulatória de registro público. duplo registro de paternidade. multiparentalidade. pai socioafetivo. ausência de manifestação nos autos. demonstração de interesse em figurar na certidão de nascimento do menor. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 6 de outubro de 2015. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=MULTIPARENTALIDADE&b=ACOR&p=false&l=10&i=6&operador=mesmo&tipo_visualizacao=RESUMO. Acesso em: 5 out. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal da Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 1674849/RS**. Ação de investigação de paternidade c/c retificação de registro de nascimento. filho havido de relação extraconjugal. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, 17 de abril de 2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=MULTIPARENTALIDADE&b=ACOR&p=false&l=10&i=5&operador=mesmo&tipo_visualizacao=RESUMO. Acesso em: 5 out. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 898060/SC**. Repercussão Geral reconhecida. Direito Civil e Constitucional. [...]. Relator: Min. Luiz Fux, 21 de setembro de 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur371896/false>. Acesso em: 1 out. 2021.
- CAMACHO, Michele. **Multiparentalidade e efeitos sucessórios**. São Paulo: Almedina, 2020.
- CORREIA, Emanuelle A. **Os elementos caracterizadores da multiparentalidade**. Belo Horizonte: Dialética, 2020.
- GODOY, Claudio Luiz Bueno. Atualidades sobre a parentalidade socioafetiva e a multiparentalidade. In: SALOMÃO, Luis Felipe. TARTUCE, Flávio (coord.). **Direito civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2018.
- LOBO, Fabíola Albuquerque. **Multiparentalidade: efeitos no direito de família**. Indaiatuba: Foco, 2021.
- LÔBO, Paulo. **Direito civil**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.
- LOUZADA, Flávio Gonçalves. **O reconhecimento da multiparentalidade pelo STF: o interesse patrimonial em detrimento do afeto?** Curitiba: CRV, 2019.
- MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Direitos da criança e adoção internacional: declínio de um instituto em razão do avanço das técnicas de gestação por substituição**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- OLIVEIRA, Maria Rita de Holanda Silva. A multiparentalidade e seus limites. In: ARAÚJO, Ludmila Albuquerque Douettes; TOLEDO, Iara Rodrigues de; ESCANE, Fernanda Garcia. (org.). **A humanização do direito e a horizontalização da justiça no século XXI**. 23. ed. Florianópolis: CONPEDI, 2015. v. 23, p. 36-63.

PAIANO, Daniela Braga. **O direito de filiação nas famílias contemporâneas**. 2016. 292 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

PARANÁ. Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Cascavel/Pr. **Autos n. 0038958-54.2012.8.16.0021**. Vistos e examinados estes autos de ação de Adoção promovida por E. A. Z. J., brasileiro, casado, comerciante, residente e domiciliada na Rua XX, nº 00, bairro YY, Cascavel-PR. Juiz: Dr. Sérgio Luiz Kreuz, 20 de fevereiro de 2013. Disponível em: SENTENCA_DUPLA PARENTALIDADE INICIAIS.pdf (flaviotartuce.adv.br). Acesso em: 4 abr 2022.

PLENO: paternidade socioafetiva não exime de responsabilidade o pai biológico. Brasília, 2016. 1 vídeo (2 horas). Publicado pelo canal STF. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=vMgMQ0DdVbE>. Acesso em: 19.out.2021.

RONDÔNIA. Tribunal de Justiça do Estado. **Processo n. 0012530-95.2010.8.22.0002**. Juíza de Direito: Deisy Cristhian Lorena de Oliveira Ferraz. Decisão: 13 mar. 2012. Disponível em: <http://www.tjro.jus.br/appg/servlet/docAssinado?seqProcessoaDigital=137355&cdComarca=2&nrMov=39>. Acesso em: 19 jan. 2022.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 2011.027498-4**. Apelação cível com pedido de análise preliminar de agravo retido e agravo de instrumento [...]. Relator: Luiz Fernando Boller, 22 de setembro de 2011a. Disponível em: https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora. Acesso em: 9 fev.2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Conflito de competência cível 0040236-38.2016.8.26.0000**. Ação de Reconhecimento de Multiparentalidade cumulada com Alteração do Registro Civil. Vara dos Registros Públicos. Competências previstas no artigo 38 do Decreto-Lei Complementar nº 03[...]. Relator: Ademir Benedito, 8 de maio de 2017. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3444894/mod_resource/content/1/TJSP%20-%20estado%20das%20pessoas%20naturais%20-%20202.pdf. Acesso em: 4 abr. 2022.

SCHREIBER, Anderson. LUSTOSA, Paulo Franco. Efeitos Jurídicos da Multiparentalidade. **Pensar**, Fortaleza, v. 21, n. 3, p. 847-873, set./dez. 2016. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/issue/view/421>. Acesso em: 15 set. 2021.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

Recebido em: 01/01/2023

Aceito em: 24/03/2023

A ANPD E A FISCALIZAÇÃO DA GOVERNANÇA CORPORATIVA DE PROTEÇÃO DE DADOS

BRAZILIAN NATIONAL DATA PROTECTION AUTHORITY AND THE OVERVIEW OF PERSONAL DATA PROTECTION POLICIES

Ana Elizabeth Neirão Reymão*
Lis Arrais Oliveira**
Suzy Elizabeth Cavalcante Koury***

*Professora do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento e da graduação em Direito do Centro Universitário do Pará (CESUPA). Professora da Faculdade de Economia da Universidade Federal do Pará (UFPA). Doutora em Ciências Sociais pela Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Economia pela Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP). Líder do grupo de pesquisas Min Amazônia – CNPq. E-mail: bethrey@uol.com.br

**Graduada em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA. Advogada. Mestranda em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Programa de Pós Graduação em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará (PPGD/CESUPA). E-mail: minamazonia@gmail.com

***Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Desembargadora do Trabalho. Ex-presidente do TRT da 8ª Região (2016-2018). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento e da graduação do Centro Universitário do Pará (CESUPA). Líder do grupo de pesquisas CNPq Emprego, Subemprego e Políticas Públicas na Amazônia. E-mail: suzykoury@gmail.com

Como citar: REYMÃO, Ana Elizabeth Neirão; OLIVEIRA, Lis Arrais.; KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. A ANPD e a fiscalização da governança corporativa de proteção de dados. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 18, n. 2, p. 30-47, ago.2023. DOI 10.5433/24157-108104-1.2023v18n2p.30. ISSN: 1980-511X

Resumo: O presente artigo discute a importância da governança corporativa de proteção de dados, destacando a função preventiva e educativa da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD). Argumenta-se, com base na análise da Lei Federal nº 13.709/2018, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), que um atributo fundamental dessa Autoridade é o incentivo às boas práticas, ao instituto do *compliance* ou governança corporativa de proteção de dados pessoais pelas empresas privadas, bem como a fiscalização sobre a conformidade dessas práticas com o dispositivo legal. Trata-se de uma pesquisa aplicada, de abordagem qualitativa, tendo como procedimentos o levantamento bibliográfico e a análise documental. Conclui-se pelo importante papel do *accountability*, princípio basilar da governança corporativa dos programas de proteção de dados nas empresas, devendo elas demonstrarem a conformidade e a efetividade desses programas, bem como serem estimuladas pela ANPD à adoção de padrões técnicos que facilitem o controle dos dados pelos seus titulares, evitando o seu uso indevido por agentes privados.

Palavras-chave: ANPD; LGPD; governança corporativa; *compliance*; prevenção.

Abstract: This paper discusses the importance of data protection corporate governance, highlighting the preventive and educational role of the National Data Protection Authority (ANPD). Based on the analysis of Federal Law nº 13.709/2018, the General Data Protection Law (LGPD), the paper argues that a fundamental

attribute of this Authority is the encouragement of good practices, the compliance or corporate governance to protect personal data by private companies, as well as the supervision of the compliance of these practices with the legal provision. This is an applied research, with a qualitative approach, using as procedures the bibliographic survey and document analysis. It is concluded by the important role of accountability, a basic principle of corporate governance of data protection programs in companies, which must demonstrate the compliance and effectiveness of these programs, as well as be encouraged by the ANPD to adopt technical standards that facilitate the control of data. data by their holders, preventing their misuse by private agents.

Keywords: ANPD; GDPR; corporate governance; compliance; prevention.

INTRODUÇÃO

A gestão de riscos, a conformidade aos regramentos e os programas de governança corporativa assumiram um papel de destaque na política nacional de proteção de dados pessoais e da privacidade, consolidada pela Lei Federal nº 13.709/2018, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Nesse contexto, para alcançar a proteção almejada, é importante que boas práticas de gestão e governança sejam adotadas por agentes públicos e privados.

A LGPD destinou uma seção inteira ao tema, a fim de garantir que a atuação dos controladores de dados ocorra em conformidade ao regramento, minimizando os riscos de descumprimento da norma. Faz-se necessário, então, a instauração de programas de governança corporativa que fomentem boas práticas de proteção de dados pessoais por agentes privados, conforme está expressamente previsto na legislação, como consequência lógica de um princípio norteador da LGPD, o da prevenção.

Nessa linha, a criação de autoridades responsáveis por promover o cumprimento da legislação vem sendo uma prática recorrente em políticas de proteção de dados pessoais no mundo. No Brasil, a LGPD criou a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), órgão integrante da Presidência da República, dotado de autonomia para supervisionar e consolidar a instauração da política pública, especialmente por meio de seu papel preventivo, pelo qual deve fiscalizar os agentes públicos e privados a fim de averiguar se a atuação destes está em conformidade à legislação (DONEDA, 2021, p. 464).

O incentivo à implementação de políticas de governança corporativa de proteção de dados no setor privado é essencial, sendo essa uma maneira de o Estado exercer sua atividade pública como garantidor do cumprimento da legislação com os agentes privados, e, ainda, um mecanismo para firmar e fomentar a política pública na temática (CARVALHO; MATTIUZZO; PONCE, 2020, p. 364).

Este é o ponto de partida do presente estudo, que discute a importância da fiscalização da governança corporativa de proteção de dados, destacando a função preventiva e educativa da ANPD. A partir de uma interpretação do texto legal e de uma análise das funções inerentes de autoridades responsáveis por regular as atividades econômicas, entende-se que essa agência tem como um atributo fundamental o incentivo às boas práticas, ao instituto do *compliance* ou governança corporativa de proteção de dados pessoais pelas empresas privadas, bem como a fiscalização se tais práticas estão efetivamente em conformidade com o dispositivo legal.

Argumenta-se que a LGPD atribuiu à ANPD a função de fiscalizar e incentivar os programas de governança corporativa de proteção de dados nas empresas privadas, sendo essa função decorrente do princípio da prevenção, o qual norteia o dispositivo legal.

A pesquisa usa o método indutivo, tendo-se como ponto de partida a observação do texto legal e a identificação dos encargos atribuídos pela LGPD à ANPD acerca dos programas de governança corporativa de proteção de dados pelas empresas. A abordagem é qualitativa e a pesquisa de natureza aplicada, tendo como procedimentos o levantamento bibliográfico e a análise documental.

A primeira seção do artigo apresenta a ANPD; a seção seguinte analisa o instituto do *compliance* e da governança corporativa em uma perspectiva voltada para a proteção de dados pessoais; a terceira seção mostra que a LGPD destacou as boas práticas, a governança e sua importância para a consolidação da política nacional de proteção de dados e da privacidade. Na quarta seção, o texto dispõe sobre a necessidade destas medidas serem implantadas com transparência ou *accountability* e ressalta sua importância como um princípio norteador das políticas de governança corporativa. Por fim, a última seção se ocupa em destacar, com base no dispositivo legal, o encargo atribuído pela LGPD à ANPD em fiscalizar e incentivar a adoção de programas de governança corporativa de proteção de dados pelas empresas.

1 A AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (ANPD)

A ANPD é um órgão integrante da Presidência da República, tendo sua estrutura sido estabelecida pela Lei 13.853, de 8 de julho de 2019, que converteu em lei a medida provisória nº 869, de 27 de dezembro de 2018, criando a ANPD, nos termos do artigo 55-A da LGPD.

Trata-se de uma agência autônoma, sendo comum que o Estado recorra a órgãos administrativos independentes, visando atender demandas relacionadas à regulação de alguns mercados. Essas agências se caracterizam como entes ou órgãos públicos, dotados de independência do governo e autonomia de organização, financiamento e contabilidade (DONEDA, 2021, p. 642).

Dessa forma, a autonomia técnica, financeira e a independência funcional da ANPD, juntamente com a composição multissetorial do Conselho Nacional de Proteção de Dados e da Privacidade, composto por membros da sociedade civil, da academia, do Poder Público e do mercado, confere aspectos essenciais para dar efetividade ao sistema de proteção de dados no país (LUCCA; LIMA, 2020, p. 375).

O uso de agências reguladoras, lembra Vilela (2020, p. 93), é uma tendência que se iniciou no Brasil na década de 1990, quando o Estado envidou esforços para reduzir a atuação direta na economia, transferindo a execução de atividades públicas ao setor privado e assumindo funções de fiscalização e regulação de atividades econômicas.

Diante dessa nova, à época, atuação do Estado na economia e do fortalecimento do papel privado em setores estratégicos e atividades econômicas relevantes, tornou-se imprescindível a

readequação do aparato estatal, para que se atinja a almejada eficiência. Dessa forma, autarquias e fundações, as quais exerciam atividades exclusivas de Estado, transformaram-se em agências autônomas, dotadas de autonomia, criadas com a finalidade de disciplinar e controlar certas atividades de setores e mercados específicos (VILELA, 2020, p. 97).

Conforme aduz Doneda (2021, p. 463), mais recentemente verificou-se que muitas características destes órgãos, criados para responder de forma mais direta e dinâmica as demandas de natureza econômica, poderiam ser igualmente relevantes no papel da defesa e da promoção de direitos do cidadão, sendo possível distinguir a atuação de dois tipos de autoridades, as de regulação e as de garantia:

Às autoridades de regulação, cuja competência costuma ser ligada a um determinado serviço público, são destinadas funções similares àquelas da própria administração pública, com vantagens quanto à dinamicidade de sua estrutura e outras. Por sua vez, as autoridades de garantia possuem a missão de proteção de direitos ou situações subjetivas específicas, para cuja defesa foram constituídas. Um organismo com a proposta da proteção de um direito como o da proteção de dados pessoais (a ANPD, por exemplo), estaria enquadrada, portanto, como uma autoridade de garantia (DONEDA, 2021, p. 463).

A autoridade de garantia se difere da autoridade de regulação por estar envolvida diretamente no papel da proteção de direitos específicos. Em um contexto de colisão de direitos e de busca por equilíbrio entre diversas garantias e direitos de natureza constitucional, a autoridade de garantia assume o papel de promover um “equilíbrio dinâmico” entre estas dicotomias, organizando uma convivência plural de valores (DONENA, 2021, p. 464).

Assim, visando a tutela da proteção de dados, a instauração da ANPD no Brasil foi essencial para a Política de Proteção de Dados e da privacidade, visto que o tratamento de dados pessoais é raramente acompanhado pelos cidadãos de forma eficaz, assim como há necessidade de constante atualização da disciplina, em função do desenvolvimento tecnológico crescente.

Ademais, a autoridade independente é útil ao setor privado por garantir a uniformização da aplicação da lei, em circunstâncias nas quais tribunais ou reguladores setoriais tendem a produzir soluções heterogêneas quanto à interpretação da legislação de proteção de dados. Dessa forma, essa consistência é importante para impedir que empresas que eventualmente não cumpram com a LGPD acabem por obter vantagens competitivas em relação às demais (DONEDA, 2021, p. 265).

Dentre os diversos níveis de atuação dessa agência, destaca-se a sua função preventiva e educativa. É essencial que a ANPD tenha condições para atuar diante da complexidade do tema da proteção e tratamento de dados pessoais, possuindo o papel de educar e incentivar as organizações, informar os consumidores sobre o uso de dados no contexto de produtos e serviços, de forma clara e transparente. Deve, ainda, estabelecer limites apropriados para o seu processamento, visando garantir que esse seja feito em observância aos direitos e interesses dos titulares dos dados.

Faz-se necessário, também, garantir que as discussões sobre educação, cumprimento da lei e penalidades se estabeleçam em conformidade aos princípios consonantes na legislação. Diante disso, a autoridade se torna uma referência e orientadora para o cidadão e para as instituições na matéria.

O tratamento de dados é uma atividade complexa, realizada por entidades cujas práticas podem não ser suficientemente transparentes. Com isso, a existência de uma autoridade que atue de forma coordenada para prevenir e reprimir abusos, fiscalizando o tratamento de dados é fundamental para diminuir a assimetria entre o cidadão e os entes que coletam e tratam seus dados (DONEDA, 2021, p. 466).

Dessa forma, enquanto a educação e a informação não alcançam o patamar almejado de efetivamente implementar uma cultura de privacidade e proteção de dados pessoais, é mister que haja uma fiscalização consistente da Autoridade no que tange ao tratamento de dados por agentes públicos e privados, para que se verifique se a atuação destes agentes está ocorrendo em conformidade ao regramento, em respeito e atenção à proteção de dados pessoais e à privacidade de indivíduos.

Por esta razão, a atuação da ANPD em prol do estabelecimento e funcionamento de programas de governança de proteção de dados no setor privado deve ser bem explorada, desenvolvida e realçada, visto que é uma maneira de assegurar a implementação da política pública e, conforme exposto anteriormente, a atuação fiscalizadora e preventiva é necessária para que o objetivo principal da política pública seja alcançado.

Dessa forma, fomentar diálogos frutíferos com agentes de tratamento, assegurando que a inovação seja inserida em uma cultura que tenha respeito pela privacidade é um importante encargo da ANPD, assim como é a criação de programas de incentivo de boas práticas, aplicáveis em modelos nos quais as organizações descrevem claramente o processamento de dados pessoais.

Para compreender como a Autoridade pode fomentar as boas práticas nas empresas, a seguir serão destacados os pontos principais sobre programas de conformidade, *compliance*, ou governança, em um contexto específico de proteção de dados pessoais.

2 O COMPLIANCE, A GOVERNANÇA CORPORATIVA DE PROTEÇÃO DE DADOS E O PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO

O termo *compliance* é um substantivo proveniente da língua inglesa, decorrente do verbo *to comply*, que significa conformidade, obediência, observância e submissão. O uso do termo se tornou comum na atualidade para fazer alusão à implementação de políticas internas de integridade às normas e regramentos. Freitas e Blanchet (2020, p. 34) destacam que o *compliance* surgiu inicialmente no setor privado, com a execução de procedimentos internos aptos a pautar a atuação das empresas de acordo com a legislação e regulamentos vigentes:

Trata-se, pois, de um conjunto de regras e modelos que envolvem procedimentos éticos suficientes a orientar o comportamento de uma empresa no mercado em que se insere, seja local ou internacional, envolvendo todos os seus agentes e relações desenvolvidas em seu respectivo ramo de atuação, com preocupações transcendentais, como no aspecto de marca, nome e do respeito para com a própria sociedade (FREITAS; BLANCHET, 2020, p. 34).

Esse sistema implica em uma alteração completa do funcionamento da entidade que objetiva adotá-lo, razão pela qual é sempre fruto da instalação de uma política de governança corporativa, elaborada em consonância aos valores éticos assumidos pela empresa, ao controle de riscos e a conformidade às regras jurídicas preestabelecidas.

Alguns de seus pilares essenciais são os códigos de conduta; a avaliação e contingenciamento de riscos; o controle interno por meio de procedimentos capazes de diagnosticar, apurar e sanar não conformidades; treinamentos e comunicações para propagar uma cultura concernente às políticas previamente definidas; assim como os canais pelos quais é possível denunciar não conformidades e as investigações internas que permitem descobri-las (MARTINS; FALEIROS JUNIOR, 2020, p. 359).

Portanto, trata-se de um sistema complexo, que não está restrito ao mero “fazer cumprir” a legislação. Estas práticas devem acarretar uma significativa mudança de mentalidade e preocupação das empresas, e gerar uma atuação em conformidade com o ordenamento jurídico, princípios e normas regulamentares e administrativas. Dessa forma, o controle de riscos e a preservação de valores intangíveis devem configurar um compromisso efetivo assumido pela empresa e ser coerentes com a sua estrutura e estratégia (FREITAS; BLANCHET, 2020, p. 35).

Sendo assim, a governança corporativa aplicada à atividade empresarial é o resultado da adoção de princípios norteadores considerados como ideais pelos seus instituidores, os quais se tornam a base de toda a conduta empresarial, o que traz reflexos na gestão da empresa e em sua relação com acionistas, com o mercado e com os consumidores (SIMÃO FILHO, 2020, p. 337).

A governança corporativa enseja a adoção de boas práticas, que podem ser implementadas por meio de associações ou de forma individual pela empresa. Quando implementadas individualmente, são chamados de programas de conformidade, integridade ou *compliance*. Quando implementados no âmbito de associações, os mecanismos de boas práticas são chamados simplesmente de “autorregulação” (CARVALHO; MATTIUZZO; PONCE, 2020, p. 365).

Implementada individualmente ou por meio de associações, nessa governança vigora a lógica na prevenção, como se observa no caso da proteção de dados pessoais, onde ela assume um papel de destaque para que a almejada segurança de informação seja alcançada.

A experiência internacional sobre o tema demonstra que a preocupação com a adoção de práticas de prevenção e segurança pelos controladores de dados está presente há décadas.

Em 1980, na publicação do influente texto “*OCDE Guidelines on the protection privacy and transborder flows of Personal Data*” o *accountability principle* foi mencionado pela primeira vez como uma diretriz para a proteção de dados pessoais e da privacidade. Esse princípio pode ser traduzido pela necessidade dos agentes de tratamento de dados se comprometerem com a adoção de medidas que deem real efetividade às regras a eles aplicáveis (CARVALHO; MATTIUZZO; PONCE, 2020, p. 363).

A valoração da prevenção ocorre porque o objetivo da política pública é sempre o seu cumprimento, e não a responsabilização diante de desvios. Essa lógica fica evidente na análise de

políticas de proteção de dados, nas quais o objetivo principal é mitigar os riscos de vazamento de dados, as violações de privacidade e o acúmulo excessivo de informações pessoais de indivíduos por agentes específicos.

Ademais, trata-se de uma seara em que os danos de pequena monta são comuns, o que diminui a propensão para que se postule individualmente sua reparação a partir dos institutos tradicionais de responsabilidade civil. Com isso, a utilização de uma tutela baseada na responsabilidade civil não é um instrumento capaz de tutelar na medida necessária o direito fundamental à proteção de dados, podendo até mesmo incentivar a consolidação de práticas de utilização indevida de dados pessoais (DONEDA, 2021, p. 646).

Dessa forma, ainda que as sanções sejam necessárias para efetivar a aplicação de uma política pública, vale ressaltar que o objetivo principal da política é sempre gerar o cumprimento e adequação comportamental dos agentes, e não a mera punição. Sendo assim, a prevenção e a orientação são peças-chaves do sistema que se pretende construir, razão pela qual a prevenção é um princípio geral de tratamento de dados pessoais (CARVALHO; MATTIUZO; PONCE; 2020, p. 361).

Conforme será abordado a seguir, esta premissa fica evidente diante de uma análise da LGPD, a qual dispõe expressamente sobre a importância e o dever dos agentes privados de instaurarem programas de conformidade e adequação às diretrizes estabelecidas pelo dispositivo legal, em respeito à segurança da informação e a proteção dos dados pessoais.

3 AS BOAS PRÁTICAS E GOVERNANÇA NA LGPD

Antes do advento da legislação em foco, a autorregulação das empresas era a regra, visto que, diante da ausência do poder público em regular a matéria, o próprio mercado estabelecia as regras de conduta e normas padrão de tratamento de dados pessoais (ARAUJO; CAVALHEIRO, 2014).

Ocorre que, com o avanço exponencial da economia movida a dados, a autorregulação passou a ser um cenário propício para a economia digital inidônea, especialmente quando agentes econômicos passam a vender informações pessoais de indivíduos para terceiros sem a anuência destes. Sendo assim, perante uma crescente preocupação com a temática, o arcabouço legal sobre a matéria é uma tentativa de “regular a autorregulação”, de maneira que a liberdade das empresas no espaço virtual seja resguardada (ARAUJO; CAVALHEIRO, 2014).

A LGPD destinou uma seção inteira às regras de boas práticas e governança, que ocupam um lugar de destaque entre os artigos 46 a 51. Estas práticas se caracterizam como instrumentos de governança corporativa que visam estabelecer procedimentos que facilitem e viabilizem o cumprimento da legislação. Nesse sentido, a adoção destes mecanismos por parte dos agentes de tratamento de dados pessoais possui o condão de facilitar o processo e consolidá-lo.

As políticas de governança propostas pela LGPD assemelham-se à modalidade de autorregulação da atividade empresarial. Entretanto, se diferenciam do modelo tradicional, posto

que devem ser elaboradas e implementadas com base nas diretrizes estipuladas pela legislação, que exigem que estes programas reflitam efetivamente a estrutura, a escala e o volume das operações da empresa. Entende-se que, assim, os riscos de violação à privacidade dos indivíduos serão minimizados, com o tratamento das informações pessoais sempre pautado na segurança (CARVALHO; MATTIUZZO; PONCE, 2020, p. 366).

Não obstante, ao atribuir aos controladores e operadores de dados a possibilidade de elaborarem, individualmente ou por meio de associações, as boas práticas e as próprias regras de governança, a legislação estabeleceu um mecanismo de “corregulação”. Com isso, destacam Lucca e Lima (2020, p. 376), a regulação da atividade é realizada tanto pelos agentes privados quanto pela ANPD, a quem cabe fiscalizar e incentivar os mecanismos de governança e as boas práticas:

A opção brasileira é justamente a corregulação, ou seja, a ANPD desempenhará suas funções fiscalizadora, reguladora e sancionatórias, sem excluir a possibilidade de os agentes de tratamento de dados pessoais estabelecerem “Boas Práticas” (LUCCA; LIMA, 2020, p. 376).

Os padrões de boas práticas e os princípios gerais previstos na lei devem ser observados pelas entidades na implementação de seus programas de governança corporativa. Nesse sentido, o artigo 50 da LGPD impõe um rol de obrigações relacionadas à governança e boas práticas, impondo atenção redobrada à natureza, ao escopo, e à finalidade dos dados, bem como, à gravidade dos riscos e aos benefícios decorrentes de tratamento de dados do titular (MARTINS; FALEIROS JUNIOR, 2020, p. 357).

As premissas principais desse sistema norteiam a conduta do agente responsável para que forneça ao titular conhecimento sobre o tratamento a ser empreendido aos dados e ao fluxo das informações, de maneira concisa, transparente, inteligível e de fácil acesso, com uma linguagem clara e simples (SIMÃO FILHO, 2020, p. 328).

Muito embora não exista um modelo rígido de orientação aos programas de conformidade para fins de tratamento de dados pessoais no Brasil, fica assegurada a capacidade da ANPD expedir orientações nesse sentido posteriormente.

Ademais, o comprometimento na adoção de programas internos que assegurem o cumprimento de normas relativas à temática, a adequação de condutas com base em um processo de avaliação sistemática de impactos e riscos à privacidade, e o objetivo de estabelecer uma relação de confiança com o titular dos dados por meio de uma atuação transparente, que assegure mecanismos de participação, são requisitos que devem ser observados em qualquer programa de proteção de dados (CARVALHO; MATTIUZZO; PONCE, 2020, p. 366).

É essencial identificar todos os processos, procedimentos e sistemas internos que estejam relacionados ao tratamento de dados pessoais na empresa, para que, por meio de um levantamento de todos estes processos seja possível avaliar os riscos. Sendo assim, é elaborado um verdadeiro mapa dos fluxos internos de diferentes classes de dados pessoais usados e processados pela empresa.

Dessa forma, é possível analisar a adequação das práticas mapeadas com a LGPD. Entretanto, “não serão poucas as medidas de adequação necessárias. Nesse cenário, desenhar uma matriz de riscos para criar um cronograma de adequação da empresa é uma medida comum e eficaz” (CARVALHO; MATTIUZZO; PONCE, 2020, p. 367).

É imprescindível que a probabilidade e gravidade dos riscos sejam consideradas no desenvolvimento de medidas de governança, para que então, seja possível adequar os sistemas, documentos, processos e procedimentos internos à legislação.

Com isso, as atividades empresariais são complementemente transformadas, visando um objetivo comum, a mitigação dos riscos identificados e a redução de ocorrência de desvios legais. Não obstante, o compromisso firmado pela entidade é o ponto chave capaz de efetivamente alterar toda a conduta corporativa nesse sentido, a qual deve estar em conformidade com valores e práticas consoantes com os princípios de tratamento de dados pessoais.

Além disso, é de suma importância que a entidade tenha uma cultura que não valorize somente resultados financeiros acima de tudo. Certamente, em observância à atividade empresarial, a obtenção de lucro será sempre o objetivo final, entretanto, há uma clara diferença entre a valorização de resultados e a adoção de práticas fora da conformidade apenas para a obtenção de benefícios lucrativos. Nesse sentido, é necessário que aquilo que é exigido no dia a dia da corporação, dos funcionários e colaboradores, esteja de acordo com as boas práticas e com a política de governança corporativa implementada (CARVALHO; MATTIUZZO; PONCE, 2020, p. 370).

Os instrumentos de boas práticas e governança não pretendem eliminar por completo os incidentes de segurança, porém, objetivam minimizar as possibilidades de ocorrência, e criar mecanismos para que eventuais equívocos sejam devidamente identificados e combatidos de forma eficaz, rápida e adequada (CARVALHO; MATTIUZZO; PONCE, 2020, p. 364).

A exigência de controles preventivos capazes de mitigar os riscos do tratamento de dados é o reflexo de um fundamento primordial do regramento, o da segurança da informação. Toda informação adquire dimensão relevante na medida em que conduz à personalização do indivíduo a quem faz referência. Dessa forma, os mecanismos usados para atender ao imperativo da segurança reverberam na proteção de atributos da personalidade do titular dos dados (MARTINS; FALEIROS JUNIOR, 2020, p. 350).

Dessa forma, os dados pessoais coletados e tratados pelas empresas devem estar protegidos pelas medidas de segurança técnicas e administrativas capazes de proteger as informações de acessos não autorizados, de situações acidentais ou ilícitas de destruição, de perdas, alterações, ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito, desde a fase da concepção do dado até o seu descarte (MARTINS; FALEIROS JUNIOR, 2020, p. 351; SIMÃO FILHO, 2020, p. 338).

Assim, são criadas salvaguardas em casos de eventuais riscos de acidentes, bem como, sistemas que possibilitem o exercício de direitos dos titulares de terem acesso aos dados tratados; de solicitarem a correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados; de solicitar a anonimização, o bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, etc. (CARVALHO; MATTIUZZO; PONCE,

2020, p. 368).

No artigo 49 da LGPD, o legislador estipulou como um dever que os sistemas utilizados para o tratamento de dados estejam estruturados para atender aos requisitos de segurança, aos padrões de boas práticas e de governança e aos demais princípios previstos na lei (MARTINS; FALEIROS JUNIOR, 2020, p. 357; SIMÃO FILHO, 2020, p. 338).

Diante disso, observa-se o objetivo da legislação em incentivar a adoção do *compliance* das empresas, por meio da implementação de uma política de governança que determina a adoção de boas práticas. Essas práticas deverão ser observadas e adotadas em conjunto ao princípio do *privacy by design*, que dispõe sobre a necessidade de os sistemas utilizados para o tratamento de dados pessoais serem estruturados seguindo padrões de boas práticas e governança, os princípios de tratamento de dados pessoais e os requisitos de segurança (CARVALHO; MATTIUZZO; PONCE, 2020, p. 362).

Dessa maneira, a transparência, a segurança e a prevenção são parâmetros inegociáveis, que ultrapassam a atuação estatal repressiva, pautada no instituto da responsabilidade civil, e, pautados na boa fé objetiva, na inserção da ética nas relações negociais, na prevenção e na efetivação dos direitos fundamentais à privacidade e proteção de dados, transitam para um imperialismo da governança – ou *compliance* (MARTINS; FALEIROS JUNIOR, 2020, p. 357).

Nesse diapasão, conforme será abordado a seguir, a legislação não apenas dispôs quanto à necessidade de implementação de políticas de governança de proteção de dados, como também atribuiu às empresas o encargo de comprovar a sua adoção, a efetividade destas práticas e a adequação dos seus sistemas internos à legislação. Com isso, o *accountability* é um instrumento a ser observado pela ANPD na fiscalização da conduta empresarial.

4 O *ACCOUNTABILITY* E AS POLÍTICAS DE PROTEÇÃO DE DADOS

A partir de uma análise do dispositivo legal, nota-se a relevância da segurança da informação, do princípio da prevenção e da mitigação de riscos diante do tratamento de dados pessoais por agentes privados. Dessa maneira, conforme exposto acima, é imprescindível que as empresas contribuam e mudem práticas que não estejam em conformidade com o exigido.

Não obstante, é imprescindível que esta mudança de comportamento e a adequação das práticas internas sejam feitas de maneira transparente, para que, desta forma, o poder público e a sociedade sejam capazes de fiscalizar a atuação destes agentes econômicos. Por esta razão, é possível recorrer à noção de *accountability* para fazer alusão à necessidade de transparência da governança corporativa das empresas para com a Autoridade e os consumidores.

Accountability, em sentido amplo, corresponde à preocupação central da ética da responsabilidade. Em sentido estrito e aplicado, refere-se às relações sociais circunscritas, como as previstas nos sistemas racional-burocráticos de prestação de serviços, por exemplo. Dessa maneira, a *accountability* está diretamente relacionada à genuína eficácia organizacional, e, portanto, deve

ser uma preocupação inerente de qualquer administrador ou funcionário, seja ele público ou privado, visto que, a ética da responsabilidade se ocupa em colocar o detentor de expectativas frente ao agente encarregado de sua satisfação (ETZIONI, 2014, p. 312).

Trata-se de um termo importante para os administradores de instituições em geral, o qual se aproxima das ideias de responsabilidade, prestação de contas, satisfação, explicação e atendimento. Conforme explicita Etzioni (2014, p. 297), a demanda por mais *accountability* pode ser observada, normalmente, em três contextos concretos, seja para referir-se à exigência de mais responsabilidade e sensibilidade; à necessidade de maior atenção ou consideração para com a comunidade, ou para exigir maior compromisso com “valores”.

É cediço que os administradores respondem as articulações de direitos apresentadas pela comunidade, por seus líderes ou pela imprensa. Dessa forma, a *accountability* é observada como uma instância efetiva real na qual a administração dá respostas aos reclamos e demandas de interesses particulares de diversos grupos (ETZIONI, 2014, p. 307).

Entretanto, cumpre mencionar que o dever de prestar contas não se limita à capacidade em dar respostas. A prestação de contas deve ser tratada como uma estratégia para administração de expectativas, visto que a capacidade para dar respostas acaba por ser insatisfatória quando envolve apenas respostas limitadas, diretas e meramente formais. Dessa maneira, a prestação de contas envolve os meios pelos quais as organizações administram as diversas expectativas geradas dentro e fora da organização (ETZIONI, 2014, p. 314).

Em que pese a complexidade do termo utilizado, para fins do presente estudo, a perspectiva analisada de *accountability* deve ser interpretada em conjunto à transparência, e traduz-se na obrigação dos agentes privados prestarem contas à ANPD sobre as suas políticas de governança corporativa, ou *compliance*, de proteção de dados, de maneira que seja possível comprovar, com transparência, a adequação das práticas internas com a legislação.

Uma análise acerca das políticas de proteção de dados ao redor do mundo esclarece que estas foram desenvolvidas com base no *accountability principle*, ao atribuir aos próprios agentes de tratamento de dados pessoais a responsabilidade de comprovarem a adoção de medidas que efetivem as regras que são a eles aplicáveis (CARVALHO; MATTIUZZO; PONCE, 2020, p. 362).

Dessa forma, uma vez implementada a política de governança de proteção de dados por agentes privados, a *accountability* é um recurso por meio do qual o poder público é capaz de fiscalizá-la. Este princípio está inserido no artigo 6º, X da LGPD, intitulado como “princípio da responsabilização e da prestação de contas”. Trata-se da obrigação do controlador de dados de adotar medidas eficientes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento às normas de proteção de dados pessoais.

É de suma importância que as entidades que estão sob regulação da ANPD contribuam para que a Autoridade possa cumprir suas incumbências. Dessa maneira, diante de qualquer processamento de dados, as organizações devem aferir previamente os riscos da atividade, contabilizar e mitigar possíveis danos, contando com as diretrizes de interpretação e aplicação da lei pelas autoridades competentes. Nesse cenário, usos inovadores de dados não devem ser

presumidos como ilegais, entretanto, diante de processamentos inéditos, o processo de aferição prévia de riscos e a mitigação de danos será sempre necessário (ARBIX, 2020, p. 62).

A governança corporativa parte do pressuposto da necessidade da transparência em relação ao mercado, especialmente no que tange a elaboração e disponibilização do seu sistema de informações contábeis. Estas informações devem retratar o estado atual da organização, em observância as regras que dispõem sobre os deveres de informação, diligência e lealdade (SIMÃO FILHO, 2020, p. 335).

Portanto, é imprescindível que as empresas mantenham um conjunto de documentos capazes de evidenciar que as obrigações estão sendo satisfeitas, os quais podem ser extraídos do mesmo artigo 6º da LGPD, como no registro de operações de tratamento, no relatório de impacto e nos registros de incidentes de segurança (CARVALHO; MATTIUZZO; PONCE, 2020, p. 369).

As empresas devem desenvolver minutas destes documentos para comunicação à ANPD. O relatório de impacto, por exemplo, deve consistir efetivamente no resultado do mapeamento e da mensuração de riscos realizados na implementação do programa de governança. Sendo assim, deverá descrever os tipos de dados coletados, a metodologia utilizada para a coleta e para a garantia da segurança das informações, bem como, medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de riscos adotados pela organização (CARVALHO; MATTIUZZO; PONCE, 2020, p. 369).

Diante de incidentes de segurança que possam acarretar risco ou dano aos titulares de dados pessoais, a comunicação imediata à ANPD é obrigatória e urgente, para que a autoridade possa verificar a gravidade do incidente e determinar a adoção de providencias, como a ampla divulgação do fato em meios de comunicação e a adoção de medidas para reverter ou mitigar os efeitos do incidente, nos termos do art. 48 §2º da LGPD (SIMÃO FILHO, 2020, p. 339; MARTINS; FALEIROS JUNIOR, 2020, p. 356).

Na análise da gravidade e alcance do incidente, a ANPD deve solicitar aos agentes comprovações de que foram adotadas medidas técnicas adequadas capazes de tornar os dados pessoais afetados ininteligíveis para que terceiros não autorizados não consigam acessá-los. Sendo assim, a aferição do impacto levará em conta todas as medidas de segurança implementadas na instituição para a prevenção do evento danoso (SIMÃO FILHO, 2020, p. 339; MARTINS; FALEIROS JUNIOR, 2020, p. 356).

Com isso, o registro de incidentes de segurança assume um papel central, especialmente diante de riscos ou ocorrência de incidentes. Nesse caso, a LGPD dispõe sobre quais informações detalhadas devem constar na comunicação da organização à ANPD e aos titulares de dados que sejam eventualmente prejudicados: a descrição da natureza dos dados pessoais afetados; as informações sobre os titulares envolvidos; a indicação das medidas técnicas e de segurança utilizadas para a proteção dos dados; os riscos relacionados ao incidente e as medidas que foram ou serão adotadas para reverter ou mitigar os efeitos do prejuízo (CARVALHO; MATTIUZZO; PONCE, 2020, p. 370; SIMÃO FILHO, 2020, p. 339).

No caso de incidentes de segurança, é essencial que a organização desenvolva sistemas que possibilitem rapidamente sua identificação, a resposta e a remediação. Devem, ainda, ser

comunicados o quanto antes à ANPD e aos titulares de dados pessoais afetados (CARVALHO; MATTIUZZO; PONCE, 2020, p. 368).

A elaboração, manutenção e apresentação desses documentos é de total responsabilidade das empresas. Nesse sentido, é necessário que a empresa norteie toda a sua atividade de tratamento de dados com base neles. Dessa forma, “é disso que se trata a *accountability*, que em sentido lato se pode traduzir como a obrigação de prestar contas aos portadores de expectativas” (ETZIONI, 2014, p. 313).

Observa-se que a intenção é criar um sistema em que agentes de tratamento estão em efetivo diálogo com as autoridades, de modo que os parâmetros de atuação da iniciativa privada são revisados e debatidos com os agentes públicos e segmentos da sociedade civil interessados (CARVALHO; MATTIUZZO; PONCE, 2020, p. 363).

O controle exercido pela administração pública surge da necessidade de correção de rumos frente aos interesses das sociedades. Nesse cenário, diante da *accountability* prestada pelas empresas, o controle não deve ficar restrito exclusivamente ao poder público, visto que, além de um controle administrativo e hierárquico exercido no âmbito das instituições, existe ainda um controle democrático ou social, exercido sob as organizações por meio da democracia representativa (DEPRÁ; LEAL, 2017, p. 227).

Apesar deste não ser o foco da pesquisa, ressalta-se que, não apenas o controle institucional, porém o controle social também decorre da concepção de *accountability*. O controle social é corolário a democracia e proporciona uma característica dialógica entre o Estado e a sociedade civil, “especialmente por fatores ligados com a prestação de contas, a responsabilidade dos agentes e também a burocracia estatal, fatores esses que assentam, em última análise, a consolidação da nossa democracia” (DEPRÁ; LEAL, 2017, p. 233).

Dessa forma, a noção de *accountability* está relacionada com a responsabilização democrática referente a dois mecanismos, um vertical, referente ao controle social; e um horizontal, que se efetiva mediante a fiscalização mútua entre os poderes, ou por meio de outras agências governamentais que monitoram e fiscalizam o poder público e a atividade econômica quando necessário (DEPRÁ; LEAL; 2017, p. 234).

Conforme será exposto na próxima seção, a função fiscalizadora atribuída pelo dispositivo legal à ANPD permite que a Autoridade utilize dos relatórios e instrumentos supracitados para que possa fiscalizar as práticas de governança de proteção de dados implementadas nas empresas privadas.

5 A ANPD E A FISCALIZAÇÃO E INCENTIVO À ADOÇÃO DE BOAS PRÁTICAS PELAS EMPRESAS

A LGPD centralizou na ANPD o encargo de editar regulamentos e procedimentos sobre proteção de dados pessoais e privacidade, bem como, normas, orientações e procedimentos

simplificados e diferenciados, para que, dessa forma, seja possível que as entidades conheçam as regras e possam se adequar previamente (LUCCA; LIMA, 2020, p. 375).

Entretanto, o tratamento de dados pessoais é uma atividade que perpassa e gera implicações em diversos segmentos de mercado, razão pela qual, é inviável que a ANPD estipule diretrizes claras e específicas para cada um deles. Não obstante, ela possui um arsenal específico de medidas regulatórias a sua disposição, dentre as quais se destacam as medidas que visam a incutir e fomentar boas práticas no tratamento de dados por meio das regras de *accountability* (DONEDA, 2021, p. 265).

Por essa razão, a legislação estabelece o modelo da “corregulação”, a partir do momento em que as próprias empresas assumem a capacidade de desenvolverem os seus próprios sistemas de boas práticas e as suas políticas de governança, e, portanto, passam a regular o exercício de sua atividade de tratamento de dados em conjunto com a Autoridade.

A corregulação advém da legislação europeia, na qual a autoridade de controle analisa previamente os códigos de conduta das empresas, os quais ficam pendentes de aprovação e registro para efeitos de comprovação da conformidade com o regramento e posterior disponibilização ao público. Além disso, posteriormente a autoridade também supervisiona os códigos que aprova (SIMÃO FILHO, 2020, p. 342).

Mecanismos semelhantes podem ser encontrados na LGPD, visto que a lei estipula que os programas de governança corporativa devem ser constantemente monitorados, atualizados, e submetidos a avaliações periódicas. Dessa maneira, a pedido da ANPD, o agente de tratamento deve demonstrar a conformidade e efetividade do seu programa de governança, que deve ser reconhecido e divulgado pela autoridade, a quem cabe estimular a adoção de padrões técnicos que facilitem o controle dos dados pelos seus titulares (SIMÃO FILHO, 2020, p. 343).

Nesse aspecto, enquanto as empresas devem adequar controles internos de proteção, segurança e sigilo, bem como elaborar documentos internos que estejam alinhados aos princípios de tratamento de dados pessoais, compete à ANPD fiscalizá-los.

O art. 38 da lei atribui à ANPD a capacidade de solicitar o relatório de impacto à proteção de dados pessoais, que deve ser elaborado obrigatoriamente pelas empresas. Ocorre que, a LGPD não desenvolve hipóteses específicas de quando a autoridade deverá fazê-lo. Sendo assim, a legislação deixa a critério da ANPD determinar em quais circunstâncias o relatório deverá ser requisitado:

No caso brasileiro, a LGPD não chega a prever hipóteses específicas de requisição do documento, estabelecendo apenas a incumbência da ANPD para sua requisição, ou para a indicação do nível de detalhamento esperado. Existe, portanto, considerável espaço para posterior regulação por parte da ANPD acerca da exata operacionalização dos relatórios de impacto à proteção de dados pessoais (CARVALHO; MATTIUZZO; PONCE, 2020, p. 369).

A prestação de contas, ou *accountability*, das entidades deve ser observada para que a

ANPD possa cumprir a sua função fiscalizadora dos programas de governança de proteção de dados nas empresas. Dessa forma, a fiscalização e cobrança constante dos relatórios de impacto, de segurança e atuação, que devem ser entregues de maneira minuciosamente detalhada, são imprescindíveis para que as empresas alterem efetivamente a sua conduta moral e ética, e respeitem definitivamente a privacidade dos indivíduos.

Não obstante, outro fator capaz de ensejar uma atuação cada vez mais responsável dos agentes de tratamentos de dados são os critérios usados pela ANPD para estipular sanções administrativas, visto que, o art. 52, IX da lei dispõe que a Autoridade levará em consideração a adoção de políticas de boas práticas e governança adotadas por empresas ao aplicá-las. Sendo assim, diante de uma atuação incisiva da Autoridade neste sentido, as entidades privadas se sentirão compelidas a adotarem as medidas de prevenção, seja por vontade própria de mudar a corporação, ou por receio das consequências que descenderão caso elas não o façam.

Por fim, o artigo 51 da LGPD prevê que cabe à ANPD promover a adoção de padrões para a facilitação técnica do controle de dados pelos titulares. Isso significa que a ANPD é corresponsável por propiciar a materialização do rol de direitos do titular de dados, previsto no art. 18 da lei, dentre os quais se destacam o acesso, a anonimização, o bloqueio, a exclusão ou correção dos dados pessoais (MARTINS; FALEIROS JUNIOR, 2020, p. 367).

Sendo assim, a consolidação de uma política pública preventiva propalada pela ANPD, que objetiva promover a adoção de padrões técnicos que facilitem o acesso do titular, assim como, as boas práticas e a instauração de programas de governança de proteção de dados por entes privados, dependerá desta conjugação de fatores que, estando presentes, será propícia e condizente aos propósitos indicados no texto legal (MARTINS; FALEIROS JUNIOR, 2020, p. 367).

Conforme já exposto, a LGPD trouxe diversos dispositivos que proporcionam uma fiscalização séria e consistente da ANPD do tratamento de dados efetuado por agentes privados. Sendo assim, o uso prudente destes instrumentos é de suma importância para que a conduta das instituições privadas se altere e paulatinamente configure um âmbito de atuação respeitoso com as informações pessoais de indivíduos, independente de sua origem.

Diante disso, observa-se que a consolidação da política de proteção de dados pessoais e da privacidade em muito dependerá da atuação da ANPD, especialmente no estímulo e na fiscalização de políticas de governança de proteção de dados em instituições privadas.

CONCLUSÃO

O presente estudo destacou a função preventiva e educativa da ANPD, discutindo a importância da fiscalização da governança corporativa de proteção de dados. Buscou-se demonstrar a importância do *compliance* ou governança para que a política de proteção de dados pessoais e da privacidade, implementada no Brasil com o advento da LGPD, seja bem-sucedida.

Conforme apontado, a lógica da prevenção está presente nessa análise desde quando a

proteção de dados pessoais se tornou uma temática digna de atenção e regulação. Dessa forma, a LGPD destinou vários dispositivos que demonstram a importância da adoção de políticas de boa governança e boas práticas pelos agentes privados, razão pela qual é imprescindível que as empresas destinem tempo e verba para a implementação de políticas internas de privacidade e se adéquem as regras previstas pela legislação.

Não obstante, a mera adequação à norma não é suficiente, posto que a legislação exige que os agentes privados sejam capazes de demonstrar aos titulares dos dados e à ANPD que estão atuando em conformidade ao regramento e a adequação de todos os seus sistemas internos a ele. Por essa razão, o artigo destacou o *accountability principle*, o qual estabelece aos controladores de dados a responsabilização por uma prestação adequada e transparente de contas.

Nesse sentido, a LGPD exige dos controladores de dados a elaboração de relatórios de impacto, de registros de reação aos incidentes de segurança e outros documentos indispensáveis, assim como, a sua constante atualização e monitoramento.

Esses instrumentos são importantes para que a ANPD efetivamente fiscalize e conduza estes agentes para uma atuação em prol da prevenção, da segurança da informação, da privacidade e da proteção de dados.

Com isso, destacou-se a importância da atuação da Autoridade para regular a política de proteção de dados e contribuir para a sua consolidação, especialmente por meio do incentivo e da fiscalização de políticas de governança corporativa de proteção de dados em empresas privadas.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso; CAVALHEIRO, Larissa Nunes. A proteção de dados pessoais na sociedade informacional brasileira: o direito fundamental a privacidade entre a autorregulação das empresas e a regulação protetiva do internauta. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 9, n. 1, p. 209-226, jan./abr. 2014. DOI 10.5433/1980-511X.2014v9n1p209

ARBIX, Daniel. A importância da privacidade por Design e por Default (Privacy by Design and by Default). In: DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel (coord.) **Lei Geral de proteção de dados (Lei nº 13.709/2018). A caminho da efetividade: contribuições para a implementação da LGPD**. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 55-62.

BRASIL. **Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados pessoais. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 24 maio 2021.

CARVALHO, Vinicius Marques de; MATTIUZZO, Marcela; PONCE, Paula Pedigoni. Boas Práticas e Governança na LGPD: fiscalização, aplicação de sanções administrativas e coordenação intergovernamental. In: BIONI, Bruno; DONEDA, Danilo; JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues; MENDES, Laura Schertel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

DEPRÁ, Vinicius Oliveira Braz; LEAL, Mônica Clarissa Hennig. Fiscalização do orçamento público: accountability e controle social da atividade financeira do Estado. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 12, n. 3, p. 216-241, dez. 2017. DOI 10.5433/1980-511X2017v12n3p216

DONEDA, Danilo. A autoridade nacional de proteção de dados e o conselho nacional de proteção de dados. *In*: BIONI, Bruno; DONEDA, Danilo; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MENDES, Laura Schertel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

ETZIONI, Amitai. Concepções alternativas de *accountability*: exemplo da gestão da saúde. *In*: HEIDEMANN, Francisco G.; SALM, José Francisco. **Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2014.

FREITAS, Daniel Paulo Paiva de; BLANCHET, Luiz Alberto. A adoção explícita do compliance pela Administração Pública Direta. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 3, p. 30-47, dez. 2020. DOI 10.5433/24157-108104-1.2020v15n3p. 30

LUCCA, Newton; LIMA, Cíntia Rosa Pereira. Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais (ANPD) e Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade. *In*: DE LIMA, Cíntia Rosa Pereira (org.). **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados: Lei n. 13.709/2018, com alteração da lei n. 13.853/2019**. São Paulo: Almedina, 2020.

MARTINS, Guilherme Magalhães; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. Segurança, boas práticas, Governança e *Compliance*. *In*: DE LIMA, Cíntia Rosa Pereira (org.). **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados: Lei n. 13.709/2018, com alteração da lei n. 13.853/2019**. São Paulo: Almedina, 2020.

SIMÃO FILHO, Adalberto. A Governança Corporativa Aplicada às Boas práticas e *compliance* na Segurança dos dados. *In*: DE LIMA, Cíntia Rosa Pereira (org.). **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados: Lei n. 13.709/2018, com alteração da lei n. 13.853/2019**. São Paulo: Almedina, 2020.

VILELA, Danilo Vieira. A nova lei geral para as agências reguladoras no Brasil – Lei n.º 13.848/2019. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 2, p. 91-115, ago. 2020. DOI 10.5433/24157-108104-1 2020, v.15, n.2, p.91

Recebido em: 17/05/2022

Aceito em: 24/03/2023

*Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA (2019). Pós-Doutorando em Direito Constitucional pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA. Mestre em Direito da Faculdade de Ciências Humanas da Universidade FUMEC, área de concentração em Instituições Sociais, Direito e Democracia. Estagiário Docente de Direito Privado e Processual Civil do Programa de Mestrado em Direito da Universidade FUMEC (2018/2019). Representante Discente dos PPGs no Conselho de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão - CONSEPPE/FUMEC. MBA em Gestão Municipal pela Faculdade Unyleya (2018). Especialista em Direito do Estado pela Universidade Dom Pedro Segundo (2018). Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Gama Filho (2013). Bacharel em Direito da PUC Minas (2010). Monitor de Direito Constitucional da PUC Minas Betim (2010). Licenciado em Letras e suas Literaturas PUC Minas Betim (2002). Especialista em Arte, Educação e Tecnologias Contemporâneas pela UNB (2006). Pesquisador no Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP). Editor Chefe das Revistas e Pesquisas do IMPD. Associado do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI). Associado do Instituto Popperiano de Estudos Jurídicos (INPEJ). Membership do CAED-Jus. Articulista e Parecerista de Periódicos Jurídicos Nacionais e Internacionais. Professor Orientador no Grupo Educacional IESLA/ESJUS. Professor da disciplina Metodologia de Pesquisa Jurídica na Pós-Graduação em Direito do IUNIB (2010/2013). Professor da disciplina Teoria Geral do Estado no IEC/PUC Minas, em parceria com EJEF/TJMG (2013). Servidor Público do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, desde 1995. E-mail: adrianoribeiro@yahoo.com

**Mestre em Direito Público pela Universidade FUMEC. Estagiário Docente de Direito Público da Universidade FUMEC. Pesquisador do ProPic Fumec 2019/2020. Associado do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI). Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes (Rio de Janeiro). Especialista em Direito Eleitoral pela Universidade Cândido Mendes (Rio de Janeiro). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Itaúna

A SINGULARIDADE DO OBJETO COMO FUNDAMENTO PARA A INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO: CONTRATAÇÃO DIRETA DE SERVIÇOS DE ADVOCACIA

THE UNIQUE SINGULARITY OF THE OBJECT AS A FOUNDATION FOR THE BIDDING INEXIGIBILITY: DIRECT CONTRACTING OF LEGAL SERVICES

Adriano da Silva Ribeiro*
Giovanni Galvão Villaça Gregório**
Estevão Grill Pontone***

Como citar: RIBEIRO, Adriano da Silva; GREGÓRIO, Giovanni Galvão Villaça; PONTONE, Estevão Grill. A singularidade do objeto como fundamento para a inexigibilidade de licitação: contratação direta de serviços de advocacia. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 18, n. 2, p. 48-64, ago.2023. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2023v18n2p.48. ISSN: 1980-511X

Resumo: A contratação direta, por inexigibilidade de licitação, de serviços técnicos de advocacia e consultoria jurídica é possível, desde que atendidos os requisitos dos arts. 25, II c/c 13, V, da Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993) e do art. 74, da Lei nº 14.133/21 (BRASIL, 2021). Contudo, o tema suscita discussões acadêmicas e também no Judiciário, na medida em que a utilização indiscriminada dessa excepcionalidade para o desempenho de atividades que não apresentam complexidades incomuns pode ensejar a imputação dos contratantes em ato de improbidade administrativa, porque a contratação não se reveste da singularidade exigida pela Lei de Licitações. Para o desenvolvimento do artigo, empregada metodologia centralizada na pesquisa bibliográfica e no procedimento analítico, desenvolvendo-se a partir da abordagem crítica das obras e documentos consultados, a fim de se obter uma análise fundamentada acerca do tema em estudo. Conclui-se que a contratação direta de advogado ou escritório de advocacia por ente público, por meio de inexigibilidade de licitação, em si, não constitui ato ímprobo.

Palavras-chave: inexigibilidade de licitação; serviços de advocacia; singularidade do objeto.

Abstract: Direct contracting, due to the lack of a bidding process,

of technical services for legal and legal advice is possible, provided that the requirements of arts. 25, II c / c 13, V, of Law n° 8.666 / 93 (BRASIL, 1993) and art, 74, of Law No. 14.133/21 (BRASIL, 2021). However, the issue raises academic discussions and also in the Judiciary, as the indiscriminate use of this exceptionality for the performance of activities that do not present unusual complexities can give rise to the imputation of contractors in an act of administrative improbity, because the contracting does not have the uniqueness required by the Bidding Law. For the development of the article, a methodology based on bibliographic research and the analytical procedure was used, developing from the critical approach of the consulted works and documents, in order to obtain a reasoned analysis on the subject under study. It is concluded that the direct hiring of a lawyer or law firm by a public entity, by means of unenforceable bidding, in itself, does not constitute an unlawful act.

Keywords: bidding unenforceability; advocacy services; uniqueness of the object.

(Minas Gerais). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2009). Assessor Judiciário no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (desde 2013), com atuação em Câmara de Direito Público. E-mail: giovanni_vilaca@hotmail.com

Bacharel em Direito na Universidade José do Rosário Vellano. Estagiando no Escritório Vanessa Verdolim. Monitor de Direito do Trabalho I e II; Monitor de Ciência Polícia; Monitor de Falência/Recuperação de Empresas. E-mail: estevaoncosco@gmail.com

INTRODUÇÃO

Neste artigo pretende-se apresentar estudo sobre a singularidade do objeto como fundamento para a inexigibilidade de licitação para contratação de serviços de advocacia e consultoria jurídica.

A contratação direta, por inexigibilidade de licitação, de serviços técnicos de advocacia e consultoria jurídica é possível, desde que atendidos os requisitos dos arts. 25, II c/c 13, V, da Lei nº 8.666/93 e do art, 74, da Lei nº 14.133/21 (BRASIL, 1993, 2021). Contudo, o tema suscita discussões acadêmicas e também no Judiciário, na medida em que a utilização indiscriminada dessa excepcionalidade para o desempenho de atividades que não apresentam complexidades incomuns, pode ensejar a imputação dos contratantes em ato de improbidade administrativa, porque a contratação não se reveste da singularidade exigida pela Lei de Licitações.

A importância do tema avulta, especialmente no momento em que se vive, no qual pequenos e médios municípios, com poucos recursos financeiros, contratam escritórios de advocacia para exercer o papel da procuradoria municipal, e seus gestores se veem responsabilizados, civil e criminalmente, por inexistir licitação para contratação deste tipo de serviço.

Para o desenvolvimento do artigo, será empregada metodologia centralizada na pesquisa bibliográfica e no procedimento analítico, desenvolvendo-se a partir da abordagem crítica das obras e documentos consultados, a fim de se obter uma análise fundamentada acerca do tema em estudo.

Por fim, este trabalho será estruturado partindo-se, inicialmente, do conceito de licitação e princípios da moralidade impessoalidade e, na sequência, a caracterização do serviço contratado. A seguir, examinar-se-á como ocorre a inexigibilidade de licitação quando se contratar profissionais de notória especialização. Em prosseguimento, o exame da inexigibilidade de licitação pela singularidade do objeto.

Com a elaboração desta pesquisa, espera-se contribuir para a discussão sobre a inexigibilidade de licitação para contratação de advogados especializados e para uma reflexão crítica a respeito da efetiva segurança jurídica para os gestores públicos ao se depararem com a hipótese de contratação de profissional notoriamente especializado.

1 A LICITAÇÃO E OS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E IMPESSOALIDADE

A licitação é instrumento por meio do qual a Administração Pública direta e indireta adquire, aliena, loca ou contrata bens e/ou serviços com o fito de usá-los direta ou indiretamente na prestação de serviços públicos.

A Constituição da República, em seu art. 37, inciso XXI, estabelece que:

[...] ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratadas mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de

pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (BRASIL, 1988).

A licitação pode se dar por diversos critérios de escolha, como por exemplo: melhor preço, melhor técnica, maior lance ou oferta em caso de alienação de bens ou concessão de direito real de uso, ou melhor técnica e preço, todos descritos no art. 45, §1 da Lei nº 8.666/1993 (BRASIL, 1993).

O objetivo deste meio de contratação é garantir que a Administração Pública aliene e contrate bens e/ou serviços, com o máximo de eficiência, moralidade, impessoalidade, publicidade, todos estes princípios coligados a *célula mater* do direito, a legalidade.

O princípio da moralidade está previsto, expressamente, no artigo 5º, LXXIII, da Constituição da República: “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”. O princípio em comento também está contido no art. 37, *caput*, da Constituição da República (BRASIL, 1988).

Maria Sylvia Di Pietro, quanto ao princípio da moralidade, afirma que “certamente com o objetivo de sujeitar ao exame judicial a moralidade administrativa é que o desvio de poder passou a ser visto como hipóteses de ilegalidade, sujeita, portanto, ao controle judicial”. E acrescenta, “ainda que, no desvio de poder, o vício esteja na consciência ou intenção de quem pratica o ato, a matéria passou a inserir-se no próprio conceito de legalidade administrativa.” (DI PIETRO, 2018, p. 78).

A moralidade, portanto, é o princípio mais subjetivo desta análise, pois em determinados casos, a obrigatoriedade da licitação pode ser imoral, logo a Administração Pública pode dispensá-la quando não convier ao interesse público. Por exemplo, em época de calamidade pública e sanitária a Administração Pública pode dispensar a licitação para aquisições emergenciais, conforme estabelecido no art. 4º da Lei nº 13.979/2020 (BRASIL, 2020), com a pandemia do COVID-19, e o que já dispunha art. 24, IV da Lei nº 8.666/1993 (BRASIL, 1993) em relação a contratações emergenciais ou de calamidade pública.

Em outros casos, a exigência de licitação pode colidir com o princípio da eficiência, e consequentemente da moralidade. Com efeito, se o objeto da licitação é singular, não permitindo uma concorrência real, o custo para elaborar da licitação e os prazos a serem seguidos, demonstrarão ao final, o óbvio, que não há concorrência para aquela licitação. Um verdadeiro desperdício de dinheiro público no processo, desrespeitando a eficiência exigida nas contratações públicas, e consequente a moralidade, dado que o processo, apesar de legal, demonstrou ser ineficiente, trazendo dano ao erário, e ferindo por causa deste a moralidade pública. Isto por que, nem tudo que é legal, é moral.

A impessoalidade é outro dos requisitos basilares da licitação pública, pois através deste exige-se que o gestor, ao contratar pelo poder público aja acima das paixões e vontades humanas,

como Thêmis, a divindade grega que representa a Justiça, um mito, que só poderia ser representado por uma figura inexistente. Neste viés, a impessoalidade é um objetivo, uma regra, que norteia a criação da licitação e sua aplicação na Administração Pública.

O princípio da impessoalidade, previsto no art. 37, “caput”, da Constituição da República, caracteriza-se também no sentido da finalidade, pelo que impõe ao administrador público que pratique o ato somente para o seu fim legal. Esse princípio deve ser entendido, também, para excluir a promoção pessoal de autoridade ou servidores públicos sobre suas realizações administrativas (MEIRELLES, 2018, p. 96).

Registre-se que é em decorrência desse princípio que se estabeleceu a regra descrita no §1º, do art. 37, da CR/88, ao vedar expressamente o uso da publicidade dos atos de governo para fins de promoção pessoal do agente público. O princípio da impessoalidade, portanto, veda atos e decisões administrativas motivadas por represálias, favorecimentos, vínculos de amizade, nepotismo, dentre outros sentimentos de ordem pessoal desvinculados dos fins coletivos (BRASIL, 1988).

Contudo, a impessoalidade, em determinadas ocasiões não pode ser observada. Por exemplo, em serviços em que há uma relação de confiança entre as partes, ou que por sua natureza exige uma qualidade essencial e intrínseca do objeto, como exigir que a administração contrate com impessoalidade? Seria no mínimo contraditório. É o caso de escritórios de advocacia ou contabilidade com notória especialização e a contratação de serviços singulares, não encontrados na mesma quantidade e qualidade.

Por isto, os princípios da moralidade e impessoalidade são os mais voláteis às situações que o gestor possa encontrar na Administração Pública. Pois, para que se dispense ou inexistência o procedimento licitatório, o administrador há de observar as hipóteses legais (legalidade), a publicidade desta contratação e a eficiência que esta trará à administração pública. Estes três princípios são as bases que norteiam a dispensa e inexigibilidade de licitação. Se quaisquer destes princípios não forem observados, o administrador responderá civil, criminal e administrativamente por sua conduta impropria.

2 A CARACTERIZAÇÃO DO SERVIÇO CONTRATADO

A caracterização do serviço contratado é de suma importância para que se possa delimitar a (in)exigibilidade de licitação. A Lei nº 8.666/1993, excluiu certos serviços das hipóteses que permitem a inexigibilidade de licitação, veja:

Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;

II - pareceres, perícias e avaliações em geral;

III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;

IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;

V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

§ 3º A empresa de prestação de serviços técnicos especializados que apresente relação de integrantes de seu corpo técnico em procedimento licitatório ou como elemento de justificação de dispensa ou inexigibilidade de licitação, ficará obrigada a garantir que os referidos integrantes realizem pessoal e diretamente os serviços objeto do contrato.

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: [...]

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, **vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;**

[...] § 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato. [...] (BRASIL, 1993, grifo nosso).

Neste contexto, não é qualquer serviço especializado em que se poderá inexigir-se licitação, devendo o gestor observar os serviços permitidos do art. 13, conjugando com a especializada exigida do art. 25, §1, da Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993), para só então motivar a prática do ato administrativo para inexigir a licitação para aquela contratação.

Importante anotar a definição de inexigibilidade de licitação perpassa pela noção de impossibilidade do confronto das propostas ou competição, em virtude da notoriedade do profissional que o poder público almeja contratar (GASPARINI, 2000, p. 429-430).

Nesse contexto, a indagação: qual seria a especialidade que a lei exigiria para esta modalidade de contratação?. Na melhor dicção legal, a lei adotou dois critérios, cumulativos, para a inexigir a licitação: a singularidade do objeto e a especialidade do serviço, que se resume na inviabilidade de competição. Sem quaisquer destes critérios, dever-se-ia realizar a licitação. É o caso de uma cidade grande, com muitos escritórios de advocacia de renome, notório que neste caso não há singularidade do objeto, permitindo (de forma indireta) a concorrência dos serviços advocatícios.

Em outra realidade é um pequeno município, em que há um único advogado que é especializado na matéria objeto da contratação, neste caso há singularidade e especialização de determinado indivíduo na circunscrição municipal, permitindo via exceção, a inexigibilidade de licitação.

Do ponto de vista mercantil, todo serviço é por sua natureza especial, até porque as pessoas são diferentes e realizam os serviços de formas distintas uns dos outros para ganharem mercado e obter lucro. A Lei de Licitação, no art. 13 (BRASIL, 1993), ciente desta natureza elencou àqueles, via exceção, que permitem aferir de forma pública e notória a singularidade e especialidade do serviço prestado, todos de natureza intelectual.

O serviço contratado diretamente pela Administração Pública sem processo licitatório

deve respeitar os seguintes requisitos: ser de natureza intelectual e estar no rol do art.13, ter sua singularidade e especialização comprovada de forma pública e notória, não ser serviço de publicidade e divulgação (art. 25, II, Lei nº 8.666/93), e com sua especialidade comprovada na forma do art. 25, §1, da Lei de Licitação (BRASIL, 1993; SALGADO; TEIXEIRA, 2014).

Sendo público e notório que o profissional ou pessoa jurídica possui os critérios acima expostos, o gestor público tem o dever de inexigir licitação. A exigência do caro e demorado procedimento licitação, neste caso, tem a capacidade de trazer dano ao erário e ferir os princípios da eficiência, legalidade e moralidade, exigidos em todos os processos da Administração Pública.

3 DA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DOS PROFISSIONAIS DE NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO

A definição de notória especialização, nos termos da Lei nº 8.666, está prevista no §2º, do art. 25, a saber:

[...] considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato (BRASIL, 1993).

Para Carlos Pinto Coelho Motta (2011), a expressão indiscutivelmente, aliada a essencial, contribui para tornar a notoriedade avis rara, retirando-lhe o uso correntio que a caracterizava na vigência do Decreto-lei nº 2.300 (BRASIL, 1986).

Nesse contexto, afirma Tarcísio Vieira Carvalho Neto (2016, p. 255-256), que “o tema em debate sempre inspirou dúvidas e incompreensões. E permanece um dos mais complexos e desafiadores do Direito Administrativo contemporâneo.”

A respeito da matéria, Plínio Salgado e Ana Carolina Wanderley Teixeira destacam que a utilização da inexigibilidade para a contratação de profissionais do Direito suscita muitas controvérsias na esfera jurisdicional:

[...] Nesse campo, se, de um lado, alguns órgãos do Ministério Público se aproveitam dos amplos poderes que foram conferidos à Instituição pela Constituição da República e pela Lei no 8.429/1992 – na busca desenfreada de atos de Contratação direta de advogado particular pelo Poder Público por meio de inexigibilidade de licitação improbidade administrativa praticados por agentes públicos –, de outro lado, o Poder Judiciário hesita sobre a exegese mais adequada a ser adotada (SALGADO; TEIXEIRA, 2014, p. 467-468).

Carlos Pinto Coelho Motta explicitou que notória especialização é conceito diferente de notório saber. Para o autor, “essa designação, de uso corrente, está frequentemente relacionada

a processos de certificação acadêmica, privilegiando, de modo geral”, o chamado *atteinment* em detrimento do *achievement*. Isto significa que “*atteinment* (certificação definida pela obtenção de títulos e atingimento de graus institucionalizados de formação e especialização)” e “*achievement* (definido como o somatório de realizações, experiência vivida e desempenho palpável do indivíduo).” (MOTTA, 2011, p. 347).

Nesse ponto, registra Carlos Pinto Coelho Motta que, no que tange à inexigibilidade de licitação, o princípio da motivação do ato administrativo, “tem favorecido o critério *atteinment*, já que o saber institucionalizado e formal presta-se mais facilmente à averbação na via burocrática que o saber vivenciado e prático, embora este comporte sempre alguma forma específica de comprovação e reconhecimento.” (MOTTA, 2011, p. 347).

A Lei de Licitação, de forma muito técnica, estabeleceu que a especialização é relativa a pessoas naturais ou a características essenciais da pessoa jurídica. Utilizando-se a empresa de corpo técnico interno para demonstrar sua especialização, subordinará a manutenção e realização dos serviços por este quadro técnico, enquanto perdurar a contratação, neste sentido é a dicção legal:

Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

[...]

§ 3º A empresa de prestação de serviços técnicos especializados que apresente relação de integrantes de seu corpo técnico em procedimento licitatório ou como elemento de justificação de dispensa ou inexigibilidade de licitação, **ficará obrigada a garantir que os referidos integrantes realizem pessoal e diretamente os serviços objeto do contrato** (BRASIL, 1993, grifo nosso).

É o caso, por exemplo, de um escritório de advocacia que tem em seu quadro societário, magistrados aposentados, e justifica através da presença destes, a sua notória especialização; após certo tempo, ainda no curso do contrato, estes magistrados vão a óbito, perdendo a essencialidade do objeto que justificou a inexigibilidade de licitação. Neste caso, o recomendável é findar-se o contrato, dado a perda do objeto, e realizar processo licitatório.

Há ainda outro requisito, a contratação do profissional ou da empresa especializada deve relacionar-se, por óbvio, ao serviço contratado, por exemplo, uma empresa que possui como objeto social a realização de obras de engenharia e é contratada sem licitação pela Administração Pública para somente realizar perícias e avaliações em geral (art.13, II, Lei nº 8.666/93), não poderia, neste caso, construir obras de engenharia no município sem processo licitatório, já que não fora contratada para esta finalidade.

A especialidade fica ainda mais evidente quando há uma relação de confiança entre as partes, como é necessário na atuação do advogado. Por exemplo, um prefeito requer um parecer do setor jurídico sobre determinada questão legal do município; decide seguir a orientação do parecer jurídico, que neste caso foi dado de forma atécnica e se vê responsabilizado civil e criminalmente pelos atos realizados, sob orientação do setor jurídico. A relação de confiança é ainda mais evidente

quando o gestor pode ser responsabilizado por parecer atécnico emitido pelo setor jurídico do município.

Sob outro enfoque, o Estatuto de Ética e Disciplina da OAB, no art. 5º, veda a mercantilização das atividades inerentes à advocacia. Neste viés qualquer procedimento licitatório que tenha o menor preço como critério de êxito, teria caráter de mercantilização e feriria o mencionado Estatuto de Ética e Disciplina da OAB (CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 2015).

A Lei nº 14.039/2020 estabeleceu de forma inequívoca no Estatuto da OAB (CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 2015) a singularidade dos serviços de advocacia, corroborando para esta narrativa. A propósito do tema, registraram Adriano da Silva Ribeiro e Estevão Grill Ponto, ainda quando a mencionada lei tramitava no Congresso Nacional como Projeto de Lei nº 4.489/2019, que a norma “veio trazer segurança jurídica para os gestores públicos, pois corriqueiramente são responsabilizados civil, administrativamente e penalmente pela contratação de escritórios de advocacia especializados.” (RIBEIRO; PONTONE, 2020, p. 2).

A contratação de serviços especializados, sobretudo no treinamento de pessoal, assessoria e consultoria técnica e pareceres (art.13, II, III e VI), dá à Administração Pública a eficiência e a qualidade que são necessárias para persecução de sua finalidade pública, permitindo a troca de experiências entre o contratado e o contratante.

Sob este viés, quando advogados especializados são contratados sem licitação para coordenar procuradorias de municípios contribuem com suas experiências externas para melhor gestão e aproveitamento de serviços internos, orientando e evitando que procuradorias cometam erros que culminariam em proliferações de ações contra o Poder Público. A troca de experiências traz para Administração Pública benefícios que se perpetuam pelo tempo, e isto serve para diversos serviços que possam ser contratados sem licitação.

Levar *a ferro e fogo* o processo licitatório pode, em alguns casos, ferir a moralidade pública, como já exposto e foi ressaltado pelo Ministro Carlos Velloso, no RHC nº 72830/RO:

Acrescente-se que a contratação de advogado dispensa licitação, dado que a matéria exige, inclusive, especialização, certo que se trata de trabalho intelectual, impossível de ser aferido em termos de preço mais baixo. Nesta linha, o trabalho de um médico operador. Imagine-se a abertura de licitação para a contratação de um médico cirurgião para realizar delicada cirurgia num servidor. Esse absurdo somente seria admissível numa sociedade que não sabe conceituar valores. O mesmo pode ser dito em relação ao advogado, que tem por missão defender interesses do Estado, que tem por missão a defesa da *res publica* (BRASIL, 1995).

Relevante, também, compreender julgado mais recente, datado de 13/12/2021, na Quinta Turma, no AgRg no HC n. 669.347/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), relator para acórdão Ministro João Otávio de Noronha, pois predominado o entendimento de que:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PENAL. ART. 89 DA LEI N. 8.666/1993. AÇÃO PENAL. PREFEITO MUNICIPAL. CONTRATAÇÃO DIRETA DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. REQUISITO DE SINGULARIDADE DO SERVIÇO SUPRIMIDO PELA LEI N. 14.133/2021. CARÁTER INTELECTUAL DO TRABALHO ADVOCATÍCIO. PARECER JURÍDICO FAVORÁVEL. AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO E DE EFETIVO PREJUÍZO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

1. A consumação do crime descrito no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, agora disposto no art. 337-E do CP (Lei n. 14.133/2021), exige a demonstração do dolo específico de causar dano ao erário, bem como efetivo prejuízo aos cofres públicos.

2. O crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993 é norma penal em branco, cujo preceito primário depende da complementação e integração das normas que dispõem sobre hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitações, agora previstas na nova Lei de Licitações (Lei n. 14.133/2021).

3. Dado o princípio da tipicidade estrita, se o objeto a ser contratado estiver entre as hipóteses de dispensa ou de inexigibilidade de licitação, não há falar em crime, por atipicidade da conduta.

4. Conforme disposto no art. 74, III, da Lei n. 14.133/2021 e no art. 3º-A do Estatuto da Advocacia, o requisito da singularidade do serviço advocatício foi suprimido pelo legislador, devendo ser demonstrada a notória especialização do agente contratado e a natureza intelectual do trabalho a ser prestado.

5. A mera existência de corpo jurídico próprio, por si só, não inviabiliza a contratação de advogado externo para a prestação de serviço específico para o ente público.

6. Ausentes o dolo específico e o efetivo prejuízo aos cofres públicos, impõe-se a absolvição do paciente da prática prevista no art. 89 da Lei n. 8.666/1993.

7. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 669.347/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), relator para acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 13/12/2021, DJe de 14/2/2022.) (BRASIL, 2022).

Logo, comprovado que o contratado (pessoa física ou jurídica) preenche os requisitos de notória especialização (e os demais expostos), resta ao gestor da Administração Pública seguir o comando legal e contratá-lo inexigindo licitação, sob pena de esvair-se o próprio sentido da norma.

Nesse contexto, importante registrar que no dia 1º de abril de 2021, foi publicada a Lei nº 14.133/2021, que alterou a Lei nº 8.666/93, sendo considerado novo marco regulatório das contratações públicas. Fixou-se, assim, quanto a contratação de serviços jurídicos as hipóteses elencadas no art. 74, inciso III, da Lei nº 14.133/2021 (BRASIL, 2021).

4 DA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DOS PROFISSIONAIS PELA SINGULARIDADE DO OBJETO

A propósito da singularidade do objeto (do serviço a ser prestado), entende Tarcísio Vieira de Carvalho Neto (2016, p. 265), “especificamente em tema de contratação de advogados ou de escritórios de advocacia, é forçoso aceitar que não se exige apenas que o serviço a ser contratado

possa ser considerado técnico-profissional.”.

Para Plínio Salgado e Ana Carolina Wanderley Teixeira (2014, p. 474), “[...] a singularidade decorre da confiança do cliente no advogado notoriamente especializado, haja vista o prescrito na parte final do §1º, do art. 25”. Quanto ao mencionado dispositivo, “se deve inferir que ‘o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato’”

Além da singularidade do objeto, essa modalidade de contratação deve atender aos critérios de essencialidade e indiscutibilidade, pois a singularidade do objeto pressupõe o esforço criativo e especial habilidade do profissional para o desenvolvimento do trabalho demandado, de modo que não se justificaria a sua contratação para realizar atividades rotineiras do ente federativo (NOHARA; CÂMARA, 2014, p. 128).

Importante anotar que a singularidade exige grau de complexidade muito superior que profissional especializado está acostumado a lidar, possuindo uma essencialidade quanto à experiência única que o sujeito possui em casos semelhantes e exclusivos, neste sentido corrobora a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIOS DE ADVOCACIA POR MUNICÍPIO. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. NOTÓRIA ESPECIALIDADE E SINGULARIDADE DO SERVIÇO. REQUISITOS NÃO CONFIGURADOS.

[...]

III - A jurisprudência mais atual de ambas as Turmas que compõem a Seção de Direito Público do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que “a contratação de **serviços advocatícios pelos entes públicos submete-se, via de regra, ao processo licitatório, salvo comprovação das exceções legais, ou seja, quando for o caso de serviço de natureza singular a ser realizado por profissional com notória especialização**” (REsp 1.192.186/PR, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, julgado em 26/6/2019, DJe 1º/8/2019). IV - A natureza singular do serviço, nas palavras de Marçal Justen Filho, “Caracteriza-se como uma **situação anômala, incomum, impossível de ser enfrentada satisfatoriamente por qualquer profissional ‘especializado’**. Envolve os casos que demandam mais do que a especialização, **pois apresentam complexidades que impedem obtenção de solução satisfatória a partir da contratação de qualquer profissional (ainda que especializado)**.” (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. 3. ed. em e-book baseada na 18. ed. impressa). A notória especialização jurídica, por sua vez, é “aquela de caráter absolutamente extraordinário e incontestável, que fala por si. É posição excepcional, que põe o profissional no ápice de sua carreira e do reconhecimento, espontâneo, no mundo do Direito, mesmo que regional, seja pela longa e profunda dedicação a um tema, seja pela publicação de obras e exercício da atividade docente em instituições de prestígio. A especialidade do serviço técnico está associada à singularidade, envolvendo serviço específico que reclame conhecimento peculiar do seu executor e ausência de outros profissionais capacitados no mercado, daí decorrendo a inviabilidade da competição (BRASIL, 2019, grifo nosso).

Advirta-se, por oportuno, que a singularidade do objeto pode ser verificada, então, “em

situações não usuais, ligadas à excessiva complexidade da matéria, ao eventual impedimento do corpo técnico, às fragilidades administrativas estruturais provisórias e outras tantas.” Sustenta Tarcísio Vieira de Carvalho Neto (2016, p. 267) que, justamente “por desafiam o poder de imaginação do legislador, não são arroladas de antemão na lei, mas sim confiadas ao administrador, em termos de caracterização, mercê da (boa) discricionariedade administrativa.”

Anote-se, nesse contexto, que a singularidade do serviço pressupõe essencialmente que aquele profissional é especializado, pois não se encontra no mercado, ninguém que domine aquela determina área. Neste caso, haveria a inviabilidade de competição, dada a natureza do serviço prestado, é caso de uma empresa que restaura o quadro da Monalisa, de Leonardo da Vinci, e é contratada sem licitação para restaurar obras de arte de Aleijadinho. Muito mais que especializada, esta empresa apresenta uma singularidade sem precedentes.

O objeto da prestação do serviço é único, exclusivo, sem comparações e de qualidade inestimável, sendo impossível que haja concorrência para a prestação deste serviço. Isto é o que a Lei de Licitação (BRASIL, 1993) dispôs quando se trata de inexigibilidade de contratação de serviços. Este é o requisito mais difícil de ser preenchido nos procedimentos de inexigibilidade de licitação, demandando que o gestor, tenha ampla base probatória, por meio de experiências, trabalhos anteriores e até mesmo a avaliação de mercado, conforme se exige no art. 25, §1, da Lei n. 8.666/93 (BRASIL, 1993), para que o administrador possa contratá-la diretamente sem percalços jurídicos e consequências futuras.

É importante registrar que após aprovação do Projeto de Lei nº 4489/2019 pelo Congresso Nacional, houve o veto integral por parte do Presidente da República, o que restou afastado pelo Parlamento, sancionando e publicando a Lei nº 14.039/2020, estabelecendo de forma inequívoca que os serviços advocatícios e de contabilidade são de notória singularidade, quando comprovada a especialização do profissional.

Nesses termos, prevê o art. 3º-A da Lei nº 8.906/1994, com a redação da novel legislação em comento:

Art. 3º-A. Os serviços profissionais de advogado são, por sua natureza, técnicos e singulares, quando comprovada sua notória especialização, nos termos da lei.

Parágrafo único. Considera-se notória especialização o profissional ou a sociedade de advogados cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato (BRASIL, 2020).

Da leitura do supracitado dispositivo, constata-se ausência do conceito de especialização, pois deixa ao arbítrio do gestor público a análise da especialização do contratado, não impedindo que o Poder Judiciário (ou até o Legislativo, pela fiscalização) façam a análise do conceito subjetivo da norma (RIBEIRO; PONTONE, 2019, p.1-2).

Nesse sentido, ao gestor público, após a análise e comprovada a especialização do

profissional, cabe a faculdade de inexigir a licitação para sua contratação, conforme dispõe a Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), alterada pela Lei nº 14.133/2021:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:
[...]

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

[...]

§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato (BRASIL, 1993).

Nesse contexto, examinando as legislações constata-se haver alguma semelhança entre o §1º do art. 25 da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93) e o Projeto de Lei nº 4.489/2019, convertido na Lei nº 14.039/2020 (BRASIL, 2020). E essa semelhança está na reprodução da redação da Lei de Licitações no Estatuto da Advocacia, em que o legislador praticamente resolveu a questão, no sentido de prever que os profissionais notoriamente especializados não devem ser submetidos a procedimento licitatório.

A derrubada do veto integral do Projeto de Lei nº 4.489/2019, sustentam Adriano da Silva Ribeiro e Estevão Grill Pontone (2019 p. 2) que, “além de dar segurança jurídica para inexigir licitação para contratação de escritórios de advocacia especializados, tem outro efeito, pouco visto, que é trazer a norma penal mais benéfica que retroagirá.”

Isto porque, na seara penal, a Constituição da República Federativa do Brasil, expressamente, dispõe, em seu art. 5, XL, que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (BRASIL, 1988). Além disso, o ordenamento jurídico está diante de uma lei que poderá afetar processos penais que ainda estão em curso.

Portanto, o esforço conceitual de singularidade e efetiva aplicação pelo Poder Público, a partir do advento da Lei nº 14.039/2020 os gestores públicos terão efetiva segurança jurídica ao se depararem com a hipótese de contratação de profissional notoriamente especializado.

Soma-se a isso, a configuração definida no art. 74, inciso III, da Lei nº 14.133/2021:

Art. 74 - É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:

[...]

III – contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:

- a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos ou projetos executivos;
- b) pareceres, perícias e avaliações em geral;
- c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;

[...]

e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

[...]

§ 3º Para fins do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se de notória especialização o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato (BRASIL, 2021).

A nova lei, entendem Tatiana Camarão e Maria Fernanda Pires, “excluiu da hipótese de incidência da inexigibilidade de licitação, a necessidade de demonstração de que o serviço deva possuir natureza singular”, e, com isso, “atenuando as interpretações equivocadas com relação a aplicação dessa expressão, que passou a ser considerada como algo raro e exclusivo”. Em verdade, defendem, “um serviço singular é aquele que demanda do seu prestador conhecimento aprofundado e, por isso, trata-se de atividade diferenciada, mas jamais única ou exclusiva” (CAMARÃO; PIRES, 2021, p. 2).

Sustentam Tatiana Camarão e Maria Fernanda Pires (2021, p. 2-3) que:

A retirada da singularidade como elemento essencial para efeito de enquadramento na hipótese de inexigibilidade de licitação não pode ser desconsiderada pelos aplicadores do direito. Tem uma razão de ser. O legislador infralegal teve o firme propósito de deixar claro que o serviço não precisa ser único, tampouco complexo ou exclusivo, mas, sim, que ele demanda do seu executor conhecimento, habilidade e aptidão específica, adequada e, de plano, comprovável.

Portanto, a configuração elencada no art. 74, inciso III, da Lei nº 14.133/2021 (BRASIL, 2021), veio a definir que a contratação de serviços de advocacia se enquadra como inexigibilidade de licitação.

CONCLUSÃO

Terminado o estudo, pode-se depreender que a singularidade do objeto, como fundamento para a inexigibilidade de licitação, para contratação de serviços de advocacia e consultoria jurídica ainda está em discussão.

Constatou-se que o tema é importante, pois envolvem os pequenos e médios municípios do Brasil, com poucos recursos financeiros, contratam escritórios de advocacia para exercer o papel da procuradoria municipal, e seus gestores se veem responsabilizados, civil e criminalmente, por inexigir licitação para contratação deste tipo de serviço. Portanto, a exigir reflexão crítica a respeito da efetiva segurança jurídica para os gestores públicos ao se depararem com a hipótese de contratação de profissional notoriamente especializado.

Importante anotar que a singularidade exige grau de complexidade muito superior que profissional especializado está acostumado a lidar, possuindo uma essencialidade quanto à experiência única que o sujeito possui em casos semelhantes e exclusivos.

A toda evidência, a contratação direta de advogado ou escritório de advocacia por ente público, por meio de inexigibilidade de licitação, em si, não constitui ato ímprobo, notadamente com o advento da Lei nº 14.039/2020 (BRASIL, 2020). Isso porque, o serviço contratado diretamente pela Administração Pública sem processo licitatório deve respeitar os requisitos do art. 74, inciso III, § 3º, da Lei nº 14.133/2021 (BRASIL, 2021) que é a notória especialização do profissional.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 22 fev. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei n. 2.300, de 21 de novembro de 1986**. Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1986. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2300-86.htm. Acesso em: 22 fev. 2020.

BRASIL. **Lei n. 14.039, de 17 de agosto de 2020**. Altera a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da OAB), e o Decreto-Lei nº 9.295, de 27 de maio de 1946, para dispor sobre a natureza técnica e singular dos serviços prestados por advogados e por profissionais de contabilidade. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L14039.htm. Acesso em: 24 set. 2020.

BRASIL. **Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14133.htm. Acesso em: 1 abr. 2023.

BRASIL. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 1 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **AREsp 1507099/GO**. Direito administrativo e outras matérias de direito público, Atos Administrativos, Improbidade Administrativa. Relator: Min Francisco Falcão, 19 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/a/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201901424233&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 21 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **AgRg no HC n. 669.347/SP**. Agravo regimental em habeas corpus. penal. art. 89 da lei n. 8.666/1993 ação penal. prefeito municipal. contratação direta de escritório de advocacia. requisito de singularidade do serviço suprimido pela lei n. 14.133/2021. caráter intelectual do trabalho advocatício. parecer jurídico favorável. ausência de dolo específico e de efetivo prejuízo. atipicidade

da conduta. agravo regimental provido. Relator: Min. Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), 14 de fevereiro de 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=144932342&num_registro=202101604413&data=20220214&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 31 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 72830/RO**. Direito processual penal. Relator: Min. Carlos Velloso, 24 de outubro de 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1618766>. Acesso em: 21 mar. 2020.

CAMARÃO, Tatiana; PIRES, Maria Fernanda. A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços jurídicos à luz da nova lei de licitações. **ONLL - Observatório da Nova Lei de Licitações**, Belo Horizonte, 30 mar. 2022. Disponível em: <https://www.novaleilicitacao.com.br/2021/04/07/a-inexigibilidade-de-licitacao-para-a-contratacao-de-servicos-juridicos-a-luz-da-nova-lei-de-licitacoes/>. Acesso em: 30 mar. 2023.

CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. Contratação direta de advogado particular pelo Poder Público por meio de inexigibilidade de licitação. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 18, n. 115, p. 249-276, jun./set. 2016.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Resolução n. 02/2015. Aprova o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. **Diário Oficial da União**: Sessão 1, Brasília, DF: 4 nov. 2015, p. 77.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 43. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos**. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacintho Arruda. **Tratado de direito administrativo: licitação e contratos administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

RIBEIRO, Adriano da Silva; PONTONE, Estevão Grill. Uma lei para estabelecer e “inocentar” o óbvio – Inexigibilidade de licitação para contratação de advogados especializados. **Migalhas de Peso**, [s. l.], 3 mar. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/321114/uma-lei-para-estabelecer-e-inocentar-o-obvio-inexigibilidade-de-licitacao-para-contratacao-de-advogados-especializados>. Acesso em 17 mar. 2020.

SALGADO, Plínio Salgado; TEIXEIRA, Ana Carolina Wanderley. Inexigibilidade de licitação para contratação de advogados na jurisprudência dos tribunais superiores. *In*: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; CAMMAROSANO, Márcio; SILVEIRA, Marilda de Paula; ZOCKUN, Maurício (coord.). **O direito administrativo na jurisprudência do STF e do STJ**: homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 467-468.

Recebido em: 22/03/2020

Aprovado em: 03/04/2023

MEDIAÇÃO FRENTE AOS NEGÓCIOS JURÍDICOS FAMILIARES

MEDIATION IN FAMILY LEGAL BUSINESS

José Ricardo Suter*

Como citar: SUTER, José Ricardo. Mediação frente aos negócios jurídicos familiares. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 18, n. 2, p. 65-79, ago.2023. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2023v18n2p.65. ISSN: 1980-511X

* Doutorando e Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL); Pós-graduado em Docência do Ensino Superior pela UNIFIO; Pós-graduado em Direito do Trabalho e Previdenciário pela UNIVEM; Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil pela UNIFIO. Graduado em Direito pela UNIFIO. Membro Efetivo na Comissão Especial de Soluções Consensuais de Conflitos na OAB-SP. Pesquisador do Projeto de Pesquisa “Do Acesso à Justiça no Direito das Famílias” vinculado Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Negocial da UEL. Advogado na Suter Advocacia & Gerenciamento de Conflitos. Mediador e Conciliador Extrajudicial e Judicial. Mediador no CEJUSC de Ourinhos-SP. Instrutor da Oficina de Parentalidade. Editor-Chefe da Revista Hórus da Faculdade Estácio de Sá de Ourinhos (FAESO). Professor e Coordenador do Curso de Direito da FAESO; Professor na Pós-graduação em MBA em Gestão Estratégica de Pessoas da FAESO. Foi presidente da Comissão Especial de Adoção da 58ª Subseção da OAB/SP de 2014 a 2018. E-mail: ricardosuter@gmail.com

Resumo: O cenário contemporâneo mostra que a utilização da mediação nas diversas áreas jurídicas tem aumentado nos últimos anos, principalmente com o advento das Leis 13.105/2015 – Código de Processo Civil e 13.140/2015 – Lei de Mediação. No direito das famílias não é diferente, aliás, é uma importante técnica de gestão democrática não adversarial, de cunho educativo, autônomo e comunicativo utilizada em demandas extrajudiciais e endoprocessuais. Com efeito, tem-se a concretude dos negócios jurídicos familiares. Com isso, este estudo visa analisar se a mediação de conflitos pode ser um mecanismo fortalecedor da realização de negócios jurídicos familiares. Neste contexto, abordará conceitos de negócios jurídicos bem como tratará das balizas da autonomia da vontade e suas vertentes, sendo traçadas algumas balizas norteadoras para a autonomia privada e autonomia existencial, além de tratar da mediação de conflitos familiares. Por fim, por meio do método dedutivo buscará demonstrar que a mediação pode ser um importante instrumento de promoção de negócios jurídicos familiares.

Palavras-chave: mediação; negócios jurídicos familiares; autonomia da vontade.

Abstract: The contemporary scenario shows that the use of mediation in various legal areas has increased in recent years, especially with the advent of Laws 13.105/2015 - Code of Civil Procedure and 13.140/2015 - Mediation Law. In family law it is no different, in fact, it is an important technique of non-adversarial democratic management, of educational, autonomous and communicative nature used in extrajudicial and end-of-procedural demands. In effect, there is the concreteness of family legal business. Thus, this study aims to analyze whether the mediation of conflicts can be a mechanism to strengthen the

realization of family legal business. In this context, it will address concepts of legal business as well as deal with the boundaries of the autonomy of the will and its aspects, outlining some guiding guidelines for private autonomy and existential autonomy, in addition to dealing with the mediation of family conflicts. Finally, the deductive method will be used to demonstrate that mediation can be an important instrument to promote family legal business.

Keywords: mediation; family legal business; autonomy of will.

INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e a entrada em vigor do Código Civil de 2002, iniciou-se uma nova trajetória do Direito Privado, amparado no Estado Democrático de Direito, que culminou numa releitura dos institutos do Direito Privado, em especial nos negócios jurídicos, no qual a autonomia da vontade, cuja acepção é subjetiva e relaciona-se à possibilidade de seu titular firmar ou não negócios jurídicos.

Neste contexto, os negócios jurídicos situam-se numa posição central no direito civil, afinal denotam a exterioridade da autonomia e da liberdade do indivíduo frente a ordem jurídica, importando dizer que a expressão da vontade humana é voltada a uma finalidade social útil devendo ser protegida pelo direito.

A partir disso, assegura que mesmo que a autonomia tenha se desenvolvida sob a ótica econômica e patrimonial, não se pode negar a legitimidade jurídica da autonomia existencial, tendo seu fundamento pautado na dignidade da pessoa humana.

Com a autonomia garantida ao indivíduo no ordenamento, possibilitando a criação, modificação e extinção de um direito, sendo previsto pelo código civil o negócio jurídico que, firmado entre duas ou mais pessoas com a intenção de adquirir algo ou até mesmo modificar sua atual situação, assumem entre si um pacto com regras próprias cujo objetivo basilar é garantir o respeito às disposições estabelecidas, fazendo que os envolvidos cumpram com o ajustado entre eles.

O negócio jurídico, contemplado tanto na esfera extrajudicial quanto na relação contratual processual pode ser observado também nos meios adequados de resolução de conflitos, por meio da autocomposição, que neste estudo limita-se a mediação.

Após essas considerações pretende-se com esta pesquisa, sem a pretensão de esgotar o tema haja vista a sua complexidade e extensão, analisar o instituto da mediação como meio de resolução de conflitos no direito de família e demonstrar se esta técnica pode ser reconhecida como um mecanismo fortalecedor dos negócios jurídicos familiares.

Para tanto, utiliza-se neste estudo o método dedutivo, sendo utilizadas as técnicas de levantamento bibliográfico, doutrinário e jurisprudencial expondo a temática a partir de referenciais teóricos, sendo estudado no capítulo inaugural aspectos dos negócios jurídicos e algumas das balizas da autonomia negocial.

Após, mostra a mediação de conflitos e sua implicação frente aos negócios jurídicos familiares, demonstrando ser esta técnica uma via de acesso ao fortalecimento de negócios jurídicos familiares, pois parte da autonomia da vontade dos litigantes em transigir por meio da negociação, do próprio incentivo e participação do mediador.

Ato contínuo, mostra que estabelecida a sessão de mediação de conflitos na seara familiar, de forma voluntária podem estabelecer o acordo, prevalecendo a autonomia da vontade e a liberdade de transigir.

Por fim, demonstra que a mediação aplicada no direito das famílias, com o auxílio do

mediador de conflitos, empondera os conflitantes a dialogarem e transigirem de maneira voluntária e autônoma, auxiliando na promoção dos negócios jurídicos familiares.

1 NEGÓCIOS JURÍDICOS E BALIZAS DA AUTONOMIA NEGOCIAL

Os negócios jurídicos situam-se numa posição central no direito civil, afinal denotam a exterioridade da autonomia e da liberdade do indivíduo frente a ordem jurídica. Neste trilhar, os negócios jurídicos podem ser compreendidos tanto em relação aos contratos em geral quanto a atos jurídicos unilaterais.

Imperioso dizer que a expressão da vontade humana é voltada a uma finalidade social útil devendo ser protegida pelo direito. Com base nessa premissa, a doutrina assegura que o negócio jurídico é o resultado da manifestação da vontade com certo objetivo, devendo ter seus efeitos e estes devem ser protegidos pela norma jurídica.

A par disso, nas palavras de Ana Paula Ruiz Silveira Lêdo, Isabela Cristina Sabo e Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral (2017, p. 14) “para que o negócio jurídico seja considerado válido e gerar efeitos na realidade social, deve obedecer determinados requisitos”. Ensinam, ainda, “que a visão clássica de negócio jurídico se encontra superada, visto que a liberdade atualmente nas relações negociais está se firmando cada vez mais” (LÊDO; SABO; AMARAL, 2017, p. 17).

Dito isto, necessário tratar das vertentes da autonomia demonstrando que a doutrina tem assinalado como sendo uma coisa só e outrora como se fossem distintos uns dos outros os conceitos de liberdade jurídica, autonomia da vontade, autonomia privada e autonomia negocial (MEIRELES, 2009, p. 66), sendo necessário tratar os conceitos de cada um deles.

Francisco Amaral (2014, p. 409) assegura que a liberdade jurídica é a possibilidade de a pessoa atuar com eficácia jurídica com o poder de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas. Demonstra ainda que “é o poder de regular juridicamente tais relações, dando-lhes conteúdo e efeitos determinados, com o reconhecimento e a proteção do direito”.

Sobre a autonomia da vontade, Rose Mello Vencelau Meireles (2009, p. 66) discorre que “tem feição subjetiva, pois releva à vontade em si mesma, no seu sentido mais psicológico”, garantindo a própria vontade do sujeito, por ser considerada a única fonte de efeitos obrigacionais.

A mesma autora assegura que “o princípio da autonomia da vontade foi cristalizado como fundamento jurídico de uma política econômica liberal que garantia à vontade do indivíduo o papel de causa primeira das relações jurídicas” (MEIRELES, 2009, p. 66).

Em relação a autonomia privada, Pietro Perlingieri (2007, p. 17) ensina que, em geral, “é o poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas como consequência de comportamentos - em qualquer medida - livremente assumidos”, assegurando que parte da doutrina entende que “o negócio jurídico é mecanismo de realização da autonomia privada, pois a partir dele se constituem, extinguem ou modificam as situações jurídicas” (PERLINGIERI, 2007, p. 17).

Desta feita, emana a autonomia negocial derivada da vontade negocial que nas palavras de Francisco Amaral (2014, p. 411), *verbis*:

No negócio jurídico a vontade caracteriza-se por sua finalidade específica, que é a gênese, modificação ou extinção de direitos. É chamada vontade negocial, que tem objetivo próprio e é normativa e vinculante, no sentido de estabelecer as normas reguladoras dos interesses das partes. O negócio jurídico é, portanto, exercício de autonomia privada, tendo, por isso, conteúdo normativo.

Para Ana Prata (2016, p. 11) a autonomia privada não condiz com a liberdade privada, esclarecendo que “o negócio é a afirmação da liberdade da pessoa, o negócio jurídico da vontade livre.” Com efeito:

A autonomia privada ou liberdade negocial traduz-se pois no poder reconhecido pela ordem jurídica ao homem, prévia e necessariamente qualificado como sujeito jurídico, de juridicizar a sua atividade (designadamente, a sua atividade econômica), realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos (PRATA, 2016, p. 13).

Com isso, “o fenômeno da autonomia privada é, portanto, visto em seu aspecto de limitação ou autolimitação do arranjo estatal, que deixa espaços em que a atividade normativa dos indivíduos pode ser inserida” (FERRI, 2001, p. 9).

Nesse cenário, Ana Prata (2016, p. 14-15) afirma que:

Poderia parecer estarmos em presença de uma realidade conceitual ampla, qualificativa de toda a atividade livre do homem, isto é, que autonomia privada e liberdade de ação humana seriam uma única coisa. Isso não é verdade por razões de várias ordens. Por um lado, a autonomia privada não designa toda a liberdade, nem toda a liberdade privada, bem sequer toda a liberdade jurídica privada, mas apenas um aspecto desta última: a liberdade negocial.

Neste cenário, mesmo que a autonomia tenha se desenvolvida sob a ótica econômica e patrimonial, não se pode negar a legitimidade jurídica da autonomia existencial.

A autonomia existencial tem seu fundamento pautado na dignidade da pessoa humana, enquanto a autonomia patrimonial, com o viés negocial, fundamenta-se na iniciativa privada e, em menor medida, na dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, Pietro Perlingieri (2007, p. 19) ensina:

Os atos de autonomia têm, portanto, fundamentos diversificados; porém encontram um denominador comum na necessidade de serem dirigidos à realização de interesses e funções que merecem tutela e que são socialmente úteis. E na utilidade social existe sempre a exigência de que atos e atividade não contrastem com a segurança, a liberdade e a dignidade humana.

Diante disso, denota-se que independente da categoria ser autônoma, negocial ou existencial, há cláusulas gerais que representam verdadeiras balizas para sua regulamentação e efetivação jurídicas.

Com essas ponderações, é possível pautar algumas balizas norteadoras para a autonomia privada e autonomia existencial com seus fundamentos na iniciativa privada e/ou na dignidade da pessoa humana, originando normas jurídicas próprias e específicas, instituindo cláusulas gerais, a exemplo da função social, boa-fé objetiva e funcionalização da existencialidade humana.

Nessa perspectiva, sobre as balizas da autonomia patrimonial com a autonomia privada ser ancorada na livre iniciativa e com viés econômico, cita-se como baliza a função social e a boa-fé objetiva.

A par disso, o artigo 421 (BRASIL, 2002) do código civil dispõe que “A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.”

Paulo Lôbo (2020, p. 224) mostra que:

A função social é princípio autônomo que deriva originariamente do macroprincípio da solidariedade. Significa que o exercício de qualquer direito deve estar em conformidade com social do interesse social comunidade onde se insere. Em outras palavras, o interesse individual não pode prevalecer sobre o interesse social.

Desta feita, demonstrado que o interesse individual não deve sobrepesar sobre o interesse social, demonstrando a importância da função social do contrato.

A outra baliza trazida é a boa-fé objetiva, sendo regra de conduta das pessoas nas relações jurídicas, principalmente obrigacionais, devendo o agente manter conduta honesta, leal e certa. Paulo Lôbo (2020, p. 234) discorre que:

É a boa-fé de comportamento, segundo uma ideia básica de correção na maneira de comportar-se nas relações sociais. A boa-fé objetiva não nos dá uma regra apta a ser aplicada a cada caso particular, mas exigem um juízo valorativo que o tempo e o espaço determinam.

Posto isso, imperioso mencionar também a declaração da vontade, pois esta é ligada diretamente ao princípio da boa-fé. Afinal, “a vontade é elemento fundamental na produção dos efeitos jurídicos, sendo necessário, como é obvio, que ela se manifeste, se exteriorize.” (AMARAL, 2014, p. 437).

Com efeito, Paulo Lôbo (2020, p. 739-740) assegura:

A exteriorização da vontade, como manifestação ou declaração, está no centro da interpretação do negócio jurídico. Desde que exteriorizada, a vontade vincula o agente, e interessa saber qual seu alcance e significado. A manifestação é a modalidade tácita da exteriorização da vontade, que se apreende pelas circunstâncias, pelo comportamento concludente e até pelo

silêncio, que reflete na interpretação dos negócios jurídicos pois a regra fundamental de interpretação do negócio jurídico volitivo está exposta no CC, art. 112, relativamente às declarações de vontade: prevalece a intenção nelas consubstanciada, e não o sentido literal da linguagem.

Assim, demonstradas as balizas da função social do contrato e da boa-fé objetiva com o sentido de elucidar tais questões para o prosseguimento do estudo com a descrição as balizas a serem tratadas na autonomia existencial.

Rose Mello Vencelau Meireles (2009, p. 60) ensina que a “pessoa para garantir o livre desenvolvimento da sua personalidade poderia se autodeterminar, ou seja, criar, modificar e extinguir situações subjetivas, conforme fosse o efeito mais adequado para tutela da pessoa.” Para tanto, a autonomia existencial tem seu fundamento apinhado pela dignidade da pessoa humana.

Não se tem normatização jurídica da autonomia existencial, sendo direcionada pelo princípio da dignidade da pessoa humana que remonta forçosa releitura de certos institutos do direito privado, a citar a vontade manifestada.

Nesse sentido, a vontade real do agente é a única hábil para promover efeitos dignos de tutela jurídica. A boa-fé e a confiança de outrem, ainda que beneficiário das disposições existenciais, não é suficiente para que seja desconsiderada a vontade interior do disponente (MEIRELES, 2009, p. 60).

A corroborar, a prevalência do valor da pessoa institui a interpretação de cada ato ou ação dos particulares à luz desse princípio fundamental (PERLINGIEIRI, 2007). Assim, em relação à autonomia existencial, a vontade deve ser apontada promotora do livre desenvolvimento da pessoa (MEIRELES, 2009, p. 60), e identificados os motivos, as razões psicológicas do agente, a fim de extrair se realmente o agir visa funcionalizar a dignidade da pessoa humana como condição de merecimento de proteção jurídica.

Assim, feitas breves considerações sobre negócios jurídicos, autonomia da vontade, percorrendo algumas balizas norteadoras relacionadas a autonomia privada e autonomia existencial para embasar a discussão deste estudo, que consiste na autonomia das partes envolvidas em um conflito familiar resolvê-lo por meio da mediação de conflitos e, com isso, ao final, demonstrar como esta técnica de resolução de litígios pode contribuir na promoção de negócios jurídicos familiares.

2 MEDIAÇÃO FRENTE AOS NEGÓCIOS JURÍDICOS FAMILIARES

Com a autonomia garantida ao indivíduo no ordenamento, possibilitando a criação, modificação e extinção de um direito, sendo previsto pelo código civil o negócio jurídico que, firmado entre duas ou mais pessoas com a intenção de adquirir algo ou até mesmo modificar sua atual situação, assumem entre si um pacto com regras próprias cujo objetivo basilar é garantir o respeito às disposições estabelecidas, fazendo que os envolvidos cumpram com o ajustado entre

eles.

O negócio jurídico, contemplado tanto na esfera extrajudicial quanto na relação contratual processual pode ser observado também nos meios adequados de resolução de conflitos, por meio da autocomposição, que neste estudo limita-se a mediação.

Imperioso mencionar que a utilização dos meios consensuais de resolução de conflitos é alvo de pesquisas e discussões. Em 2010 a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2010), instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento aos conflitos de interesses incumbindo os órgãos judiciários de oferecerem mecanismos de soluções de controvérsias, em especial a mediação, a conciliação e a arbitragem, bem como prestar atendimento e orientação ao cidadão (PEREIRA, 2016).

A lei de mediação e o código de processo civil (CPC), trazem dispositivos que estimulam métodos nas quais as partes possam construir seus próprios resultados sem a intervenção do terceiro juiz. Tais recursos merecem destaque por serem maneiras consensuais de solução de conflitos e possibilitam o empoderamento das partes, assim como a celeridade à resolução de conflitos (SUTER; CACHAPUZ, 2015).

O CPC atual, assegura a solução consensual de conflitos como um princípio geral para o direito processual civil brasileiro, imputando ao Poder Judiciário o dever de promover, “sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”, além de estimulá-la, bem como a outros métodos, por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do ministério público (artigo 3º, § 2º e §3º) (BUENO, 2015, p. 21-22).

Diante disso, uma das grandes virtudes do CPC foi inserir e incentivar a consensualidade e assim, instigar a utilização dos métodos adequados de solução de conflitos, sendo eles a mediação, conciliação e arbitragem.

Desta maneira, mostra-se a institucionalização da mediação em processos judiciais pelo CPC, objetivando dar celeridade à resolução dos conflitos.

Nessa linha de raciocínio, os parágrafos 2º§ e 3º§ do artigo 165 da Lei 13.105/2015 (BRASIL, 2015a) apresentam um critério para diferenciar a mediação da conciliação por meio da atuação do conciliador e do mediador. Em conformidade com o código, o conciliador deverá atuar “preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes” e “poderá sugerir soluções para o litígio.” Já o mediador, deverá atuar de preferência em casos em que houver vínculo anterior, auxiliará os interessados a compreenderem suas próprias questões e interesses em conflito, de forma que “eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprias soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.” (BUENO, 2015, p. 67).

A lei 13.140/2015 orienta o que Luiz Alberto Warat (2001, p. 80) assegurou há tempos, ou seja, o instituto da mediação como concepção “transformadora do conflito”, devido propiciar a intervenção de um terceiro neutro, mas o desfecho ser obtido pelas próprias partes envolvidas, propiciado pelo diálogo estabelecido pelo mediador.

Nesse sentido, cada meio de resolução de conflitos deve ser utilizado de acordo com a natureza e especificidade do litígio trazendo nas próximas linhas conceitos doutrinários para

melhor compreensão do tema.

Adolfo Braga Neto (2010, p. 20) disserta que “a mediação de conflitos trabalha com pessoas e não casos. Esta assertiva propõe demonstrar que o eixo central de referência da atividade constitui-se nas próprias pessoas.”

De acordo com o CPC e o jurista Kazuo Watanabe (2003), a mediação é a técnica indicada para solucionar conflitos quando há vínculo anterior entre as partes, desta forma é a técnica mais indicada a ser aplicada no direito das famílias.

A corroborar, sobre o conceito de mediação, a Lei 13.140 (BRASIL, 2015b) de 26 de junho de 2015 descreve em seu artigo 1º, parágrafo único: “Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.”

Nesse mesmo prisma, Laura García Raga (2010) disserta que a mediação não é somente uma maneira de solucionar conflitos, mas sim um mecanismo que capacita os envolvidos a restabelecerem a comunicação e gerenciar os conflitos. Assegura que é uma técnica de gestão democrática de conflitos, possuindo um cunho educativo.

A par disso, Rozane da Rosa Cachapuz (2011, p. 23) ensina que a “mediação vem do latim *mediare* e significa dividir ao meio, repartir em duas partes iguais. Ficar no meio de dois pontos.”

Na mediação, os conflitantes são os protagonistas, cabendo ao mediador apenas a facilitação do diálogo e/ou o reestabelecimento da comunicação. As partes são estimuladas pelo mediador a chegarem numa composição sozinhos.

Neste cenário, José Ricardo Suter (2018, p. 61) afirma que “o conflito está presente em todas as relações humanas, notadamente nos relacionamentos familiares”, e com isso, o mesmo autor assegura que:

[...] a mediação é inserida como sendo a melhor maneira de resolução de conflitos familiares, afinal se propõe a resolver problemas emocionais, proteger a relação entre os envolvidos, por meio da intervenção do mediador, na busca dos objetivos (SUTER, 2018, p. 66).

A corroborar sobre a utilização da mediação nas demandas familiares, o artigo 165, § 3º do código de processo civil brasileiro, reza:

O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos (BRASIL, 2015a).

Ainda, Ramos *et al.* (1999, p. 4) ensinam que:

La mediación tiene numerosos campos de aplicación, dentro de los que existe bastante experiencia; encontramos el de familia, (tensiones entre pareja: como casos de separación y divorcio o disputas de bienes matrimoniales, maltratos

o agresiones a mujeres, hombres, y niños,); laborales (conflictos gremiales, laborales e intra o interorganizacionales); comunales (disputas vecinales, comunales y municipales), que se ajustan a campos de intervención propios del trabajo social. La mediación es también importante en campos como el de la educación (conflictos en escuelas, colegios y universidades), quejas por mala atención o agravios de parte de funcionarios públicos, querellas entre el sector privado y el Estado o viceversa, disputas sobre alquileres, propiedades y otros bienes muebles e inmuebles, problemas de tránsito, conflictos ambientales o por el uso de recursos naturales y otras controversias institucionales, grupales o personales que requieran el uso de la mediación y la negociación según la Ley.

Diante disso, nota-se a amplitude da aplicabilidade da mediação nos mais diversos ramos do direito, notadamente no direito de família. Rozane da Rosa Cachapuz (2011, p. 16) assegura que “Essas formas vem enriquecer o ser humano que, ao construir renovadas possibilidades na resolução de seus conflitos, reconstrói suas relações e reconstrói a si mesmo”.

Desta maneira, a mediação familiar deve ser compreendida como uma estratégia educativa, exercício de cidadania, dos direitos humanos e da democracia (WARAT, 2001).

Por outras linhas, reforçando o descrito, estimular as partes importaria em fazê-las entender suas capacidades e qualidades no que se refere “à gestão e solução autocompositiva e consensual dos conflitos” (AZEVEDO, 2009, p. 141), fazendo com que a mediação familiar se torne um meio de solução de conflitos capaz de auxiliar os mediandos a resolverem seus conflitos de forma consciente, participativa, auxiliando-os a conhecerem direitos e impulsionando o acesso à justiça (WARAT, 2001).

A mediação é uma via de acesso ao fortalecimento de negócios jurídicos familiares, pois parte da autonomia da vontade das partes em transigir por meio da negociação, do próprio incentivo e participação do mediador.

Não obstante, a mediação fortalece as autonomias dos envolvidos nas tomadas de suas decisões, não focando unicamente na resolução do conflito em si, mas sim em todo o contexto, emoções, sentimentos ligados a ele (ZAPPAROLLI; KRÄHENBÜHL, 2012).

A corroborar, a mediação se mostra um importante meio de solução de conflitos no direito das famílias, pois empodera as partes na tratativa de seus litígios, respeitando sua autonomia, liberdade, bem como a dignidade de cada um dos envolvidos.

Desta feita, imperioso trazer à baila os objetivos da mediação conforme os ensinamentos de José Luis Bolzan de Moraes e Fabiana Marion Spengler (2008, p. 139), *verbis*:

[...] os objetivos da mediação dizem respeito ao restabelecimento da comunicação, mas também à prevenção e ao tratamento dos conflitos (através de uma visão positiva na pretensão de encará-lo como meio de socialização, de transformação e evolução social), como meio de inclusão social objetivando promover a paz social.

Entretanto, para Luis Alberto Warat (2001, p.31), “o objetivo da mediação não seria

o acordo, mas a mudança das pessoas e seus sentimentos. Somente desta forma seria possível transformar e redimensionar o conflito”. Segundo Maria Berenice Dias (2015) o acompanhamento das partes na solução de seus conflitos assegura o respeito aos sentimentos, permitindo aos envolvidos que se reorganizem, haja vista estarem eles frente a frente.

Por outro giro, Aguida Arruda Barbosa (2010, p. 386) disserta que a mediação aplicada no direito das famílias é:

[...] um instrumento à concretização dos ideais de distribuição de justiça, privilegiando as diferenças, pelo acolhimento e reconhecimento do conflito – sem negá-lo, como ocorre na lógica do litígio – em sua mais ampla concepção, visto como natural ao humano, interpretado como oportunidade de mudança que alça a família ao pleno desenvolvimento da personalidade.

Assim, a resolução dos conflitos vai muito além da simples materialização objetiva, pois quando “vestígios de amor” vão parar no judiciário um método como a mediação pode preservar os laços e a estrutura familiar (PEREIRA, 2016).

Diante disso, João Roberto da Silva (2004, p. 58) assevera:

[...] deve ter em vista o respeito à família e à cultura da sociedade na qual é adotada, pois assim como a família é o pilar da sociedade, a mediação vem em sua defesa e em seu fortalecimento, podendo-se estimular o seu valor para o exercício da cidadania.

Para tanto é pré-requisito que a sessão ou audiência de mediação familiar seja traduzida numa esfera participativa em que os interesses litigados possam resultar em soluções criativas e não, impostas por um terceiro, o juiz. Imperioso que a mediação familiar assuma esse viés, como momento legítimo de participação social no exercício da democracia, com a proposta de humanizar as relações, produzindo uma justiça voltada à qualidade de vida (WARAT, 2001).

Jean-François Six (2001), disserta que a mediação pode reestabelecer laços entre familiares que já não existiam mais, ultrapassando a resolução de disputas, devendo haver um espaço para criação, na qual se fomenta o fortalecimento da democracia, em razão à escuta mútua das partes, gestão da resolução dos conflitos e responsabilização à participação dos envolvidos.

No mesmo sentido, Rodrigo da Cunha Pereira (2016) ensina que a aplicação da mediação no direito das famílias vai muito além da simples materialização objetiva, pois quando “vestígios de amor” vão parar no judiciário, a mediação pode preservar os laços e a estrutura familiar.

Neste ponto, importante elucidar como a mediação aplicada no direito das famílias se torna instrumento fundamental para assegurar aos envolvidos seus poderes para transigir, prevalecendo a autonomia das partes, com o propósito ao final, alcançar um acordo, promovendo negócio jurídico familiar.

O empoderamento no processo de mediação refere-se também ao auxílio do mediador em fazer com que os litigantes tenham compreensão recíproca de seus interesses e sentimentos. Outra

seara desse incentivo diz respeito à necessidade de o mediador auxiliar as partes a buscarem suas capacidades de resolverem seus conflitos e conquistarem autonomia. Assim, estimular as partes importaria em fazê-las entender suas capacidades e qualidades, notadamente no que se refere à gestão e solução autocompositiva e consensual dos conflitos (AZEVEDO, 2009).

Nesse sentido, o estímulo apresenta outras dimensões, encorajando as partes a capacidade para uma compreensão ampla de direitos, dando-lhes condições jurídicas para o acesso à justiça, que, para Kazuo Watanabe (1988), denota-se o acesso à ordem jurídica correta, não devendo se limitar ao acesso aos órgãos judiciais já existentes, mas também levando em consideração a ordem jurídica e suas respectivas instituições.

Assim, a mediação familiar, além de auxiliar os mediandos a solucionarem seus litígios de forma consciente, empondera-os, auxilia-os a conhecer direitos, métodos, fortalecendo a democracia, propiciando os caminhos para efetivá-los, impulsionando o acesso à justiça (WARAT, 2001).

No mesmo viés, Adriana Goulart de Sena Orsini e Nathane Fernandes da Silva (2014, p. 222-223) asseguram que a mediação é “capaz de estimular a autoestima e a afirmação da autonomia das partes, promovendo o seu empoderamento”, viabilizando a mediação como um forte subsídio dos negócios jurídicos familiares.

Com efeito, a concretude do negócio jurídico familiar entre as partes devido a mediação, permitindo aos envolvidos pactuar sobre o que está sendo discutido, promovendo acordo, gerando direitos e obrigações com todas as observações de como deverão ser cumpridas, mostra como a autonomia da vontade se faz presente neste método de resolução de conflitos.

Com isso, estabelecida a sessão de mediação de conflitos na seara familiar, as partes de forma voluntária podem estabelecer o acordo, prevalecendo a autonomia da vontade e a liberdade de transigir, sendo que essa voluntariedade é requisito de validade do negócio jurídico familiar estabelecido.

Diante disso, resta concluir que a mediação aplicada nas demandas relacionadas ao direito das famílias, por meio da atuação do mediador de conflitos, fortifica as partes envolvidas no litígio a fazerem um acordo pactuando todos os detalhes, de maneira voluntária e autônoma, promovendo negócios jurídicos familiares.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente estudo esteve ancorado no objetivo geral de demonstrar que a mediação é um instrumento fortalecedor dos negócios jurídicos por meio da autonomia da vontade.

As demandas apresentadas no direito das famílias são dinâmicas e com isso os meios de resolução dessas controvérsias devem acompanhá-las. Sabe-se que é dever do Estado a proteção das famílias conforme disposto na Magna Carta de 1988. Nesse sentido, a mediação se apresenta

como um excelente, célere e eficaz meio de pacificação e resolução de conflitos familiares.

A mediação familiar se torna um método útil, haja vista a complexidade dos problemas que normalmente trazem questões afetivas e estas, por sua vez requerem soluções mais rápidas.

Esta técnica tem um papel fundamental na resolução de conflitos, extra ou endoprocessual, de conflitos familiares, em razão do seu caráter democrático, reformador, criativo e inovador, onde as partes, de maneira participativa e autônoma, são os responsáveis em gerir as próprias desavenças.

Diante disso, mostrou-se que esta técnica por meio do mediador, instiga os indivíduos envolvidos no litígio a resolverem seus conflitos de forma menos traumática, participativa, autônoma e transformadora, os emponderando a gerir o pacto que será estabelecido com todas as suas cláusulas, prevalecendo suas vontades.

Assim, conclui-se que a mediação de conflitos pode ser um meio fortalecedor da celebração dos negócios jurídicos familiares.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

AZEVEDO, André Gomma (org.). **Manual de mediação judicial**. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2009.

BARBOSA, Aguida Arruda. Mediação familiar: instrumento para a reforma do judiciário. *In* EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; ALVES, Leonardo Barreto Moreira (coord.). **Direito das famílias**: em busca da consolidação de um novo paradigma baseado na dignidade, no afeto, na responsabilidade e na solidariedade. Salvador: Jus Podivm, 2010.

BRAGA NETO, Adolfo. Mediação de conflitos: princípios e norteadores. **Revista da Faculdade de Direito UniRitter**, Porto Alegre, n. 11, p. 19-46, 2010. Disponível em: <http://seer.uniritter.edu.br/index.php/direito/article/viewFile/459/283>. Acesso em: 30 nov. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 out. 2022.

BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de processo civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 15 dez. 2022.

BRASIL. **Lei 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2015b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 22 jul. 2022.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/

LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 22 jul. 2022.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo código de processo civil**: anotado 2015. São Paulo: Saraiva, 2015.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos & Direito de família**. Curitiba: Juruá, 2011.

CNJ - CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: 10 jan. 2023.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FERRI, Luigi. **La autonomia privada**. Tradução Luis Sancho Mendizábal. Granada: Comares, 2001.

LÊDO, Ana Paula Ruiz; SABO, Isabela Cristina; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. Existencialidade humana: o negócio jurídico na visão pós-moderna. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, ano 6, n. 1, 2017. Disponível em: <http://civilistica.com/existencialidade-humana-o-negocio-juridico/>. Acesso em: 22 jul. 2022.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 1.

MEIRELES, Rose Mello Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MORAIS, José Luis Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição! 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena; SILVA, Nathane Fernandes da. Mediação para a democracia: cidadania, participação e empoderamento no âmbito da resolução de conflitos. *In*: FREITAS, Riva Sobrado de; SANTIAGO, Mariana Ribeiro; XIMENES, Julia Maurmann (coord.). **Direitos fundamentais e democracia IV**. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 212-227.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito das famílias no CPC-2015 e os restos do amor. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: IBDFAM, ago. 2016. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/autor/Rodrigo%20da%20Cunha%20Pereira>. Acesso em: 13 out. 2022.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 2016.

RAGA, Laura García. *Escuelas de mediación*. *In*: PERIS, J. Henri B.; MENA, Francisco H. (dir.). **Mediación familiar**. Madrid: Dykinson, 2010. v. 3.

RAMOS, Jose Luis Gonzalez; ACUÑA, Luis Fernando Mayorga; ABARCA, Marilu Mora; ROJAS, Rosa Maria Mora. Ponencia: resolución alternativa de conflictos. *In*: CONGRESO NACIONAL Y II INTERNACIONAL DE TRABAJO SOCIAL, 5., 1999. San José. **Anais [...]**. San Jose: [s.n.], 1999.

SILVA, João Roberto da. **A mediação e o processo de mediação**. São Paulo: Paulistanajur, 2004. p. 58.

SIX, Jean-François. **Dinâmica da mediação**. Tradução de Giselle Groeninga de Almeida, Águida Arruda Barbosa e Eliana Riberti Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SUTER, José Ricardo. **Mediação no direito de família: gestão democrática de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SUTER, José Ricardo; CACHAPUZ, Rozane da Rosa. A mediação no direito de família e o acesso à justiça. *In*: FÓRUM DE PROJETOS DE PESQUISA EM DIREITO, 4., 2015, Londrina. **Anais [...]**. Londrina: UEL, 2015. Disponível em: <http://www.uel.br/pos/mestradoemdireito/soac/index.php/forumuel/IVforumprojetopesquisael/paper/viewFile/64/31>. Acesso em: 15 ago. 2022.

WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001. v. 1.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. *In* GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988. p.

WATANABE, Kazuo. Modalidade de mediação. *In*: DELGADO, José. **Mediação: um projeto inovador**. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2003. v. 22, p. 43-50. (Série Cadernos do CEJ).

ZAPPAROLLI, Célia Regina; KRÄHENBÜHL, Mônica Coelho. **Negociação, mediação, conciliação, facilitação assistida, prevenção, gestão de crises nos sistemas e suas técnicas**. São Paulo: LTr Editora, 2012.

Recebido em: 16/02/2023

Aceito em: 24/03/2023

*Mestrando em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” - Faculdade de Ciências Humanas e Sociais (FCHS) campus de Franca/SP, sob orientação do Prof. Dr. Daniel Damasio Borges. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” - Faculdade de Ciências Humanas e Sociais (FCHS) campus de Franca/SP (2018). Advogado (OAB/SP 412.684). andre.tp.souza@unesp.br

**Doutoranda em Direito pela Unesp (campus de Franca/SP), sob orientação do Prof. Dr. Daniel Damásio Borges. Mestre em Direito (2018) pela Unesp (campus de Franca/SP). Especialista em Direito Tributário (2018) pela PUC Minas (polo de Uberlândia/MG). Bacharel em Direito (2016) pela Unesp (campus de Franca/SP). Graduada em Letras (Português/Francês) pela Unesp (campus de São José do Rio Preto/SP). Professora Tutora de Direito e Processo Previdenciário (Damásio Educacional). Advogada (OAB/SP nº 377.576). Atualmente, possui ênfase nas áreas de Direito Previdenciário, Direito Internacional Público e Direito e Literatura. ana.c.paula@unesp.br

***Professor associado de direito internacional público da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da UNESP - câmpus de Franca, sendo vinculado aos programas de graduação em direito e em relações internacionais e de pós-graduação em direito desta instituição. Possui graduação em direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2001), mestrado em direito internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2005) e pela Universidade Paris I (Panthéon-Sorbonne - 2006), doutorado em direito pela Universidade Paris I (Panthéon-Sorbonne - 2011) e livre-docência em direito internacional público pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2017). Obteve o título de doutor na Universidade Paris I (Panthéon-Sorbonne) com a nota máxima: “très honorable avec les félicitations du jury”. Tese laureada com o prêmio de melhor tese defendida em 2011 na Escola Doutoral de Direito Internacional Público e Europeu da Universidade Paris I (Panthéon-Sorbonne). Foi pesquisador visitante na École de Droit de la Sorbonne, Collège de France e no Instituto Universitário Europeu de Florença (2015-2016). Foi, ainda,

OS CASOS MARIANA E BRUMADINHO: ANÁLISE CRÍTICA DOS ASPECTOS TRABALHISTAS E PREVIDENCIÁRIOS DOS GRANDES ACIDENTES DE TRABALHO

THE MARIANA AND BRUMADINHO CASES:
CRITICAL ANALYSIS ON LABOR AND SOCIAL SECURITY
CONSEQUENCES OF MAJOR WORK ACIDENTES

André Torres Pinheiro de Souza*
Ana Cristina Alves de Paula **
Daniel Damasio Borges***

Como citar: SOUZA, André Torres Pinheiro de; ALVES DE PAULA, Ana Cristina; BORGES, Daniel Damasio. OS CASOS MARIANA E BRUMADINHO: análise crítica dos aspectos trabalhistas e previdenciários dos grandes acidentes de trabalho. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 18, n. 2, p. 80-100, ago.2023. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2023v18n2p.80. ISSN: 1980-511X

Resumo: Partindo da compreensão geral do sistema jurídico-ambiental e de suas aplicações ao direito do trabalho, este artigo abordará as grandes tragédias trabalhistas, sociais e ambientais ocorridas recentemente em Minas Gerais, com os rompimentos das barragens de rejeitos de mineração em Mariana e Brumadinho, buscando contextualizá-los como uma problemática que necessita ser compreendida sob o seguinte itinerário metodológico: contextualizar as tragédias enquanto grandes acidentes de trabalho, promovendo uma análise crítica dos seus aspectos trabalhistas e previdenciários. Serão analisados os detalhes destes dois casos, considerados os mais paradigmáticos entre aqueles julgados pela Justiça do Trabalho em matéria de direito ambiental do trabalho, promovendo uma abordagem cuidadosa dos fatos e da tramitação processual destas ações judiciais que tem como objeto os danos ambientais, sociais e coletivos do referido caso, concluindo pela afirmação dos direitos humanos ao meio ambiente do trabalho seguro e saudável, bem como alerta para a observância das regras tutelares quanto àquele tema. Para a realização da pesquisa, foi adotado o método dedutivo como método de abordagem e a técnica de pesquisa bibliográfica como

método de procedimento, com base na doutrina e na legislação pertinentes à matéria.

Palavras-chave: caso Mariana; caso Brumadinho; meio ambiente de trabalho; acidente de trabalho; direito ambiental do trabalho; meio ambiente do trabalho.

Abstract: Based on a general understanding of the environmental legal system and its applications to labor law, this article will address the major labor, social and environmental tragedies that have recently occurred in Minas Gerais, with the collapse of the mining tailings dams in Mariana and Brumadinho, seeking contextualize them as a problem that needs to be understood under the following methodological itinerary: contextualize tragedies as major accidents at work, promoting a critical analysis of their labor and social security aspects. The details of these two cases will be analyzed, considered the most paradigmatic among those judged by the Labor Court in matters of environmental labor law, promoting a careful approach to the facts and the procedural processing of these lawsuits that have as their object environmental, social and collectives of that case, concluding by the affirmation of the human right to a safe and healthy work environment, as well as warning for the observance of the tutelary rules regarding that subject. To carry out the research, the deductive method was adopted as the approach method and the bibliographic research technique as the procedure method, based on doctrine and legislation relevant to the matter.

Keywords: Mariana case; Brumadinho case; work environment; work accident; environmental labor law; work environment.

pesquisador visitante do Instituto de Estudos Avançados de Nantes (2018-2019), tendo sido titular da cadeira França-Organização Internacional do Trabalho. Proferiu palestras em diferentes universidades estrangeiras e em organizações internacionais, entre as quais a Organização Internacional do Trabalho (OIT), a Universidade Paris I (Panthéon-Sorbonne), Collège de France, a Universidade de Bath, a Universidade de Nantes (França), o Instituto de Estudos Avançados de Nantes (França), o Instituto de Estudos Políticos de Rennes (“Science Po Rennes”, França). Atua principalmente nos seguintes temas: relações internacionais, políticas públicas, direito comparado, direito internacional público, direitos humanos, comércio internacional, desenvolvimento. daniel.damasio@unesp.br

INTRODUÇÃO

Concebido como direito humano de natureza social, o direito a um meio ambiente de trabalho equilibrado, decorrente da própria lógica do labor em condições dignas, desvela-se um dos pontos de ponderação entre a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano, conforme previsão no art. 170, caput, da Constituição Federal.

Dito que o direito ao meio ambiente do trabalho ecologicamente equilibrado é um direito difuso, de terceira geração (mas idôneo à tutela de direitos de primeira geração), essencial à sadia qualidade de vida e impositivo ao Poder Público e à coletividade (artigo 225, caput, da CF), resta discriminar as suas principais concreções, no dia-a-dia das empresas urbanas e rurais, como direitos líquidos e exequíveis dos trabalhadores.

O artigo 7º, XXVIII, da CRFB estabelece, como direito dos trabalhadores urbanos e rurais, o “seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.” (BRASIL, 1988).

Atualmente, o Seguro contra Acidentes de Trabalho (SAT) corresponde, no plano infraconstitucional, aos diversos benefícios acidentários, entre prestações e serviços, que correm às expensas do Instituto Nacional do Seguro Social, mediante financiamento do Estado e dos empregadores (artigo 22, II, da Lei n. 8.212/91). Vale salientar que o pagamento da contribuição previdenciária para custeio dos acidentes de trabalho (contribuição SAT) não tem o condão de excluir a responsabilidade civil da empresa perante a Previdência Social, conforme entendimento jurisprudencial do Tribunal Regional Federal da Primeira Região (TRF 1ª Região, AC 2000.01.00.069642-0, de 16.10.2006).

Consoante publicação do MPT no Observatório Digital de Saúde e Segurança do Trabalho, acidentes de trabalho custaram R\$ 26 bilhões somente em despesas previdenciárias, entre 2012 e 2017. Os recursos foram gastos com o pagamento dos benefícios auxílio por incapacidade temporária, aposentadoria por incapacidade permanente, pensão por morte e auxílio-acidente.

Corriqueiramente, noticiam-se casos de acidentes de trabalho, seja em decorrência de negligência no que tange às regras e aos procedimentos de segurança e de saúde, pela desídia dos trabalhadores na observância dos protocolos preventivos ou, ainda, pela ineficiência no exercício do dever de vigilância dos empregadores nessas atividades.

A partir da análise de dois *leading cases* da Justiça do Trabalho Brasileira, que suscitam várias questões afeiçoadas ao tema de direitos humanos fundamentais do trabalhador, em singular aqueles que margeiam o direito a um meio ambiente salubre e seguro no desempenho das atividades, discorrer-se-á nas linhas a seguir sobre como os princípios informadores do direito ambiental do trabalho aplicam-se – ou deveriam se aplicar – em casos dessa natureza, e como se há de configurar a responsabilidade civil dos empregadores nos grandes acidentes em tais contextos.

O caso Mariana, desastre proporcionado pela Samarco Mineradora, uma sociedade da Vale e da BHP Billinton, teve dimensões múltiplas e consequências imensuráveis, que surpreenderam todas as esferas do poder público. Mais de 19 pessoas faleceram em decorrência do

rompimento da barragem do Fundão na tarde do dia 5 de novembro de 2015, destruindo o pequeno subdistrito de Bento Rodrigues, a 35 km da histórica cidade mineira de Mariana, e invadindo os cursos dos rios Gualaxo do Norte, Carmo e Doce e seguindo até o Espírito Santo, deixando seu rastro de destruição, que inclui mortes, desalojamento de populações, danos irreparáveis às bacias hidrográficas, mortandade de biodiversidade aquática e fauna terrestre.

O caso de Brumadinho, por sua vez, também se tornou paradigmático. É agora considerado o maior acidente de trabalho registrado na história do Brasil, com cerca de 270 pessoas mortas, entre as quais mais de 130 trabalhadores da mineradora Vale S/A, diretos ou indiretos (terceirizados), ultrapassando o desabamento de um pavilhão de exposições em Belo Horizonte, em 1971, e deixou 75 mortos, e o um dos maiores desastres industriais do século XXI.

Ambos os casos têm em comum os traços característicos da grande magnitude, da letalidade multitudinária e da causalidade sistêmica, relacionada a quadros de degradação do meio ambiente (inclusive o do trabalho, na esteira do que dita o art. 200, VIII, da Constituição Federal).

O artigo em curso tem a finalidade de abordar os principais tópicos referentes aos direitos humanos trabalhistas e previdenciários discutidos judicialmente nos casos Brumadinho e Mariana, adotando uma perspectiva interdisciplinar entre o Direito do Trabalho e o Direito Previdenciário, de modo a reforçar a relevância do resguardo da saúde como bem jurídico inegociável e merecedor de especial tratamento, no campo do Direito Ambiental, Higiene, Medicina e Segurança do Trabalho, como matérias conectadas com os direitos humanos do trabalhador.

A partir das evidências trazidas pelos mencionados casos, justifica-se repensar a tutela do direito do trabalho, em função da metodologia engendrada pelo direito ambiental do trabalho, representando assim um dos esforços mais profícuos para a superação dos problemas relacionados aos danos no ambiente de trabalho.

Trata-se de uma abordagem multimetodológica dividida em duas etapas. Na primeira etapa, de natureza exploratória, utilizou-se o método dedutivo, ao aplicar conceitos gerais para explicar fatos singulares, por meio de análise doutrinária e literatura especializada, mediante aplicação de técnica de pesquisa bibliográfica, com utilização de referências físicas e eletrônicas. Posteriormente, na segunda etapa do estudo, buscou-se, por meio do método de estudo de caso, trazer à tona os temas mais notáveis em direitos trabalhistas e previdenciários vinculados ao objeto de estudo, incluindo as ações civis públicas que buscaram mitigar os danos causados e assegurar o pagamento de indenização às vítimas e seus sucessores. Foram excluídas da análise as repercussões cíveis individuais e penais dos casos mencionados e as ações movidas por moradores das regiões afetadas e trabalhadores sem vínculo empregatício (conforme o art. 3º da CLT) com as empresas envolvidas.

Com ênfase na investigação exploratória e dogmática, foi levantada extensa bibliografia sobre o tema, bem como realizada pesquisa nas fontes primárias de investigação jurídico-dogmática. A confecção da pesquisa contou com bibliografia especializada, com obras da doutrina nacional e estrangeira, artigos científicos e legislações pertinentes ao tema deste artigo.

1 ACIDENTES DE TRABALHO: ABORDAGEM CONCEITUAL

Conforme definição legal dada pela lei que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81), meio ambiente é entendido como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.” (BRASIL, 1981). Assim, o meio ambiente pode ser compreendido como um sistema de elementos interagentes que circundam e abrigam todas as formas de vida, inclusive a humana, impactando e sendo impactado por elas (que, aliás, são partes integrantes desse sistema). O meio ambiente, portanto, envolve não apenas as dimensões natural, artificial e cultural, mas também a sua dimensão laboral, conforme dispõe o art. 200, VIII, da Constituição Federal, destacando constitucionalmente a dimensão ambiental laboral, nos próprios termos do Tema nº 320 do STF.

É verdade que o ordenamento jurídico nacional contempla uma vasta gama de regras constitucionais, ordinárias e regulamentares que reafirmam o direito humano à saúde, ao meio ambiente equilibrado e à hibridização desses na figura do meio ambiente de trabalho equilibrado como suporte de concreção da saúde do trabalhador. Essas disposições são de amplo conhecimento, motivo pelo qual não foram esmiuçadas no presente trabalho.

Não é de hoje que a sociedade se preocupa em editar normas jurídicas que assegurem a incolumidade física e mental das pessoas no exercício do labor, sendo direito dos trabalhadores desenvolverem a sua atividade com segurança, pois a empresa é responsável pela adoção e uso das medidas coletivas e individuais de proteção e segurança da saúde do trabalhador, ante o reconhecimento constitucional da existência do meio ambiente do trabalho.

Nesta seara, é possível observar que ao longo do século XX, determinados riscos envolvendo atividades profissionais eram tolerados, mediante o pagamento de indenizações quando ocorressem danos oriundos dessas atividades nocivas. Nas últimas décadas, contudo, as correntes teóricas que prezam pela maior relevância à proteção da integridade física e psíquica do ser humano, tornando determinados riscos intoleráveis, vêm se fortalecendo e sendo difundidas no âmbito internacional, como a Convenção nº 155 da OIT,¹ e também no ordenamento jurídico interno brasileiro, conforme se observa em diversos dispositivos da CLT.²

Não obstante, na prática, a lógica baseada exclusivamente na garantia de indenização, serve como um inventivo aos empresários, na medida em que a exposição dos trabalhadores a certos riscos seria vantajoso, desde que os lucros advindos desses riscos fossem maiores que as despesas com medidas preventivas (BORGES, 2017, p. 68).

1 A Convenção nº 155 da OIT trata sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores e Meio Ambiente de Trabalho, que prioriza medidas preventivas. Foi promulgada em 1994 pelo Brasil, e cita-se como exemplo o artigo 4 dessa convenção, que prevê a formulação de uma política nacional voltada à prevenção de acidentes de trabalho; e o art. 16, que determina o dever do Estado de exigir dos empregadores que, na medida do possível, garantam que os locais de trabalho, o maquinário, os equipamentos e as operações e processos que estiverem sob seu controle sejam seguros e não envolvam risco algum para a segurança e a saúde dos trabalhadores.

2 Dentre as responsabilidades e práticas do empregador voltadas à prevenção dos acidentes de trabalho previstas na CLT, destacam-se a entrega e fiscalização do uso de Equipamentos de Proteção Individual; Conscientização e treinamento dos trabalhadores acerca da utilização desses equipamentos; Diálogo de segurança; Ordem de serviço; Inspeção de Segurança; e o Fator Acidentário Previdenciário (ORTIZ; BIROLI, 2009, p. 55-57).

Já em 1919 foi aprovada a Lei nº 3724, a primeira norma geral sobre acidentes de trabalho no Brasil³. O enquadramento do acidente de trabalho era bem restrito, pois a legislação de época exigia que o evento ou a moléstia decorressem do exercício do trabalho, este como a única causa da incapacidade laboral ou da morte. Naquele tempo, uma vez ocorrido um acidente de trabalho, o patrão obrigava-se a pagar uma indenização tarifada ao trabalhador ou à sua família, excetuados apenas os casos de força maior, dolo da própria vítima ou de estranhos, sendo um direito trabalhista à época, adotando-se a responsabilidade objetiva pelo risco profissional.

Com o advento da Lei nº 5316/67, a proteção acidentária saiu da esfera trabalhista e adentrou a previdência social, operando-se a estatização do seguro de acidentes de trabalho, onde se mantém até hoje, na forma do art. 201, inc. I, da CF, que prevê a cobertura nos casos de doença, invalidez e morte, sendo a responsabilidade estatal objetiva.

Destarte, passou a se adotar o seguro social para proteger o trabalhador contra acidentes de trabalho, passando o INPS (atual INSS) a pagar as prestações previdenciárias em decorrência de acidente de trabalho, cabendo às empresas o pagamento de contribuição denominada “seguro de acidente de trabalho” para fazer frente às despesas, saindo de cena as seguradoras privadas. Vale frisar que, com o advento da EC 103/19, a Constituição passou a permitir a cobertura concorrente entre RGPS e setor privado de todos os benefícios não programados, o que abarca, além dos benefícios por incapacidade laboral, a pensão por morte e o auxílio-reclusão.

De acordo com o art. 19, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8213/91 (BRASIL, 1991), a empresa é responsável pela adoção e uso das medidas coletivas e individuais de proteção e segurança da saúde do trabalhador, constituindo contravenção penal, punível com multa, deixar a empresa de cumprir as normas de segurança e higiene do trabalho.

Quando se fala em acidente do trabalho, está-se diante do gênero que abrange acidente-tipo doença ocupacional, acidente por concausa e acidentes por equiparação legal, respectivamente artigos 19, 20 e 21 da Lei 8.213/91. Todas essas espécies de acidente, uma vez tipificadas, produzem os mesmos efeitos para fins de liberação de benefícios previdenciários, aquisição de estabilidade e até mesmo de crime contra a saúde do trabalhador.

A matéria atualmente é regulada pelos arts. 19 a 23 da Lei nº 8213/91, tendo sido alvo de reforma pela Lei Complementar nº 150/2015, que passou a prever os benefícios previdenciários por acidente de trabalho em favor do empregado doméstico, pois foi criada a contribuição SAT a ser paga pelo empregador doméstico, no importe de 0,8% do salário de contribuição do empregado doméstico a seu serviço.

Desde então, passou a ser considerado legalmente como acidente de trabalho “o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço de empresa ou de empregador doméstico ou pelo exercício

3 Considerava como acidente de trabalho “Ia) o produzido por uma causa subita, violenta, externa e involuntaria no exercício do trabalho, determinado lesões corporaes ou perturbações funcionaes, que constituam a causa unica da morte ou perda total, ou parcial, permanente ou temporaria, da capacidade para o trabalho; Ib) a molestia contrahida exclusivamente pelo exercicio do trabalho, quando este fôr de natureza a só por si causal-a, e desde que determine a morte do operario, ou perda total, ou parcial, permanente ou temporaria, da capacidade para o trabalho.” (BRASIL, 1919).

do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho”⁴.

Destarte, para a caracterização de um acidente de trabalho, é imprescindível que haja um nexo entre o exercício do trabalho e o evento que cause lesão física ou psicológica ao trabalhador.

Como “acidente por equiparação” mencione-se aquele ocorrido no local e no horário do trabalho, em consequência de (art. 21, II, da Lei n° 8.213/91): a) ato de agressão, sabotagem ou terrorismo praticado por terceiro ou companheiro de trabalho; b) ofensa física intencional, inclusive de terceiro, por motivo de disputa relacionada ao trabalho; c) ato de imprudência, de negligência ou de imperícia de terceiro ou de companheiro de trabalho; d) ato de pessoa privada do uso da razão; e) desabamento, inundação, incêndio e outros casos fortuitos ou decorrentes de força maior. Outra espécie de infortúnio que se equipara ao acidente do trabalho é a doença proveniente de contaminação acidental do empregado no exercício de sua atividade, *ex vi legis* do art. 21, III, da Lei n° 8.213/91.

O reconhecimento de um acidente de trabalho ou equiparado, e, por consequência, a concessão de benefício previdenciário acidentário, tem como principais consequências:

- a) O evento entrará na estatística da empresa para majoração em até 100% da contribuição de 1, 2 ou 3% sobre as remunerações dos segurados empregados e avulsos (contribuição SAT), na forma do art. 10 da Lei n° 10666/03;
- b) O empregado, após a cessação do auxílio por incapacidade temporária acidentário, tem garantida a estabilidade provisória no emprego por ao menos doze meses, na forma do art. 118 da Lei n° 8213/91, dispositivo legal validado pelo STF no julgamento da ADI n° 639, em 02.06.2005;
- c) O empregador obriga-se a depositar a importância a título de FGTS, conforme previsto no art. 15, § 5°, da Lei n° 8036/90;
- d) Dispensa-se a carência para a concessão da aposentadoria por incapacidade permanente e do auxílio por incapacidade temporária;
- e) A renda da aposentadoria por incapacidade permanente e da pensão por morte não precedida de aposentadoria será de 100% do salário de benefício;
- f) A ação judicial eventualmente proposta contra o INSS será da competência originária da Justiça Estadual, por força do art. 109, I, parte final, da CF, e não da Justiça Federal, mesmo em se tratando de acidente por equiparação ou doença ocupacional, bem como as respectivas ações revisionais.

4 De efeito, do referido conceito legal, agora ampliado para abarcar o empregado doméstico, é possível extrair os elementos caracterizados do típico acidente de trabalho:

Evento decorrente de trabalho a serviço da empresa ou do empregador doméstico, de atividade campesina ou pesqueira artesanal individualmente ou em regime de economia familiar para a subsistência, desenvolvida pelo segurado especial;

Causação de lesão corporal ou funcional (psíquica);

Ocorrência de morte do segurado, redução ou perda temporária ou definitiva da capacidade laboral.

Os casos Mariana e Brumadinho são paradigmáticos por firmar a defesa de direitos coletivos e difusos no âmbito do ambiente laboral, notadamente o reconhecimento do papel do Ministério Público do Trabalho na tutela de interesses que envolvam a coletividade dos trabalhadores e a fixação da competência material da Justiça do Trabalho.

2 OS PARADIGMAS JURÍDICOS NA PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

2.1 ANALISANDO AS REPERCUSSÕES DO CASO MARIANA/MG

A região de Mariana/MG está inserida no Quadrilátero Ferrífero, área central do Estado de Minas Gerais, e é composta por mais de 23 Municípios, cuja principal fonte de renda é a exploração de minérios. Nesta seara, a barragem de Fundão,⁵ situada a 6 quilômetros do distrito de Bento Rodrigues, em Mariana, e pertencente à empresa Samarco, apresentava sinais de saturação prematura desde 2013, mesma época em que houve queda nos preços de exportação de minérios. No dia 5 de novembro de 2015, a barragem se rompeu, ocasionando um desastre de grandes proporções (ATINGIDOS..., [2021]) e com importantes repercussões sob diversos aspectos.

Os rejeitos atingiram a barragem de Santarém – que continha água – e formaram uma onda de lama tóxica, que percorreu mais de 70 quilômetros em diversos rios, chegando até o Oceano Atlântico cerca de vinte dias após o desastre. Dentre as comunidades atingidas, as mais próximas foram totalmente destruídas, mas não foram as únicas prejudicadas, sobretudo considerando que os 43 milhões de metros cúbicos de rejeitos vazados espalharam seus poluentes ao longo de 668 quilômetros em diversos cursos d'água. Os moradores de diversos Municípios tiveram seu abastecimento de água comprometido, sendo que 35 cidades situadas às margens do Rio Doce decretaram estado de calamidade pública (ATINGIDOS..., [2021]). Além disso, grupos de agricultores familiares, comunidades urbanas, moradores de bairros atingidos pela lama tóxica, pescadores artesanais, povos indígenas e quilombolas também ficaram impossibilitados de utilizar a água para consumo ou para atividades de agricultura familiar. O desastre também contabilizou 19 fatalidades, sendo 5 moradores de Bento Rodrigues e 14 trabalhadores, sendo 13 terceirizados e prestadores de serviço de outras empresas e 1 da Samarco.

De acordo com os laudos técnicos elaborados pela Polícia Civil e pelo Ministério Público, que foram utilizados em ações judiciais como fundamento para a condenação das mineradoras ao pagamento de indenizações por danos morais e materiais aos sucessores dos trabalhadores falecidos, diversos erros operacionais e de ordem técnica foram cometidos pelas empresas responsabilizadas (MINAS GERAIS, 2017, p. 4), além de irregularidades, como a ausência de comunicação efetiva

5 As barragens de mineração possuem um funcionamento diferente das barragens de usinas hidrelétricas, na medida em que são construções utilizadas para guardar os resíduos da mineração (chamados rejeitos, materiais sem valor econômico, que são uma mistura de sólido com líquido), sendo diferentes das barragens de água, pois estão sempre em expansão, utilizando os próprios rejeitos que vão secando ao longo do tempo.

para o caso de rompimento da barragem e de articulação da empresa com órgãos da defesa civil para situações de emergência (MINAS GERAIS, 2019, p. 5). Ademais, apesar da alegação de que os trabalhadores receberam treinamentos de segurança básicos, inclusive em relação a procedimentos de evacuação do local, restou comprovado que os mesmos não eram eficazes para o caso de rompimento da barragem, haja vista que os trabalhadores mortos no desastre estavam em locais que os colocaram em total impossibilidade de defesa (MINAS GERAIS, 2019, p. 5). Dentre as causas responsáveis pelo desastre, foram reconhecidas, em sede judicial, as razões apontadas pelo Ministério Público do Trabalho, com destaque para dispositivos de monitoramento inexistentes, ausentes por supressão e/ou inoperantes, não cumprimento de programa de manutenção, adiamento de neutralização, eliminação de risco conhecido e falta de manutenção preventiva, que deram ensejo à emissão de 23 autos de infração após o incidente (MINAS GERAIS, 2018 a ou b, p. 9).

Dessa forma, esta breve exposição envolvendo o desastre ambiental em Mariana/MG permite evidenciar que o caso possui relevância social e jurídica sob diversos aspectos, de modo que este artigo fará uma análise sob o ponto de vista da responsabilidade do empregador e a degradação do meio ambiente de trabalho, haja vista que, mesmo após quase 6 anos da data do sinistro, seus efeitos ainda repercutem. Serão também analisadas as ações judiciais individuais e coletivas na esfera da Justiça do Trabalho requerendo o pagamento de indenização pelos danos causados.

2.1.1 A repercussão do rompimento da barragem do Fundão através das ações civis públicas e a responsabilidade de ressarcimento pelas empresas responsáveis

Diante do amplo impacto provocado pelo rompimento da barragem de Fundão, em Mariana/MG, um grande número de demandas judiciais foi interposto. Neste cenário, no contexto do meio ambiente do trabalho como parte integrante do meio ambiente ecologicamente equilibrado e com fins de analisar as consequências do desastre diante da possibilidade de danos sistêmicos, a Ação Civil Pública (ACP) se configura como um importante instrumento na busca pela reparação e indenização pelos danos causados. Por conseguinte, nos meses posteriores ao rompimento da barragem do Fundão, em Mariana, esta foi a ferramenta utilizada pelo Ministério Público do Trabalho (ACP Nº 0012023-97.2016.503.0069; ACP Nº 0010436-06.2017.503.0069; ACP Nº 0012054-83.2017.503.0069) e também por Procuradores dos Estados de Minas Gerais e do Espírito Santo (ACP nº 23863-07.2016.4.01.3800).

Dentre os desdobramentos das ACPs propostas, há que se destacar a rápida realização de um Termo de Transação e Ajustamento de Conduta (TTAC) em janeiro de 2016, entre o governo federal, os governos estaduais de Minas Gerais e Espírito Santo e as empresas privadas envolvidas no desastre, que suspendeu as demais ACPs e resultou na criação da Fundação Renova (TERMO..., [2016]), um ente privado com o escopo de reverter ou diminuir os danos causados pelo rompimento da barragem, incluindo o manejo de rejeitos e a reconstrução das áreas destruídas, e ressarcir a sociedade pelos danos gerais causados, como restauração florestal, recuperação

de nascentes e saneamento para os Municípios ao longo do Rio Doce (TERMO..., [2016]). Interessante apontar também, que em acordos posteriores firmados entre os órgãos públicos e as empresas, a Fundação Renova teve seu objeto ampliado, permitindo que as vítimas que sofreram prejuízos com o rompimento da barragem requeiram a indenização – e consequente pagamento – de forma simplificada, através do próprio sítio eletrônico da Fundação Renova, visando facilitar o ressarcimento das inúmeras pessoas lesadas pelas condutas desidiosas das empresas mineradoras.

Contudo, a criação da Fundação Renova teve sua legitimidade questionada por órgãos como o Ministério Público Federal e a Defensoria Pública da União devido à falta de inclusão de setores da sociedade civil diretamente atingidas na elaboração do TTAC (ATINGIDOS..., [2021]), de modo que a medida não foi suficiente para evitar novas ações judiciais pleiteando indenizações pelos danos sofridos.

Dessa forma, em janeiro de 2017 o Ministério Público Federal e o Ministério Público de Minas Gerais firmaram um Termo de Ajustamento Preliminar (TAP) no valor de R\$ 2,2 bilhões para custear o pagamento de programas de reparação socioambiental e socioeconômica referente aos impactos do rompimento (BRASIL, 2017). Ainda assim, contudo, não foram abarcados todos os grupos que alegaram prejuízos com as consequências do desastre, de modo que em junho de 2018, foi assinado mais um acordo entre o Ministério Público Federal e o Ministério Público Estadual de Minas Gerais e as empresas responsabilizadas, denominado Termo de Ajuste de Conduta (TAC) da Governança, que suspendeu por dois anos a Ação Civil Pública com autos de nº 23863-07.2016.4.01.3800, que pleiteava o pagamento de indenização pelos danos causados, no valor de R\$ 155 bilhões, e estabeleceu o compromisso das empresas com uma série de medidas de investimento em programas socioeconômicos e na Fundação Renova (ATINGIDOS..., [2021]).

Ocorre que, mais uma vez, cumprido o prazo de suspensão da supracitada ACP, constatou-se que os termos do acordo não foram cumpridos, o que levou o Ministério Público Federal a protocolar um pedido requerendo o seguimento do processo. Por conseguinte, é possível concluir que, passados mais de cinco anos do rompimento da barragem do Fundão em Mariana/MG, ainda estão sendo discutidas as medidas que devem ser adotadas para a recuperação ambiental da área e o ressarcimento daqueles que sofreram prejuízos de âmbito material e/ou moral em decorrência do incidente

2.1.2 As indenizações por danos morais e materiais na esfera da Justiça do Trabalho e o reconhecimento da responsabilidade objetiva pelo desenvolvimento da atividade de mineração

Em que pese a indiscutível relevância das ACPs propostas para mitigar os danos causados, garantir a recuperação das áreas devastadas e assegurar o pagamento de indenizações para todos as vítimas, diferentemente do que ocorreu após o desastre em Brumadinho/MG, como será exposto na sequência, as negociações coletivas através das ACPs não foram suficientes para evitar que os sucessores dos trabalhadores falecidos utilizassem das vias judiciais para pleitear indenizações diretamente com as empresas envolvidas.

Nesta seara, somente na Vara do Trabalho de Ouro Preto/MG, foram propostas 160 ações plúrimas, oferecidas pelo Sindicato dos Trabalhadores, além de outras 10 ações individuais, cujos reclamantes são, principalmente, herdeiros dos trabalhadores mortos pela onda lama tóxica (MINAS GERAIS, 2018c). As ações pleiteiam o reconhecimento da responsabilidade das empresas que exploravam a atividade de mineração e o pagamento de verbas indenizatórias por danos materiais e morais.

Para fins de aferir a responsabilidade das empresas mineradoras, as decisões judiciais foram fundamentadas nos laudos oficiais emitidos pela Polícia Civil e pelo Ministério Público do Trabalho, que constataram diversas falhas estruturais e de segurança que impediram a prevenção do acidente, expondo os trabalhadores à situação de perigo, de modo que reconheceram que houve culpa grave dos administradores do empreendimento (MINAS GERAIS, 2018 a ou b, p. 8). Diversas decisões proferidas reconheceram a mineração como atividade de risco e que os danos causados ensejam a responsabilidade objetiva e solidária das empresas envolvidas (MINAS GERAIS, 2018 a ou b, 2019).

Merecem especial consideração o entendimento firmado em algumas dessas decisões judiciais recentes, como a proferida em 2019 pela Sétima Turma do Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais (TRT-MG), que julgou favoravelmente o recurso interposto pela mãe e pela viúva de um trabalhador da Samarco, que faleceu em função do desastre (MINAS GERAIS, 2019). A Turma reconheceu à viúva o direito de receber pensão mensal pelo período de 36,3 anos, no valor correspondente à metade do salário auferido pelo trabalhador no mês anterior ao acidente, equivalente a R\$ 3.733,00. Em sede de danos morais, as recorrentes foram respectivamente contempladas com a indenização no valor de R\$ 600.000,00 (MINAS GERAIS, 2019, p. 7). A decisão também afastou a alegação das empresas recorridas de que o rompimento da barragem se deu por força maior, o que, segundo o relator, “beira a má-fé”, sobretudo considerando que alguns anos depois houve o incidente envolvendo a barragem em Brumadinho. Ainda de acordo com o ministro Fernando Peixoto, “há evidências de que as rés não adotaram medidas preventivas e não observaram medidas gerais de segurança no desempenho de suas atividades, primando por vultosos lucros em detrimento do direito à vida, à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado” (MINAS GERAIS, 2019, p. 5).

Na mesma esteira, o TRT-MG também reconheceu a legitimidade do pedido indenizatório por danos morais de oito sobrinhos de um trabalhador terceirado, motorista que morreu soterrado pela lama (MINAS GERAIS, 2018 a ou b). Neste caso, a Relatora Olívia Coelho, além de impor a indenização pelos danos morais experimentados por cada sobrinho no valor de R\$ 30.000,00 com base no caráter punitivo e pedagógico da medida e a gravidade e a extensão do prejuízo decorrente da conduta ilícita das empresas responsáveis, a ministra relatora Graça Maria B. de Freitas, acompanhada em decisão unânime, também entendeu pelo alto risco da atividade de mineração, que enseja a responsabilidade objetiva daqueles que exploram a atividade, reconhecendo também a solidariedade entre as empresas, haja vista que se beneficiavam, ainda que indiretamente, da deterioração ambiental (MINAS GERAIS, 2018 a ou b, p. 8).

Em outro processo cujo trâmite ocorreu na 13ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, as mineradoras foram condenadas (RTOOrd 0011425-54.2015.5.03.0013), ao pagamento de indenizações de R\$ 250.000,00 para cada uma das três dependentes do falecido (a viúva e duas filhas), além de R\$ 50.000,00 para seu irmão, a título de danos morais, além de pensão mensal para as três dependentes (MINAS GERAIS, 2017, p. 8). É interessante notar que as empresas alegaram reiteradamente que os trabalhadores utilizavam Equipamentos de Proteção Individual (EPI) e participavam de treinamentos para exercer as funções desempenhadas, o que isentaria as empresas de responsabilidade pelos danos causados (MINAS GERAIS, 2018 a ou b, 2019). Nas decisões, tais argumentos foram desconsiderados, a juíza Graça Maria B. De Freitas destacou de forma veemente que a alegação das mineradoras evidencia como os temas de saúde e segurança no trabalho estão distantes da cultura de prevenção estrutural dos riscos. Destaca também que o desastre de Mariana ocorreu por falhas estruturais da barragem, o que não seria sanável com uso de EPIs, e que não eram de responsabilidade do Setor de Segurança do Trabalho, mas da equipe de geotecnia. Dessa forma, para aferir a culpa das empresas nestes casos, deve ser feita uma análise centrada na adoção de procedimentos coletivos de prevenção de acidentes ou de evacuação em caso de acidente previsível e nas falhas de caráter estrutural da barragem (MINAS GERAIS, 2018 a ou b, p. 8-9). Restou evidente que, diante das provas trazida nos autos, os treinamentos não eram eficazes para caso de rompimento da barragem, que se deu pela falta de manutenção necessária e da incapacidade dos responsáveis de avaliar a instabilidade e o risco de rompimento, o que expôs os trabalhadores a laborar em locais vulneráveis.

Por conseguinte, as inúmeras decisões judiciais prolatadas reconhecem a culpa grave das empresas mineradoras, a mineração como atividade de risco, a responsabilidade objetiva das empreendedoras e a solidariedade das envolvidas no pagamento de indenizações e nas medidas de mitigação de danos e restauração das áreas atingidas.

2.2 ANALISANDO AS REPERCUSSÕES DO CASO BRUMADINHO/MG

A Companhia Siderúrgica Belgo-Mineira, criada em 1917 como associação entre capitais privados nacionais e estrangeiros, foi até meados do século XX a única grande siderúrgica do país. Situada em Sabará (MG), utilizava o minério do Quadrilátero Ferrífero e carvão vegetal para produzir mais de metade dos lingotes de aço do país.

Mas a grande siderurgia brasileira nasceu a partir de duas empresas estatais: a Companhia Vale do Rio Doce (CVRD), atual Vale, e a Companhia Siderúrgica Nacional (CSN), implantadas por Getúlio Vargas em 1942. A CVRD encarregou-se da extração, transporte ferroviário e naval e comercialização dos minérios do Quadrilátero Ferrífero, antes de expandir suas atividades para outras jazidas do país. A CSN, financiada por empréstimos dos EUA, obedeceu a prioridades estratégicas do governo de Getúlio Vargas, que pretendia utilizá-la como foco de estímulo à industrialização do país e símbolo da soberania nacional.

Na década de 1990, a CVRD e as siderúrgicas estatais foram privatizadas. Com isso,

desenvolveram-se estratégias de integração vertical e horizontal dos negócios. A CVRD tornou-se uma das principais acionais da Companhia Siderúrgica de Tubarão (CST) e adquiriu participações na Açominas (MG) e na CSN. Aproveitando-se de seu controle sobre a E. F. Vitória-Minas, o complexo portuário de Tubarão e o terminal de contêineres de Sepetiba, ela integrou a extração e o transporte de minérios de ferro e manganês e a produção e exportação de aço.

De acordo com Rubens Goyatá Campante (2019, p. 453), o rejeito resultante da extração de minério deve ser descartado com planejamento e cuidado, evitando-se que seja deixado ao longo dos cursos d'água e carreado por eles até os mares e oceanos. A partir do início do século XX, com a dinamização crescente da economia e da atividade industrial, teve início a construção de barragens para armazenar rejeitos.

Uma barragem de rejeito de mineração é construída gradualmente, ao longo de anos. O método mais comum de construção de tais barragens é o chamado “alteamento a montante”, em que a fundação para novos níveis da estrutura é o próprio rejeito – isso reduz muito ou até dispensa o uso de material e equipamentos pesados de construção, o que torna esse método o mais barato de todos (CAMPANTE, 2019, p. 455).

O citado está associado à maioria dos desmoronamentos de barragens de rejeitos em todo o mundo. O método mais adequado para Brumadinho e Mariana seria o de alteamento a jusante, mais seguro e previsível, notadamente porque a barragem se ergue sobre solo mais firme: não se empegam rejeitos consolidados para os alteamentos (CARDOZO; PIMENTA; ZINGANO, 2017). Nada obstante, é também o método mais caro e de maiores impactos ambientais durante a construção.

Em 25 de janeiro de 2019, a barragem 1 da Mina Córrego do Feijão (barragem de rejeitos pertencente à mineradora Vale S/A) se rompeu, seguindo-se um curso caudaloso de toneladas de lama que atingiu boa parte da área administrativa da Vale e da comunidade da Vila Ferteco, na cidade mineira de Brumadinho, repetindo a história da vizinha Mariana (MG), que há poucos anos também havia sido inundada por lama.

Consoante Guilherme Guimaraes Feliciano e Olívia de Quintana Figueiredo Pasqualeto (2019, p. 202), houve danos a todo o meio ambiente, seja em seu aspecto natural (já que a vegetação, a fauna e o solo da localidade foram degradados e a lama atingiu o rio Paraopeba), no artificial (com a destruição de moradias, pensões e logradouros) e, em especial, em sua dimensão laboral (com a morte das várias dezenas de trabalhadores da Vale que se encontravam no prédio da mineradora). Cerca de 270 pessoas foram mortas, o que inclui mais de 130 trabalhadores da mineradora Vale S/A, diretos ou indiretos (terceirizados).

O desastre de Brumadinho já pode ser considerado como o maior acidente do trabalho da História do Brasil, como pontuado alhures. As investigações realizadas após o desastre apontam inúmeras irregularidades na barragem rompida, que, aliadas à falta de fiscalização e à falta de manutenção da barragem, resultaram em mortes e em desequilíbrio do meio ambiente, nele considerado o do trabalho.

2.2.1 Repercussões trabalhistas

O rompimento da barragem Córrego do Feijão, em Brumadinho, assumiu o contorno de um acidente coletivo do trabalho. A atuação do Ministério Público do Trabalho tem se pautado por uma diretriz: coletivizar a demanda, aconselhando reiteradamente os familiares dos trabalhadores mortos a não negociar diretamente com a Vale e permanecerem representados nas ações coletivas que o MPT e os sindicatos ajuizaram contra a empresa.

Para isso, o MPT avaliou ser fundamental a concessão de indenizações emergenciais às famílias, para evitar que passem necessidade financeira e se tornem, assim, vulneráveis aos acenos da Vale por acordos individuais.

A 5ª Vara do Trabalho de Betim, onde tramitam as ações da Procuradoria do Trabalho, atendeu a demanda e determinou o pagamento, pela companhia, dessas indenizações emergenciais. O MPT demandou então, na ação civil pública nº 0010261-67.2019.5.03.0028, indenização por danos morais coletivos, e, para as famílias, indenização por danos materiais e por danos morais, ignorando o artigo da Reforma Trabalhista que tabela, conforme o salário do trabalhador, o pedido de dano moral em até 50 vezes o valor de tal salário, e exigiu, a princípio, 2 milhões de reais de indenização para cada família.

A proposta da Vale ([2021]), que também ignorou o tabelamento imposto pela Reforma Trabalhista, foi de 300 mil reais para o cônjuge ou companheiro e para cada filho, 150 mil reais para pai e mãe e 75 mil reais por irmão. Posteriormente, o MPT acabou por pedir 5 milhões de reais de dano moral para cada família de até 5 membros e 1 milhão adicional para cada membro familiar.

A mineradora depositou, no dia 2 de agosto de 2019, R\$ 400 milhões em uma conta da Justiça do Trabalho para pagar uma indenização por dano moral coletivo devido ao rompimento da barragem da mina Córrego do Feijão. O acordo prevê que mãe, pai, filhos, cônjuge ou companheiro de vítima do rompimento da barragem de Brumadinho vão receber R\$ 700 mil cada e irmãos de trabalhadores falecidos terão direito a indenização de R\$ 150 mil (VALE, [2021]).

Segundo o Observatório Nacional (CNJ, [2021]),

[...] dos R\$ 700 mil, R\$ 500 mil são referentes a indenização por danos morais e os R\$ 200 mil a título de seguro adicional por acidente de trabalho. No caso dos irmãos, o valor se refere a dano moral. O acordo também prevê indenização por danos materiais, para restaurar a renda mensal das famílias dos trabalhadores falecidos. Para isso, o dependente terá direito a receber uma pensão mensal vitalícia até os 75 anos, que é a expectativa de vida do brasileiro, de acordo com o IBGE. No entanto, o valor mínimo que os dependentes terão direito é de R\$ 800 mil, mesmo que a renda do trabalhador não somasse esse valor se ele tivesse completado os 75 anos de idade. Os interessados podem solicitar o pagamento antecipado da indenização, em parcela única, desde que aplicado o deságio de 6% ao ano.

O acordo celebrado nessa ACP gerou o ajuizamento, somente na 5ª Vara do Trabalho de Betim/MG, de mais de 490 cumprimentos de sentença para adesão ao acordo e o processamento de sua liquidação e execução.

O valor pago pela VALE a título de dano moral coletivo, após a primeira liberação, foi transferido para processo nº 0010269-27.2020.5.03.0087, onde ocorrerão as demais para auxílio durante a pandemia da COVID-19.

Ademais, os empregados próprios da Vale e terceirizados que estavam trabalhando na mina Córrego do Feijão no dia do desastre e sobreviveram terão direito a estabilidade de três anos no emprego, auxílio-creche no valor de R\$ 920 para filhos com até três anos de idade e auxílio educação de R\$ 998 para filhos com até 25 anos de idade. Eles ainda terão direito a uso vitalício e sem coparticipação para cônjuge e filhos com até 25 anos do plano de saúde que vigorava até a data do rompimento da barragem (CNJ, [2021]).

Para pais e mães de falecidos, o acordo contempla atendimento médico, psicológico, psiquiátrico pós-traumático na rede credenciada até a respectiva alta médica.

Em recente decisão, tomada em agosto de 2020 pelo juízo da já mencionada 5ª Vara do Trabalho de Betim, foi fixado que os funcionários da Vale e seus familiares terão até 15 de julho de 2021 para entrarem em contato com o MPTe receberem a indenização relativa ao acordo, ficando a empresa responsável por pagar os valores em até 10 dias úteis sob pena de multa de 50% do valor (CNJ, [2021]).

2.2.2 Repercussões previdenciárias

Os benefícios pagos por acidente de trabalho ao empregado, empregado doméstico, trabalhador avulso e segurado especial, bem como aos dependentes, são os seguintes: pensão por morte por acidente de trabalho; auxílio-acidente por acidente de trabalho; auxílio por incapacidade temporária por acidente de trabalho; e aposentadoria por incapacidade permanente por acidente de trabalho. Os afetados pelo desastre de Brumadinho podem, portanto, receber diversos benefícios laborais por incapacidade e pensão por morte.

A Advocacia-Geral da União (AGU) e a empresa Vale fecharam um acordo por meio do qual a mineradora se comprometeu a ressarcir em R\$ 129,5 milhões o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), em virtude dos benefícios previdenciários pagos pela autarquia às vítimas do rompimento da barragem em Brumadinho (MG), em janeiro de 2019.

De acordo com o art. 120 da Lei nº 8213/91, a Previdência Social ajuizará ação regressiva contra os responsáveis nos casos de: “I - negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicadas para a proteção individual e coletiva; II - violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.” (BRASIL, 1991).

O pagamento das prestações previdenciárias por acidente do trabalho não exclui a responsabilidade civil da empresa ou de outrem, nos termos do art. 121 da Lei nº 8213/91. Ou seja, os acidentes de trabalho e eventos equiparados ocorridos por culpa do empregador em não seguir

as normas vigentes sobre proteção do trabalhador gerarão a responsabilidade deste em ressarcir a Previdência Social o valor que for gasto no pagamento dos benefícios acidentários, até que ocorra a sua cessação, devendo ser aferida casuisticamente a ocorrência da culpa, especialmente com a perícia a ser realizada pela pasta trabalhista.

Consoante o Ministério da Economia (BRASIL, 2020), o acerto (que contou com o aval do próprio INSS e do mencionado Ministério) evita o ajuizamento de uma ação regressiva acidentária e é a maior conciliação extrajudicial neste tipo de caso da história do INSS. O valor que será pago pela Vale (feito em cota única, por meio da quitação de três Guias de Recolhimento da União já emitidas pelo INSS) e recolhido aos cofres da autarquia federal corresponde ao gasto do INSS com um total de 273 benefícios – entre pensões por morte, aposentadorias por incapacidade permanente, auxílios por incapacidade temporária e auxílios-acidente, entre outros – pagos a funcionários da Vale vítimas do desastre ou a seus dependentes e também aqueles benefícios que a autarquia ainda iria desembolsar.

Segundo o Coordenador-Geral de Cobrança e Recuperação de Créditos da Procuradoria-Geral Federal (PGF), Fábio Munhoz (BRASIL, 2020), acordos em ações regressivas não apenas evitam a judicialização de demandas, como também são ferramentas de recuperação dos créditos públicos de maneira mais célere e eficiente.

3 PREVENÇÃO DOS ACIDENTES DE TRABALHO, A RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR POR DANOS CAUSADOS NO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO E INJUSTIÇA AMBIENTAL

Neste cenário, é importante também analisar a responsabilidade civil do empregador pelos danos causados aos trabalhadores. A responsabilidade civil é positivada no ordenamento jurídico brasileiro no art. 927 do Código Civil, que aduz que todo aquele que causar dano a outrem por ato ilícito, fica obrigado a repará-lo. No âmbito do direito do trabalho, a Constituição Federal consagrou no art. 7º, XXVIII, o direito de todo trabalhador receber “seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa” (FELICIANO; PASQUALETO, 2017, p. 180).

Embora a parte final do dispositivo constitucional evidencie a adoção da responsabilidade subjetiva do empregador em casos de acidentes do trabalho, Feliciano e Pasqualetto (2017, p. 182) reconhecem a possibilidade de responsabilidade objetiva do empregador com base no parágrafo único do art. 927 do Código Civil. No mesmo sentido foi o entendimento do STF na tese de Repercussão Geral nº 932, que reconheceu a constitucionalidade da responsabilização objetiva do empregador.

Dessa forma, é possível o reconhecimento da responsabilidade objetiva do empregador nos casos em que a atividade desenvolvida, em função de suas peculiaridades, ofereça riscos superiores àqueles inerentes a quaisquer atividades econômicas. É importante ressaltar que o

conceito de atividades de risco engloba a execução do contrato laboral de forma ampla, incluindo eventuais riscos e danos que podem ser experimentados por terceiros.

E ainda, a degradação do meio ambiente do trabalho⁶ também impõe ao empregador a responsabilidade civil objetiva, conforme determinam a Constituição Federal⁷ e a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente.⁸ No que concerne ao meio ambiente do trabalho, os princípios ambientais – especialmente os da prevenção, precaução e do poluidor-pagador – devem ser observados, sob pena de reconhecimento da responsabilidade objetiva do empregador decorrente da poluição labor-ambiental (PADILHA, 2011, p. 251-252).

Insta salientar que não há que se falar em antinomia entre a previsão constitucional de responsabilidade subjetiva do empregador pelo acidente do trabalho e a aplicação da responsabilidade objetiva em caso de degradação do meio ambiente laboral, haja vista que são feitas previsões distintas para situações fáticas distintas. No primeiro caso, a previsão constitucional é voltada para situações cujos danos são oriundos de causalidades tóxicas, que não têm a magnitude de desequilibrar o todo ou parte do meio ambiente laboral. A última situação, por sua vez, deve ser observada em caso de danosidade sistêmica⁹, que tem relação com a própria organização do meio ambiente do trabalho, métodos de produção e com o desrespeito reiterado de obrigações legais (FELICIANO; PASQUALETO, 2017, p. 181-182).

O desempenho de atividades nocivas é frequentemente acompanhado da danosidade sistêmica, o que perpetua a distribuição dos riscos ambientais de forma extremamente discriminatória, materializando a injustiça ambiental, na medida em que os grupos sociais mais vulneráveis, que laboram ou residem nas proximidades de onde essas atividades são exploradas, são os maiores prejudicados e são encarregados de lidar com as consequências negativas que são exteriorizadas sob inúmeros aspectos (BRASIL, 2013).

O rompimento das barragens em Mariana/MG e Brumadinho/MG exemplificam a materialização da injustiça ambiental a partir do desenvolvimento de atividades nocivas, em que foram negligenciadas medidas preventivas, que garantiriam maior segurança aos trabalhadores da empresa e terceirizados, bem como à população residente na área, em prol da maior exploração e lucros mais vultosos. As catástrofes ocorridas em novembro de 2015 e janeiro de 2019, dentre suas inúmeras consequências, trouxeram à luz o debate envolvendo a responsabilidade civil

6 Conforme definição legal dada pela lei que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente (PNAMA – Lei nº 6.938/81), meio ambiente é entendido como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. Assim, o meio ambiente pode ser compreendido como um sistema de elementos interagentes que circundam e abrigam todas as formas de vida, inclusive a humana, impactando e sendo impactado por elas (que, aliás, são partes integrantes desse sistema). O meio ambiente, portanto, envolve não apenas as dimensões natural, artificial e cultural, mas também a sua dimensão laboral, conforme dispõe o art. 200, VIII, da Constituição Federal, destacando constitucionalmente a dimensão ambiental laboral, nos próprios termos do Tema nº 320 do STF (BRASIL, 1988).

7 Art. 225, §3º da Constituição Federal aduz que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.” (BRASIL, 1988).

8 Art. 14, § 1º da Lei do PNAMA, afirma que o poluidor é obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade (BRASIL, 1981).

9 Guilherme Feliciano indica um rol exemplificativo de indícios que caracterizam o desequilíbrio sistêmico, como a afetação multitudinária dos trabalhadores, a imperícia organizacional e a constatação pericial de riscos agravados ou proibidos naquele meio ambiente de trabalho (FELICIANO; PASQUALETO, 2017, p. 181-182).

do empregador pelos danos causados e o *quantum* indenizatório em sede de ações trabalhistas individuais e coletivas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foram analisados os detalhes dos casos Brumadinho e Mariana, considerados paradigmáticos em matéria de direito ambiental do trabalho, abordando cuidadosamente os fatos e a tramitação processual da ação judicial na Justiça do Trabalho, avaliando em que medida a inefetividade concreta daqueles princípios contribuiu para o evento danoso, bem como a diagnose das repercussões trabalhistas e previdenciárias do empregador em casos de grandes acidentes de trabalho.

As discussões desencadeadas em termos de salubridade, de segurança e de saúde no meio ambiente de trabalho quanto aos processos Brumadinho e Mariana serviram para estabelecer, em definitivo, a competência da Justiça do Trabalho para ações calcadas em violações a direitos fundamentais atinentes à tutela da saúde do trabalhador e afirmar o meio ambiente do trabalho como um direito humano de observação objetiva pelo empregador.

Diante das observações iniciais, resta cristalino que o epicentro de afirmação judicial dos direitos humanos, nos casos em estudo, seria um meio ambiente seguro, salubre, adequado e equilibrado. Os mencionados casos devem ser considerados divisores de águas na seara dos Direitos Humanos tratados pela Justiça do Trabalho, como frutos de uma política trabalhista divorciada da mínima noção de respeito ao ser humano.

Nos casos em foco, consumaram-se sérios danos ambientais, trabalhistas e previdenciários decorrentes do desequilíbrio ambiental laboral, o que atrai o conceito da danosidade sistêmica e a responsabilização civil objetiva, impondo ao empregador a obrigação de reparar os danos que sua atividade causou, independentemente de culpa ou dolo.

Erige-se uma baliza pedagógica pelos substanciais valores que enredaram o julgamento dos casos Mariana e Brumadinho, para que fatos e condutas como as das empresas reclamadas não integrem o cotidiano das futuras gerações.

REFERÊNCIAS

ATINGIDOS pelo desastre ambiental de Mariana lutam por reassentamento e garantia de reparação justa dos danos morais, materiais e imateriais. Rio de Janeiro: NEEPES: ENSP: FIOCRUZ, [2021]. Disponível em: <http://mapadeconflitos.ensp.fiocruz.br/conflito/mg-atingidos-pelo-desastre-ambiental-de-mariana-lutam-por-reassentamento-e-garantia-de-reparacao-justa-dos-danos-morais-materiais-e-imateriais-que-sofreram/>. Acesso em: 14 abr. 2021.

BORGES, Daniel Damásio. **O alcance dos tratados sobre os direitos sociais no direito brasileiro**. Tese (Doutorado de Livre Docência Direito) - Faculdade de Direito da Universidade

de São Paulo, São Paulo, 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 22 jun. 2021.

BRASIL. Decreto nº 3.724, de 15 de janeiro de 1919. Regula as obrigações resultantes dos acidentes no trabalho. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Brasília, DF, 18 jan. 1919, p. 1013 (Publicação Original). Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-3724-15-janeiro-1919-571001-publicacaooriginal-94096-pl.html>. Acesso em: 22 jul. 2021.

BRASIL. **Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1991. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm. Acesso em: 27 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16938compilada.htm. Acesso em: 22 jun. 2021.

BRASIL. Ministério da Economia. **Acordo entre AGU e Vale assegura ressarcimento de R\$ 129 milhões ao INSS**. Brasília, DF: Serviços e Informações do Brasil, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/financas-impostos-e-gestao-publica/2020/08/acordo-entre-agu-e-vale-assegura-ressarcimento-de-r-129-milhoes-ao-inss>. Acesso em: 22 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2 Turma). **Recurso Especial nº 1.310.471-SP – 2011/0293295-2**. Embargos à execução fiscal. Acumuladores Ajax vs Fazenda do Estado de São Paulo. Relator: Herman Benjamin, Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.cvs.saude.sp.gov.br/up/stj-ajax-2013.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2021.

BRASIL. **Termo de ajustamento preliminar entre Ministério Público Federal, Samarco Mineração S/A, BHP Billiton Brasil LTDA**. Brasília, DF: MPF, 18 jan. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/acordo-samarco-mpf.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2021.

CAMPANTE, Rubens Goyatá. Mineração e grandes acidentes do trabalho: a lógica subjacente. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3. Região**, Belo Horizonte, v. 65, n. 100, p. 445-489, jul./dez. 2019.

CARDOZO, Fernando Alves Cantini.; PIMENTA, Matheus Montes.; ZINGANO, André Cezar. Métodos construtivos de barragens de rejeitos de mineração: uma revisão. **Holos**, Natal, v. 8, p. 77-85, 2017. Disponível em: www2.ifrn.edu.br/ojs/index.php/HOLOS/article/download/5367/pdf. Acesso em: 22 jun. 2021.

CNJ - CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Desastre com barragens nos municípios de Brumadinho/MG**. Brasília, DF: Observatório Nacional, [2021]. Disponível em: <https://observatorionacional.cnj.jus.br/observatorionacional/destaque/desastres-com-barragens-nos-municipios-de-brumadinho-mg/>. Acesso em: 22 jul. 2021.

FELICIANO, Guilherme Guimarães; PASQUALETO, Olívia de Quintana Figueiredo. Meio ambiente do trabalho e responsabilidade civil do empregador. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 122, p. 163-186, jan./dez. 2017.

MINAS GERAIS. 13ª Vara do Trabalho. **Reclamação Trabalhista nº 0011425-54.2015.5.03.0013**. Autores: Tânia Penna Carvalho e outros. Réus: Integral Engenharia LTDA. e outros. Juíza: Tatiana Cristina de Araújo, Belo Horizonte, 25 de outubro de 2017. Disponível em: <https://pje-consulta.trt3.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0011425-54.2015.5.03.0013/1>. Acesso em: 14 maio 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho (3ª Região). **Ata de Audiência relativa ao processo nº 0011256-59.2016.5.03.0069**. Autores: Tatiana Luzia Segundo de Lima Xavier e outros. Réus: Vix Logística S.A. e outros. Juiz: Antônio Gomes Vasconcelos, Belo Horizonte, 20 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://pje-consulta.trt3.jus.br/consultaprocessual/0011256-59.2016.5.03.0069/2>. Acesso em: 17 maio 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho (3ª Região). **Recurso Ordinário nº 0010858-78.2017.5.03.0069**. Recorrente: Samarco Mineração S.A., BHP Billiton Brasil LTDA, VALE S.A. Recorrido: Integral Engenharia LTDA, Samarco Mineração S.A., Vale S.A., BHP Billiton BRASIL LTDA. Karolina Narkievicius de Lima Araujo, Miguel Narkievicius Lima de Paula, Maria Raquel Narkievicius lima de Paula, Silvana Helena de Lima Paula, Sidney Narkievicius de Lima, Helvécio Gil de Lima Júnior. Relatora: Graça Maria Borges de Freitas., 16 de abril de 2018a. Disponível em: <https://pje-consulta.trt3.jus.br/consultaprocessual/0010858-78.2017.5.03.0069/2>. Acesso em: 14 maio 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho (3ª Região). **Recurso Ordinário nº 0010006-59.2016.5.03.0111**. Recorrentes: Samarco Mineração S.A, BHP Billiton Brasil LTDA., South32 Minerals SA, WMC Mineração LTDA, Vale S.A., Ana Paula Auxiliadora Alexandre, Maria Jose Oliveira de Assis, Integral Engenharia LTDA. Recorridos: Integral Engenharia LTDA, Samarco Mineração S.A., South32 Minerals SA, BHP Billiton Brasil LTDA., WMC Mineração LTDA, Vale S.A., Ana Paula Auxiliadora Alexandre, Maria Jose Oliveira. Relator: Fernando Antônio Viégas Peixoto, 13 de junho de 2019. Disponível em: <https://pje-consulta.trt3.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0010006-59.2016.5.03.0111/2>. Acesso em: 12 maio 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho (3ª Região). **Termo de Audiência relativo ao Processo nº 0011425-54.2015.5.03.0013**. Autores: Tânia Penna Carvalho e Outros. Réus: Integral Engenharia LTDA. e outros. Juíza: Flávia Cristina Rossi Dutra, Belo Horizonte, 14 de novembro de 2018b. Disponível em: <https://pje-consulta.trt3.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0011425-54.2015.5.03.0013/1>. Acesso em: 14 mai. de 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho (3ª Região). **Tragédia de Mariana completa 3 anos**: veja o panorama das indenizações pagas às vítimas na JT-MG. Belo Horizonte: TRT, 2018c. Disponível em: <https://portal.trt3.jus.br/internet/conheca-o-trt/comunicacao/noticias-juridicas/panorama-das-indenizacoes-a-vitimas-da-tragedia-ambiental-em-mariana-pagas-na-jt-de-minas-1>. Acesso em: 12 abr. 2021.

ORTIZ, Edilson; BIROLI, Silvio Luís. O acidente de trabalho e as responsabilidades do empregador. **Revista Interfaces**: ensino, pesquisa e extensão, São Paulo, ano 1, n. 1, 2009.

PADILHA, Norma Sueli. O equilíbrio do meio ambiente do trabalho: direito fundamental do

trabalhador e de espaço interdisciplinar entre o Direito do Trabalho e o Direito Ambiental.

Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, v. 77, n. 4, p. 231-258, out./dez. 2011. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/28356>. Acesso em: 16 mar. 2021.

TERMO de transação e de ajustamento de conduta. [S.l.: Fundação Renova, 2016]. Disponível em: <https://www.fundacaorenova.org/wp-content/uploads/2016/07/ttac-final->

VALE. **Prestação de contas**. [Rio de Janeiro]: Vale, [2021]. Disponível em: http://www.vale.com/brasil/PT/aboutvale/servicos-para-comunidade/minas-gerais/atualizacoes_brumadinho/Paginas/Acoes-da-Vale-em-Brumadinho.aspx?utm_source=Google&utm_medium=CPC&utm_campaign=2019%7CSearch%7CBrumadinho%7CPresta%C3%A7%C3%A3oDeContas&utm_content=Link3. Acesso em: 22 jul. 2021.

Recebido em: 05/07/2021

Aceito em: 30/08/2022

CONTRATAÇÃO PÚBLICA: O PROGRAMA DE INTEGRIDADE COMO REQUISITO NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PUBLIC CONTRACTING: THE INTEGRITY PROGRAM AS A REQUIREMENT IN THE STATE OF RIO GRANDE DO SUL

Salete Oro Boff*
Dionis Janner Leal**

Como citar: BOFF, Salete Oro; LEAL, Dionis Janner. Contratação pública: o programa de integridade como requisito no Estado do Rio Grande Do Sul. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 18, n. 2, p. 101-118, ago.2023. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2023v18n2p.101. ISSN: 1980-511X

*Doutora em Direito pela UNISINOS. Pós-Doutora em Direito pela UFSC. Coordenadora do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade Meridional - IMED – Mestrado. Grupo de Pesquisa-CNPq Direito, Novas Tecnologias e Desenvolvimento. Grupo de Estudos em Desenvolvimento, Inovação e Propriedade Intelectual-GEDIPI. Professora da UFFS. E-mail: salete.oro.boff@gmail.com

**Mestrando em Direito. Membro do GEDIPI, ambos pela Faculdade Meridional – IMED – de Passo Fundo-RS. Especialista em Direito Público. Técnico Administrativo em Educação e Membro do Núcleo de Inovação e Transferência de Tecnologia no Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Farroupilha. Advogado. E-mail: dionislealadv@gmail.com

Resumo: O presente artigo analisa os contornos da Lei nº 12.846, de 2013, comumente conhecida como Lei Anticorrupção Empresarial, que estabelece o programa de integridade como requisito para contratação de serviços e aquisição de produtos com o Poder Público, a partir da sua regulamentação pelo Decreto nº 11.129, de 2022, e outros regulamentos estaduais e municipais, a exemplo da Lei Estadual nº 15.228, de 2018, do Estado do Rio Grande do Sul, os efeitos jurídicos de tal exigência e sua constitucionalidade como requisito de habilitação ou não, a fim de atenuar os efeitos de atos corruptivos perante a Administração Pública por intermédio de contratos públicos. Buscou-se pelo método dialético, com base na doutrina, na lei e artigos, abordar a regulamentação dos programas de integridade de acordo com a nova Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013) e seu decreto regulamentador. O estudo permitiu verificar que a exigibilidade na contratação pública de mecanismos de integridade pelas corporações privadas tem viés constitucional e não vai de encontro a lei geral de contratação pública, permitindo que o Poder Público tenha maior segurança na concepção de vínculos contratuais com a iniciativa privada.

Palavras-chave: contratação pública; lei anticorrupção; programa de integridade.

Abstract: This article analyzes the contours of Law 12.846, of 2013, commonly known as the Corporate Anti-Corruption Law, which establishes the integrity program as a requirement for contracting services and purchasing products with the Government, based on its regulation by Decree nº 11.129, 2022,

and other state and municipal regulations, such as State Law No. 15,228, 2018, of the State of Rio Grande do Sul, the legal effects of such a requirement and its constitutionality as a qualification requirement or not, in order to mitigate the effects of corrupt acts before the Public Administration through public contracts. The dialectical method, based on doctrine, law and articles, was sought to address the regulation of integrity programs in accordance with the new Anti-Corruption Law (Law 12.846 / 2013) and its regulatory decree. The study made it possible to verify that the requirement for public procurement of integrity mechanisms by private corporations has a constitutional bias and does not conflict with the general law on public procurement, allowing the Government to have greater security in the design of contractual links with the private sector.

Keywords: public procurement; anti-corruption law; integrity program.

INTRODUÇÃO

O advento da Lei Federal nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013), conhecida como Lei Anticorrupção ou Lei de Responsabilização das Pessoas Jurídicas (LRPJ), trouxe contribuições que vão além das inovações no combate à corrupção, criando incumbências administrativas internas a organizações privadas que venham a ter vínculo com o Poder Público (contratos, convênios, etc), como mecanismos e controles internos que combatam atos lesivos enumerados pela própria lei e que tenham potencial de causar prejuízos ou atentam contra a moralidade da Administração Pública quando da sua interação para com ela.

Apesar disso, os entes federados vêm regulamentando a novel legislação por intermédio de leis específicas ou decretos regulamentadores, como o fez o Poder Executivo Federal com a promulgação do Decreto Federal nº 11.129/2022, assim como o Estado do Rio Grande do Sul, com a Lei Estadual nº 15.228/2018, a qual exige que a organização privada que para com o Estado estabeleça vínculo contratual apresente a implementação de um Programa de Integridade que atenda as disposições da legislação, em especial a legislação federal.

Tal exigência possui posicionamentos doutrinários, a exemplo de Fernanda Schramm em sua obra *‘Compliance nas contratações públicas’*, e Rodrigo Pironti de Castro e Mirela Ziolotto, na obra intitulada *‘Compliance nas contratações públicas: exigência e critérios normativos’*, que contestam/defendem sua legalidade (constitucionalidade) como se houvesse novas exigências de requisitos para a contratação com o Poder Público além daqueles previstas pela lei de licitações e contratos administrativos, contribuindo com dispêndio de recursos pelos particulares – oneração de recursos humanos e/ou contratação de terceiros – visando a manutenção de contratos públicos, ou visar o governo como cliente em potencial com base nas novas exigências legais, a fim de, em resumo, atestar a integridade da corporação e de seus colaboradores.

O presente estudo tem como objetivo analisar, primeiramente, o contexto em que foi editada e promulgada a Lei nº 12.846/2013. Em seguida, os requisitos arrolados pela legislação nacional enquanto ensejadora de exigências outras para contratação com o Poder Público, a sua legalidade e a forma de como será auferida a sua integridade pelo órgão contratante – se isso é possível –, além de verificar como a legislação do Estado do Rio Grande do Sul vem regulamentando a matéria e, por consulta nos sítios eletrônicos, como os editais de licitações vêm exigindo de potenciais fornecedores o cumprimento da legislação. Por fim, exemplificar, a partir da praxe administrativa, algumas formas de ilícitos praticados pelos licitantes à luz das leis de contratação pública, em especial a Lei nº 10.520/2002 e a Lei 8.666/1993, sem prejuízo da análise da Lei nº 14.133/2021 (nova lei de licitações e contratos), e que podem repercutir ou impactar enquanto ilícito enquadrado pela Lei nº 12.846/2013. O estudo foi desenvolvido utilizando o método dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica, em fontes primária e secundária.

1 PROPÓSITOS DA LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA

O propósito da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013) é combater atos corruptivos e fraudulentos na seara da contratação pública mediante o estabelecimento de diretrizes e condutas de probidade, integridade e ética das corporações privadas quando se relacionarem com o Poder Público.

Conseqüentemente, traz a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, seja ela nacional ou estrangeira, a fim de combater os efeitos de corrupção no Brasil.

Não se trata, pois, de responsabilidade criminal dos envolvidos, mas, se eventualmente o ato lesivo praticado pela empresa se enquadrar como crime contra a administração pública, haverá responsabilidade penal, a qual recairá sobre as pessoas físicas que concorreram para o evento delituoso. (CUNHA; SOUZA, 2020, p. 26).

Concebida a partir dos diversos Tratados e Pactos Internacionais de combate à corrupção que o Brasil assumiu destacam-se o Decreto 5.687/2006 (BRASIL, 2006), que promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas, assim como a Convenção Interamericana contra à Corrupção, internalizado pelo Decreto nº 4.410/2002 (BRASIL, 2002).

É nesse contexto de internalização de normas e tratados de caráter global e do mercado interconectado que se reclamam homogeneidade de regras e procedimentos de integridade em diversos países em suas relações institucionais, público e privada, e, conseqüentemente, influenciam na elaboração de normas internas que atendam esses reclames bem como aos ditames de tratados internacionais os quais o país é signatário.

Destina-se a norma brasileira a combater atos praticados por pessoas jurídicas ou terceiros que se valham da personalidade jurídica empresarial para cometer ilícitos contra o Poder Público antes ou durante o estabelecimento do vínculo contratual, isto é, que ataque os princípios norteadores da contratação pública, como a competitividade e a legalidade, dentre outras.

Não obstante a disciplina dos programas de integridade prevista na lei, a sua exigibilidade também foi objeto de regramento específico a partir da Lei nº 14.133/2021 (art. 25, § 4º), quando da aquisição de bens, obras e serviços de grande vulto pela Administração Pública, implementar em até seis meses programa de integridade, contribuindo com a boa prática para aquelas empresas que possuem interesse em exteriorizar aos colaboradores internos e parceiros de negócios, inclusive o Poder Público, de que suas condutas são compatíveis com a moralidade e integridade que se espera e em conformidade com as leis do país.

Nessa linha, valer-se de instrumentos e mecanismos de gestão e prevenção de atos de corrupção – ou fraude contratual – evidencia a demonstração de boa-fé das corporações, que apesar de todos os esforços que a alta direção empresarial possa fazer para com seus colaboradores, terceiros e fornecedores, há riscos de condutas de outrem que afetem a reputação defendidas pelos gestores da empresa, ensejando-lhes sanções e penalidades. Rogério Gesta Leal (2014, p. 28)

corroborar com esse pensamento ao prescrever que:

É claro que quanto mais instrumentos e mecanismos as corporações criarem para prevenir atos corruptivos – demonstrando à exaustão isto –, mais elementos haverá para que se pondere os níveis de responsabilização direta ou indireta – quem sabe até de irresponsabilização – destas em face dos seus empregados.

Essa prática no âmbito das organizações privadas é uma exigibilidade ética que os cidadãos e usuários esperam das empresas, ao menos no contexto internacional. Para Sen e Kliksberg (2010), são características mínimas que os autores chamam de responsabilidade social empresarial (RSE), a exemplo de política de pessoal, boa governança corporativa, colaboração com políticas públicas e código de ética.

São características que também se aproximam dos interesses do governo, na medida em que a ideia de responsabilidade social empresarial não pode substituir a responsabilidade individual (COMIM, 2021), uma vez que é mantida a responsabilidade individual dos dirigentes ou colaboradores que agem em nome da organização e venham a causar danos ao Poder Público (LEAL, 2022, p. 84).

O combate à corrupção na Administração Pública é o objetivo da Lei nº 12.846/2013, apesar da dificuldade de delimitar o termo ‘corrupção’ porque não há um consenso doutrinário ou popular, e que “pode englobar uma série de atos, que podem compreender” a fraude, ganho ilícito, suborno, clientelismo, falsificação, dentre outros (GABARDO, 2017, p. 130).

Para Lucas Rocha Furtado (2015, p. 39), chega-se a conclusão de que:

[...] qualquer tentativa de conceituar a corrupção, em razão da sua capacidade de afetar os mais diversos segmentos da sociedade (...) e de assumir as mais variadas formas jurídicas, tornar-se-ia excessivamente ampla, o que resultaria na inclusão de ilícitos estranhos ao tema, ou resultaria excessivamente estreita e importaria na exclusão de manifestações ou comportamentos importantes para o enfrentamento da questão.

Apesar da impossibilidade de conceituar corrupção na doutrina, a legislação penal brasileira o fez para tipificar a corrupção ativa e passiva nos artigos 317 e 333, respectivamente, ambos do Código Penal brasileiro.

Ademais, o objeto juridicamente tutelado pela legislação em comento é mais abrangente que um ato de corrupção ativa, incluindo a Administração Pública nacional e estrangeira, tratando-se não de uma Lei Anticorrupção, rotulação que apequena o real conteúdo da norma, mas sim de Lei de Proibição Administrativa Empresarial, uma vez que inexiste um conceito jurídico de corrupção (ZOCKUN, 2018, p. 16).

De lado da conceituação de corrupção, contudo, apesar da inovação legislativa, deve-se, igualmente, observar que o ato regulamentador introduziu conceitos como gestão de riscos, práticas de gestão antissuborno, que são disciplinas encontradas comumente na prática privada e em normas técnicas internacionais, a exemplo da ISO 31000:2018 e ISO 37001, respectivamente,

e, indiretamente, sua exigibilidade instituiu possível caráter restritivo de competição ou impeditivo às empresas que pretendem participar de processos de contratação com o Poder Público.

Por fim, não se pode olvidar que a Lei nº12.846/2013 é uma lei nacional, a qual tem abrangência em todos os entes federados, facultado, todavia, sua regulamentação na respectiva competência institucional, isto é, cada ente político poderá regulamentá-la para aplicar em sua respectiva jurisdição.

Por se tratar de uma lei nacional, isto é, lei que transcende qualquer pessoa política (ente federado), inconfundível como lei federal, estadual ou municipal, e possui campo próprio (ATALIBA, 2011, p. 290), é editada a fim de unificar determinado tema sem exauri-lo, ou seja, deixando para que cada ente público promulgue a lei regulamentadora (federal, estadual ou municipal) que possa atender as respectivas peculiaridades. (CASTRO; ZILIO, 2019, p. 41).

Como se pode perceber, a regulamentação não afasta a aplicação imediata da lei nacional, apenas contribui para a segurança jurídica e clareza do ordenamento jurídico, inclusive para fins de sua aplicação em concreto, trazendo critérios objetivos para que os agentes do Poder Público regulamentador possam dar efetividade à norma, pelos instrumentos legais e infralegais que estejam a sua disposição (CUNHA; SOUZA, 2020, p. 32), apesar de em alguns casos, como a lei estadual do Estado do Rio Grande do Sul, possuir omissões quanto a algumas providências que poderiam ser tomadas por parte dos gestores públicos na apuração de efetividade da própria norma.

De todo modo, a novel legislação trouxe para o Poder Público instrumentos capazes de identificar potenciais riscos na contratação com corporações privadas e trata-los, e, quando for o caso, aplicar sanções proporcionais e condizentes aos atos lesivos que porventura possa ocorrer.

2 REQUISITOS DA LEI NACIONAL DE MECANISMOS DE INTEGRIDADE PARA EMPRESAS QUE CONTRATAM COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A doutrina de Fernanda Santos Schramm traz o entendimento da Controladoria Geral da União (BRASIL, 2022), que o programa de *compliance* “seria um gênero do qual o programa de integridade, previsto na Lei Federal 12.846/2013, constituiria espécie” (SCHRAMM, 2019, p. 165), vem denominando as exigências da Lei 12.846/2013 como programas de *compliance*, apesar da omissão legislativa nesse sentido. Para a autora, apesar de o conceito de programa de integridade ou *compliance* não haver um entendimento pacífico, são por ela utilizados como sinônimos (SCHRAMM, 2019, 165).

Para a CGU, “programa de integridade é um programa de *compliance* específico para prevenção, detecção e remediação dos atos lesivos previstos na lei 12.846/2013, que tem como foco, além da ocorrência de suborno, também fraudes nos processos de licitações e execução de contratos com o setor público” (BRASIL, 2015).

Apesar da inexistência de entendimento pacífico na doutrina, perfilhamos com o a ideia de que a exigência legal é da existência de programas de integridade como condição para participação

em processos licitatórios do poder público, e não programas de *compliance* ou *compliance* empresarial.

A legislação nacional, o Decreto 11.129/2022, conceitua programa de integridade no seu artigo 56, prescrevendo a necessidade de mecanismos para prevenir, sanear desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra o Poder Público, bem como criar e manter uma cultura de integridade no ambiente organizacional.

É a adoção de procedimentos e mecanismos que visam garantir e ampliar a conformidade da empresa às normas e regulamentos que disciplinam a participação em contratos públicos (SCHRAMM, 2019, p. 167), isto é, às leis vigentes de licitações e contratos administrativos, aí incluídos os regulamentos e normativas de cada esfera governamental.

Como requisitos essenciais que a legislação exige para que uma empresa possa ter um programa de integridade efetivo, o Decreto 11.129/2022 os arrola no seu artigo 57, que dentre os requisitos, destacam-se o comprometimento da alta direção da empresa, instituição de código de conduta no ambiente interno e externo, análise periódico de riscos e controle interno.

Nos incisos V e VIII tem-se a gestão de riscos e o sistema de gestão antissuborno, respectivamente, que são objeto das mencionadas normas técnicas, ISO 31000:2018 e ISO 37001.

A legislação deixa de exigir que as empresas cumpram os requisitos desses incisos aplicando como diretriz ou mediante certificação as aludidas normas técnicas, mas pode a empresa tomá-la como base, o que é altamente recomendado, considerando os protocolos e escopo que normas técnicas possuem por natureza.

Nesse sentido, Benoit Frydman (2018, p. 83) adverte quanto à legitimidade das normas técnicas, prescrevendo que elas possuem “caráter puramente voluntário e consensual” e “não trariam problema de legitimidade, desde que ninguém fosse obrigado a segui-los, ao contrário, pertence a cada um decidir livremente e positivamente adotar e respeitar um *standard*”. Continua dizendo, ainda, que “não é preciso tratar o *standard* como uma fonte formal do Direito, que ele não é, mas considerar mais, de um ponto de vista pragmático, os efeitos de regulamento que ele produz”

Logo, deixando as normas técnicas de serem exigíveis para fins de atender aos mecanismos que a legislação estabelece, as empresas – em especial as de médias e grandes portes –, na prática, buscarão se valer dessas diretrizes normativas para assegurar que os procedimentos adotados atendem a uma norma que possua um padrão e sejam reconhecidas por outras empresas e “passam a ter maior poder de competitividade no mercado externo” (FOIATTO, 2018, p. 43).

Outrossim, como já salientado, não existe obrigatoriedade para que seja implementado um programa de integridade pelas empresas como requisito compulsório. Para Renee do Ó Souza (2017, p. 140):

Embora o debate acerca dessa questão seja intenso, o *compliance* parece tangenciar a polêmica na medida em que não é, essencialmente, obrigatório e, uma vez adotado, estimula que a empresa e as pessoas que a compõem adotem comportamentos lícitos, éticos e probos. Mas o estímulo é meramente

proemial. Não há coerção ou punição para o descumprimento da norma que cria o *compliance*.

Por outro lado, apesar de inexistir obrigatoriedade na adesão, a Controladoria-Geral da União instituiu a Empresa Pró-Ética, que visa:

[...] fomentar a adoção voluntária de medidas de integridade pelas empresas, por meio do reconhecimento público daquelas que, independentemente do porte e do ramo de atuação, mostram-se comprometidas em implementar medidas voltadas para a prevenção, detecção e remediação de atos de corrupção e fraude. (BRASIL, 2022).

Ademais, ter o programa de integridade da empresa com aprovação da CGU “não se propõe a listar as empresas ‘mais éticas do país’”, e não é uma certificação e não gera quaisquer benefícios ou privilégios para as empresas em suas relações com o setor público” (CGU, 2019).

Todavia, a exigência compulsória é indireta, uma vez que a Administração Pública vem a exigir como condição de contratação ou manutenção de contrato administrativo a implementação de programa de integridade efetivo, cujo tema será adiante abordado.

3 O PROGRAMA DE INTEGRIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL E SUA EXIGÊNCIA PARA CELEBRAR CONTRATOS PÚBLICOS

O Estado do Rio Grande do Sul publicou a Lei Estadual 15.228, de 25 de setembro de 2018, que disciplina a aplicação da Lei Federal nº12.846/2013, e estabeleceu em seu artigo 37 o Programa de Integridade para contratações cujos valores sejam superiores a R\$ 176.000,00 para compras e serviços e R\$ 330.000,00 para obras e serviços de engenharia.

A exigência abrange toda a Administração Pública Estadual, o que inclui sociedade economia mista e empresas públicas, inclusive suas subsidiárias, apesar de a norma ser omissa quanto à abrangência de entidades públicas de caráter privado.

A lei estabelece em seu artigo 42 que se faça constar nos editais de licitação pública e nos instrumentos contratuais a aplicação do programa de integridade, o que reforça a ideia de que se possa exigir como critério de classificação de proposta ou requisito de habilitação da empresa diante de eventual contratação com a Administração Pública Estadual.

Observe-se que tal exigência tem constado nos editais publicados no ano de 2019 pela Administração do Estado do Rio Grande do Sul, conforme se pode verificar por simples consulta ao portal eletrônico de compras do governo estadual.

Todavia, em editais publicados pela Companhia Riograndense de Saneamento Básico (CORSAN), empresa pública estadual, a exemplo do seu Edital do Pregão Eletrônico 151/2019, cujo objeto é a aquisição de mobiliário, de valor orçado aproximado superior ao exigido pela Lei do Programa de Integridade, inexistiu menção a tal exigência. Poder-se-ia cogitar que a lei exige

em relação a contratos firmados, e não à ata de registro de preços que não originam contratos, por ser dispensado quando se trata de bens de entrega imediata, nos termos do §4º, do artigo 62 da Lei 8.666/93, por ser a novel legislação estadual omissa quanto a esse ponto.

A doutrina de Marçal Justen Filho (2016) em comentário ao dispositivo legal em apreço, corrobora com esse entendimento, quando alude que o instrumento de contrato é dispensado, quando ocorrer compra com entrega imediata, prescrevendo que “a compra com entrega imediata não se confunde com aquela cujo prazo é reduzido (trinta dias, por exemplo). A regra aplica-se ao caso de entrega incontínua, em que a execução do contrato se segue imediatamente após a contratação.”.

Na mesma linha, Sidney Bittencourt (2016, p. 588) acrescenta que “o dispositivo está intimamente ligado a bens que poderão ser recebidos com imediata conferência e atestado de recebimento”

Melhor clareza Ronny Charles de Torres (2018, p. 699) nos apresenta em sua obra ao comentar o dispositivo legal em tela, ao dizer que:

[...] nas hipóteses de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, em que as obrigações entre as partes restam resolutas com a aquisição e pagamento, independentemente de valor do negócio jurídico, é facultada a substituição do contrato pelos instrumentos hábeis indicados neste artigo;

Apesar dos esclarecimentos doutrinários acerca da dispensabilidade do instrumento de contrato por outro, permitida pela Lei de Licitações, analisando outro certame público da empresa pública estadual em apreço, pelo rito da Lei das Estatais, Lei 13.303/2016, o edital 29/2019 não faz menção à Lei Estadual 15.228/2018 de forma expressa ao Programa de Integridade, mas apenas no preâmbulo do instrumento convocatório e do seu anexo II, da minuta do termo de contrato menciona a lei de forma genérica, o que deixa subentendida a exigência no prazo legal de apresentação de mecanismos de conformidade ética empresarial.

A omissão em editais de certames públicos para contratação de bens e serviços quanto à exigibilidade do programa de integridade não dispensa sua apresentação nos termos previstos na lei, contudo, gera insegurança para o futuro contratado que na praxe das suas atividades se limita a verificar o edital quanto aos critérios de habilitação, prazo de pagamento, desembolso, planilha de custos, minuta contratual e, no máximo, verificar no preâmbulo as normas a que o certame está respaldado.

Nessa linha, interessante colacionar a passagem de Marçal Justen Filho (2016) que, em situação análoga, comentando o inciso IV, do artigo 30, da Lei nº 8.666/93, da qualificação técnica – um dos critérios de habilitação em certame –, que dispõe sobre a prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, critica a decisão do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2009) que permite o edital deixar expressamente de exigir a comprovação do preenchimento de determinado requisito quando fosse previsto em lei, prescrevendo que:

Esse entendimento reduz significativamente as funções de segurança e a previsibilidade inerentes ao ato convocatório da licitação. A partir do entendimento adotado no julgado do STJ, o edital passará a ser um ato normativo incompleto, impondo-se aos licitantes encargo de descobrir normas complementares eventualmente aplicáveis ao caso concreto. Em termos práticos, tal poderá redundar em efeitos muito nocivos, eis que os licitantes competiriam entre si para identificar violações a normas legais nunca referidas no edital. [...] Descoberta a ausência de referência do edital a uma regra legal imperativa, cabe a invalidação do ato convocatório (acompanhada da responsabilização do agente estatal que deixou de incluir no edital um requisito necessário).

Apesar de exigências legais e editalícias sejam tímidas acerca da existência de mecanismos de conformidade ética pelos licitantes, vem se discutindo na doutrina em que momento é permitido exigir do empresário que contratará com o poder público a comprovação do atendimento dos requisitos legais de integridade.

Bem observado pela doutrina, que nem a Lei 12.846/2013 e o seu regulamento, o Decreto 8.420/2015 (BRASIL, 2015), disciplinaram a possibilidade de exigir programa de integridade nos processos de contratação pública, assim como a Lei 8.666/1993 também não elegeu como requisito condicionante a participação de empresas nos certames públicos (GUIMARÃES, 2018, p. 211), mas a nova lei de licitações já prevê para obras de grande vulto.

Apesar de não haver exigência expressa na Lei nº 8.666/93, e na legislação federal que estabelece o programa de integridade, leis estaduais como a Lei do Estado do Rio Grande do Sul exige, em seu mencionado artigo 37, como condição para celebração de contratos administrativos, a implementação pela empresa contratante de programa de integridade, demonstrado no prazo de até 180 dias. O prazo de seis meses é o mesmo da Lei 14.133/2021, mas esta se aplica apenas para contratações de grande vulto.

Não obstante a exigibilidade do Poder Público estadual para fins de se resguardar e fornecedores de integridade duvidosa, em tempo, a legislação estadual é omissa quanto ao responsável pela fiscalização do programa de integridade quando da execução contratual pela empresa contratada, presumindo-se que competirá ao gestor e ao fiscal do contrato a aferição do contratado frente ao novel diploma legal. Tampouco, todavia, inexistem parâmetros de comprovação à efetividade do programa, nos termos exigíveis do artigo 38 da lei.

Por outro lado, deixar de implementar o programa de integridade o contratado estará em descumprimento legal, ensejando aplicação de sanções administrativas e pecuniárias, inclusive poderá ser ele inscrito em cadastro de empresas inadimplentes com o Poder Público.

Fica difícil e por vezes incompreensível ao contratado atender às disposições legais e contratuais sem que, do outro lado, tenha o gestor subsídios para fiscalizar essa implementação compulsória, pois lhe faltará elementos que o próprio legislador não lhe outorgou, ou ainda, que não houve regulamentação ou instrução para que isso seja possível e aplicável em contratos vigentes, gerando riscos imprevisíveis ao contratado.

A lei de licitações estabelece o princípio constitucional da isonomia como de observância

obrigatória nos certames públicos, a fim de garantir a competitividade entre os concorrentes que visam entregar a proposta mais vantajosa para a Administração. Assim,

[...] toda e qualquer exigência dessa ordem deve encontrar fundamento normativo e guardar pertinência e relevância com o fim pretendido. Isso vale tanto para os requisitos relacionados com a proposta (solução) como para aqueles adstritos às condições pessoais do interessado (condições de participação e requisitos de habilitação). O programa de integridade não está relacionado com a solução/produto que será ofertada/ofertado na proposta de negócio da Administração Pública, mas sim com as condições pessoais do interessado. (GUIMARÃES, 2018, p. 213).

Para Guimarães (2018, p. 215), portanto, “é plenamente possível o seu acolhimento pelos sistemas de licitação e de contratos administrativos, seja como fator de pontuação de propostas técnicas, seja como requisito de habilitação e condição para a celebração do contrato”.

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União, é firme em esclarecer que os requisitos de habilitação são rol taxativo, não podendo a Administração inovar e exigir além do que estabelece a legislação.

Vejamos o entendimento do Tribunal de Contas da União, nos seguintes excertos:

É ilegal a exigência de certificações como critério de *habilitação*, uma vez que tais documentos não estão previstos no *rol* exaustivo contido no art. 30 da Lei 8.666/1993. Não obstante, é lícita a inclusão dos resultados esperados na especificação técnica dos serviços a serem realizados, segundo modelos de qualidade de processo, tais como CMMI ou MPS.BR, para fins de acompanhamento da execução contratual. Acórdão 3663/2013-Plenário | Relator: MARCOS BEMQUERER (BRASIL, 2013)

A lista de documentos passíveis de serem exigidos dos interessados na etapa de *habilitação* é exaustiva (arts. 27 a 33 da Lei 8.666/1993) . Acórdão 2197/2007-Plenário | Relator: AUGUSTO SHERMAN (BRASIL, 2007)

Como se percebe, a exigência como requisito de habilitação, sem alteração legislativa, não é permitida, podendo, no entanto, a Administração Pública exigir como condição para contratação como o faz a lei estadual que estabelece o programa de integridade para contratos com o Estado do Rio Grande do Sul.

Apesar da exigência legal no caso em tela, as limitações constitucionais e legais existentes no sistema jurídico brasileiro a fim de que se possa viabilizar a exigência de programas de integridade como requisito de habilitação não é uma solução jurídica viável (SCHRAMM, 2019, p. 327).

Todavia, apesar do entendimento não pacificado da doutrina, perfilhamos o entendimento de que é possível exigir como condição de execução e manutenção contratual, uma vez que não restringe a competitividade no momento da disputa pública durante a sessão, por ausência de

legislação autorizadora, e garante à Administração Pública que tenha vínculo contratual com empresas que possuem integridade no exercício de suas atividades comerciais.

Para corroborar com o entendimento aqui defendido, importante trazer a contribuição de Rodrigo Pironti Castro (2019) que menciona o entendimento daqueles que defendem a inconstitucionalidade – por entenderem ser competência privativa da União, apenas – e os que, como ele, defendem a constitucionalidade da exigibilidade, partindo-se do pressuposto de que “vai ao encontro das diretrizes básicas da Lei Geral de Licitações, que, como norma geral, privilegia os princípios da moralidade e da probidade”, além de complementá-la de acordo com a necessidade de cada ente político. (CASTRO; ZILLOTTO, 2019, p. 42-43).

Para os defensores da inconstitucionalidade da medida, ventila-se também violação ao princípio da competitividade, mas esse argumento é sumariamente descartado, uma vez que a legislação que regulamenta os programas de integridade nas diversas esferas governamentais a exigem para fins de contratação – e muitas vezes com prazos para implementação – e não como condição de participação, ou seja, não como requisito de habilitação.

Como ventilado, pouco é sabido de como efetivamente pode ser comprovada a implementação pelo licitante de um programa de integridade exigido pela lei, pois não há parâmetros estabelecidos para que o agente público possa confirmar a existência de conformidade ética e integridade por parte da empresa concorrente. No edital analisado, de número 399/2019, do Pregão Eletrônico cujo objeto é vigilância patrimonial armada, publicado pela Secretaria de Meio Ambiente e Infraestrutura – SEMA, a exigência de programa de integridade está inserida na minuta contratual, no item 10.33 do anexo do edital, prescrevendo que o contratado deverá apresentar, se for o caso, Programa de Integridade nos termos da legislação estadual. Ora, a faculdade está condicionada aos requisitos exigidos pelo artigo 37 da Lei estadual, e não a critério do licitante.

Na prática administrativa, seria moroso para os agentes públicos ou gestores e fiscais de contratos administrativos, antes da celebração do contrato ou durante sua vigência ou execução de prazo, avaliar a implementação de programa de integridade, salvo se a avaliação se der pelos requisitos estabelecidos pelo Decreto Federal ou Lei do estado a que esteja vinculado a Administração Pública contratante, que muitas vezes são omissas em pontos críticos, como a simples verificação do atendimento dos requisitos da própria lei.

A certificação por entidade pública, como o caso alhures da Empresa Pró-Ética instituída pela CGU, ou por organismo privado, não soaria como pertinente, uma vez que condicionaria a habilitação da empresa no certame à apresentação de declaração de terceiro.

4 ATOS ILÍCITOS PREVISTO NA LEI GERAL DE LICITAÇÕES, LEI DO PREGÃO E REFLEXO NA LEI DE RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL

A Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013) arrolou em seu artigo 5º os potenciais atos lesivos praticados em face da Administração Pública, nacional ou estrangeira, e destacou, no inciso IV,

aqueles atos lesivos que são inerentes às licitações e contratos administrativos, como frustrar ou fraudar o caráter competitivo da licitação, obter vantagem ou benefício indevido, impedir a realização da licitação, manipular o reequilíbrio contratual, dentre outros.

A Lei de Licitações arrola os crimes praticados e as penas cominadas em seus dispositivos legais, que em muito coincidem com o rol estabelecido pela lei nacional anticorrupção. A distinção entre ambas as normas é peculiar, conforme a doutrina vem se posicionando.

Os crimes tipificados na Lei de Licitações não são passíveis de admissão de modalidades culposas, sendo necessário a configuração do dolo específico, tendo em vista que a tutela penal tem como foco reprimir condutas dolosas e se baseia na regra do parágrafo único do artigo 18 do Código Penal, a qual prescreve que ninguém será punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente. (JUSTEN FILHO, 2016).

Por sua vez, as infrações relacionadas no artigo 5º da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013) tutelam o patrimônio público, a isonomia, a moralidade e a transparência nas contratações públicas, e ensejam responsabilidade administrativa da pessoa jurídica – e não penal –, porque não lhe é exigida a culpabilidade (MOTTA, 2018, p. 90-93).

Assim, o rol do artigo 5º são infrações de mera conduta, sendo que a simples prática da inobservância da lei é suficiente para a aplicação da sanção, isto é, o descumprimento da norma por si só enseja o sancionamento, mesmo que não haja lesão ou dano ao Poder Público (MOTTA, 2018, p. 91).

Em complemento, Cunha e Souza (2020, p. 57) defendem ser exemplificativo o rol de infrações do artigo 5º da Lei nº 12.846/2013, e nessa linha, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE, 2009) identificou algumas estratégias e condutas de conluio praticadas pelos particulares nas contratações públicas, reforçando que, conforme as estratégias abaixo arroladas, o rol das infrações em questão é exemplificativa.

Tais estratégias que visam burlar a contratação pública encontram tipificação na Lei nº 8.666/93, na Lei nº 10.520/02, na Lei nº 14.133/2021 e na Lei nº 12.846/2013, sendo que as pessoas jurídicas também respondem no regime sancionatório da Lei de Improbidade Administrativa – LIA, Lei nº 8.429/1992, com base no seu artigo 3º, por crime de improbidade administrativa, desde que haja conluio ou envolvimento de agente público (artigo 2º, LIA).

Todavia, a responsabilidade é subjetiva na LIA e não tutela, obviamente, a Administração Pública estrangeira, ao passo que na LRPJ a responsabilidade é objetiva, e importante destacar que não houve com a inserção do novel diploma em questão a criação de novo sistema de responsabilização, havendo, contudo, alteração substantiva no sistema de responsabilização civil e administrativa (OLIVEIRA, 2018, p. 24).

CONCLUSÕES

A legislação federal trouxe inovações de combate à corrupção para que seja exigida das

empresas com quem a Administração Pública pretende ter vínculo contratual para prestação de serviços ou atender às necessidades institucionais, a fim de garantir um vínculo ético e íntegro por parte dos seus fornecedores.

Sabe-se, ainda, que as exigências não são compulsórias, mas facultativas para o mercado privado, exigindo-se apenas daqueles que celebrarão contrato administrativo, por expressão omissiva legislativa nas normas gerais de contratação pública, que implementem programa de integridade a fim de manter contratos ou celebrar novos com a Administração Pública.

Por sua vez, as empresas interessadas em se adaptar às novas leis encontram dificuldades em sua execução, uma vez que o mercado privado não disponibiliza certificações específicas que atendem toda a legislação, apenas etapas do processo, como as ISO de gestão de riscos e gestão antissuborno, que não são suficientes para preencher os requisitos legais de integridade, tampouco as leis o exigem, uma vez que dependeria de declaração de terceiro, o que condicionaria a participação das empresas em certames públicos, ferindo o princípio da isonomia, corolário da competitividade.

A Administração Pública, em especial dos entes federados, a exemplo do Estado do Rio Grande do Sul, que regulamentou em sua jurisdição o disposto na Lei 12.846/2013 (BRASIL, 2013), por intermédio da Lei Estadual 15.228/2018, para toda a Administração Pública estadual, como critério de escolha de futuros contratados para fornecimento de bens e serviços que venham a implementar programa de integridade no prazo estipulado em lei durante a execução contratual, como medida de ter em seus contratos empresas inidôneas e comprometidas com a ética e a integridade no desenvolvimento de suas atividades com o Poder Público.

A avaliação do cumprimento das condições de implementação do programa de integridade que deve ser verificado pelos agentes públicos não está definida, devendo avaliar cada contratado o que vem a gerar demasiada complexidade, e o edital estabelecer a forma de como deveria ocorrer tal avaliação.

De todo modo, a exigência de programa de integridade a ser implementada pelas empresas interessadas em celebrar contratos com a Administração Pública é uma exigência vigente em alguns entes federados, como o Estado do Rio Grande do Sul, mas não se despertou ainda, para a maioria das empresas, o interesse por sua implementação, seja por ausência de exigência em alguns tipos de certames licitatórios, seja porque a maioria das empresas não possuem ou não interessam celebrar contratos ou convênios com o Poder Público, ou ainda, por não existir na lei de licitações de forma clara e direta a exigência de programa de integridade, o que irá ocorrer e poderá mudar com o advento da nova lei geral de licitações que se avizinha.

Ainda que o despertar da novidade legislativa seja recente, pouco mais de meia década, a instituição de conformidade com a ética pelas empresas privadas não é uma novidade no setor privado e nas relações entre si, mas o é perante o Poder Público, que está a exigir e a se exigir, a partir da Política de Governança instituída no âmbito do Poder Público Federal, pelo Decreto 9.203 (BRASIL, 2017), de 22 de novembro de 2017, uma governança pública, que de acordo com o inciso I, do seu artigo 2º, é o “conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle

postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade”.

Nesse sentido, o governo criou no âmbito de seus órgãos e entidades públicos, ambiente propício para o desenvolvimento de procedimentos de gestão de riscos, controles internos e integridade como política de governança pública, bem como inseriu em lei rol de sanções que ensejam responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas que atentam aos princípios da contratação pública.

O caminho está aberto, a atualização legislativa é iminente e as empresas que pretendem celebrar ou manter seus contratos com a Administração Pública devem se adequar às novas exigências legais e interiorizar os procedimentos de ética e integridade em sua administração privada, não apenas ser íntegro, mas também aparentar ser íntegro mediante a comprovação exigidas pelas normas vigentes.

Temos, pois, que a exigibilidade de programa de integridade no Estado do Rio Grande do Sul atende a toda a Administração Pública Estadual, cuja norma está de acordo com os princípios constitucionais da moralidade e legalidade e atende também aos princípios norteadores da contratação pública esculpido no artigo 3º da Lei nº 8.666/93 e no art. 5º da Lei nº 14.133/2021, e deve ser exigidas em quaisquer certames públicos publicados a partir da vigência do novel diploma legal e desde que o valor da contratação seja superior ao valor mínimo por ela estabelecido.

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. Regime constitucional e leis nacionais e federais. *In*: CLÉVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luis Roberto (org.). **Doutrinas essenciais do direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 62-63.

BITTENCOURT, Sidney. **Licitação passo a passo**: comentando todos os artigos da lei 8.666/93. 10. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BRASIL. Controladoria-Geral Da União. O Pró-Ética. Brasília, DF: CGU, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/integridade-privada/avaliacao-e-promocao-da-integridade-privada/empresa-pro-etica/historico#:~:text=A%20iniciativa%20consiste%20em%20fomentar,atos%20de%20corrup%C3%A7%C3%A3o%20e%20fraude>. Acesso em: 1 jun. 2022.

BRASIL. **Decreto 4.410/2002, de 7 de outubro de 2002**. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1º, inciso “c”. Brasília, DF: Presidência da República, 2002.

BRASIL. **Decreto 5.687/2006, de 31 de Janeiro de 2006**. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Brasília, DF: Presidência da República, 2006.

BRASIL. **Decreto 8.420/2015, de 18 de março de 2015**. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2015.

BRASIL. **Decreto 9.203/2017, de 22 de novembro de 2017**. Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Brasília, DF: Presidência da República, 2017.

BRASIL. **Lei 12.846/2013, de 1 de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de segurança 27.922**. Cuidando o objeto da licitação de serviços de administração penitenciária, envolvendo atividades de vigilância, não há como afastar a exigência legal de que o licitante possua autorização da Polícia Federal. Recorrente: Aroma e sabor alimentação e serviços Ltda. Recorrido: Estado da Bahia. Relator: Teori Albino Zavascki, 4 de agosto de 2009. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/6061994/inteiro-teor-12199143>. Acesso em: 25 jul. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União - TCU. **Acórdão 2197/2007**. Impõe-se a adoção de medida cautelar objetivando a suspensão do procedimento licitatório em face do receio de possível dano causado por eventual contratação de serviços baseada em licitação em que o caráter competitivo foi prejudicado pelo estabelecimento de cláusulas editalícias excessivamente restritivas. Interessado: Secex/PR. Recorrido: Prefeitura Municipal de Apucarana/PR. Relator: Augusto Sherman, 17 de outubro de 2007. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/habilita%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520rol%2520taxativo/%20/score%20desc,%20COLEGIADO%20asc,%20ANOACORDAO%20desc,%20NUMACORDAO%20desc/0/sinonimos%3Dtrue?uuiid=5fe14f80-af40-11e9-8b6f-bdb2eeb22dbc>. Acesso em: 25 jul. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União - TCU. **Acórdão 3663/2013**. A exigência de certificação de qualidade de processo de software (CMMI e MPS.BR) é vedada na fase de habilitação. Interessados: Igma Dataserv Informática S/A e Spread Sistemas e Automação Ltda. Recorrido: Secretaria de Controle Externo de Aquisições e Logística – Selog. Relator: Marcos Bemquerer, 10 de dezembro de 2013. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/habilita%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520rol%2520taxativo/%20/score%20desc,%20COLEGIADO%20asc,%20ANOACORDAO%20desc,%20NUMACORDAO%20desc/5/sinonimos%3Dtrue?uuiid=5fe14f80-af40-11e9-8b6f-bdb2eeb22dbc>. Acesso em: 25 jul. 2019.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de; ZILLOTTO, Mirela Miró. **Compliance nas contratações públicas**: exigência e critérios normativos. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

COMIM, Flávio. **Além da liberdade**: anotações críticas do desenvolvimento como liberdade de Amartya Sen. Cambridge: Flávio Comim, 2021.

CUNHA, Rogério Sanches; SOUZA, Renee do Ó. **Lei anticorrupção empresarial**. 3. ed.

Salvador: Juspodivm, 2020.

FOIATTO, Ana Regina. Regulamentação internacional e brasileira do compliance. *In*: TOMAZ, Roberto Epifanio. **Descomplicando o compliance**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

FRYDMAN, Benoit. **O fim do estado de direito**: governar para standards e indicadores. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

FURTADO, Lucas Rocha. **As raízes da corrupção no Brasil**: estudos de caso e lições para o futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini e. A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a administração pública. **A & C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, abr./jun. 2015. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=236188>. Acesso em: 24 jul. 2019.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha; REQUI, Érica Miranda dos Santos. *In*: PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. **Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção**: integridade para o desenvolvimento. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. E-book.

LEAL, Dionis Janner. **Estudos sobre *accountability*, governança e contratação pública**: aportes para um debate inicial. Santo Ângelo: Metrics, 2022.

LEAL, Rogério Gesta. A nova lei anticorrupção empresarial no Brasil: novo marco regulatório às responsabilidades das pessoas jurídicas por atos atentatórios aos bens públicos. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 16, n. 88, p. 25-54, nov./dez. 2014.

MOTTA, Fabrício; ANYFANTIS, Spiridon Nicofotis. Comentários ao art. 5º. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (org.). **Lei anticorrupção comentada**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 81-112.

OCDE - ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas. Paris: OCDE, fev. 2009. Disponível em: <http://www.comprasnet.gov.br/banner/seguro/diretrizes-ocde.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2020.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Comentários ao art. 2º. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (org.). **Lei anticorrupção comentada**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 21-46.

SCHRAMM, Fernanda Santos. **Compliance nas contratações públicas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SEN, Amartya; KLIKSBERG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar**: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado. Tradução: Bernardo Ajzenberg e Carlos Eduardo Lins da Silva. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SOUZA, Renee do Ó. O *compliance* como instrumento de política pública de combate à corrupção. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, out./dez. 2017. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=249360>. Acesso em: 24 jul. 2019.

TORRES, Ronny Charles de. **Leis de licitações públicas comentadas**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

ZOCKUN, Maurício. Comentários ao art. 1º. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (org.). **Lei anticorrupção comentada**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 15-20.

Recebido em: 22/03/2020

Aprovado em: 25/04/2023

**DIÁLOGO ENTRE CORTES:
COMPLEMENTARIDADE DO SIDH NA
PROTEÇÃO INSTITUCIONAL DAS PESSOAS
LGBTI⁺**

DIALOGUE BETWEEN CUTS: COMPLEMENTARITY
OF THE ISHR IN THE INSTITUTIONAL PROTECTION
OF LGBTI⁺ PEOPLE

João Matheus Amaro de Sousa*
Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia**

Como citar: SOUSA, João Matheus Amaro de. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. Diálogo entre cortes: complementaridade do SIDH na proteção institucional das pessoas LGBTI⁺. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 18, n. 2, p. 119-139, ago.2023. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2023v18n2p.119. ISSN: 1980-511X

*Mestrando em Direito Constitucional Público e Teoria Política pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Fortaleza. E-mail: matheusamaro15@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7530486832086965>
E-mail: matheusamaro15@gmail.com

**Doutor em Direito Constitucional pela UFMG. Prof. Adjunto na UFOP e IBMEC-BH. E-mail: alexandre@ufop.edu.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2877462978948032>
E-mail: alexandre@ufop.edu.br

Resumo: A combinação da omissão legislativa em implementar o mandamento constitucional e convencional de criminalização da homotransfobia com a conjuntura de violência às pessoas LGBTI⁺ ou identificadas como tal ensejaram o ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26/DF e do Mandado de Injunção n. 4733. O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a causa, decidiu por reconhecer a omissão inconstitucional e determinou a aplicação da Lei n. 7.716/89, assim como do art. 121, §2º, I, do Código Penal. Assim, a pesquisa tem como objetivo geral analisar a essencialidade da interação entre os diversos órgãos do sistema interamericano para a efetiva proteção institucional das minorias ou dos grupos em situação de vulnerabilidade sexual. Para testar a hipótese, desenvolve-se pesquisa bibliográfica e documental e do método hipotético-dedutivo. Chega-se à conclusão de que a construção do conceito de racismo foi o caminho dialógico e interpretativo para “criminalizar” a prática discriminatória homotransfóbica.

Palavras-chave: criminalização da homotransfobia; omissão inconstitucional; função contramajoritária; diálogo interjurisdicional; sistema interamericano.

Abstract: The combination of the legislative omission to implement the constitutional and conventional command to criminalize homotransphobia with the conjuncture of violence against

LGBTI+ people or those identified as such gave rise to the filing of the Direct Action of Unconstitutionality for Omission n. 26 / DF and Injunction Order no. 4733. The Supreme Federal Court, when considering the case, decided to recognize the unconstitutional omission and determined the application of Law no. 7.716 / 89, as well as art. 121, §2º, I, of the Penal Code. Thus, the research has the general objective of analyzing the essentiality of the interaction between the various organs of the inter-American system for the effective institutional protection of minorities or groups in situations of sexual vulnerability. To test the hypothesis, bibliographical and documentary research and the hypothetical-deductive method are developed. It is concluded that the construction of the concept of racism was the dialogical and interpretative way to “criminalize” the homotransphobic discriminatory practice.

Keywords: criminalization of homotransphobia; unconstitutional omission; counter-majoritarian function; inter-jurisdictional dialogue; inter-american system.

INTRODUÇÃO

Em 13 de junho de 2019, o Supremo Tribunal Federal decidiu a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n. 26/DF, de relatoria do Min. Celso de Mello, ajuizada pelo Partido Popular Socialista (PPS) e o Mandado de Injunção (MI.) n. 4733, impetrado pela ABGLT, relatado pelo Min. Edson Fachin, diante do contexto de inúmeras violações aos direitos das pessoas LGBTI⁺ (ou percebidas como pertencentes a tal minoria), agravada pelo estado de mora legislativa. Determinou o guardião da Constituição que as condutas homofóbicas e transfóbicas, até que sobrevenha lei editada pelo Congresso Nacional implementando o comando constitucional constante nos incisos XVI e XVII do art. 5º da CRFB/88, se adéquam ao tipo penal disposto na Lei n. 7.716/89 (lei do racismo) e na hipótese de homicídio doloso, à circunstância que qualifica o crime por motivo torpe (art. 121, §2º, inciso I, parte final do Código Penal brasileiro). O ato decisório, entretanto, não restringe ou alcança o exercício da liberdade religiosa, salvo se suas manifestações configurarem discurso de ódio.

O objetivo geral do texto consiste em analisar o papel criativo/interpretativo desempenhado pelo Poder Judiciário na ADO. n. 26/DF e no MI. n. 4733 para assegurar o respeito aos direitos humanos e/ou fundamentais do indivíduo pertencente ao grupo LGBTI⁺ à luz do diálogo interjurisdicional, na espécie, a interação entre os juízes ou os tribunais nacionais e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte-IDH). Ergue-se como hipótese principal que a existência, para além de dispositivos constitucionais, de compromissos assumidos pelo Estado brasileiro no âmbito internacional destinados a criminalizar a prática discriminatória em razão da orientação sexual e da identidade de gênero, implica que seu não cumprimento precisa ser apontado e resolvido, não sendo o caso de se falar em omissão justificada por “reserva legal”, já que, inclusive, o sistema jurídico constitucional contempla instrumentos aptos a combater/tratar da patologia denominada síndrome da inefetividade da norma constitucional. Para desvendar a veracidade da hipótese desenvolve-se a pesquisa.

No que concerne aos aspectos metodológicos, usa-se como parâmetro classificatório da pesquisa científica as obras de Marconi e Lakatos (2017), bem como de Henriques e Medeiros (2017) de modo que coletados os dados, estes foram selecionados, organizados, comparados entre si e interpretados. Destarte, classifica-se a pesquisa: a) quanto ao objeto, como exploratória e descritiva à medida que, respectivamente, se pretendeu desenvolver, modificar e esclarecer conceitos e ideias; descrever as características principais de uma população ou fenômeno e estabelecer relações entre as variáveis; b) quanto à abordagem, como qualitativa ao objetivar oferecer a maior riqueza de dados, focalizando a realidade de forma contextualizada e complexa. Já no que atine ao método, como hipotético-dedutiva, pois busca pôr em teste de falseamento das hipóteses, resultando em refutação ou confirmação; c) quanto ao procedimento, como bibliográfica por basear em livros e trabalhos científicos, documental por analisar documentos provenientes de diversas instituições.

O artigo foi assim estruturado: 1º) identificação do grupo LGBTI⁺; 2º) cenário de violações a direitos fundamentais das pessoas LGBTI⁺ e a necessidade de reconhecimento do estado de mora

legislativa; 3º) entre o ativismo judicial e a função contramajoritária do STF – reflexão sobre a construção jurídico-constitucional do conceito de racismo e a aplicação da Lei n. 7.716/89 no caso da homotransfobia; 4º) diálogo entre a Corte-IDH e o STF para a proteção jurídica das pessoas LGBTI+.

1 IDENTIFICAÇÃO DO GRUPO LGBTI+: MINORIAS OU PESSOAS EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE?

Reconhecemos que os conceitos de minoria e grupos em situação de vulnerabilidade, malgrado a existência de proximidade semântica, são distintos em função das suas peculiaridades. Defini-los é tarefa complexa à proporção que conforme a definição é construída determinados indivíduos, titulares de direitos humanos, podem ser excluídos de políticas públicas destinadas aos respectivos grupos. Além disso, ao contrário do que se imagina, a vulnerabilidade não caracteriza nenhum e nem outro, em verdade transita entre os integrantes dessas categorias.

A complexidade na definição destes grupos, contudo, não tem o condão de obstar a discussão. Ao revés a impulsiona dada a necessidade de o Estado identificar os membros desses grupos para promover a igualdade material a partir do tratamento diferenciado. Daí o caráter fundamental da análise da identificação de as pessoas LGBTI+ – lésbica, gay, bissexual, transexual e intersexual – se enquadrarem em minoria ou em grupo em situação de vulnerabilidade. Importante saber que cada letra da mencionada sigla reclama atitudes estatais específicas.

Isso quer dizer que a reivindicação pela proteção institucional em face das violações de direitos fundamentais, humanos, dentre outros se diversifica segundo a orientação sexual, o gênero, a identidade sexual e a expressão de gênero da pessoa natural. Assim, o Estado tem o dever fundamental de atuar na construção de uma sociedade livre, justa e solidária; o que inclui o respeito às diferenças, bem como adoção de ações afirmativas. A criação de direito e a proteção dos interesses das pessoas LGBTI+, destarte, revelam-se imperativos à medida que envolvem partes vulneráveis e a privação desses direitos só aumenta a vulnerabilidade (GILSON, 2011, p. 309).

Há pessoas que são vulneráveis *prima face*, outras que se tornam devido a circunstâncias específicas. Nesse sentido, Rogers e Ballantyne (2008, p. 32) destacam que a vulnerabilidade se subdivide em duas ordens: intrínseca e extrínseca. Enquanto aquela relativa a características do próprio indivíduo ou da população, por exemplo – deficiência intelectual, doença mental, extremos de idades ou doenças graves; esta resulta de causas externas, como a falta do poder econômico, a carência de recursos, a pobreza e/ou a falta de escolaridade. Tal falta de poder pode acarretar a negação de direitos sociais e políticos a certos grupos. Inserem-se nesse grupo de vulneráveis extrínsecos as pessoas sujeitas à discriminação institucionalizada em razão da raça, do sexo, da idade e do gênero.

Para além dessa compreensão, Gilson (2011) considera a vulnerabilidade inerente a todos os seres humanos e não somente a alguns. Conceitua-a tanto como estado fundamental ao possibilitar

outras condições quanto como estado potencial ao enquadrar como condição de abertura a afetar e a ser afetado. Deste modo, entender apenas sua propriedade negativa é impreciso, senão injusto, pois representaria fechamento ao conhecimento de aspectos da existência que são desconfortáveis, inconvenientes para os indivíduos. Esse fechamento denominado invulnerabilidade decorrente da ignorância voluntária é central para outras formas de opressão e ignorância. Pode inclusive ser utilizado como instrumento que permite maior vulnerabilidade epistêmica dentro de uma comunidade. Com efeito, é preciso conhecer a condição humana vulnerável para impedir novas vulnerabilidades.

Se a vulnerabilidade permeia todos os seres humanos, o que caracteriza a minoria e o grupo em situação de vulnerabilidade? Tal a dificuldade em definir minorias causou demora na regulação de direitos tão essenciais. Apesar de o Tratado de Westphalia de 1648 declarar a igualdade entre protestantes e católicos, de a Conferência de Paris de 1919 prever a igualdade perante a lei; somente com o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 houve importante salto na proteção das minorias étnicas, religiosas e linguísticas. Nem a própria Declaração dos Direitos do Homem de 1948 fazia menção expressa a esse tipo de direito (LOPES, 2008, p. 20).

Em 1977, Francesco Capotorti (1979)¹ define minoria a partir da junção de elementos: a) objetivos – um grupo numericamente inferior ao restante da população de um Estado, em posição não dominante, cujos membros gozem de características linguísticas, étnicas e religiosas; e b) subjetivo – a vontade de continuar pertencendo ao grupo de modo a preservar a cultura, as tradições, a religião ou o idioma. Ocorre que nem sempre o elemento objetivo numérico é suficiente para defini-la, já que, na África do Sul, os negros são maioria a despeito da vivência em regime de *apartheid*.

Por exclusão chega-se ao conceito de grupo em situação de vulnerabilidade, que consiste na pluralidade de indivíduos que, não necessariamente numericamente inferior, estão em posição não dominante na sociedade, dispersos no território do Estado, não apresentam caracteres linguísticos, éticos e religiosos em comum; geralmente não conhecem seus direitos e desejam deixar de permanecer no agrupamento vulnerável.

Seguindo tais definições, percebe-se que as pessoas LGBTI⁺ não se amoldariam às minorias, mas sim aos grupos em situação de vulnerabilidade, já que ausente o referido elemento subjetivo e presente a posição de não dominância na sociedade. Este, no entanto, não é o entendimento constante nas petições iniciais da ADO. n. 26 e MI. n. 4733 ao considerarem tal sigla como minoria sexual. Ao encontro desse entender, Mércia Cardoso de Souza (2019, p. 203) defende que o conceito de minoria elaborado por Capotorti é clássico ao ser baseado em critérios quantitativos, por isso falho. Para a autora, na atualidade, a designação de minoria deve abarcar o sexo, o status socioeconômico, a orientação sexual, dentre outros processos de diferenciação social. Desse modo, gays, lésbicas etc. seriam minorias.

A supracitada autora, entretanto, não repele os demais elementos do conceito de minorias.

¹ Francesco Capotorti é ex-relator da subcomissão das Nações Unidas para a prevenção de Discriminação e Proteção de Minorias.

Igualmente, não justifica racionalmente o porquê do não encaixilho das pessoas LGBTI⁺ em grupo em situação de vulnerabilidade. A mera alegação de o conceito ser clássico acompanhado do dinamismo das interações sociais na modernidade não autoriza invalidar a aceção de grupos minoritários de Capotorti.

A respeito desse dinamismo, Jubilut (2013, p. 16) afirma que os indivíduos não pertencentes às minorias nacionais (por exemplo, as pessoas em situação de rua, LGBTI⁺, mulheres e idosos), mas que estejam em posição de subjugação no que concerne à sociedade majoritária, devem receber o mesmo tratamento protetivo dado às minorias em função de suas peculiaridades. Essa visão reforça a noção da identidade das pessoas LGBTI⁺ como grupo em situação de vulnerabilidade, o que está em consonância com a conclusão do STF no julgamento da ADO. n. 26/DF e MI. n. 4733².

No próximo tópico será analisado o cenário de violações dos direitos dos membros deste grupo, assim chamado doravante, e a necessidade do STF reconhecer a omissão inconstitucional em editar lei incriminando a prática da homotransfobia para protegê-lo.

2 CENÁRIO DE VIOLAÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS PESSOAS LGBTI⁺ E NECESSIDADE DO RECONHECIMENTO DO ESTADO DE MORA LEGISLATIVA

No sistema jurídico, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) prevê, no seu art. 3º, inciso IV, que compõe objetivo fundamental do Estado Democrático de Direito “promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” (BRASIL, 1988). Necessário para entender o sentido e o alcance da norma jurídica resultante deste processo interpretativo, ensina Friedrich Müller (2009, p. 203) que o intérprete relacione o texto normativo com a realidade em que se insere.

Pois bem, a sexualidade não está adstrita ao aspecto binário homem-mulher, uma vez que abarca toda uma construção social e cultural. Representa, pois, termo polissêmico atrelado ao sexo biológico, ao gênero e à orientação sexual. Enquanto o sexo se refere à presença de aparelho reprodutor e às demais características sexuais inerentes, o gênero consiste na forma de se comportar do indivíduo, na exteriorização de tal comportamento (expressão de gênero) e/ou no sentimento de pertencimento ao mesmo ou a outro gênero (identidade de gênero). Por sua vez, a orientação significa o interesse afetivo sexual por pessoa do mesmo, de diferente ou de qualquer gênero, classificado, respectivamente, como homossexual, heterossexual e bissexual (JESUS, 2012, p. 5-16).

Percebe-se, portanto, que o sexo encontra-se na esfera privada do ser humano, intimamente associado aos direitos de personalidade à medida que identifica o indivíduo. A esse respeito, Hannah

2 Como mostra Élide Séguiu (2002, p. 13), não se pode hoje mais falar em minorias tendo em vista apenas critérios étnicos, religiosos, linguísticos ou culturais. Dessa forma, conclui: “[n]a prática tanto os grupos vulneráveis quanto as minorias sofrem discriminação e são vítimas da intolerância, motivo que nos levou [...] a não nos atermos a diferença existente”. Ver também Bahia (2016).

Arendt (2007, p. 188-192) destaca que o indivíduo revela sua identidade através do discurso e da ação. Manifesta-se ao mundo humano plural. Essa pluralidade apresenta aspectos de igualdade e de diferença. Aquilo que permite a capacidade de compreender-se entre si ao tempo que exige do ser humano a ação e o discurso para ser compreendido. Com efeito, Ronald Dworkin (2005, p. 645) considera que a respeitabilidade à sexualidade do outro (moralidade sexual) é essencial para se viver com dignidade e para se desenvolver livremente a personalidade humana.

A autodeterminação sexual constitui direito materialmente fundamental, decorrente das seguintes normas de natureza principiológica expressas no texto constitucional: a proteção da dignidade da pessoa humana, a liberdade, a saúde, a igualdade e a vedação à discriminação em razão da identidade sexual (PEREIRA, 2019, p. 62-90). Por ser direito fundamental, há a necessidade de um sistema jurídico protetivo desse grupo em situação de vulnerabilidade contra as ações ou omissões discriminatórias.

Antes de adentrar nesse campo protetivo, faz-se imprescindível conceituar homofobia como a hostilidade geral, social ou psicológica contra a pessoa homossexual. Ou melhor, configura construção ideológica que almeja a inferiorização do homossexual em relação ao heterossexual (BORRILLO, 2001, p. 36). Por seu turno, a transfobia é a realização de ato hostil e/ou aversão contra transexual/transgênero/travesti.

Há, deste modo, associação direta entre a homotransfobia e a violência, compreendida não somente como a privação de direitos humanos fundamentais, mas também, como a redução da satisfação das necessidades básicas. Ela pode então ser classificada em três espécies: direta, estrutural e cultural. A primeira consiste em um evento visível, por exemplo, a violência física que resulte em lesão corporal ou morte. Já as diferenciações presentes na estrutura social, como as trocas cada vez mais desiguais, caracterizam a violência estrutural. A cultural, por fim, está relacionada ao aspecto simbólico da existência, materializado na linguagem, na religião, na ideologia, entre outros; alterando o utilitarismo moral (de incorreto para correto), ou mesmo disfarçando o ato violento, para que não seja percebido ou identificado como tal. Decerto, a violência cultural é apta a ensejar a violência estrutural e a direta (GALTUNG, 2016, p. 149-156).

A particularidade da homotransfobia refere-se, em primeiro lugar, ao alvo dessa violência: pessoas LGBTI³ ou identificadas como tal³ e, em, segundo, ao “modus operandi” – geralmente as agressões se dão com excesso de violência. São vítimas de violência por preconceito, entendido como fenômeno social e não como fato isolado, a despeito de o(s) ato(s) nem sempre ser assim caracterizado. Nesse sentido, o agressor, em regra, baseia-se no desejo de punir identidades, expressões, corpos ou comportamentos que diferem do padrão⁴ – sistema binário homem/mulher, por considerá-los ameaçadores da moral pública e da ordem social. Enxergam a agressão como forma de limpeza social, legitimada pela combinação da intolerância generalizada contra indivíduos que não seguem o padrão com a dominância, no mundo Ocidental, de princípios de

3 Nem todos que sofrem homotransfobia são pessoas LGBTI, uma vez que não importa tanto o como o indivíduo se reconhece, mas sim como ele é percebido por terceiros.

4 Há um padrão de pessoa imposto pelo Estado-nação tradicional, qual seja: homem, branco, cristão, europeu, cisgênero e heterossexual (BOMFIM; BAHIA, 2019, p. 4).

heteronormatividade, de hierarquia sexual etc. (OEA, 2015).

As pesquisas estatísticas em torno da violência contra o grupo LGBTI+ no Brasil, atualmente, são realizadas por Organizações Não-Governamentais (ONG's) a partir de informações coletadas nos noticiários e em depoimentos. Vive-se, portanto, uma carência de estudos de iniciativa governamental. A respeito disso, Bahia e Conceição (2019, p. 633) chamam a atenção para o fato de que o único relatório oficial sobre a temática foi confeccionado pela Secretaria Especial de Direitos Humanos; órgão pertencente ao Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial e dos Direitos Humanos, foi extinto pela Medida Provisória n. 726/2016, de 12 de maio de 2016, convertida na Lei n. 13.341, de 29 de setembro de 2016. Fora isso, os dados são elaborados por pessoas e instituições desvinculadas do Poder Público, o que é preocupante, pois demonstra sua inércia na colheita de estatísticas. Esta que se revela essencial para mapear a violência, bem como para elaborar políticas públicas – se não há dados oficiais, como pressionar o Legislativo quanto à urgência de tratar do tema?

Reforça esse entendimento a questão da Corte-IDH, em 12 de março de 2020, ter condenado a República do Peru no caso *Azul Rojas Marín y otra* a implementar um sistema de coleta de dados relacionados à violência contra vulneráveis sexuais (CIDH, 2020, p. 78), todas as recomendações ali feitas pela Corte-IDH ao Peru se aplicam ao Brasil. Não obstante a inércia do Estado brasileiro, verifica-se que a discriminação homotransfóbica, oriunda sobremaneira da violência cultural, acarretou, em 2018, a morte de 420 pessoas. Desse total, contabilizam-se 320 homicídios e 100 suicídios. Segundo levantamento feito pelo Grupo Gay da Bahia: a “cada 20 horas um LGBT é barbaramente assassinado ou se suicida vítima da LGBTfobia, o que confirma o Brasil como campeão mundial de crimes contra as minorias sexuais.” (MICHELS, 2019). Por outro lado, de acordo com o Instituto Datafolha (2018), 74% do eleitorado brasileiro acredita que a homossexualidade deve ser aceita por toda a sociedade, o que mostra um grave problema na democracia representativa: afinal, quem a maioria dos parlamentares representa?

Esse cenário de violações retrata, apesar da existência de comando constitucional⁵ determinando a criminalização da homofobia e da transfobia, a resistência do legislador em repudiá-las mediante a edição de lei penal incriminadora. O motivo dessa inércia legislativa deve-se, dentre outros, ao receio de desagradar o eleitorado e, com isso, perder votos que podem gerar o insucesso no processo eleitoral.

Além dos comandos constitucionais, diversos documentos internacionais dos quais o Brasil é signatário apontam para a imprescindibilidade da proteção institucional das pessoas LGBTI+. Dentre eles, a Convenção n. 111 da OIT; a Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as formas e Discriminação Racial; o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos; a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes; e a Convenção sobre Direitos das Crianças (BOMFIM; BAHIA, 2019).

Essa resistência do legislador é comprovada por dois fatos. O primeiro deles alude ao arquivamento, em 26 de dezembro de 2014, do Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n.

5 Art. 1º, inciso III; art. 3º, incisos I e IV; art. 4º, inciso II; art. 5º, incisos XLI e XLII etc., todos da CRFB/88.

122/2006, que propusera alteração da Lei n. 7.716/89, do Código Penal e da CLT para criminalizar a homofobia e a transfobia. O segundo versa acerca da demora injustificada da análise da matéria, desde 14 de fevereiro de 2019, pela relatoria da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Projeto de Lei do Senado n. 515/2017, que define como crime o preconceito ou a discriminação de gênero, sexo, orientação sexual etc.

Nesse contexto, instado a se manifestar por intermédio do Mandado de Injunção (MI) n. 4.733 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n. 26/DF, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, em 13 de junho de 2019, a omissão inconstitucional do Congresso Nacional em elaborar lei incriminadora da homotransfobia, em cumprimento ao exposto no art. 5º, incisos XLI e XLII da CRFB/88.

Na oportunidade, em sede de controle de constitucionalidade abstrato, decidiu que, até o advento de lei específica, as condutas homotransfóbicas se enquadrariam na Lei n. 7.716/1989, por entender (desde o julgamento do HC. n. 82.424) que o conceito de racismo alcança a negação da dignidade da pessoa humana, sobremaneira, de grupos vulneráveis, enquanto os casos de homicídios seriam qualificados por motivo torpe (BAHIA, 2006).

Reconhecida a omissão inconstitucional, indaga-se se a aplicação da Lei n. 7.716/1989 como forma de punir, na esfera criminal, o agente homofóbico e transfóbico pela prática de violações de direitos configuraria analogia *in malam partem*, lesando o primado da legalidade. Para responder tal pergunta, o tópico em sequência foi construído.

3 ENTRE O ATIVISMO JUDICIAL E A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO STF: REFLEXÃO SOBRE A CONSTRUÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DO CONCEITO DE RACISMO E A APLICAÇÃO DA LEI N. 7.716/89 NO CASO DA HOMOTRANSFOBIA

Esse julgamento conjunto da ADO. n. 26/DF e do MI. n. 4.733 tanto reconhecendo o estado de mora legislativa quanto determinando a aplicação da Lei n. 7.716/1989 para os casos de homofobia e transfobia recebeu críticas de juristas. Afirmam que o STF adentrou na esfera política (ativismo judicial⁶) e, com isso, infringiu o mandamento de convivência harmônica entre os poderes constituídos, além de desrespeitar o princípio da reserva legal, segundo o qual “não há crime sem lei anterior que o defina e nem pena sem prévia cominação legal”, previsto no art. 5º, inciso XXXIX da CRFB/88 e no art. 1º do Decreto-lei n. 2.848/1940 – Código Penal. Ou seja, para os críticos, a Corte irregularmente legislou o que lhe falta legitimidade para tanto⁷.

Nesse sentido, Braga (2019, 153) entende que o tribunal teria recorrido ao emprego de analogia *in malam parte* ao elastecer o conceito de racismo de modo a incluir a homotransfobia e,

6 Fenômeno decorrente do protagonismo do Poder Judiciário ocasionado pelo neoconstitucionalismo. Sobre o tema, ver, e.g. Barroso (2011).

7 A falta de legitimidade da Corte é uma questão problema entre a democracia e o constitucionalismo. Cf. Cattoni (2017).

consequentemente, aplicar a Lei n. 7.716/1989. Esta lei, no seu art. 1º, estabeleceria explicitamente a incidência do tipo penal tão somente às condutas preconceituosas e discriminatórias em razão de cor, etnia, religião, procedência nacional ou raça; nada fala, contudo, sobre o ato discriminatório motivado pela orientação sexual, pela identidade de gênero e pela expressão de gênero.

A despeito de respeitar tal posicionamento crítico, este deve sucumbir, visto que fundado em visão estática e fragmentada do texto constitucional. Tal entendimento ignora não só o compromisso assumido pela República Federativa do Brasil em punir “qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”, inclusive a prática do racismo enquanto crime inafiançável e imprescritível, mas também os mecanismos constitucionais aptos a remediar a patologia denominada “síndrome da ineficácia das normas constitucionais”. Desse modo, para uma compreensão coesa que atenda ao preceito da unicidade da Constituição, necessário interpretar os arts. 2º e 5º, inciso XXXIX da CRFB/88 em conjunto com os incisos XLI, XLII, LXXI e §§1º e 2º do art. 5º, com o inciso IV do art. 3º, bem como com o §2º do art. 103 da CRFB/88 (BRASIL, 1988).

É a própria Constituição, em vista que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, §1º) e considerando que a omissão legislativa pode significar violação dos mesmos, quem cria duas ações para não deixá-los ao livre-arbítrio do legislador: o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. O primeiro remédio do processo constitucional concreto (controle difuso) destinado à satisfação de direitos e liberdades fundamentais ou mesmo prerrogativas inerentes à nacionalidade, à cidadania e à soberania (mais estrito). O segundo instrumento do controle abstrato de constitucionalidade tem como objeto qualquer norma constitucional que dependa de regulamentação.

A eficácia das decisões varia de acordo com o processo subjetivo ou objetivo: respectivamente, efeitos *inter partes* e *erga omnes*. No entanto, os efeitos entre as decisões em sede de MI. e ADO. se aproximaram após o STF evoluir seu entendimento jurisprudencial de uma posição não-concretista⁸ para concretista geral⁹, por exemplo, no que atine ao direito de greve dos servidores públicos (CUNHA JÚNIOR, 2015). Empós dessa mudança, o legislador editou a Lei n. 13.300/2016, que no seu art. 8º consagra uma posição concretista intermediária do MI.: primeiro estabelece prazo razoável para que o impetrado edite a norma reguladora; não cumprido o estabelecido, determina as condições para o exercício dos direitos, liberdades ou prerrogativas reclamados, ou as condições para o ajuizamento de ação autônoma objetivando exercê-los.

Mas como a ADO. se aproxima da MI. se o texto constitucional exclama que o STF, no controle concentrado de constitucionalidade, dará ciência ao Poder competente omisso ou, tratando-se de órgão administrativo, fixará o prazo de 30 dias para colmatar a omissão? Pois bem, a interpretação restritiva do art. 103, §2º da CRFB/88 pela qual a decisão em ADO. tem natureza meramente informativa significaria transformar um instrumento constitucional objetivo em instituto inócuo; assim como a simples imposição de prazo para suprir a omissão, desacompanhada

8 O papel da Corte é apenas cientificar a omissão legislativa ou administrativa ao órgão competente.

9 O STF não apenas reconhece a mora inconstitucional, mas também determina a norma a ser aplicável ao caso concreto (concretista individual) ou aos casos semelhantes (concretista geral).

de sanção ou solução alternativa, daria espaço ao descumprimento da ordem jurisdicional. Outro argumento que reforça a necessidade de interpretação expansiva do supracitado dispositivo é o fato de que mesmo em países que não admitem controle das omissões do Poder Público, reconhece-se a prerrogativa das Cortes Constitucionais de suprimir as lacunas a partir da técnica decisória de efeito concretista (SILVA; CUNHA JÚNIOR, 2018).

O STF, assim, desempenha papel relevante no exercício da jurisdição das liberdades à medida que protege as minorias e os grupos em situação de vulnerabilidade contra os excessos ou omissões da maioria de modo a assegurar a plenitude dos meios pelos quais exercem seus direitos fundamentais (CATTONI, 2017; MELLO FILHO, 2018). Negar a formulação de decisão com efeito concretista oriunda do Poder Judiciário viabilizaria a “[...] perpetuação dos riscos aos quais já se submete por longo tempo a população em virtude da inexistência da regulamentação exigida pelo Constituinte Originário.” (SILVA; CUNHA JÚNIOR, 2018, p. 415).

Quanto à questão da analogia “in mala partem” é preciso ler a decisão e não fazer suposições. Mais de uma vez foi dito pelos Ministros que votaram favoravelmente à solução concretista que não se estava fazendo analogia (e nem interpretação extensiva) e, sim, se reconhecendo que, desde o julgamento do *HC*. n. 82.424 o racismo não estava vinculado apenas a questões fenotípicas, mas abrangia também uma faceta social (BAHIA, 2006). Aliás, vale ressaltar que da decisão se pode inferir que a lei fala em preconceito de “cor e raça”, o que quer dizer que são coisas diversas: o preconceito contra negros tem a ver com sua cor; já o conceito de “raça” – uma vez superada a ideia de que haveria diferentes “raças humanas” –, possui conteúdo socialmente preenchido, o que evidencia que seu sentido muda junto com as mudanças na sociedade (assim como qualquer significado muda mesmo permanecendo estático o significante), o que não é algo tão inovador no Direito Penal que, há décadas, trabalha com “normas penais em branco”.

Já que importante o desempenho jurisdicional da função contramajoritária para fazer valer os direitos fundamentais pendentes de regulamentação, Silva Filho e Jardim (2020, p. 156) entendem que o caminho a ser percorrido para evitar a ditadura da interpretação, ou melhor, o subjetivismo/decisionismo é recorrer à crítica hermenêutica com seus princípios de modo a investigar o sentido e o alcance das partituras normativas como forma de um “fechamento interpretativo”. Somada à utilização da crítica hermenêutica, a extensão dos efeitos das decisões em ADO./MI. dependerá dos seguintes critérios de avaliação, quais sejam: “(i) qual a norma constitucional parâmetro do controle e qual o valor do bem que ela tutela; (ii) por quanto tempo dura a omissão; (iii) qual o grau de generalidade da imposição; (iv) se há urgência na solução; (v) se há possibilidades materiais de observância da decisão.” (SILVA; CUNHA JÚNIOR, 2018, p. 403).

Assim, ao confrontar tais critérios de avaliação com a ADO. n. 26/DF e com o MI. n. 4.733, observa-se que: a) a autodeterminação da identidade sexual apoiada na hermenêutica construtiva e emancipadora e com base em princípios fundamentais – como a liberdade, a igualdade, o pluralismo, a intimidade e a busca pela felicidade (MELLO FILHO, 2018) – acrescida da ordem constitucional de criminalizar a discriminação violadora de direitos fundamentais são os parâmetros superiores do controle cujo valor principal é a dignidade da pessoa humana; b) a

omissão inconstitucional tem sua duração iniciada desde a promulgação da CRFB/88, em 05 de outubro de 1988, posto que normas originárias os parâmetros; c) os princípios da dignidade da pessoa e da autodeterminação da identidade sexual apresentam textura aberta; d) a conjuntura de violências generalizadas, motivadas por preconceito ou discriminação às pessoas LGBTI+, ou aos indivíduos que são confundidos como membros desse grupo, demonstra a urgência em buscar solução; e) há complexo de instituições públicas e, com diálogo, privadas que possui aptidão para cumprir com a decisão do STF.

Diante dessa omissão do legislador em positivar a norma e do perigo de agravar a situação de violação dos direitos do referido grupo em situação de vulnerabilidade ou dos identificados como tal, o “Poder Judiciário surge como um dos meios principais de aplicabilidade dos direitos fundamentais, possibilitando sua concretude fática.” (SILVA FILHO; JARDIM, 2020, p.155). Com efeito, em 17 de setembro de 2003, o STF, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 82.424/RS (BRASIL, 2004), declarou que a construção jurídico-constitucional do conceito de racismo exige a conjugação de circunstâncias e fatores sociais, políticos e históricos que disciplinam sua formação e aplicação. Constitui, pois, o crime de racismo atentado contra os princípios nos quais se funda e se organiza a sociedade, orientada na convivência pacífica, na respeitabilidade e na dignidade. Essa forma de definir, decerto, guarda conexão direta com a teoria estruturante do direito.

Entretanto, em 12 de agosto de 2014, a Primeira Turma do STF, no julgamento do Inquérito n. 3.590/DF, desconsiderou o precedente (*Habeas Corpus* n. 82.424/RS), e deu interpretação literal ao art. 20 da Lei n. 7.716/86 para afastar a tipicidade da conduta discriminatória ou preconceituosa determinada pela orientação sexual da(s) vítima(s). Em outras palavras, excluiu a violência contra pessoas LGBTI+ da definição de raça, o que acarretou o impedimento da aplicação da lei de racismo devido à ausência de fato típico, por conseguinte, crime inexistente (BRASIL, 2014).

Somente em 13 de junho de 2019, em observância ao precedente (*Habeas Corpus* n. 82.424/RS), aos mandamentos constitucionais e aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil; o STF, ao julgar a ADO. n. 26/DF e o MI. n. 4.733, adotou medida coerente com o sistema jurídico ao conceituar racismo a partir de sua dimensão social, para além do aspecto estritamente biológico e/ou fenótipo. Considerou, para tanto, a desigualdade, a dominação política, a negação da alteridade e a subjugação social. Com isso, concluiu que as pessoas LGTBI estão incluídas na acepção de racismo, visto que assumem uma posição não dominante na estrutura social e serem reputadas como diferentes, degradadas “[...] à condição de marginais do ordenamento jurídico, [expostas], em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito [...]” (BRASIL, 2019).

Ainda que não se reconhecessem os instrumentos que combatem a omissão inconstitucional, o ensinamento de Alexy (2008, p. 93-103) acerca da técnica do sopesamento seria argumento plausível para demonstrar a precedência, no caso concreto, da autodeterminação da identidade sexual¹⁰ sobre a impossibilidade de analogia *in malam partem* e a rígida separação dos poderes.

10 Expressão do princípio da dignidade da pessoa humana, o que, para Silva Filho e Jardim (2020), apesar de não se confundir com a felicidade, é meio indispensável para alcançá-la. Ou seja, enquanto a dignidade é meio, a felicidade é fim.

Compartilha dessa ótica Ana Paula de Barcellos (2008, p. 75), ao autorizar o Poder Judiciário criar, *in concreto*, direitos subjetivos para aquele que seria atingido ou beneficiado pela produção dos efeitos do comando normativo. A isso denomina eficácia jurídica positiva ou simétrica dos enunciados normativos constitucionais.

Desse modo, a criminalização da LGBTI+fobia é legítima e representa a tentativa do Estado-juiz em mudar essa realidade (inércia do legislativo e cenário de violações aos direitos humanos da população LGBTI+), “[...] tutelando estes bens jurídicos no campo da no sentido de que somente se deve recorrer ao direito penal quando nenhum outro ramo do direito foi capaz de solucionar o problema, conforme preconizam o princípio da fragmentariedade e da intervenção mínima.” (SENTONE; GIACOIA, 2020, p. 47).

Vista toda essa lógica argumentativa, o tópico 5 deste artigo enfrentará o tema referente ao diálogo entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o STF para proteção institucional mais efetiva direcionada às vítimas de homofobia e transfobia.

4 DIÁLOGO ENTRE A CORTE-IDH E O STF PARA A PROTEÇÃO JURÍDICA DAS PESSOAS LGBTI+

A escolha metodológica da necessidade de construção desse tópico se justifica devido à existência de problema comum, no mundo em geral e nas Américas em particular, qual seja: a violência discriminatória às pessoas LGBTI+. O enfrentamento dessa problemática pelo Estado soberano, com resultados oscilantes entre eficaz e ineficaz, precisa ser observado por outros países à medida que o diálogo permite o aprimoramento do sistema protetivo de direitos humanos. Enxergar, pois, a imperfeição e incompletude do sistema local é o primeiro passo para a prática do verbo *dialogar*, seguida do uso da experiência alheia na busca por eliminar falhas. Isso, juntamente com o consenso, constitui o caminho para fortalecer o sistema e a etapa fundamental no processo de criação de corpo normativo comum (patamar mínimo) entre Estados.

Esse diálogo se dá em três dimensões: 1) diálogo entre jurisdições constitucionais; 2) diálogo entre as jurisdições regionais (por exemplo, entre a Corte Europeia de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos); e 3) diálogo entre as jurisdições regionais e as jurisdições constitucionais (PIOVESAN, 2012, p. 72). Comporta ainda incrementar uma quarta dimensão, a saber – o diálogo entre os sistemas regional e global de direitos humanos. A despeito dessa variedade dimensional, opta-se pela terceira dimensão em vista o cerne da pesquisa a interação direta ou indireta do Supremo Tribunal Federal (STF)¹¹ com a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte-IDH) especificamente a respeito da criminalização da homotransfobia ante a inércia estatal.

Inegável que a Corte-IDH, com base no *corpus iuris* interamericano, cria patrimônio

¹¹ Órgão jurisdicional máximo, no âmbito doméstico, a quem compete à guarda da Constituição, consoante o art. 102, *caput*, da CRFB/88.

jurídico mínimo comum entre os Estados americanos, contribuindo para a formação do entendimento, exarado em suas manifestações e jurisprudência, dos órgãos jurisdicionais singulares ou colegiados. Melhor dizer, destarte, que os magistrados nacionais, por meio do controle de convencionalidade, são juízes interamericanos em nível nacional, devendo honrar e fazer cumprir os atributos constantes na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) (ALCALÁ, 2012). Há duas técnicas desse controle para Valeiro Mazzuoli (2018, p. 30): uma que considera exclusivamente o texto do tratado paradigma, em espécie o CADH; outra acresce a interpretação da Corte-IDH ao texto: não havendo pronunciamento da Corte regional, o juiz interno se transmuda em juiz internacional para julgar os casos sob sua jurisdição à luz dos princípios internacionais, mormente o princípio *pro homine* ou *pro persona*¹².

A segunda técnica de controle, entretanto, foi reconhecida pela Corte-IDH somente a partir de 2006 (MAZZUOLI, 2018, p. 34), uma vez que suas decisões gozam de efeito quase *erga omnes* à proporção que os Estados que não são parte na controvérsia são convidados a assumir a *ratio decidendi* em seu direito interno por receio de acarretar responsabilidade internacional do Estado em razão do juiz, enquanto agente público, deixar de aplicar a lei convencional (convenção somada à interpretação da Corte-IDH) que garanta direitos fundamentais (ALCALÁ, 2012, p. 144-148). Em verdade, não se trata propriamente de convite a seguir a *ratio decidend* da sentença da Corte-IDH, senão uma imposição, já que o ato de convidar pressupõe a voluntariedade e liberdade na escolha e o que se verifica é uma forma de coagir, ou seja, ocorre a internalização da decisão da Corte regional por medo de represálias – condenação do Estado ao pagamento de indenização por danos morais e materiais, por exemplo.

Ressalva-se, entretanto, que o juiz nacional pode até discordar do posicionamento da Corte-IDH ao julgar caso semelhante, desde que o faça razoavelmente, expondo os motivos pelos quais levaram a tal desacordo. Por lógico, faculta a supradestacada Corte reexaminar a matéria controversa se a demanda chegar à sua jurisdição ou ainda emitir nova decisão para assuntos semelhantes. Firma, assim, diálogo franco, leal e de boa-fé seja descendente (de cima para baixo) ou ascendente (de baixo para cima), mesmo que a Corte Interamericana ponha fim à discussão, vinculando os juízes e tribunais locais (ALCALÁ, 2012, p. 170) por ser a intérprete última da Convenção Americana.

Para além do exercício da competência contenciosa, a Corte-IDH desempenha função consultiva marcada pela colaboração com os órgãos domésticos na interpretação da CADH e na sugestão de como se deve usar corretamente o controle de convencionalidade. Percebe-se, com isso, que esse diálogo antecede o surgimento do conflito e tem como fim principal evitá-lo, daí a importância de recepcionar as opiniões consultivas. Essa recepção não é obrigatória, mas uma orientação emanada do intérprete por excelência do *corpus iuris* interamericano: uma vez não seguida o Estado poderá vir a ser condenado, caso nasça aquilo que o opinativo considera como violação aos direitos humanos e a Corte venha a ser questionada sobre essa transgressão. Tais opinativos “[...] não controlam propriamente a convencionalidade de qualquer norma

12 Ver também: Hitters (2009) e Saldanha e Vieira (2014).

interna, senão apenas demonstram (daí o sentido da expressão aferição) em que consiste essa inconvenção.” (MAZZUOLI, 2018, p. 48).

A respeito da interpretação acerca da identidade de gênero, a igualdade e a não discriminação a pessoas do mesmo sexo o Estado da Costa Rica provocou o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) para que se manifestasse, pelo seu órgão máximo no exercer da sua competência consultiva, sobre a questão. Em 24 de novembro de 2017, a Corte-IDH emitiu a Opinião Consultiva n. 24 pela qual afirma que a falta de consenso por alguns países no que concerne à obediência aos direitos inerentes às pessoas LGBTI+ não permite considerar “[...] como argumento válido para negar-lhes ou restringir-lhes seus direitos humanos ou para perpetuar e reproduzir as discriminações históricas e estruturais que este grupo de pessoas sofrem.” (CIDH, 2017, p. 42-43). A Corte chega a essa conclusão pois enxerga estar inserida na proibição geral de discriminação (prevista no instrumento interamericano) a negação e/ou restrição de direitos estabelecidos na CADH em razão da orientação sexual, da identidade de gênero etc. Com efeito, o STF, no julgamento da ADO. n. 26/MI. n. 4733, interpretou extensivamente¹³, de maneira expressa, o referido parecer opinativo para criminalizar a prática da homofobia e da transfobia. No diálogo interjurisdicional, devem ser considerados os casos apreciados pela Corte-IDH: *Atala Riffo y niñas VS. Chile; Duque VS. Colômbia; Flor Freire VS. Equador; Azul Rojas Marín e outra VS. Peru.*

O primeiro caso refere-se ao conflito em torno da guarda das três filhas M., V. e R., movido pelo pai das meninas em face da senhora Karen Atala Riffo. O tribunal chileno ao apreciar a causa atendeu ao pedido autoral por compreender que a orientação sexual da mãe e a convivência amorosa com pessoa do mesmo sexo eram prejudiciais ao desenvolvimento das crianças. Contudo, a Corte-IDH (CIDH, 2012, p. 2-3), instada a se pronunciar, condenou, em 24 de fevereiro de 2012, o Chile por violação a) ao direito à igualdade e a não discriminação; b) à igualdade perante a lei; c) à obrigação do respeito às garantias judiciais; d) à proteção à honra, à dignidade, à vida privada e à família.

No segundo, a Corte-IDH (CIDH, 2016a, p.21-22) proferiu, em 26 de fevereiro de 2016, sentença responsabilizando a Colômbia por discriminação, visto que esse Estado se recusou a conceder benefício previdenciário ao companheiro sobrevivente, senhor Ángel Alberto Duque, em função do relacionamento homoafetivo não encontrar amparo no art. 1º da Lei n. 54 de setembro de 2001. Duque conviveu como casal com J.O.J.G até 15 de setembro de 2001, data em que seu companheiro faleceu em decorrência da síndrome da imunodeficiência adquirida. Ou seja, a própria lei de regência praticava ato discriminatório.

No terceiro, a Corte Interamericana, em 31 de agosto de 2016, declarou a responsabilidade internacional do Equador por lesão a) ao direito à igualdade perante a lei e a proibição de discriminação, b) ao direito à honra e à dignidade e c) à garantia de imparcialidade. Tais lesões ocorreram no curso de processo disciplinar militar contra o senhor Homero Flor Freire por suposta prática de atos sexuais homossexuais dentro das instalações militares, que resultou na sua demissão.

13 Para Alcalá (2012) interpretação extensiva consiste no ato do juiz nacional atribuir sentido e alcance dos dispositivos da Convenção superior àqueles fixados na jurisprudência da Corte-IDH.

Porém, a punição por esse motivo “[...] constituyó un acto discriminatorio en la medida en que se basó en la aplicación al señor Flor Freire de normas internas que sancionaban de forma más gravosa los ‘actos homosexualismo’, en comparación con los actos sexuales no homosexuales”¹⁴ (CIDH, 2016b, p. 1).

Por fim, no último caso, a Corte-IDH (CIDH, 2020), em 12 de março de 2020, condenou o Estado do Peru pela transgressão do direito à vida privada, à liberdade, à integridade física, à igualdade e à não discriminação, decorrente da prática de atos de violências física, psicológica e sexual por agentes estatais em face da vítima detida arbitrariamente em 25 de fevereiro de 2008. Esses atos violentos ocorreram, sobretudo, quando identificaram a detenta como se fosse um homem e não como mulher transgênero. Por tal razão, além das indenizações pelos danos de ordem material e imaterial, a Corte deliberou por obrigar o Estado a ofertar gratuitamente tratamento médico, psicológico e psiquiátrico a Azul Rojas Marín.

Ao confrontar a jurisprudência da Corte-IDH (no exercer da sua função contenciosa e consultiva) atrelada à matéria de defesa aos direitos humanos do grupo LGBTI+ com a decisão prolatada pelo STF na ADO. n. 26/DF e no MI. n. 4733, classifica-se o diálogo mantido entre tribunal local e tribunal interamericano como corretivo e receptivo ao passo que, respectivamente: retificou a jurisprudência local com base na interpretação feita pela Corte interamericana quando condenou/sugeriu um Estado parte (Opinião Consultiva n. 24 e demais jurisprudência interamericana) e recepcionou a *ratio decidendi* extraída da condenação de outro Estado-parte com o objetivo de refrear responsabilização internacional (ao valer-se dos argumentos que a Corte utilizou para justificar sua decisão).

CONCLUSÃO

A despeito da condição de vulnerabilidade estar intrinsecamente ligada à natureza humana, as pessoas LGBTI+ são um grupo de indivíduos em que essa condição é potencializada seja pela marginalização ao convívio social, pela insignificante participação política, pelo costume predatório da sociedade, entre outros fatores de exclusão. Desse modo, seus direitos são periodicamente alvos de violações tanto pelos particulares quanto pelo Poder Público. No Brasil, esse cenário de transgressões agrava-se pela falta de dados estatísticos oficiais baseados em critérios científicos, tem-se tão só a contabilidade das ocorrências confeccionada por organizações não-governamentais. Não bastasse isso, políticas públicas de combate à discriminação em razão da orientação sexual, da identidade de gênero, dentre outras dimensões da sexualidade são negligenciadas.

A presença de comando constitucional (art. 5º, incisos XLI e XLII, art. 3º, IV, art. 4º, II e art. 1º, III da CRFB/88) e de documentos internacionais determinando a criminalização da homofobia e transfobia não fez com o que o Poder Legislativo, no exercício de sua atividade típica,

¹⁴ Tradução Livre: constitui um ato discriminatório à medida que se baseou na aplicação ao senhor Flor Freire de normas internas que sancionem de forma mais gravosa os atos de homossexualismo em comparação com os atos sexuais não homossexuais (CIDH, 2016b, p. 1).

editasse tipo penal ou outras normas infraconstitucionais protegendo esse grupo. Esse fato revela forma implícita de consentir do Estado brasileiro com tais práticas, com isso, contribui para o agravamento da situação. Portanto, as tentativas de normatizações encontram obstáculo na própria democracia enquanto governo da maioria e a atuação do Poder Judiciário na defesa dessas pessoas é encarada com olhar crítico por juristas, que petrificam rigidamente os princípios da separação de poderes, da legalidade, da anterioridade da norma penal.

Esquecem, contudo, que a própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê mecanismos para o enfrentamento da “síndrome da inefetividade das normas constitucionais”, a saber: o Mandado de Injunção (MI) e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), que autorizam o Poder Judiciário a afastar a omissão inconstitucional e/ou inconveniente, sem que, com isso, infrinja a reserva legal. Além disso, há técnicas interpretativas estudadas pela hermenêutica constitucional – como a interpretação conforme a Constituição – que possibilitam ao STF dar aplicação constitucional aos comandos normativos. Esquivar-se dessa autorização (que muito mais é poder-dever, isto é, incumbência do que propriamente uma autorização/faculdade) representaria renunciar à sua função contramajoritária, conseqüentemente, viabilizaria a ditadura da maioria, ou melhor, o fortalecimento da posição de subcidadania do grupo LGBTI⁺ e a perpetuação de lesão aos direitos dos integrantes desse grupo em situação de vulnerabilidade.

Como problema comum – a violência às pessoas LGBTI⁺ – é imprescindível o diálogo interjurisdicional para o aprimoramento da rede protetiva de direitos humanos. Isso foi feito pela Suprema Corte no julgamento da ADO. n. 26/DF e MI. n. 4733 ao considerar não só expressamente a interpretação exarada pela Corte-IDH na Opinião Consultiva n. 24/2017, mas também implicitamente a jurisprudência interamericana. Ao mesmo tempo em que efetuou estas considerações, o STF inovou, atuando com tribunal interamericano nacional, ao determinar a aplicação da Lei n. 7.716/1989 para os atos de homotransfobia a partir da construção jurídico-constitucional-convencional do conceito de racismo.

Por conseguinte, o caminho interpretativo e dialógico percorrido pelo tribunal local mostrou-se como essencial para proteção institucional do mencionado grupo, assim como para estimular a convivência harmônica com a diversidade de modo a respeitar seus direitos humanos e/ou fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALCALÁ, Humberto Nogueira. Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del tribunal constitucional en periodo 2006-2011. **Revista do Curso de Direito**, São Luís, v. 2, n. 4, p. 131-203, dez. 2012. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4473027>. Acesso em: 5 jun. 2020.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ARENDR, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BAHIA, Alexandre. A função contramajoritária da Constituição Brasileira de 1988 em proteger minorias: estudo sobre ADInO n. 26. In: MIRANDA, Jorge *et al.* (org.). **Hermenêutica, justiça constitucional e direitos fundamentais**. Juruá: Curitiba, 2016. p. 371-400.

BAHIA, Alexandre. Anti-Semitismo, tolerância e valores: anotações sobre o papel do Judiciário e a questão da intolerância a partir do voto do ministro Celso de Mello no HC 82.424. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 847, p. 443-470, maio 2006. Disponível em: <http://abre.ai/bhRh>. Acesso em: 5 jun. 2020.

BAHIA, Alexandre; CONCEIÇÃO, Andreza Cássia da Silva. Os números da transfobia no Brasil: a omissão inconstitucional do país em tratar do problema. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (org.). **Transgêneros**. Brasília: Zakarewicz, 2019. p. 629-640.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: os princípios da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (org.). **Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 275-290.

BOMFIM, Rainer; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. A inconstitucionalidade por omissão: o dever de criminalizar a lgbtifobia no Brasil. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, Guanambi, v. 6, n. 1, p. 1-31, jun. 2019. Disponível em: <http://revistas.faculdadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/249>. Acesso em: 2 abr. 2020.

BORRILLO, Daniel. **Homofobia**. Barcelona: Ediciones Bellaterra, 2001.

BRAGA, Matheus Andrade. A legalidade penal em tempos de ativismo judicial: uma análise crítica da decisão do supremo tribunal federal no caso da homofobia. In: CAMPOS, Juliana Cristine Diniz (org.). **Nas entrelinhas da jurisdição constitucional: estudos críticos sobre o constitucionalismo à brasileira**. Fortaleza: Mucuripe, 2019. p. 141-158.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: presidência da República, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 2 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Inquérito n. 3.590/DF**. Disposto no artigo 20 da Lei n. 7.716/89 tipifica o crime de discriminação ou preconceito considerada a raça, a cor, a etnia, a religião ou a procedência nacional, não alcançando a decorrente de opção sexual. Relator: Ministro Marcos Aurélio, 12 de setembro de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade por omissão n. 26/DF**. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão – exposição e sujeição dos homossexuais, transgêneros e demais integrantes [...]. Relator: Ministro Celso de Mello, 28 de junho de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 82.424/RS**. Publicação de livros: anti-semitismo. racismo. crime imprescritível. conceituação. abrangência constitucional. liberdade de expressão. limites. ordem denegada Relator: Ministro Maurício Corrêa, 19 de março de 2004.

BRASIL. Acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26. Relator min. Marco Aurélio. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Ano 158, n. 124, Brasília - DF, 1 jul. 2019.

CAPOTORTI, Francesco. **Study on the rights of persons belonging to ethnic, religious and linguistic minorities**. New York: United Nations, 1979.

CATTONI, Marcelo Andrade. **Contribuições para uma teoria crítica da Constituição**. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

CIDH - CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinião consultiva n. 24/2017**. Dispõe sobre a identidade de gênero, a igualdade e a não discriminação a pessoas do mesmo sexo. Washington, D.C: CIDH, 2017. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf. Acesso em: 5 jun. 2020.

CIDH - CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Sentença de 24 de fevereiro de 2012**: caso Atala Riffo y niñas VS. Chile. Washington, D.C: CIDH, 2012. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_239_esp.pdf. Acesso em: 5 jun. 2020.

CIDH - CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Sentença de 26 de fevereiro de 2016**: caso Duque VS. Colômbia. Washington, D.C: CIDH, 2016a. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf. Acesso em: 5 jun. 2020.

CIDH - CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Sentença de 31 de agosto de 2016**: caso Flor Freire vs. Equador. Washington, D.C: CIDH, 2016b. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_315_esp.pdf. Acesso em: 5 jun. 2020.

CIDH - CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Sentencia de 12 de marzo de 2020**: caso Azul Rojas Marín y Otra Vs. Perú. Washington, D.C: CIDH, 2020. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_402_esp.pdf. Acesso em: 5 jun. 2020.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **A evolução da posição do Supremo Tribunal Federal ao mandado de injunção no controle da inconstitucionalidade por omissão**. [S.l.]: Jusbrasil, 2015. Disponível em: <https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/163082882/a-evolucao-da-jurisprudencia-do-supremo-tribunal-federal-em-relacao-ao-mandado-de-injuncao-no-controle-da-inconstitucionalidade-por-omissao>. Acesso em: 2 abr. 2020.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e prática da igualdade. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GALTUNG, Johan. La violencia cultural, estructural y directa. *In*: INSTITUTO ESPAÑOL DE ESTUDIOS ESTRATÉGICOS - IEE. Política y violencia: comprensión teórica y desarrollo en la acción colectiva. **Cuadernos de Estrategia**, Madrid, v. 5, n. 183, p.147-168, 2016. Disponível em: https://www.ieee.es/Galerias/fichero/cuadernos/CE_183.pdf. Acesso em: 14 out. 2019.

GILSON, Erinn. Vulnerability, ignorance, and oppression. **Hypatia**, New York, v. 26, n. 2, p. 308-332, 2011. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/23016548>. Acesso em: 14 out. 2019.

HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. **Metodologia científica na pesquisa jurídica**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

HITTERS, Juan Carlos. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación: criterios fijados por la corte interamericana de Derechos Humanos. **Estudios constitucionales**, v. 7, n. 2, p. 109-128, 2009. DOI: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002009000200005>

- INSTITUTO DATAFOLHA. **Eleições 2018**: opinião sobre temas diversos. [São Paulo]: Instituto Datafolha, out. 2018. Disponível em: <http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2018/10/29/9d1a93fe17726819d7088b03c0278862.pdf>. Acesso em: 14 out. 2019.
- JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre identidade de gênero**: conceitos e termos. 2. ed. Brasília: Jaqueline Gomes de Jesus, 2012.
- JUBILUT, Liliana Lyra. Itinerários para a proteção das minorias e dos grupos vulneráveis: os desafios conceituais e de estratégias de abordagem. *In*: JUBILUT, Liliana Lyra; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco (org.). **Direito à diferença**: aspectos teóricos e conceituais da proteção às minorias e aos grupos vulneráveis. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 13-30.
- LOPES, Ana Maria D'Ávila. Proteção constitucional dos direitos fundamentais culturais das minorias sob a perspectiva do multiculturalismo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 45, n. 177, p. 19-29, mar. 2008. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/160330>. Acesso em: 17 abr. 2020.
- MARCONI, Mariana de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia Científica**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- MELLO FILHO, José Celso de. O papel constitucional do Supremo Tribunal Federal na consolidação das liberdades fundamentais. *In*: TOFFOLI, José Antonio Dias. **30 anos da Constituição brasileira**: democracia, direitos fundamentais e instituições. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 477-494.
- MICHELS, Eduardo. **População LGBT morta no Brasil**. Salvador: Grupo Gay da Bahia, 2019. Relatório GGB 2018. Disponível em: <https://grupogaydabahia.files.wordpress.com/2019/01/relat%C3%B3rio-de-crimes-contra-lgbt-brasil-2018-grupo-gay-da-bahia.pdf>. Acesso em: 14 out. 2019.
- MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. .
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICOS. **Violência contra pessoas lésbicas, gays, bissexuais, trans e intersexo nas Américas**. São Paulo: OEA, 2015. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/docs/pdf/ViolenciaPessoasLGBTI.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2020.
- PEREIRA, Rayssa Mosanio Duarte. **O direito fundamental à autodeterminação sexual**. 2019. 136 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Curso de Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2019.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 19, n. 1, p. 67-93, jun. 2012. Disponível em: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067-Artigo_Flavia_Piovesan_\(Direitos_Humanos_e_Dialogo_entre_Jurisdicoes\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067-Artigo_Flavia_Piovesan_(Direitos_Humanos_e_Dialogo_entre_Jurisdicoes).pdf). Acesso em: 17 abr. 2020.
- ROGERS, Wendy; BALLANTYNE, Angela. Populações especiais: vulnerabilidade e proteção. **Reciis**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 31-41, 8 dez. 2008. DOI: <https://doi.org/10.3395/reciis.v2i0.865>

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; VIEIRA, Lucas Pacheco. Modelos de controle de convencionalidade sob uma perspectiva otimizadora. **Libertas**, Juiz de Fora, v. 1, n. 1, 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufop.br:8082/pp/index.php/libertas/article/view/255>. Acesso em: 17 abr. 2020.

SÉGUIN, Éliida. **Minorias e grupos vulneráveis**: uma abordagem jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SENTONE, Andressa Tanferri; GIACOIA, Gilberto. O ponto cego legislativo e a criminalização da homofobia. **Revista Videre**, Dourados, v. 12, n. 24, p. 26-51, nov. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.30612/videre.v12i24.9651>

SILVA FILHO, Edson Viera da; JARDIM, Neymilson Carlos. A construção da busca da felicidade constitucional: da omissão do legislativo ao decisionismo do judiciário brasileiro. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 22, n. 1, p. 133-161, jan./abr. 2020. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-Dir-Liberdade_v.22_n.1.pdf. Acesso em: 17 abr. 2020.

SILVA, Gabriela Costa e; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Efeitos das decisões em ação direta de inconstitucionalidade por omissão: da possibilidade de prolação de sentenças criativas no controle abstrato das omissões do poder público. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 19, n. 8, p. 395-418, abr. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2018.v19i8.3173>

SOUZA, Mércia Cardoso de. Revisión del concepto de minorias: especial referencia a la doctrina y derecho brasileños. **Revista Internacional de Pensamiento Político**, Sevilla, v. 14, n. 1, p. 193-208, dez. 2019. DOI: <https://doi.org/10.46661/revintpensampolit.4776>

Recebido em: 21/04/2021

Aceito em: 03/02/2023

NOVAS TECNOLOGIAS E O CONCEITO DE SER HUMANO: UMA PROBLEMATIZAÇÃO A PARTIR DO CRISPR

NEW TECHNOLOGIES AND THE CONCEPT OF HUMAN BEING: A CRISPR ANALYSIS

Leilane Serratine Grubba*
Gabriel Zanatta Tocchetto**

Como citar: GRUBBA, Leilane Serratine; TOCCHETTO, Gabriel Zanatta. Novas tecnologias e o conceito de ser humano: uma problematização a partir do CRISPR. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 18, n. 2, p. 140-155, ago. 2023. DOI 10.5433/24157-108104-1.2023v18n2p.140. ISSN: 1980-511X

*Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre Interdisciplinar em Ciências Humanas. Professora do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da IMED. Professora da Escola de Direito da IMED. Professora do PPGPsicologia da IMED.

E-mail: lsgrubba@hotmail.com

**Mestre em Direito pela Faculdade Meridional Imed. Advogado. Bacharel em Direito pela Faculdade Meridional Imed. Professor de Direito - IMED.

E-mail: gztocchetto@gmail.com

Resumo: Partindo do problema: É verificável a necessidade de construção de um conceito objetivo de ‘humano’ frente aos desafios que a Inteligência Artificial e a edição gênica apresentam ao Direito no século XXI?; o trabalho objetiva questionar a ideia de humano pressuposta pela sociedade dentro de um contexto no qual esse conceito passa por uma possível necessidade de readequação. Os objetivos específicos desenvolvidos são tratar do conceito de humano frente a inteligência artificial, e frente às possibilidades apresentadas pela tecnologia do CRISPR. O método utilizado no trabalho é o método dedutivo e a proposta é desenvolvida através da técnica de pesquisa bibliográfica. Concluindo pela confirmação do problema-hipótese, o trabalho verifica a carência de um conceito de humano que é evidenciado pelo surgimento das novas tecnologias analisadas.

Palavras-chave: CRISPR; desenvolvimento conceitual; humanidade; inteligência artificial.

Abstract: Starting from the problem: Is it necessary to construct an objective concept of ‘human’ in the face of the challenges of Artificial Intelligence and gene editing that science presents to the law in the 21st century?; we problematize the idea of human presupposed by society when communicating as a society within a context in which this concept goes through a possible need for readjustment. The specific objectives are to deal with the concept of human versus artificial intelligence, and with the possibilities offered by CRISPR technology. The method used in the work

is the deductive method and the proposal is developed through the technique of bibliographic research. Concluding by the confirmation of the problem-hypothesis, the work verifies the lack of a concept of human that is evidenced by the emergence of the new technologies analyzed.

Keywords: CRISPR; conceptual development; humanity; artificial intelligence.

INTRODUÇÃO

É verificável a necessidade de construção de um conceito objetivo de ‘humano’ frente aos desafios que a Inteligência Artificial e a edição gênica apresentam ao Direito no século XXI? Ao observar a inovação tecnológica apresentada à sociedade como possibilidade realizável, alguns conceitos basilares ao que é juridicamente construído podem passar à situação de estarem obsoletos.

Um caso que precisa ser verificado, é o do conceito de “humano”, ou a “suposta essência humana” (GRUBBA, 2016, p. 15), pressuposto basilar ao entendimento do alcance de praticamente tudo o que é jurídico no mundo – seja para o entendimento de quem se submete às normas, de quem as faz, quem tem direitos ou deveres, e mesmo como elemento de diferenciação quando se dispõe de direitos aos seres “não-humanos” de uma forma geral.

Ocorre que existem respostas científicas ao questionamento “o que é um ser humano?”, que servem aos propósitos conceituais-científicos de uma sociedade¹ que, apesar de estar na iminência, ainda não precisou observar essas questões em situações limítrofes. Os argumentos científicos que definem o humano podem ser resumidos em dois esforços de consideração diferentes: em primeiro lugar, o esforço de descrição taxonômica (BLOOM *et al.*, 1956, p. 1), que define o ser humano a partir de elementos próprios das ciências biológicas, definindo características genóticas e fenóticas por exemplo; e o desenvolvimento racionalista, que coloca a capacidade racional humana como elemento que dispensa à humanidade a capacidade de imposição de suas vontades em relação à natureza, para além de colocar os seres humanos como sujeitos de direitos e de construção de direitos, como seres sociais (MINSKY, 1988, p. 20).

Ao conceito apresentado, existem duas inovações que chegam para perturbar a estabilidade conceitual construída *in casu*. O primeiro deles perturba somente a observação racionalista, no momento em que entender o ser humano como merecedor de Direitos como consequência de sua capacidade de participação social cognitiva e, ao mesmo tempo, entender que existe a possibilidade de essa capacidade ser característica de um *software* dotado de inteligência artificial. O segundo perturba tanto o desenvolvimento racionalista quanto o taxonômico, sendo ele a nova tecnologia de edição genética chamada CRISPR, que possibilita a abertura de discussões sobre seres biologicamente caracterizáveis como humanos, ao tempo de não serem racionais, e seres racionais taxonomicamente não-humanos.

Dessa forma, o objetivo do presente trabalho é problematizar a ideia de humano pressuposta pela sociedade ao se comunicar como sociedade dentro de um contexto no qual esse conceito passa por uma possível necessidade de readequação. Os objetivos específicos, desenvolvidos no texto, são tratar do conceito de humano frente a inteligência artificial, e frente às possibilidades apresentadas pela tecnologia do CRISPR. O método utilizado no trabalho é o método dedutivo e a proposta é desenvolvida através da técnica de pesquisa bibliográfica.

1 Importante notar que ao mencionar “sociedade”, o termo se refere à humanidade como um todo.

1 INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E O HUMANO

Em primeiro lugar, ressalva necessária à discussão em questão, imprescindível colocar que o presente trabalho, ao se propor discutir a ideia de *inteligência artificial* com a ideia de *humano*, não propõe uma discussão sobre a possibilidade de as máquinas adquirirem consciência a exemplo da problemática trazida nos filmes “Exterminador do Futuro” ou “Eu, Robô” – que apresentam a ideia de a inteligência artificial subir ao patamar de “consciência”, independente do que isso realmente signifique –, mas uma discussão sobre o protagonismo humano na sociedade em contraste com o protagonismo que a inteligência artificial opera e possui capacidade de operar na sociedade em um futuro próximo.

Feita a ressalva, o vislumbre da presença da inteligência artificial no cotidiano do ser humano que tem acesso à internet, parece ser o primeiro passo lógico na construção do debate em tela. A inteligência artificial é um mecanismo utilizado com o objetivo de automatizar tarefas crescentemente complexas nos mais diferentes contextos. O grande elemento que a inteligência artificial possui em relação à programação comum é o fato de que, por meio de alguns artificios², possibilitam que os programas aprendam por si sós. Esse fenômeno, de forma geral, é chamado de *machine-learning*³, e é cada vez mais presente em no cotidiano do ser humano referido acima.

A *machine-learning* possibilita muitos aspectos da sociedade moderna: de pesquisas na web à filtragem de conteúdo em redes sociais e à recomendações de websites de comércio eletrônico, e está cada vez mais presente em produtos de consumo como câmeras e smartphones. Sistemas *machine-learning* são usados para identificar objetos em imagens, transcrever fala em texto, combinar notícias, publicações ou produtos com interesses dos usuários e selecionar resultados relevantes da pesquisa. (*tradução nossa*)⁴ (LECUN; BENGIO; HINTON, 2015, p. 521).

O resultado do processo de *machine-learning*⁵ é tão previsível quanto verificável, como o programador simplesmente define as etapas de um procedimento algorítmico com a capacidade de aprender a praticar ações para além da complexidade inicial do sistema, os programas passam a ser compostos de elementos que, de forma temporalmente crescente, estão além da capacidade de criação humana, e mesmo além de qualquer possibilidade de análise e entendimento metuculoso

2 Em poucas palavras, o mais comum dos artificios de programação no sentido em questão é chamado de *supervised learning*, mecanismo através do qual se cria um código simples (a), um código que programa aleatoriamente o código inicial (b), e um código que aplica testes para selecionar a melhor variação aleatória do código inicial (c) e selecionar as melhores opções para uma nova seção de programação aleatória. O programa (a) é objeto de variação aleatória por (b) e é selecionado pelo teste de (c) (LECUN; BENGIO; HINTON, 2015., p. 521-522). Isso possibilita ao programador dar um objetivo ao programa, e aguardar enquanto o processamento de dados faz com que o programa melhore no ato de executar o objetivo em questão.

3 *Machine-learning* é um termo traduzível de forma simplificada para “aprendizado de máquina”, no entanto, necessário notar que o uso desse termo em inglês dispensa o uso de preposição e permite o uso de gerúndio sem a perda de sentido do termo, motivo pelo qual o presente trabalho faz uso do termo em inglês.

4 *Machine-learning technology powers many aspects of modern society: from web searches to content filtering on social networks to recommendations on e-commerce websites, and it is increasingly present in consumer products such as cameras and smartphones. Machine-learning systems are used to identify objects in images, transcribe speech into text, match news items, posts or products with users’ interests, and select relevant results of search* (LECUN; BENGIO; HINTON, 2015, p. 521)

5 Necessário verificar que diferenciar *machine-learning* do conceito de *deep learning* não se mostra como uma necessidade ao entendimento do ponto desenvolvido no presente trabalho.

por parte do mesmo.

Contando com o fato de que a afirmação construída acima coloca que a capacidade de as máquinas aprenderem se equivalem a mecanismos que decidem, aprendem e interagem com o ser humano ao tempo em que, em última análise, não se possui profundo entendimento sobre como o mecanismo em questão funciona. Isso significa que o ser humano, em várias situações diferentes, *passa a conviver com, responder a, ser estimulado por*, e mesmo controlado por esses códigos que são capazes de criar situações, produtos e mesmo sentimentos que nunca foram projetados pelo programador no momento da programação.

Dessa forma, a presente seção se desenvolve em dois pontos diferentes, em primeiro lugar oportunizando uma troca de papéis entre o ser humano e o *software*, como criador e criatura, e em um segundo momento, observando a subversão do ser humano como detentor da atividade criativa frente ao elemento da inteligência artificial.

1.1 HUMANO COMO CRIADOR, SOFTWARE COMO CRIATURA, SOFTWARE COMO CRIADOR, HUMANO COMO CRIATURA

Mal tinha “o homem” criado o Deus que o criou e Nietzsche (2008, p. 18)⁶ já o estava matando. Existe a possibilidade de algoritmos de inteligência artificial moldarem (diga-se, programarem) o ser humano, seja esse molde intencional? Em 2014, um estudo feito pelo Facebook (KRAMER; GUILLORY; HANCOCK, 2014), sem a anuência dos usuários que foram estudados⁷, analisou a capacidade que postagens com conteúdos positivos e postagens com conteúdos negativos teriam nos usuários que as vissem em seu *feed* do Facebook.

O estudo se desenvolveu de forma que um *software* chamado “*Linguistic Inquiry and Word Count software*⁸ (LIWC2007)” (KRAMER; GUILLORY; HANCOCK, 2014, p. 8789) definiu palavras positivas e negativas em postagens de usuários. O estudo, feito durante uma semana no ano de 2012, teve como objeto 689,003 usuários do Facebook, e se desenvolveu através da supressão de posts com as características de carregarem palavras negativas e positivas, medindo assim o conteúdo dos posts dos usuários cujos *Feeds* sofreram as supressões para checar se seriam percebidas mudanças (KRAMER; GUILLORY; HANCOCK, 2014, p. 8788-8789). O estudo levantou evidências de que o contágio emocional acontece mesmo que não exista contato direto entre pessoas, que é o caso de postagens feitas para públicos não-exclusivos.

Mostramos, através de um experimento massivo (N = 689.003) no Facebook, que os estados emocionais podem ser transferidos para outras pessoas por meio do contágio emocional, levando as pessoas a experimentarem as mesmas emoções sem a consciência delas. Nós fornecemos evidências experimentais de que o contágio emocional ocorre sem interação direta entre pessoas (a exposição a um

6 Note-se que em ambos os temas trabalhados no presente artigo, o ser humano pode ser observado como criador e como criatura, por motivos muito diferentes.

7 Sobre o pedido de desculpas do Facebook para aqueles que foram objeto de estudo, vide (GIBBS, 2014).

8 Tradução livre: Software de Inquirição Linguística e Contagem de Palavras.

amigo que expressa uma emoção é suficiente) e na completa ausência de sinais não-verbais⁹ (KRAMER; GUILLORY; HANCOCK, 2014, p. 8788, tradução nossa).

O referido estudo permite uma resposta positiva à pergunta colocada no começo da presente subseção, sobre a possibilidade de programas programarem pessoas, e essa resposta positiva coloca em xeque todo o entendimento do ser humano como modificador racional do meio ambiente, como aquele que impõe suas vontades ao meio onde habita. No momento em que o ser humano se torna *Victor Frankenstein e programa o Monstro*¹⁰ (SHELLEY, 1999), de forma que ele passa a condicionar o ambiente e submeter o cientista ao papel de objeto.

O vislumbre, por exemplo, de uma situação na qual um *software*, com interesses de uma empresa como o YouTube, percebe que este ou aquele sentimento fazem o indivíduo permanecer navegando no site por mais tempo. Considerando o conhecimento de que o acesso a informações diferentes gera sentimentos diferentes no ser humano, não é concebível o entendimento de que o sentimento ser humano, como ambiente modificável para o algoritmo que aprende constantemente a manter a atenção das pessoas por mais tempo, vira consequência das decisões tomadas pelo algoritmo que indica vídeos a serem assistidos em seguida?

O que ocorre com o ser humano, como um conceito racional (MINSKY, 1988, p. 20), quando ele deixa de exercer o papel de modificador do ambiente para ser mero objeto de modificação dele? Perde aí o ser humano a sua atribuída abstrata essência?

A natureza humana pode ser considerada como um composto orgânico de três componentes fundamentais: 1) vida, 2) intelecto, 3) razão, ou usando a antiga terminologia grega: *bios*, *nóos*, e *lógos*. O intelecto (*nóos*) e a razão (*lógos*) são os elementos tipicamente hominiais. A vida (*bios*) é o elemento comum a todos os seres vivos (RHODEN, 2000, p. 27).

O que acontece com o humano como conceito quando ele perde a exclusividade do *logos*, mesmo que conceitualmente, e passa a dividir essa característica com uma criação sua? Pode o monstro chegar para questionar a pressuposta essência humana?

1.2 ABSTRAÇÃO, CRIAÇÃO E MACHINE-LEARNING

Antes de adentrar em *machine-learning*, importante observar um caso de programação simples que chegou a alcançar certa relevância em 2013, mas caiu no esquecimento desde então. Existe um site na internet chamado “*library of babel*”¹¹, cuja proposta do mesmo é apresentar

⁹ We show, via a massive ($N = 689,003$) experiment on Facebook, that emotional states can be transferred to others via emotional contagion, leading people to experience the same emotions without their awareness. We provide experimental evidence that emotional contagion occurs without direct interaction between people (exposure to a friend expressing an emotion is sufficient), and in the complete absence of nonverbal cues. (KRAMER; GUILLORY; HANCOCK, 2014, p. 8788)

¹⁰ A obra “Frankenstein” conta a história de um cientista chamado Victor Frankenstein que, tomado por um complexo de Deus, cria vida a partir de partes de pessoas e acaba sendo vítima de sua criação, o Monstro de Frankenstein.

¹¹ Tradução livre: biblioteca de babel. O link para a biblioteca é o que segue <https://libraryofbabel.info/>, no entanto,

uma livraria completa de todas as variações possíveis de serem escritas considerando todos os caracteres utilizáveis na língua inglesa contando com vírgula, espaço e ponto final. O site em questão coloca o visitante diante de uma biblioteca apresentada em hexágonos, nos quais quatro das seis paredes possuem livros em prateleiras e, nos livros, a cada página apresenta uma variação algorítmica de 3200 caracteres dentro das limitações linguísticas apresentadas.

Isso significa que o programador do site em questão, Jonathan Basile – baseado na obra “Biblioteca de Babel”, escrita por Jorge Luis Borges – teria criado todas as variações de todas as páginas que já foram e podem ser escritas na língua inglesa, incluindo a totalidade das descobertas científicas, das músicas, das ideias, das histórias possíveis, mesmo que as páginas estejam escritas fora de ordem. Isso significa a abertura de uma alternativa, independente de eventuais chances de esbarrar em algo por acidente sejam mínimas, à muito do que se chama criação no contexto legal da atualidade: a descoberta de textos já formulados. É possível desenvolver também que, no sentido de que a originalidade de qualquer texto já foi explorada por esse mecanismo, seria impossível caracterizar a atividade criativa textual após a existência do mesmo.

Em seu conto, “A Biblioteca de Babel”, Jorge Luis Borges compara a biblioteca com o universo: “O universo (que outros chamam de biblioteca) é composto por um número indefinido, talvez infinito, de galerias hexagonais.” A ordem completa existe na estrutura de sua biblioteca, mas é difícil ver onde um hexágono começa e outro termina. A biblioteca é interminável: “Quando se proclamou que a biblioteca compreendia todos os livros, a primeira impressão foi de alegria extravagante.” As pessoas acreditavam que encontrariam a solução para todos os problemas pessoais ou universais e “o universo expandiu-se para o mundo”. dimensões ilimitadas da esperança. “Mas, depois de procurarem em vão,“ estrangularam-se, lançaram livros enganadores ao fundo dos túneis ”e“ alguns enlouqueceram”¹² (BODI; MAIER-O’ SHEA, 2005, p. 143, tradução nossa).

Da biblioteca de babel, importante abstrair um elemento crucial à observação de propriedade intelectual no geral: proteger inovação por derivação de criações humanas é um caminho arriscado que promete podar a inventividade humana de forma definitiva. Note-se que esse tipo de variação para gerar todas as combinações possíveis não é algo que se limita ao elemento textual, podendo ser um conceito aplicável à arte a partir de variações em pixels, e também na música, considerando todas as frequências que o ser humano é capaz de captar¹³.

Adentrando na ideia de *machine-learning*, necessário observar o caso de um software chamado de Emily Howell¹⁴, que é capaz de compor música clássica a partir do aprendizado com músicas do gênero já existentes. São vastos na internet os resultados de buscas que mostram os

importante colocar que a biblioteca não está disponível para o público que a acessa com IP brasileiro, sendo necessário intentar conexão de VPN para acessar o link.

12 *In his short story, “The Library of Babel,” Jorge Luis Borges compares the library to the universe: “The universe (which others call the library) is composed of an indefinite, perhaps an infinite, number of hexagonal galleries...” Complete order exists in the structure of his library, but it is difficult to see where a hexagon begins and another ends. The library is interminable: “When it was proclaimed that the library comprised all books, the first impression was one of extravagant joy.” People believed they would find the solution to all personal or universal problems and “the universe expanded to the limitless dimensions of hope.” But after searching in vain, they “strangled each other; flung deceitful books to the bottom of the tunnels,” and “Some went mad...”* (BODI; MAIER-O’ SHEA, 2005, p. 143)

13 Ressalte-se que o ato de automatizar o trabalho humano braçal é um elemento que, considerando a derivação do produto produzido por máquinas, por exemplo, também pode ser questionado na mesma linha desenvolvida no presente texto, apesar de ser um elemento que está além do proposto na introdução.

14 Sitio disponível no seguinte endereço eletrônico: <http://artsites.ucsc.edu/faculty/cope/Emily-howell.htm>.

testes às cegas feitos, que demonstram que as pessoas não são capazes de distinguir uma música feita por Emily e uma música composta por um ser humano (BALL, 2014). A grande diferença entre esse caso e o outro, é que nesse ponto, Emily desenvolveu inteligência musical e foi capaz de compor músicas originais no lugar de gerar variações que apresentassem eventualmente tudo o que poderia ser criado no ramo.

Na medida em que o ser humano se afasta do produto de inovação em si, desafios em relação à observação de seu papel na produção da inovação aparecem. No caso de Emily Howell, e em casos análogos, é importante verificar que existe uma tendência de possibilitar a apropriação intelectual do produto do que foi criado por Emily por parte do programador que a fez. Nesse sentido, não seria contraditória a concessão de eventual proteção ao programador de Emily e a vedação de eventual proteção da criação da criatura de Jonathan Basile?

Há ainda outro caso capaz de balançar a criação humana. Seria a atuação uma arte genuinamente humana? O que aconteceria se um software de inteligência artificial fosse capaz de sobrepor em alta definição os rostos de pessoas e alterar a autoria de atuações em filmes com perfeição, colocando inclusive os sentimentos e movimentos finos de personagens e atribuindo qualquer trabalho à qualquer pessoa? Desde os últimos meses de 2017, essa tecnologia estava sendo utilizada para colocar o rosto de atrizes como Scarlett Johansson em filmes de pornografia (HERN, 2018).

No mês de janeiro de 2018, o grupo que executou o referido software tomou um rumo diferente e um teste com o filme “O Homem de Aço” (2013) foi feito. O teste envolvia uma cena na qual a atriz Amy Adams estava enquadrada sozinha. Em alguns dias de processamento, o *software* foi capaz de colocar o rosto, as emoções e expressões, o ângulo e a luz em movimento, de forma que o corpo de Amy passou a contar com a atuação do rosto de Nicolas Cage.

Note-se que a grande diferença entre o que foi feito na situação em questão e o que efeitos especiais (CGI) são capazes de fazer, se encontra no fato de que a filmagem e execução de efeitos em CGI, ao se utilizar de faces em tanto detalhe quanto a cena retratada pela Imagem 1, o efeito requer uma gravação do rosto a ser sobreposto com o efeito. Isso significa dizer que as técnicas de edição de imagens comuns ao meio cinematográfico (por exemplo), requerem que o ator cujo rosto deve ser sobreposto ao de outra pessoa, no caso o Nicolas Cage, gravasse intencionalmente a cena, as reações e a situação para que a cena pudesse ser executada.

O que sobra à arte da atuação quando a própria expressão é simulável? O que sobra do cinema mudo de Chaplin quando as gravações de seus filmes forem vistas com tantas faces diferentes em seu corpo, que se torna difícil reconhecer o seu trabalho como genuíno?

Um dos argumentos mais importantes sobre uma necessidade questionar e desenvolver a essência do humano (GRUBBA, 2016, p. 15), o significado do conceito de humano, se encontra no fato de que a humanidade, em sua caracterização racional, já se torna incapaz de preencher com exclusividade o espaço que ela dedicou a si mesma, o que, na opinião do autor, se mostra como elemento que alavanca a necessidade de construção de uma realidade interpretativa na qual a humanidade conceba a possibilidade de ser simplesmente objeto de uma evolução à qual é alheia

em termos de execução.

2 CRISPR E O HUMANO

Como descrito por Knoepfler, Professor da Faculdade de Medicina de Davis, nos Estados Unidos da América, no prefácio de seu livro “*GMO Sapiens: The Life-Changing Science of Designer Babies*”¹⁵, a ferramenta CRISPR-CAS9 é uma inovação tecnológica que faz do trabalho de editar material genético algo que ocorre de forma parecida com a qual uma pessoa edita um livro usando um computador (KNOEPFLER, 2016, p. IX). Importante observar que o DNA é literalmente o código inscrito nas células dos seres vivos que os molda em suas características mais específicas (BOCH, 2009), e a possibilidade de editá-lo significa ter o poder de programar no código da própria vida.

A CRISPR-Cas9 pode identificar sequências genéticas importantes, mas minúsculas, em nossos vastos genomas, o equivalente genético de encontrar uma agulha em um palheiro. Uma vez lá, ele pode apagar e/ou alterar As, Cs, Gs ou Ts, ou regiões genômicas ainda maiores, de maneiras surpreendentemente precisas. CRISPR pode literalmente reescrever o livro genômico dentro de nós. No entanto, permanece desconhecido com que frequência ele pode ir para a página ou parágrafo errado, por assim dizer, ou permanecer na página certa, mas fazer uma edição indesejada lá. A CRISPR até agora parece ser superior a uma tecnologia existente de edição de genes chamada TALEN, mas a CRISPR é tão nova que ainda não se sabe se continuará sendo tão fortemente dominante nesta área quanto parece agora¹⁶ (KNOEPFLER, 2016, p. 11-12, tradução nossa).

As possibilidades que a tecnologia em questão, o CRISPR-CAS9, apresenta ao mundo científico são inúmeras, ao tempo em que certos desdobramentos delas são assustadores, uma vez que “*It’s not difficult to imagine a price tag of millions of dollars for a GM baby in the early days of this technology*”¹⁷ (KNOEPFLER, 2016, p. 5). Já é velha, em termos de propriedade intelectual, a apropriação intelectual de invenções que tenham como objeto criaturas, mais especificamente, a apropriação intelectual de material genético, cujo evento precursor data de 1971 (RIFKIN, 1999, p. 44), no entanto, necessário enfrentar o novo horizonte de eventos que beira os próximos desafios do Direito: a possibilidade de alteração genética do ser humano¹⁸.

15 Tradução livre do título: “OGM-Sapiens: A Ciência Divisora de Águas dos Bebês Projetados”.

16 *CRISPR-Cas9 can pinpoint important but tiny gene sequences in our vast genomes, the genetic equivalent of finding a needle in a haystack. Once there, it can erase and/or change A’s, C’s, G’s, or T’s, or even larger genomic regions, in surprisingly precise ways. CRISPR can literally re-write the genomic book inside of us. However, it remains unknown how often it might go to the wrong page or paragraph, so to speak, or stay on the right page, but make an undesired edit there. CRISPR so far appears to be superior to an existing gene-editing technology called TALEN, but CRISPR is so new that the jury is still out on whether it will continue to be so strongly dominant in this area as it now appears.* (KNOEPFLER, 2016, p. 11-12).

17 Tradução livre: Não é difícil imaginar uma etiqueta de preço de milhões de dólares para um bebê geneticamente modificado enquanto a tecnologia em questão for jovem.

18 Importante observar que a possibilidade de alteração do genoma humano levanta várias questões sobre, por exemplo, como a que é feita no presente trabalho: “até que ponto o genoma humano suportaria ser alterado e continuaria sendo considerado humano?”. Importante também notar que o caráter inicial das pesquisas (e primitivo

O quão alcançáveis são essas possibilidades como assunto, é um problema que carrega consigo a necessidade de solução de um problema que o contexto legal/ético/moral da humanidade como sociedade ainda não está pronta para atacar. Em primeiro lugar, necessário entender que é possível desenvolver conhecimentos sobre genética de forma complexa a partir do uso de ferramentas e de estudos em animais com características biologicamente parecidas com o ser humano, no entanto, não é verificável a possibilidade de se entender por completo as consequências da aplicação de técnicas em seres humanos sem que sejam feitos, de fato, testes com humanos.

Eu diria que não podemos realmente entender a modificação genética humana até criarmos seres humanos GM (geneticamente modificados), e então, se as coisas derem errado, pode muito bem ser tarde demais em termos de consequências negativas a longo prazo. Então, pode haver um paradoxo, pois apenas na construção e criação de bebês projetados podemos chegar a entender os resultados e o que pode dar errado, bem como se é sensato tentar fazer um sapiens GM em primeiro lugar.¹⁹ (KNOEPFLER, 2016, p. 153, tradução nossa).

A questão é, mesmo que o ser humano geneticamente modificado com CRISPR seja uma experiência, ele é um ser humano, dotado de essência humana, e portador de direitos e deveres. Entre os direitos desse humano, está o livre arbítrio, o direito de se reproduzir e, no caso de um ser humano geneticamente modificado carregar um erro fatal em seu material genético, o direito de perpetuar esse erro na história genética da humanidade por meio de reprodução sexuada.

À apresentação do referido problema surge uma resposta e uma complicação dessa resposta. Em um primeiro momento, seria verificável a possibilidade de experimentar com o genoma humano considerando a remoção do que seria a essência do humano? Seria possível, por exemplo, considerar experimentos em seres com grande parte da informação genética humana e a capacidade cognitiva projetada geneticamente para ser equivalente a de um animal não humano? Seria essa capacidade intelectual o elemento que carrega consigo a “essência humana”?

Em segundo lugar, surge um questionamento em relação à modificação genética em si. Considerando a existência de uma “essência humana”, onde estariam localizados os elementos de definição dessa essência humana? Até que ponto seria possível modificar o genoma humano sem que essa essência seja perdida? E ainda, é possível que mutações genéticas naturais, que criaram evolutivamente (ao menos parte do) ser humano em primeiro lugar, gerem descendentes de seres humanos que não carreguem consigo a essência humana?

A presente seção, como a anterior, se desenvolve a partir de dois pontos diferentes, o primeiro discutindo a constituição humana como conceito, e o segundo, discutindo os limites desse conceito frente ao desafio das possibilidades de edição gênica.

em relação ao conhecimento da ferramenta, e mesmo de certos aspectos da genética como uma área de conhecimento) ainda não coloca em xeque a inexistência de muitos dos conceitos/respostas para essas perguntas, o que certamente ocorrerá com o amadurecimento das aplicações práticas do CRISPR.

¹⁹ *I would argue that we cannot really understand human genetic modification until we create GM humans, and then if things go wrong, it may as well be too late in terms of long-term negative consequences. So there may be a paradox, as only in the building and creation of designer babies can we come to understand the outcomes and what might go wrong, as well as whether it is wise to even try to make a GMO sapiens in the first place.* (KNOEPFLER, 2016, p. 153).

2.1 O HUMANO COMO CARNE, O HUMANO COMO MENTE

Observar o obstáculo dos testes em seres humanos como algo transpassável de forma simples é uma consequência objetiva de uma negligência histórica da humanidade em relação à sua própria conceituação. Quem sabe, em termos Luhmannianos, pode-se dizer que a humanidade nunca foi capaz de praticar observações de segundo grau, o que significa que um fechamento operativo ao conceito da humanidade em relação a si mesma nunca se fez necessário, ao menos até o vislumbre de que certas novas tecnologias podem forçar essas construções.

As figuras simbólicas facilmente se tornam silhuetas de pesadelo. Disso é testemunha essa velha imagem da sabedoria, tão frequentemente traduzida, nas gravuras alemãs, por um pássaro de pescoço comprido cujos pensamentos, ao se elevarem lentamente do coração à cabeça têm tempo para serem pesados e refletidos; símbolos cujos valores se entorpecem por serem demasiado acentuados: o longo caminho de reflexão torna-se, na imagem, o alambique de um saber sutil, instrumento que destila as quintessências. O pescoço do *Gutemensch* alonga-se indefinidamente a fim de melhor configurar, além da sabedoria, todas as mediações reais do saber; e o homem simbólico torna-se um pássaro fantástico cujo pescoço desmesurado se dobra mil vezes sobre si mesmo – ser insensato, a meio caminho entre o animal e a coisa, mais próximo dos prestígios próprios à imagem que do rigor de um sentido (FOUCAULT, 2017, p. 19)

Pensar no ser humano como objeto de pesquisa remete à memória histórica do ser humano aos velhos pensamentos eugênicos de Galton, à suástica e ao poder de libertar do trabalho, mas a objetificação do humano é um conceito que está uma construção lógica de distância de todos aqueles que vislumbram o ato de gerar (ou adotar) uma prole ao tempo de imaginar e pensar em programar o futuro da sua prole. O ser humano é objetificado pelo ser humano exatamente pelo fato de que a relação do humano com o ambiente (ou seja, tudo o que não é o indivíduo em si) é uma relação que necessariamente passa por uma externalização do que o ego constrói (GOULDNER, 1960, p. 177-178).

O grande ponto é que, no ato de considerar o humano como algo inerentemente reconhecível e palpável, no sentido de que é fácil para o ser humano reconhecer outro humano, a sociedade negligencia constantemente a conceituação desse ser, e trabalha em si com a pressuposição desse conceito de uma forma geral.

Mas o que acontece quando uma inovação tecnológica permite a criação de um ser humano, com características físicas de humano, e intelecto de um outro animal qualquer? Ainda, considerar o intelecto como elemento da essência humana desumaniza o humano que possui deficiência ou incapacidade cognitiva? O que aconteceria se os “ratos de laboratório” tivessem rostos humanos?

No geral, meus estudos sobre os camundongos GM N-Myc forneceram informações importantes sobre o desenvolvimento normal do cérebro e também

sobre os tumores cerebrais. Como cientista, esse resultado foi sentido e ainda parece uma conquista importante. Ao mesmo tempo, em um nível pessoal eu reconhecidamente me senti um pouco perturbado por um tempo pela minha incursão inicial em criar um OGM na forma desses ratos. Você altera ou remove um gene e pode mudar o tamanho do cérebro de uma criatura? Isso foi positivo cientificamente e ao mesmo tempo desconfortável em alguns níveis pessoalmente.²⁰ (KNOEPFLER, 2016, p. 151, tradução nossa).

O fechamento conceitual do humano é algo que precisa colocar na balança elementos caríssimos ao desenvolvimento humano: uma vez que se abstrai a essência humana a qualquer derivação do que é colocado como genoma humano e se impossibilita o desenvolvimento de testes com esse genoma, essa decisão custa, historicamente, um número imensurável de vidas, uma vez que o estudo genético possui potencial de curar as mais diversas doenças humanas que se relacionam com características genéticas (KNOEPFLER, 2016, p. 12); ao mesmo tempo que uma conceituação muito reduzida de uma eventual essência do ser humano pode custar o sofrimento de inúmeros indivíduos e manchar a própria história da edição gênica como um experimento de proporções nazistas.

Um conceito reduzido (ou reducionista) de “humano”, possui em si o poder de discriminar seres que venham a ser equiparados à “humanidade” em situações posteriores. Considerar por exemplo certo nível de intelectualidade como necessário à consideração do “humano” como conceito, pode servir ao ato de praticar experimentos em indivíduos com capacidade cognitiva reduzida por qualquer motivo que seja, uma desumanização que não se diferencia o suficiente da desumanização dos impuros e deficientes pelo regime nazista no século passado.

2.2 HUMANO ATÉ QUANDO?

Já é velho no meio científico o argumento de que “bom” e “ruim” não são conceitos absolutos, mas existem elementos fáticos que são capazes de elevar a relatividade desses elementos. Ao considerar a alteração genética como um mecanismo factível de possibilidade de cura de doenças causadas por elementos genéticos, se olvida o fato de que a ideia de doença também é um elemento relativizável.

Alguns anos atrás, um casal de lésbicas decidiu ter um filho, de preferência surdo. As duas parceiras eram surdas, e com orgulho. Tal como outros membros da comunidade do orgulho dos surdos, Sharon Duchesneau e Candy McCullough consideravam a surdez um traço de identidade cultural e não uma deficiência a ser curada (SANDEL, 2013, p. 15).

20 Overall, my studies of the N-Myc GM mice provided important insights into normal brain development and also into that of brain tumors. As a scientist, that outcome felt, and still feels like an important accomplishment. At the same time, on a personal level I admittedly felt a bit unsettled for a time by my initial foray into creating a GMO in the form of these mice. You alter or remove a gene and you can change a creature's brain size? That was positive scientifically and at the same time uncomfortable on some levels personally (KNOEPFLER, 2016, p. 151).

É possível que verificar a falta de um sentido como algo positivo em um ser humano, e isso é um problema que mostra quão longe a edição genética pode chegar. Ao tempo que ela pode servir para curar o câncer, ela pode servir ao aumento da inteligência, perda de um sentido, manutenção de uma situação de nanismo em gerações de uma família e, porque não, para produzir traços de menor inteligência que gerem algo como uma felicidade induzida pela falta de entendimento contextual.

Pensando que a edição genética pode levar o humano a caminhos tão opostos e desenvolvimentos de características quaisquer, ao tempo que a humanidade não carrega consigo um conceito de “o que é ser humano”, o quanto podemos alargar esse conceito para observar esse problema? É observável que ao tempo que é possível que uma tentativa de curar o câncer para as futuras gerações seja algo consensual em relação ao desenvolvimento de tecnologia de alteração genética, é verificável que ferramentas como o CRISPR podem servir à acentuação das diferenças entre humanos, isso sem contar com resultados indesejados relativos ao sucesso em relação às edições.

O que significa “melhor que o humano” ou o h+? Mais resistente a doenças? Mais esperto? Melhor pai? Mais gentil? Mais sábio? Podemos modificar geneticamente os seres humanos para atingir esses objetivos? E essas novas características que transmitem os novos e melhores fenótipos podem ser herdadas? Alguns podem dizer que o transhumanismo alimentado pela tecnologia genética também apresenta riscos transcendentais. E se o seu humano h+ mais inteligente estiver inclinado à doença mental? Existem algumas evidências de que a inteligência se correlaciona com a doenças mentais. E se o seu humano h+ que nunca pode ter Alzheimer ou autismo é muito menos gentil do que a pessoa comum hoje em dia? Talvez até inclinado à crueldade?²¹ (KNOEPFLER, 2016, p. 183, tradução nossa).

Dessa forma, é verificável que, na ausência de um conceito de humano, até mesmo a intelectualidade pode ser relativizável, e a ideia de humano como humano se esvazia em si mesma, em um contexto no qual o ser humano, sem possuir uma definição biológica objetiva, sem considerar intelectualmente as suas características e esforçar-se a entendê-las, encontra-se em um turbilhão no qual se mostra mais do que necessária uma construção que o permita trabalhar com a inovação que ele mesmo gera.

O grande ponto é, se considerarmos que até o momento a ausência de um conceito de humano não foi cara o suficiente à “humanidade”, é importante verificar que as novas tecnologias, no mínimo as exemplificadas no presente trabalho, possuem características que carregam o poder de exponenciar os custos da falta desse conceito ao meio social. É exatamente esse o ponto que

21 *What does “better than human” or h+ really mean? More disease resistant? Smarter? Better parent? Kinder? Wiser? Can we genetically modify humans to attain such goals? And can those new traits conveying the new, better phenotypes be inherited? Some might say that transhumanism fueled by genetics technology poses transcendent risks as well. What if your smarter h+ human is inclined to mental illness? There is some evidence that intelligence correlates with mental illness. What if your h+ human that can never get Alzheimer’s or autism is much less kind than the average person today? Perhaps even inclined to cruelty?* (KNOEPFLER, 2016, p. 183).

enfrenta e constrói uma resposta ao problema de pesquisa apresentado, sendo essa a verificação da necessidade de se trabalhar um conceito de humano frente às novas tecnologias apresentadas à sociedade no século XXI.

CONCLUSÃO

Ao observar o contexto da inteligência artificial, é observável a existência de necessidade, por parte do humano, de desenvolver o significado que a sua cognição possui dentro do novo contexto construído por ele mesmo para que ele possa se entender em um mundo onde ele pode deixar de exercer o trabalho intelectual, uma vez que esse trabalho, mais do que legitimá-lo, identifica-o frente ao ambiente no qual ele vive. Aceitar que o ambiente o condiciona pode ser mais do que um simples desafio à humanidade, que precisa se reinventar frente aos resultados de suas próprias ações no mundo.

Considerar a ideia de que o monstro criado pelo ser humano pode vir a moldar o ambiente no qual ocorrem a maioria das interações sociais da sociedade do século XXI é um desafio que apresenta ao humano uma versão muito real da história de Mary Shelley. O pior desse aspecto da presença da inteligência artificial colocada à disposição do humano é que o humano passa a desenvolver a necessidade de que os serviços prestados pela máquina sejam mantidos, o que, por vezes, é um caro elemento de que para além do condicionamento exercido pelo programa, o humano conta ainda com uma dependência em relação a ele.

O assunto da edição gênica é um assunto ainda mais delicado ao desenvolvimento humano, visto que ele afeta ambas as definições (taxonômica e intelectual) do humano, e é uma tecnologia ainda mais rigorosa no ato de apresentar uma necessidade verificável de o ser humano ser capaz de definir a si mesmo para poder trabalhar o ponto em questão. Ao questionar a ideia de humano e apresentar elementos limítrofes ao que é apresentado como possibilidades criativas dentro da ferramenta do CRISPR, o mecanismo em questão coloca em xeque a própria justificativa humana em relação ao ambiente²² e a si mesmo.

Dessa forma, cumpre o trabalho com o objetivo geral de problematizar a ideia de humano pressuposta pela sociedade ao se comunicar como sociedade dentro de um contexto no qual esse conceito passa por uma possível necessidade de readequação. Desenvolvendo os objetivos específicos de tratar do conceito de humano frente a inteligência artificial, e frente às possibilidades apresentadas pela tecnologia do CRISPR.

O problema de pesquisa: “É verificável a necessidade de construção de um conceito objetivo de ‘humano’ frente aos desafios que a ciência apresenta ao Direito no século XXI?”, desta forma, resta respondido de forma positiva, e o artigo passa a servir então como provocação ao esforço de conceituação do humano frente aos desafios tecnológicos desenvolvidos pelo mesmo no contexto

²² É verificável que isso coloca em jogo também a superioridade exercida pelo ser humano em relação aos animais, apesar de isso não ser tratado no presente trabalho.

social.

REFERÊNCIAS

- BALL, Philip. Artificial music: the computers that create melodies. **BBC Future**, London, 7 aug. 2014. Disponível em: <http://www.bbc.com/future/story/20140808-music-like-never-heard-before>. Acesso em: 1 jul. 2018.
- BLOOM, Benjamin B. **The taxonomy of educational objectives**: handbook I, cognitive domain. New York: David McKay, 1956.
- BOCH, Jens *et al.* Breaking the code of DNA binding specificity of TAL-type III effectors. **Science**, New York, n. 5959, p. 1509-1512, 2009. DOI 10.1126/science.1178811
- BODI, Sonia; MAIER-O'SHEA, Katie. The library of Babel: making sense of collection management in a postmodern world. **The Journal of Academic Librarianship**, Amsterdã, v. 31, n. 2, p. 143-150, 2005.
- FACESWAPPING, unethical videos, and future shock. [*S.l.: s.n.*], 2018. 1 vídeo (6:40min). Publicado pelo canal Tom Scott. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=OCLaeBAkFAY&>. Acesso em: 2 jul. 2018.
- FOUCAULT, Michel. **História da loucura**. Tradução de José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 2017.
- GIBBS, Samuel. Facebook apologises for psychological experiments on users. **The Guardian**, London, 2 jul. 2014. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2014/jul/02/facebook-apologises-psychological-experiments-on-users>. Acesso em 1 jul. 2018.
- GOULDNER, Alvin Ward. The norm of reciprocity: a preliminary statement. **American Sociological Review**, California, p. 161-178, 1960. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2092623>. Acesso em: 1 jul. 2018.
- GRUBBA, Leilane Serratine. **O essencialismo nos direitos humanos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.
- HERN, Alex. AI used to face-swap Hollywood stars into pornography films. **The Guardian**, London, 25 jan. 2018. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2018/jan/25/ai-face-swap-pornography-emma-watson-scarlett-johansson-taylor-swift-daisy-ridley-sophie-turner-maisie-williams>. Acesso em: 2 jul. 2018.
- KNOEPFLER, Paul. **GMO Sapiens**: the life-changing science of designer babies. Singapura: World Scientific, 2016.
- KRAMER, Adam Di; GUILLORY, Jamie E.; HANCOCK, Jeffrey T. Experimental evidence of massive-scale emotional contagion through social networks. **Proceedings of the National Academy of Sciences**, California, v. 111, n. 24, p. 8788-8790, jun. 2014. DOI: <https://doi.org/10.1073/pnas.1320040111>
- LECUN, Yann; BENGIO, Yoshua; HINTON, Geoffrey. Deep learning. **Nature** **521**, London,

n. 7553, p. 436-444, may 2015. Disponível em: <https://www.nature.com/articles/nature14539>. Acesso em: 2 jul. 2018.

MINSKY, Marvin. **The society of mind**. New York: Simon&Schuster, 1988.

NIETZSCHE, Friedrich. **Assim falava Zaratustra**. Tradução de Mário Ferreira dos Santos. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

RIFKIN, Jeremy. **O século da biotecnologia**. Tradução de Arão Sapiro. São Paulo: Makron Books, 1999.

RHODEN, Humberto. **O homem**. São Paulo: Martin Claret, 2000.

SANDEL, Michael. **Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética**. Tradução de Ana Carolina Mesquita. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SHELLEY, Mary. **Frankenstein**. Hertfordshire: Wordsworth, 1999.

Recebido em: 04/04/2021

Aceito em: 30/01/2023

TRANSPARÊNCIA COMO BASE PARA A ORGANIZAÇÃO ESTADO NA TEORIA DOS SISTEMAS

TRANSPARENCY AS A BASIS FOR THE ORGANIZATION STATE IN SYSTEMS THEORY

Luís Antonio Zanotta Calçada *
Janriê Rodrigues Reck**

Como citar: CALÇADA, Luís Antonio Zanotta; RECK, Janriê Rodrigues. Transparência como base para a organização do Estado na teoria dos sistemas. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 18, n. 2, p. 156-168, ago.2023. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2023v18n2p.156. ISSN: 1980-511X

*Doutorando em Direito Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul. Mestre em Direito pelo Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público-FMP, Pós-Graduado em Direito Administrativo, Pós-Graduado em Gestão Pública, Auditor-Fiscal da Receita Estadual. E-mail: lzanotta@terra.com.br

**Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Mestrado pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Professor do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado, da Universidade de Santa Cruz do Sul. Procurador Federal.

Resumo: O trabalho busca avaliar a possibilidade de transparência e publicidade dos atos estatais com base no referencial da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. Com ponto de partida nos conceitos de transparência e publicidade, o tema será desenvolvido, com a posterior apresentação da teoria luhmanianna. Expostos tais tópicos, será determinada a possibilidade de se basear a necessidade de transparência e publicidade dos atos da organização Estado de acordo com a teoria de Luhmann, justificando a respectiva presença no sistema social. O estudo será realizado a partir da revisão bibliográfica e documental, utilizando o método indutivo, apesar de a análise ter como objeto a Teoria dos Sistemas.

Palavras-chave: transparência; publicidade; organização; sociedade; teoria dos sistemas.

Abstract: This work aims to evaluate the possibility of transparency and publicity of state acts based on the framework of Niklas Luhmann's Theory of Systems. With a point of departure in the concepts of transparency and publicity, the theme will be developed, with the subsequent presentation of the Luhmann's theory. Having exposed these topics, the possibility will be determined of basing the need for transparency and publicity on the actions of the State organization according to Luhmann's theory, justifying the respective presence in the social system. The study will be carried out from the bibliographical and documentary revision, using the inductive method, although the analysis has as its object the Systems Theory.

Keywords: transparency; publicity; organization; society; systems theory.

INTRODUÇÃO

Este artigo busca explicar o papel da transparência e da publicidade governamental no contexto de uma análise pragmático-sistêmica. Antes, porém, será necessária a apresentação da teoria estabelecida por Niklas Luhmann, que compreende toda a complexidade do mundo.

Diante de tal ponto, o presente estudo persegue a resposta para a seguinte questão: cabe justificar a necessidade de transparência e publicidade dos entes estatais ao considerá-los como parte do sistema social? Tem-se, assim, a hipótese de, na Teoria dos Sistemas, encontrarem-se respostas para a perfeita comunicação dos atos do estado para os administrados, com base na teoria que compreende a complexidade dessa comunicação.

Ao desenvolver o trabalho verificar-se-á o que está protegido pelo manto da transparência e da publicação dos atos da Administração Pública, incluindo questões mais teóricas e também nosso exame dos normativos vigentes. Com a abordagem da Teoria dos Sistemas luhmanniana, oferecer-se-á referencial teórico para que, ao fim, possa-se inserir a comunicação realizado pelo Estado ao povo, demonstrando a compatibilidade e justificação de tais atos.

Para tanto, será utilizado o método pragmático-sistêmico. O tema será delineado considerando os conceitos de transparência, publicidade, sistemas, decisão e comunicação. Será realizada pesquisa qualitativa, com base em doutrina nacional e estrangeira, buscando identificar os postos-chaves, com reflexões em relação aos tópicos tratados.

1 TRANSPARÊNCIA E PUBLICIDADE

Os gestores públicos são os escolhidos direta e indiretamente pelo povo para realizar a administração pública, nos termos do definido, inclusive, no parágrafo único, do art. 1º, de nossa Carta Magna. Para que não haja confusão a respeito do tema, cabe diferenciar administração pública (ciência/função) e Administração Pública (órgão/Estado). Partindo dessas premissas e considerando a visão contratual da formação do Estado, conclui-se que os administradores públicos devem manter a sociedade informada sobre os atos de gestão, permitindo, de outro lado, que o povo acompanhe os atos do Estado.

Esse dever/direito da Administração Pública/povo de informação converge, na forma democrática de Estado, para a necessidade de publicidade/transparência dos atos. No âmbito brasileiro, o art. 37, caput, da Constituição Federal exalta a publicidade dos atos do Estado e, em consonância com esse princípio, a Lei Federal nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, regula o acesso às informações públicas, criando um novo parâmetro de transparência para a Administração Pública. É de se ressaltar, ainda, que em normas esparsas já existia a necessidade de divulgação de determinados tipos de informações, como a Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF (Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000).

A partir do exame desses normativos, percebe-se a utilização de duas palavras para designar

a necessidade de divulgação dos atos estatais (publicidade e transparência), sendo importante examinar as respectivas definições.

Para Ramiro Sales Gonçalves há distinção entre os vocábulos. O autor (2014, p. 292) afirma que publicidade é “uma atividade, uma ação, que se utiliza de vários instrumentos e técnicas para tornar algo público”, já transparência é “meramente uma qualidade daquilo que é visível”, sendo que “a publicidade se realiza e a transparência se constata”.

Na mesma senda, Amauri Ferres Saad (2016, p. 155-156):

O princípio da transparência, ao contrário do que intuitivamente se possa cogitar, não é idêntico ao princípio tradicional da publicidade, inscrito no art. 37 da CF como um dos princípios da Administração Pública. Transcende, conforme se defende no presente trabalho, a mera publicidade, compreendendo, além desta, a motivação dos atos estatais e a participação da população na sua formulação como funções instrumentais de sua concretização.[...] Transparente é o Estado que disponibiliza todas as informações - de forma acessível e didática - de sua atuação, motiva suficiente e congruentemente os seus atos (de qualquer natureza) e, além disso, permite ao indivíduo (incluídas as entidades associativas de classe e congêneres) não somente estar informado dos negócios públicos, como também deles participar, produzindo razões e fazendo-se ouvir. Afinal “se os interesses são indisponíveis, se são interesses de toda a coletividade, os atos emitidos a título de implementá-los não de ser exibidos em público”.

De forma mais ampla, Caroline Muller Bitencourt e Janriê Rodrigues Reck (2018, p. 131) lecionam que “transparência significaria, então, uma unidade que compreende a disponibilização da informação, a intenção comunicativa, a compreensibilidade, a objetividade e a responsabilidade” e, dentro da “disponibilização da informação” estar-se-ia a publicidade, o que demonstra tratarem-se de definições diversas.

Apesar das posições supra, cabe ressaltar entendimentos diversos. Paulo Gustavo Gonet Branco e Gilmar Ferreira Mendes (2012, p. 1166-1167), ao expor sobre o princípio constitucional da publicidade, sob o prisma do dever/direito, afirma que esse “está ligado ao direito de informação dos cidadãos e ao dever de transparência do Estado”, com o direito à informação (art. 5º) e o dever de publicidade (art. 37). Na mesma linha, a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 114) sobre a necessidade de existir a plena transparência dos atos estatais para o devido cumprimento do princípio da publicidade. Transparência, a partir do arcabouço doutrinário exposto, é um norte para o desenvolvimento das atividades do Estado, inexistindo Estado Democrático de Direito sem que haja a publicidade dos atos administrativos.

Poder-se-ia questionar se a visão do constituinte originário era a de inserir a publicidade somente como requisito de validade do ato administrativo, mas não se pode negar que, hodiernamente, o espectro do princípio é maior. No momento atual, a publicidade se reveste do caráter de transparência dos atos públicos (e não a mera publicidade na imprensa oficial). Com sucedâneo no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, diversas normativas posteriores foram editadas impondo ao Estado o dever de prestar informações aos administrados, verdadeiros detentores do interesse públicos primário.

Leonel Pires do Ohlweiler (2016, p. 40) compreende as informações públicas como direito fundamental tanto sob a perspectiva formal, já que expressamente previsto no artigo 5º da Carta Magna, quanto sob a ótica material, por fazer parte do conjunto de decisões fundamentais sobre o Estado e a sociedade. Assim, a transparência resta como um dever do gestor e direito do administrado, contando com guarida constitucional.

Como já destacado, a LRF trouxe obrigatoriedade de os entes estatais prestarem contas à sociedade de seus atos, ou seja, dever de divulgar informações. Diferentemente do entendimento constitucional de validade do ato administrativo, a LRF implica no dever de publicar informações sobre atos administrativos já válidos e que operaram seus efeitos no mundo social. O art. 48 da lei complementar impõe aos entes a ampla divulgação dos seguintes “instrumentos de transparência da gestão fiscal”: (a) planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; (b) as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; (c) o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e (d) o Relatório de Gestão Fiscal; e (e) as versões simplificadas desses documentos. O item “a” ainda se pode considerar como um requisito de validade do ato, eis que o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual são normas formais requerendo, com isso, a publicação em diário oficial. Todavia, os itens “b” até “e”, são o resultado do conjunto de atos administrativos dos entes, ou seja, são consolidados após a realização dos atos administrativos.

Em 2009, houve, por intermédio da Lei Complementar nº 131, a inclusão do art. 48-A na LRF, que aumentou a transparência já estabelecida no art. 48, determinando às Administrações Públicas a divulgação dos atos praticados no iter da despesa pública, determinando inclusive informações mínimas a serem divulgadas, e dos valores arrecadados. Em 2016, a LRF foi alterada estabelecendo padronização dos dados a serem publicizados. Essa padronização vem ao encontro do disposto na Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação – LAI).

A LAI é o expoente normativo da obrigatoriedade de divulgação dos atos estatais aos administrados (transparência), eis que não mais delimita (como a LRF) os dados a serem divulgado, mas determina às entidades e órgãos de todos os entes estatais a disponibilização dos dados que, embora produzidos e mantidas pela Administração, sejam de interesse da coletividade.

O dever/direito da transparência reflete-se na transparência ativa e passiva. Para Weida Zancaner (2015, p. 41) “o dever de divulgação de informações públicas, independentemente de solicitação, é denominado de transparência ativa, ao passo que a prestação de informações públicas, a pedido do interessado, é chamada de transparência passiva”. Em poucas palavras, a transparência ativa é a que deve ser realizada de forma automática pelo ente e a passiva é a realizada a pedido do administrado.

A transparência possibilita não somente que a sociedade possa verificar o andamento a partir das informações divulgadas de forma ativa pelo Estado, mas também que substratos ainda não tornados públicos possam ser fornecidos a partir de pedidos individuais. A norma faz com que o cidadão, destinatário das políticas públicas, não seja mero usuário dos dados, mas também co-condutor. Possuindo acesso às informações disponíveis pelos entes públicos a sociedade poderá atuar em conjunto com o Estado, auxiliando-o na implementação das políticas públicas e efetuando

o controle social. Somente poderá haver controle social, se existirem informações disponibilizadas para a comunidade. O cidadão deixa, dessa forma, de ser apenas o destinatário das ações de Estado, mas passa a ser participante.

De acordo com a doutrina de Márcio Tadeu Guimarães Nunes (2013, p. 60-61) os dados, tornados transparentes, no âmbito da LAI, permitem não apenas o acompanhamento aritmético das políticas públicas, mas também visualizar as respectivas premissas, as escolhas realizadas pelo gestor público.

Com relação à forma de transmissão da informação, Leonardo Valles Bento (2015, p. 79-118) entende que um dos princípios é o da máxima divulgação, com a instituição do acesso à informação como regra, e o sigilo como exceção. Ramiro Gonçalves Sales (2014, p. 333-379) indica a qualidade da informação como princípio, necessitando essa ter disponibilidade, autenticidade, integridade, clareza, compreensão e estar devidamente atualizada.

Então, não basta que o Estado comunique os administrados sobre os atos Estatais, é preciso que essas informações sejam, em resumo, compreensíveis, corretas e de fácil acesso, sob pena de os objetivos da transparência não serem atingidos.

2 LUHMANN E A TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS

Niklas Luhmann iniciou os seus estudos sobre a Teoria dos Sistemas em Harvard, a partir dos ensinamentos de Talcott Parsons. Formulou a própria teoria com base em Parsons e na teoria autopoietica de Humberto Maturana e Francisco Varela. Trata-se de uma teoria funcional-estruturalista, em contraponto à estrutural-funcionalista de Parsons. Essa última tinha como premissa o fato de que, se algo (estrutura) existe, então se pode questionar qual é a função dessa estrutura, ou, em outras palavras, se existe uma estrutura, analisa-se qual é a respectiva função (originária da estrutura). Luhmann, de outro lado, entende que existem funções no âmbito dos sistemas e que, essas funções, formam as estruturas do sistema.

Assim, a estrutura ocorre, para Luhmann, conforme as funções realizadas pelo sistema (recursividade do sistema), diferentemente da teoria de Parsons, na qual as funções ocorreriam de acordo com a estrutura do sistema, realizando operações, mantendo a vida, ou seja, a vida mantendo a vida. Os sistemas psíquicos, por exemplo, correspondem aos pensamentos, cujos sistemas parciais podem ser dor, raiva, felicidade, onde cada um funciona com operações próprias (especialização funcional).

Considerado um quadro evolutivo da sociedade, João Paulo Bachur (2020, p. 654) traz quadro formas possíveis de diferenciação da sociedade, sendo (a) segmentária (sociedade arcaicas – parentesco e vizinhança); (b) centro/periferia (cidade/campo); (c) estratificação (hierarquia – senhor feudal/vassalo – empregador/empregado); e (d) funcional (a sociedade é diferenciada de acordo com as respectivas funções). É justamente a diferenciação funcional que irá orientar a diferenciação dos sistemas para Luhmann. A diferenciação funcional explica a visão funcional-

estruturalista luhmanniana.

As estruturas somadas não formam o sistema, pois não se pode ter uma visão de todo a partir das somas das partes, diferenciando o todo e as respectivas partes, com o somatório dessas resultando naquele, ou o todo poder ser decomposto em partes. Conforme Luhmann (2016b, p. 23) o sistema são as operações que realizam a diferença entre o sistema e o ambiente. Na visão de Leonel Severo Rocha (2009, p. 14) “o sistema seria um conjunto de partes diversas que constituem um todo organizado com propriedades diferentes daquelas encontradas na simples soma de partes que o compõem”, o que demonstra o diferente pensamento com relação à formação dos sistemas, como a constituição de um todo ao invés de mera soma de um todo.

A diferenciação é fruto da teoria de Spencer-Brown (1979, p. 1-3) de que, para o estabelecimento da forma a primeira operação a ser realizada é “desenhar uma distinção”. A distinção/diferença, no âmbito da Teoria dos Sistemas de Luhmann é a existente entre sistema e ambiente.

O resultado da operação de distinguir é binário, ou será um sim (sistema) ou um não (ambiente). Então, a partir da aplicação da operação da distinção são formados o sistema e o ambiente. Para a análise do sistema é imperiosa a análise do ambiente. Um não pode subsistir sem o outro: não há sistema sem ambiente e ambiente sem sistema. Logo, o resultado da operação, apesar de que determinar um sim/não, não possui uma visão de certo(sim)/errado(não). Não estar no âmbito do sistema (ou seja, no ambiente) não é errado, pois a busca pela resposta da distinção não é a busca por uma resposta correta, mas sim a procura pela diferenciação do sistema/ambiente).

O que separa o ambiente e o sistema ganha o nome de forma. Considera-se a forma como “uma linha fronteira que marca uma diferença” (LUHMANN, 2010, p. 86). O que está do lado interno à forma (distinção entre sistema e ambiente) é o sistema. O que está “além” da forma é o ambiente. A partir disso, verifica-se que o sistema possui um limite, isto é, tem horizontes definidos e limitados. De outro lado, o correspondente ao ambiente é ilimitado e aberto. O que compõe a forma é justamente a forma, a linha fronteira que separa o sistema do ambiente. A forma, então, também distingue o que está no ambiente ou no sistema. Ao indicar a forma, distinguimos e indicamos (LUHMANN, 2010, p. 86). Não há como distinguir sem indicar e indicar sem distinguir. Todo o objeto/pessoa sob a qual falamos sempre será fruto de uma distinção (a cadeira ao invés de uma mesa) e de uma indicação (a cadeira em si). Ao realizar a operação diferenciamos o sistema e o ambiente, por exemplo, o que não é direito. Nesse momento distinguimos o que é do que não é e, também, indicamos que aquilo é direito ou não direito.

Luhmann (2016a, p. 17) discorre os sistemas a partir de três níveis. O primeiro nível é a própria existência dos sistemas, a partir do qual pode-se analisar as características e o conceito. O segundo nível é composto por máquinas, organismos (órgãos vivos), sistemas sociais e sistemas psíquicos. Desses, podemos considerar como sistemas fechados (autopoieticos/autorreferenciais conforme a teoria de Maturana/Varela) e um sistema aberto (que não se auto-reproduz).

Máquinas não funcionam sem a existência de um *input* que dê o impulso para o devido funcionamento. Sobre sistemas vivos e psíquicos, deve-se separa os sistemas vivos do sistema

sociais, mesmo que se refira ao ser humano. Não somente os seres humanos são vivos, pois mesmo um ente unicelular é um ser vivo, cujas operações celulares (isso é, internas) ocorrem independentemente do ambiente. Os organismos vivos adquirem sua energia por intermédio da energia gerada pelas células. No caso dos seres humanos, a consciência (sistema psíquico) somente se desenvolve após já existir reprodução celular, demonstrando uma independência entre eles. Os sistemas vivos realizam operações que buscam manter a vida, com as células e os sistemas parciais desse (digestivo, respiratório, etc) realizando operações, mantendo a vida, ou seja, a vida mantendo a vida. Os sistemas psíquicos correspondem aos pensamentos, cujos subsistemas parciais podem ser dor, raiva, felicidade.

Na hipótese dos sistemas sociais, tópico de estudo de Luhmann, pelo anseio de estabelecer uma teoria dos sistemas sociais, esses possuem como operação as comunicações. Tudo o que não for comunicação não é parte do sistema social. Exemplo: um sentimento por determinada pessoa não faz parte do sistema social se não declarado, comunicado, pois ou algo é comunicação ou não é. Uma comunicação leva a outra comunicação. O sistema estaria assim em contínua autoafirmação, distinguido e delineado (limites), sendo, a recursividade, uma das características das operações que formam o sistema. Isso traz diversas características para a teoria luhmanniana.

Os sistemas sociais tomam três formas, distintas: em sistemas de interação, sistemas organizacionais e a sociedade (*societal system*), respectivamente, interação social face a face (necessitando da presença dos partícipes) à teoria da organização (muito vinculada às ciências administrativas) e à sistemas funcionais (LUHMANN, 1982, p. 71). O sistema social é o ambiente dos sistemas vivo e psíquico, assim como esses são ambiente para o sistema social. Sempre se deve ter em mente para a distinção entre sistema e ambiente a função de cada um dos sistemas, uma vez que Luhmann é funcional-estruturalista. Se há uma função, existe um sistema que será objeto de estudo.

A distinção que determina os sistemas, distinguindo-os entre o sistema e ambiente, é binária (“sim/não”), ou algo faz parte do sistema ou não faz, assim como, para o Direito, algo é lícito/não-lícito; na economia, trabalha-se com ter/não ter; e na política, tem-se governo (poder)/oposição (não poder) – esses três, sistemas parciais da sociedade. A partir da aplicação da diferença, formam-se o sistema e o entorno. Se a resposta para a operação é sim, está-se dentro do sistema; se a resposta é não, faz parte do ambiente. Deve-se deixar claro que a construção do entorno não é realizada por exclusão (tudo o que não é sistema faz parte do ambiente), pois não se busca uma resposta positiva (faz parte do sistema), considerando todo o resto, por consequência, é ambiente. Em outras palavras, na diferença, não se busca definir apenas o que é sistema (sendo o resto o entorno), mas sim, o que é sistema e o que é o ambiente. O objetivo ao se aplicar a distinção (operação) é de se vislumbrar se o resultado da operação será no sistema ou no ambiente, é o distinguir (o objeto) e indicar (se está no sistema ou ambiente), na visão de Spencer-Brown (ou indicar o objeto e distinguir a “localização”), ou seja, a forma. Indicar pressupõe distinguir, que por sua vez prepara uma nova indicação, ou nas palavras de Luhmann (2015, p. 18): “*el indicar, entonces, tiene sentido solo en el marco de una distinción, mientras ésta puede tener solo el sentido de preparar una*

indicación.”

Para os fins do presente, é importante avaliar a comunicação que a organização Estado realiza para os administrados, que é justamente a operação que forma a sociedade para poder verificar se a publicidade/transparência não é somente um corolário constitucional da necessária constituição do Estado/organização e da formação da sociedade brasileira, mesmo considerada a posição de Luhmann sobre a existência de uma sociedade global.

3 A NECESSIDADE DE TRANSPARÊNCIA (COMUNICAÇÃO) PARA A EXISTÊNCIA DA ORGANIZAÇÃO ESTADO NA TEORIA DOS SISTEMAS

Como visto, sem comunicação não há sociedade, pois aquela forma as estruturas desta. Deve-se, então, perquirir, qual o papel do Estado dentro da operação social e como a transparência Ada suporte à existência social daquele.

O Estado personifica-se em organizações (municípios, governos estaduais), que emitem decisões. Dessa forma, não podemos falar em organizações estatais sem que tenhamos a prolação de decisões. Luhmann (2014, p. 105) afirma que a relação no âmbito do Estado entre política (decisões vinculantes coletivamente) e administração é uma distinção entre em cima/embaixo e fim/meio, sendo a política a parte de cima e o fim e a administração o embaixo e meio, tendo em vista que a administração é a executora das decisões da política.

Organização, de acordo com a teoria luhmanniana, são sistemas sociais os quais possuem condições cujos membros devem aceitar condições para integrar e para retirar-se, situadas entre o sistema sociedade e o sistema de interação (LUHMANN, 1982, p. 75). As organizações se estabelecem internamente aos sistemas sociais (compostos, conforme Luhmann por sociedade, interações e organizações), tendo por tal motivo, um entorno social determinado por comunicações (MANSILLA, 2010, p. 16). Pode-se dizer, dessa forma, que a organização como sistema parcial do sistema social comunica decisões. As organizações são um sistema comunicacional diferenciado, de acordo com a especialização funcional (decisão), comunicando decisões à sociedade. Justamente porque Luhmann compreende a existência de sistemas parciais a partir da especialização funcional. A organização é “especializada” em decidir (comunicar decisões).

Organizações são formadas por decisões, ou melhor, “pelo conjunto” de decisões. Como sistema social comunica, lembrando que comunicações são comunicações de comunicações. Como sistema especializado, cujo diferencial funcional são as decisões, as organizações decidem decisões, comunicam decisões. Na mesma senda, as decisões possuem como base deliberações pretéritas e servirão como parâmetro para decisões futuras, ao menos enquanto as interpretações que as justificam se mantenham hígdas (decisão aqui como comunicação/informação, redundância que deve ser levada em conta). Essa cadeia de decisões é bem vista ao se considerar o conceito de processo. Dentro do conceito de o processo ser o “instrumento, de maior ou menor formalismo, constituído de atos, fatos e atividades e gerador de vínculos entre as pessoas envolvidas, com

vistas a alcançar determinado objetivo” (CARVALHO FILHO, 2013, p. 3) pode-se vislumbrar todos os “atos, fatos e atividades” como decisões que darão suporte ao objetivo de algo decidir.

Se o Estado é uma organização do sistema social, a comunicação sempre deverá ocorrer. E aqui reside a questão da transparência/publicidade. Não existe sociedade sem comunicação, não existe Estado sem comunicação da decisão. Dessa forma, a própria comunicação deve ocorrer para que exista o sistema parcial Organização (Estado). Mas para quem o Estado deve comunicar? Como sistema parcial do sistema social, a organização somente comunicará para a sociedade. Conforme Darío Rodríguez Mansilla (2010, p. 16) a sociedade encontra-se também no âmbito das organizações, não se encontrando somente no entorno dessas, citando como exemplo a ordem de um chefe para um subordinado que é uma comunicação que colabora para a autopoiese da sociedade e da organização ao mesmo tempo.

Luhmann (2006, p. 41-43) parte do pressuposto de a comunicação ser improvável, porque é improvável que o receptor da comunicação entenda o emissor, consideradas as consciências pessoais. Segundo o autor, é muito difícil que a informação seja recebida aos destinatários, ou seja, que se tenha sucesso na comunicação. Para que tais improbabilidades se tornem prováveis, utilizam-se três meios: a linguagem (signos), os meios de difusão e os meios de comunicação simbolicamente generalizados (LUHMANN, 2016a, p. 184-185). Os últimos são “estructuras particulares que aseguran probabilidades de éxito a la comunicación, porque transforman en probable el hecho improbable de que un a selección de Alter sea aceptada por Ego” (CORSI; ESPOSITO; BARALDI, 1996, p. 106), uma forma de a comunicação de alter para ego ser provável, ser aceita por ego (GIORGI; LUHMANN, 1998, p. 130).

Transparência, nessa seara, é comunicar aos administrados as decisões tomadas pela Administração Pública. Se a organização (por fazer política) mantivesse as decisões de forma oculta, não faria parte do sistema social e, dessa forma, não estaria na sociedade (pois o sistema social é formado de interações, organizações e sociedade). A transparência dessa forma não pode ser somente vista sob o viés democrático, de prestação de contas para os administrados dos atos estatais, mas também como forma de comunicar à sociedade sobre os atos da organização (o que inclui a estruturação, o planejamento e a execução de atos administrativos). A decisão deve ser informada aos partícipes do sistema e ao próprio sistema político e jurídico O que é decidido deve ser informado. Então, na decisão, consta, obrigatoriamente, uma informação. A decisão dessa forma é uma informação. Luhmann (2006, p 41), repisa-se, considera a comunicação como improvável, entendendo, dessa forma, que ela “só pode se entendida como a disseminação da informação dentro de um sistema.” (LUHMANN, 2006, p. 71).

É necessária, então, a disseminação da informação para a existência da sociedade e da organização/Estado (como decisão de política pública, por exemplo). Para a teoria de Luhmann, a comunicação, para ocorrer, necessita dos seguintes requisitos: a informação, o ato de comunicar e o ato de entender. Sem qualquer um desses requisitos, não haveria a comunicação. Além de tais aspectos, deve o receptor da informação, ao entende-la, ter condições de passar a informação adiante, ou seja, de comunicar. Então, sob o prisma da teoria dos sistemas, a transparência é essencial para

disseminar a comunicação e, com isso, fortalecer o sistema social (em outras palavras, fortalece a sociedade pela redundância que a transparência irá gerar na comunicação).

Logo, quando se fala em princípios da transparência como máxima divulgação (BENTO, 2015, p. 79-118) e qualidade da informação, com essa necessitando disponibilidade, autenticidade, integridade, clareza, compreensão e estar devidamente atualizada (SALES, 2014, p. 333-379) busca-se tornar a comunicação menos improvável resultando em uma boa comunicação, pois “transparência significa bem comunicar” (BITENCOURT; RECK, 2018, p. 132). Vejamos cada um dos itens necessários para a operação de comunicação.

A organização/Administração Pública decide e com isso gera informação (informação da decisão). Logo, o Estado já possui a informação no âmbito da organização e, quando mais maximizar a extração de informações, mais poderá comunicar e, com isso, reforçar as estruturas sociais. Isso, pois não se pode esquecer que a repetição de operações (comunicações), forma a estrutura na qual o sistema se baseia e, na qual as próximas operações irão se basear. De forma diversa: a estrutura direciona as operações que determinam a estrutura, considerada essa como conhecimento, posto que “cada sistema deve saber quais são as estruturas que o constituem, que do que contrário, estas não seriam operativas” (LUHMANN, 2010, p. 323). Então, quanto mais informações as organizações conseguirem apurar para comunicar aos administrados, mais estará reforçada a própria organização/Estado. Para não incorrer em equívocos, a organização gera decisões e a repetição do ato de decidir gera a estrutura da organização, mas a decisão é uma comunicação, é a comunicação da decisão. A informação, no caso, é o conteúdo da decisão (o que foi decidido).

O ato de comunicar, sob o viés da transparência ocorre, por exemplo, por intermédio dos portais de transparência. É a divulgação das decisões em si, a publicação em sítios ou imprensa oficial da informação, da decisão. Sem entendimento não há comunicação, então quando se fala que os dados apresentados pelos órgãos públicos (organização) devem ser de fácil entendimento, busca-se sim que a comunicação tenha um requisito adimplido. Se a transparência envolve a comunicação das decisões, das informações da organização, se tais informações não possam ser entendidas isso não será comunicação.

Por fim, é necessário que o receptor da comunicação possa comunicar a comunicação “recebida”. Isso ocorre, pois o sistema possui recursividade. A recursividade do sistema, isto é, repetição das operações que diferenciam o sistema do ambiente é que estabelecem as estruturas, justamente o próprio processo de diferenciação. As operações formam a estrutura, que por sua vez são base para a continuidade das operações, ou nas palavras de Luhmann “as estruturas só podem se realizar mediante operações próprias do sistema; e as operações só adquirem direcionamento porque as estruturas indicam o rumo” (LUHMANN, 2016a, p. 325). Se o atual receptor da comunicação não puder repassar a comunicação, isso é, comunicar o comunicado (de outra forma: comunicar o decidido), não há como permanecer no sistema social.

Isso demonstra a necessária transparência dos atos/decisões estatais/organizacionais para a sociedade. Acima de um princípio constitucional, é base para a estrutura do sistema social.

CONCLUSÃO

Conforme Luhmann a sociedade não é formada por pessoas, como entendem alguns doutrinadores, mas sim por comunicações, as quais formam as estruturas da sociedade que, por sua vez, determinam as operações. Por tais motivos, sem comunicação não há como existir um sistema social, o que inclui a formação de um Estado.

Apesar de as organizações terem como especialização funcional a decisão, elas formam o sistema social, logo devem comunicar. Também, cabe ressaltar que a própria comunicação é estrutura das organizações, e, portanto, do Estado, considerado que aquelas se constituírem de um sistema parcial do sistema social.

Não há se mencionar a existência de um Estado sem que essa organização comunique as suas decisões, que as torne públicas para a sociedade. Assim, a transparência, além de seu viés democrático, é requisito para a própria existência da organização (sociedade organizada na Administração Pública).

REFERÊNCIAS

BACHUR, João Paulo. Democracia, poder e deliberação: uma perspectiva a partir da teoria de sistemas de Niklas Luhmann. **Revista Jurídica Unicuritiba**, Curitiba, n. 58, p. 642-663, jan./mar. 2020.

BENTO, Leonardo Valles. **Acesso a informações públicas**: princípios internacionais e o direito brasileiro. Curitiba: Juruá, 2015.

BITENCOURT, Caroline Muller; RECK, Janriê Rodrigues. Interações entre direito fundamental à informação e democracia para o controle social: uma leitura crítica da LAI a partir da experiência dos portais de transparência dos municípios do Rio Grande do Sul. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba. v. 23, n. 3, p. 126-153, set./dez. 2018.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo administrativo federal**: comentários à Lei nº 9.784 de 29.11.1999. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **GLU**: glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann. Tradução: Miguel Romero Perez e Carlos Villalobos com a direção de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 1996.

GIORGI, Raffaele; LUHMANN, Niklas. **Teoría de la sociedad**. 2. ed. México: Triana Editores; Universidad Iberoamericana, 1998.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**: aulas publicadas por Javier Torres Nafarrate. Tradução: Ana Cristina Arantes Nasser. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução: Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Herder, Universidad Iberoamericana, 2006.

LUHMANN, Niklas. **Mujeres, hombres y George Spencer Brown**. México: Ediciones La Biblioteca, Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016a.

LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociais: esboço de uma teoria geral**. Tradução: Antonio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Junior, Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Vozes, 2016b.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia política**. Madrid: Editorial Trotta, 2014.

LUHMANN, Niklas. **The differentiation of society**. Tradução: Stephen Holmes e Charles Larmore. New York: Columbia University Press, 1982.

MANSILLA, Darío Rodríguez. Introducción: la teoría como pasión. *In*: LUHMANN, Niklas. **Organización y decision**. Tradução: Darío Rodríguez Mansilla. México: Herder, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. **Lei de acesso à informação: reconstrução da verdade histórica, ambientes regulatórios e o direito à intimidade**. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre a observação Luhmanniana. *In*: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SAAD, Amauri Feres. **Regime jurídico das políticas públicas**. São Paulo: Malheiros, 2016.

SALES, Ramiro Gonçalves. **O direito de acesso à informação pública administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SPENCER-BROWN, George. **Laws of form**. New York: E. P. Dutton, 1979.

ZANCANER, Weida. Lineamentos sobre a Lei de Acesso à Informação. *In*: VALIM, Rafael; MALHEIROS, Antonio Carlos; BACARIÇA, Josephina (coord.). **Acesso à Informação Pública**. Belo Horizonte, Fórum, 2015.

Recebido em: 30/04/2021

Aceito em: 14/02/2023

*Doutorando em Direito pelo Centro Universitário de Maringá (2019-2023), Bolsista PROSUP/ CAPES pelo Programa de Pós-Graduação, sob orientação do Dr. José Sebastião de Oliveira. Participante discente do grupo de pesquisa Reconhecimento e garantia dos direitos da personalidade, sob a liderança da Dr. Valéria Silva Galdino Cardin (2019-2023). Mestre em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá / Bolsista CAPES (2015-2017). Especialista em Educação Ambiental pela Universidade Federal de Santa Maria - UFSM (2014-2015). Especialista em Ciências Penais pela Universidade Estadual de Maringá - UEM (2012 - 2013). Graduação em Direito pela Faculdade Metropolitana de Maringá - Bolsa PROUNI (2007-2011). Professor de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Estado do Paraná – PUC/PR. currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/8968070508046566>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5329-2316>. Contato: saldanhadoc@gmail.com

**Pós-doutorado em Direito pela Universidade de Lisboa (2013). doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1999). Mestrado em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (1984). Graduação em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (1973). Atualmente é professor da graduação e Pós-Graduação Stricto Sensu (mestrado e Doutorado) do Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR). Participante docente do grupo de pesquisa Reconhecimento e garantia dos direitos da personalidade. Membro do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, sociedade científica do Direito no Brasil. Tem experiência na área do Direito, com ênfase em Direito Civil, atuando principalmente nos seguintes temas: direitos da personalidade, família, sucessões, responsabilidade civil e, também em metodologia do ensino jurídico. currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/7878157645842709>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9429-3841> Contato: drjso1945@gmail.com

A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE PELO PODER PÚBLICO: UM ESTUDO SOBRE A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAS

THE PROTECTION OF PERSONALITY RIGHTS
BY THE PUBLIC GOVERNMENT: A STUDY ON
THE STATE'S RESPONSIBILITY IN PROCESSING
PERSONAL DATA

Rodrigo Róger Saldanha*
José Sebastião de Oliveira**

Como citar: SALDANHA, Rodrigo Róger; OLIVEIRA, José Sebastião de. A proteção dos direitos de personalidade pelo poder público: um estudo sobre a responsabilidade do Estado no tratamento de dados pessoais. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 18, n. 2, p. 169-186, ago.2023. DOI 10.5433/24157-108104-1.2023v18n2p.169. ISSN: 1980-511X

Resumo: No cenário digital, o advento da tutela dos dados pessoais no ordenamento jurídico pátrio, através da Lei Geral de Proteção de Dados, representa grande avanço. Sem prejuízo de sua importância para a evolução tecnológica, social e econômica, o mau uso dos dados pessoais pode estimular discriminações, causando prejuízos ao livre desenvolvimento da personalidade, mesmo assegurada a autodeterminação informativa, ferindo garantias constitucionais, especialmente quando manejados pelo Poder Público. Valendo-se da metodologia hipotético- dedutiva, a presente pesquisa tem por objetivo apontar o reconhecimento de um direito fundamental autônomo de proteção aos dados pessoais, distinto do direito à privacidade, bem como propor reflexão acerca dos impactos do tratamento de dados pela administração pública, partindo da análise de pontos pertinentes da lei, relacionados à autonomia do órgão fiscalizador, garantindo a observância rigorosa da transparência e finalidade, constatando-se, por fim, que em vista do domínio dos dados, há a intensificação da vigilância estatal, fragilizando instituições democráticas.

Palavras-chave: LGPD; discriminação; autoridade nacional de proteção de dados.

Abstract: In the digital scenario, the advent of the protection of personal data in the national legal system, through the

General Data Protection Law, represents a major advance. Without prejudice to its importance for technological, social, and economic evolution, the misuse of personal data can stimulate discrimination, causing damage to the free development of personality, even though informational self-determination is ensured, hurting constitutional guarantees, especially when handled by Government. Drawing on the hypothetical-deductive methodology, this research aims to point out the recognition of an autonomous public right to protection personal data, distinct from the right to privacy, as well as propose reflection on the impacts of data processing by the public administration, based on the analysis to relevant points of the law, related to the autonomy of the supervisory body, ensuring strict compliance with transparency and purpose, noting, finally, that the view of the domain of personal data, there is the intensification of state surveillance, weakening democratic institutions.

Keywords: general data protection law; discrimination; national data protection authority.

INTRODUÇÃO

A datificação da vida humana é perceptível e a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) consagrou a expressão genérica “tratamento de dados” para se referir às diversas operações, como coleta, produção, armazenagem, avaliação e transferência, que envolvem dados pessoais, inerentes à grande maioria das atividades desempenhadas socialmente. A criação da LGPD se deu ante a necessidade de inovação do ordenamento jurídico para acompanhar as transformações sociais, visando efetivar proteção aos titulares, mas sem restringir o desenvolvimento socioeconômico, que possui os dados pessoais como referencial.

O Poder Público, por sua vez, possui grande monopólio sobre as informações dos cidadãos, e apesar de possibilitar o progresso e aperfeiçoamento da atuação estatal, o uso de dados não está a salvo de situações indesejadas, podendo acentuar condição de vigilância, sendo por este ângulo que se pretende refletir acerca dos impactos da LGPD. Ainda, espera-se distinguir a proteção de dados pessoais das demais garantias constitucionais, apontando a existência de um direito fundamental autônomo e independente da privacidade.

Em primeiro momento, contextualiza-se a sociedade da informação e o alcance jurídico trazido pela LGPD, asseverando a proeminência da autodeterminação informativa frente às decisões automatizadas. Em seguida, adentra-se ao debate acerca do caráter fundamental conferido a tutela dos dados pessoais. Após, a pesquisa se dedica à análise de algumas nuances da aplicação da lei ao tratamento de dados pelo Poder Público, sobretudo pela facilitação de coleta de informações, e a necessidade de independência da autoridade fiscalizadora. Por fim, reflete sobre o aumento do monitoramento dos cidadãos, justificado pelo contexto pandêmico, e a relevância da proteção dos dados para manutenção hígida da democracia.

A justificativa do estudo se dá, em razão da expressiva influência dos dados pessoais, sendo inegável que os cidadãos são vulneráveis na relação com o Poder Público, possuidor da maioria das bases de dados. Agrava-se ao fato de que cenários emergenciais costumam propiciar a relativização de direitos, alegadamente em prol do interesse público, pelo que se vislumbra a necessidade de abordar a controvérsia da proteção de dados como direito fundamental, e analisar riscos que a atuação desenfreada da administração pública pode gerar para a sociedade, seja aos indivíduos e a própria coletividade.

1 A AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA E NOVOS DIREITOS

Mudanças disruptivas e irreversíveis surgiram na sociedade, em função da internet. As inúmeras inovações tecnológicas, como os dispositivos móveis, a nanotecnologia, a inteligência artificial (IA) e a internet das coisas (IoT), dentre outras, exercem um papel fundamental no desenvolvimento da humanidade em um mundo cada vez mais volátil, interligado por um meio digital onipresente e em constante observação.

Aliado às tecnologias, o fluxo massivo de informações, decorrente do avanço dos meios de comunicação e interação social, influencia diretamente o desenvolvimento socioeconômico, haja vista que “os dados pessoais dos cidadãos se converteram em um fator vital para a engrenagem da economia da informação” (BIONI, 2020, p. 12), tornando possível, *e.g.*, a identificação de padrões de consumo e o reconhecimento de demandas sociais. Infere-se, desde logo, que o controle e a eficiência são o que fundamenta o uso de dados pessoais (DONEDA, 2020, p. 33).

A sociedade contemporânea, então, vive a chamada “era digital”, cujo traço marcante é o protagonismo do mundo *online*, de modo que os indivíduos, enquanto conectados, fornecem uma infinidade de dados sobre suas vidas, convicções, preferências, e até mesmo suas condições emocionais, criando verdadeiros rastros virtuais, sendo admissível dizer que o ser humano se tornou multifacetário.

No que diz respeito à virtualização da pessoa, Humberto Nogueira Alcalá aponta que:

Neste cenário, o cidadão, nos seus mais diversos papéis sociais – como contribuinte, paciente, trabalhador, beneficiário de programas sociais ou como consumidor – tem seus dados processados diuturnamente. Uma combinação de técnicas automatizadas permite a obtenção de informações sensíveis sobre os cidadãos e a construção de verdadeiros perfis virtuais, que passam a fundamentar a tomada de decisões econômicas, políticas e sociais, criando uma demanda por instrumentos capazes de contrabalancear possíveis abusos (apud MENDES; DONEDA, 2016, p. 449).

No entendimento de Doneda (2020, p. 8), o dado representa uma “pré-informação”, a qual precisa ser interpretada⁶. Esta abundância de “pré-informações” é armazenada em banco de dados e processada por mecanismos de Tecnologia da Informação (TI), como o *Big Data*, traduzindo dados desconexos em conhecimento, com determinada finalidade. A abrangência da norma jurídica pode ser dimensionada por meio da conceituação de dados pessoais, uma vez que “não seria qualquer dado que teria repercussão jurídica, mas, somente, aquele que atraísse o qualificador pessoal.” (BIONI, 2020, p. 59).

Nesse contexto, conforme estabelecido no Art. 5º, inc. I, da LGPD, dado pessoal é toda “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável” (BRASIL, 2018a), portanto, para saber se determinado dado recebe tutela jurisdicional, torna-se necessária a “análise contextual que depende de qual tipo de informação poder ser extraída de uma base de dados” (BIONI, 2015, p. 18), Frente ao exposto, um dado pessoal pode ser, a título exemplificativo, desde o nome até a localização geográfica da pessoa natural.

Por sua vez, aos dados pessoais sensíveis, conceituados pelo Art. 5º, inc. II, da LGPD¹, é assegurada proteção mais elevada, uma vez que “a técnica de mineração de dados constitui uma tecnologia potencialmente discriminatória” (MENDES, 2014, p. 110), deste modo, colocando o titular de dados sensíveis em maior vulnerabilidade.

1 Conforme o Art. 5, inc. II, da LGPD: “dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural” (BRASIL, 2018a).

O parágrafo 2º, do Art. 12, da LGPD estabelece que “podem ser considerados dados pessoais, aqueles utilizados para formação de perfil comportamental de pessoa natural, se identificada” (BRASIL, 2018a), nesse cenário, é válido salientar que atualmente, diversas técnicas, como o *profiling* ou *grouping*² e a tomada de decisões automatizadas, influenciam no livre desenvolvimento da personalidade, bem como no reconhecimento da identidade pessoal nos meios sociais, real e virtual.

No entanto, os sistemas automatizados se utilizam de algoritmos, os quais podem “confirmar e naturalizar preconceitos, a depender de quais sejam seus inputs e de como os processarão” (CALABRICH, 2020, p. 11). Repercutindo na coletividade, e não apenas no âmbito individual, de modo que:

[...] passa-se a considerar também os abusos decorrentes do tratamento dos dados pessoais como um problema de igualdade, sempre que sua inadequada utilização acarretar ações potencialmente discriminatórias. Exemplo disso é a discriminação racial realizada com base em dados pessoais, também denominada de *racial profiling*, em que bancos de dados com perfis étnicos ou raciais são utilizados para fundamentar determinadas decisões (MENDES; DONEDA, 2016, p. 5).

Visando coibir mencionados abusos na utilização de dados, é que a LGPD consagrou a autodeterminação informativa como um de seus fundamentos basilares, pelo qual se assegura o direito, ao titular, de supervisionar o uso de seus dados pessoais, podendo obter do controlador, o acesso, a correção ou exclusão de dados, entre outras ações, consoante ao Art. 18, da LGPD³. No entanto, sua efetividade vincula-se ao princípio da transparência, haja vista ser necessária a ciência plena do titular para o exercício efetivo de controle do fluxo informacional a seu respeito.

Assim, permitir a coleta e o tratamento desregulado de dados pessoais, sem que houvesse balizas jurídicas conferindo mecanismos protetivos, significaria prejudicar a formação da personalidade do indivíduo e o modo como seria exposto para a sociedade, ferindo direitos e fomentando discriminações. No entanto, a legislação brasileira não era satisfatória acerca do tema, embora leis setoriais⁴ pincelassem alguma proteção aos dados pessoais.

2 Sobre perfilação: “[...] um perfil de um grupo ou indivíduo é criado a partir do cruzamento de uma grande quantidade de dados disponíveis e uma vez estabelecido um perfil o sujeito será avaliado com base nele. É como se a resposta já estivesse dada e a única variável seria a pergunta. Os riscos dessa mudança para o desenvolvimento da identidade e para o exercício da autonomia são grandes, pois o indivíduo tem pouco (ou nenhum) controle sobre como é ‘visto’.” (MARTINS; HOSNI, 2019, p. 46-54).

3 Conforme Art. 18, da LGPD: “O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição: I - confirmação da existência de tratamento; II - acesso aos dados; III - correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados; IV - anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto nesta Lei; V - portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto, mediante requisição expressa, de acordo com a regulamentação da autoridade nacional, observados os segredos comercial e industrial; VI - eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular, exceto nas hipóteses previstas no art. 16 desta Lei; VII - informação das entidades públicas e privadas com as quais o controlador realizou uso compartilhado de dados; VIII - informação sobre a possibilidade de não fornecer consentimento e sobre as consequências da negativa; IX - revogação do consentimento, nos termos do § 5º do art. 8º desta Lei” (BRASIL, 2018a).

4 No Brasil, até o ano de 2018, leis esparsas regulavam a proteção aos dados pessoais, tais como: o Código de Defesa do Consumidor (CDC – Lei nº 8.078/1990); a Lei de Cadastro Positivos (Lei nº 12.414/2011); a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011); o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014); e a Política de Dados Abertos – PDA (Dec. nº 8.777/2016).

Somando-se à vigência, a partir de maio de 2018, do regulamento europeu de proteção aos dados, o *General Data Protection Regulation* (GDPR), fez-se necessária a adaptação do ordenamento jurídico para harmonizar as normas pré-existentes e tutelar interesses distintos, em prol do desenvolvimento, bem como para assegurar proteção aos titulares. Assim, em 14 de agosto de 2018, foi promulgada a Lei nº 13.709, então, denominada como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, representando uma tutela específica e homogênea ao tratamento dos dados pessoais e sensíveis, no Brasil.

2 DADOS PESSOAIS, UM NOVO DIREITO?

Da análise doutrinária e jurisprudencial, se observa claramente o delinear do reconhecimento de um novo direito fundamental autônomo e, garantido constitucionalmente, voltado à proteção de dados. Nesse sentido, surgiu o Projeto de Emenda à Constituição (PEC) nº 17, de 2019, com a pretensão de inserir “a proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais”, ao rol do Art. 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 (CRFB/88). Mais recentemente, e deixando diversos pesquisadores perplexos pela urgência da tramitação temática, foi promulgada em fevereiro de 2022 a Emenda Constitucional n. 115/2022, que elenca a proteção de dados pessoais como um direito fundamental.

No entanto, tal reconhecimento se transformou em um debate bastante controverso, posto que parte da doutrina entende a tutela de dados pessoais somente como desdobramento do direito à privacidade, intimidade e inviolabilidade das telecomunicações. Por outro lado, aqueles favoráveis ao reconhecimento desse direito fundamental defendem que “não existem mais dados irrelevantes diante do processamento eletrônico e ubíquo de dados na sociedade da informação.” (MENDES; DONEDA 2018, p. 555-587).

Com efeito, esta tutela jurídica abarca qualquer tipo de dados pessoais, seja aqueles que se encontram na esfera pública ou na esfera privada (BIONI, 2020, p. 94).

As demais tutelas garantidas constitucionalmente como proteção à privacidade e à intimidade objetivam proteger aspectos da vida privada, honra e imagem do cidadão, da interferência indesejada de terceiros (do Estado ou de particulares), tratando-se de liberdade de abstenção individual, enquanto a tutela de dados pessoais se mostra mais ampla.

Ora, o fornecimento de qualquer tipo de dados é massivo e diário. As pessoas compartilham de sua privacidade, demasiadamente, nas inúmeras mídias sociais, aplicativos de relacionamentos, *YouTube*, entre outros, sendo certo que as informações da vida privada são exibidas publicamente. Entretanto, não se perde de vista que muitas informações pessoais não são expostas ao público, porém, encontram-se armazenadas na rede, *e.g.*, conteúdo de mensagens e *e-mails*, imagens diversas, dados bancários, dados de saúde, todos, suscetíveis de invasão e vazamento.

Evidencia-se, portanto, que os dados públicos e privados são espécies de uma categoria maior, qual seja, a dos dados pessoais, cuja proteção foi, indubitavelmente, conferida no texto

dado à LGPD, considerando que o tratamento e a segurança de tais dados são imprescindíveis.

Além disso, a LGPD consagrou faculdades jurídicas e diretrizes próprias, que se diferem da forma de aplicação dos demais direitos fundamentais, considerando que “a regulamentação da proteção de dados pessoais é uma legislação principiológica.” (PINHEIRO, 2020, p. 40).

De fato, a referida lei é repleta de princípios que exprimem valores próprios e essenciais para a sua compreensão e efetivação, e é por conta desta autonomia, também, que se atribui natureza de direito fundamental a proteção de dados.

Em consonância:

[...] o direito à proteção de dados pessoais reclama uma normatização própria que não pode ser reduzida a uma mera “evolução” do direito à privacidade, mas encarada como um novo direito da personalidade que percorre, dentre as outras liberdades e garantias fundamentais, a liberdade de expressão, de acesso à informação e de não discriminação. Em última análise, trata-se da nossa própria capacidade de autodeterminação (BIONI, 2020, p. 95).

No que tange à jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal (STF), recentemente, proferiu considerável decisão acerca do tema⁵, ao referendar liminar que suspendeu a eficácia da Medida Provisória (MPV) nº 954/2020 (BRASIL, 2020b), a qual estabelecia o compartilhamento de dados (nomes, números de telefone e endereços) por empresas de telecomunicação à Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), visando a produção de estatística oficial, durante a emergência de saúde pública causada pelo novo Coronavírus (Covid-19), posto que atribuiu a natureza de garantia constitucional a esta tutela e analisou a eficácia da MPV, por meio de diretrizes da CRFB/88 e da própria LGPD.

Na ótica de Laura Schertel Mendes e Gabriel Campos Soares da Fonseca (2020, p. 15):

O Tribunal formulou, assim, uma tutela constitucional mais ampla e abstrata do que o direito à inviolabilidade da esfera íntima e da vida privada. Essa tutela poderá ser aplicada em inúmeros casos futuros envolvendo a coleta, o processamento e o compartilhamento de dados pessoais no Brasil. O conteúdo desse direito fundamental exorbita aquele protegido pelo direito à privacidade, pois não se limita apenas aos dados **íntimos** ou privados, ao revés, refere-se a qualquer dado que identifique ou possa identificar um indivíduo.

Destarte, é possível interpretar a referida decisão do STF de forma favorável ao reconhecimento de direito fundamental a proteção de dados, alinhado ao posicionamento atual e majoritário de juristas, sendo certo que a proposta da MPV em questão, demonstra uma forma de

5 Em decisão monocrática, a ministra Rosa Weber deferiu medidas cautelares em cinco ações diretas de inconstitucionalidade, em julgamento conjunto (ADIs 6387, 6388, 6389, 6390 e 6393), posteriormente referendadas, por maioria, pelo plenário do STF. A ministra determinou que o IBGE se abstenha de requerer os dados de operadoras de telefonia, por não vislumbrar interesse público legítimo no compartilhamento de dados, uma vez que MPV nº 954/2020 não é clara acerca da finalidade específica e o modo de utilização, tampouco dispõe sobre mecanismos e procedimentos de segurança, contrariando a efetiva proteção à direitos fundamentais.

utilização dos dados pessoais pelo Poder Público visando aperfeiçoar políticas públicas, tendo em vista, o contexto pandêmico.

3 INTERESSE SOCIAL VIGILÂNCIA E NOVAS PERSPECTIVAS DO ESTADO

É notório que operações envolvendo dados por parte da Administração Pública não tiveram início por conta da crise de saúde pública atualmente vivenciada, considerando que os “órgãos do Poder Público são controladores de quantidade maciça de dados pessoais, não apenas para a execução de políticas públicas, mas também em decorrência de suas respectivas atividades.” (SCOPEL, 2020, p. 56).

Menciona-se, exemplificativamente, as bases de dados da Receita Federal, do Sistema Único de Saúde (SUS), do Sistema Nacional de Educação (SNE), de aplicativos como “Coronavírus – SUS”, “Caixa Tem”, de programas de assistência social como Bolsa Família, e até os censos elaborados pelo IBGE, entre outras. Determinou-se, por conseguinte, que LGPD também é aplicável às pessoas jurídicas de direito público⁶

Hodiernamente, o desenvolvimento social, encontra-se profundamente vinculado ao processamento de dados dos cidadãos pelos órgãos públicos, inclusive, sendo vistos como ferramentas altamente relevantes para formulação e aperfeiçoamento de políticas públicas, que funcionam como “vocalizador de demandas” (GONÇALVES, 2019, p. 22), cunhando o conceito de *smart cities*:

As cidades inteligentes dispõem de uma quantidade massiva de dados estruturados, dos quais, por meio do processamento de algoritmos do tipo *machine learning*, são extraídas informações úteis visando conferir soluções para melhorias nas áreas social, econômica, ecológica e de infraestrutura das cidades. Para tanto, as cidades inteligentes se valem do *big data*, alavancado pela internet das coisas, para elevar o padrão dos cidadãos, trazendo maior eficiência nos serviços públicos (ABRUSIO, 2020. p. 5-17).

No entanto, muito embora o poderio dos dados pessoais e das particularidades normativas impostas à administração pública, a segurança do tratamento é questionável em diversos aspectos, por isso, sem pretensão de exaurir a matéria dada a abrangência das normas trazidas pela nova lei, o presente estudo visa analisar pontos pertinentes à reflexão sobre os impactos de referido domínio dos dados, pelo Poder Público.

6 De acordo com o Art. 23, da LGPD, especificamente àquelas referidas no parágrafo único do Art. 1º da Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/11): “I - os órgãos públicos integrantes da administração direta dos Poderes Executivo, Legislativo, incluindo as Cortes de Contas, e Judiciário e do Ministério Público; II - as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios”. (BRASIL, 2011).

3.1 TRANSPARÊNCIA E FINALIDADE

A atuação do Poder Público deve vislumbrar a base principiológica na proteção dos dados, e; como dito anteriormente, a autodeterminação informativa é um dos pilares fundamentais desta proteção, assegurando aos titulares o direito de controlar o uso de seus próprios dados pessoais. Nessa seara, o consentimento, torna-se uma das principais formas de efetivar esse direito, e consiste na “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada” (BRASIL, 2018a), conforme disposto no Art. 5º, inc. XII da LGPD.

Contudo, as hipóteses de dispensa do consentimento são mais abrangentes quando se fala em tratamento ou compartilhamento de dados em favor do interesse público⁷, de modo que “as exceções inseridas para o setor acabam dando margem a uma interpretação extensiva da lei e abarcando um número considerável de situações” (GONÇALVES, 2019, p. 22), trazendo inseguranças jurídicas acerca do manejo dos dados dos cidadãos. Por outro lado, visando contrabalançar a facilitação de acesso, ao Poder Público é imposta a observância mais rigorosa dos princípios da finalidade e da transparência.

Até mesmo nos casos em que o consentimento não é exigido, a Administração Pública deve estabelecer sistemas de gestão de dados que possam assegurar a transparência, uma vez que esta é a principal diretriz da lei protetiva de dados (PINHEIRO, 2019). O tratamento, então, deve ser precedido de publicidade clara e atualizada, em veículos de fácil acesso pelos titulares, sobre a finalidade específica, os procedimentos e a forma de uso dos dados coletados.

De acordo com o princípio da finalidade, o tratamento de dados deve ser realizado para “propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível”, e especificamente quanto a atuação do Poder Público, a motivação será, em última análise, o atendimento ao interesse público, visando “executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público”⁸.

A efetividade prática das disposições legais, ou *enforcement* da lei, no entanto, depende da atuação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), uma vez que a “a existência desses órgãos é essencial para a implementação da legislação e da cultura da privacidade no país” (MENDES, 2014, p. 49), a quem cabe zelar pela proteção dos dados pessoais, implementar e fiscalizar o uso de dados, aplicar sanções em caso de inobservância, e orientar a interpretação da lei, dentre outras competências relacionadas no Art. 55-J, da LGPD.

3.2 AUTONOMIA DA AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

A principal preocupação em torno da ANPD diz respeito à sua autonomia, característica essencial ao exercício das funções atribuídas ao órgão, na garantia do direito à proteção de dados.

7 Dispostas nos Artigos 11, 26 e 27, da Lei Geral de Proteção de Dados.

8 Art. 6º, I e Art. 23, da LGPD.

Isso porque, embora tenha sido estruturada recentemente pelo Decreto nº 10.474, de 26 agosto de 2020, a autoridade vincula-se à administração pública direta e seus membros devem ser escolhidos por livre nomeação da Presidência da República, fator que causa desconfiança acerca da independência da ANPD.

Estudo realizado pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC), a partir da análise de modelos das autoridades de proteção dos dados vigentes em países da América Latina, com o intuito de investigar se a efetividade dos órgãos se relaciona com o grau de independência, aponta, em tese, que considerando a vinculação direta com o Poder Executivo, há possibilidade de conflito de interesses, de modo que as decisões, que devem ser técnicas, podem vir a ser tomadas por influência política, até mesmo ante o temor de retaliações; e que a ausência de oposição “influencia a eficácia e dificulta a concretização da independência enquanto órgão fiscalizador.” (SIMÃO, 2019, p. 36-37).

Sobre a autoridade brasileira, a referida pesquisa conclui que:

A Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais brasileira corre o risco de, em decorrência da edição da Medida Provisória nº 869/2018 e de sua votação no Congresso, estar administrativamente vinculada à Presidência da República. As experiências estudadas na pesquisa em questão, no entanto, revelam que este não seria um bom desenho institucional para o órgão. [...] Por outro lado, o melhor modelo é aquele cuja autoridade possua personalidade jurídica própria, estando desvinculada da administração direta, e a nomeação de seus membros passem pelo crivo da oposição, como no Congresso, ou admita a participação da sociedade civil nesta escolha (BRASIL, 2018b).

A solução apresentada pelo estudo se alinha ao posicionamento de estudiosos sobre o modelo de constituição da ANPD, a qual possui natureza jurídica transitória, podendo se tornar entidade da administração pública federal indireta, sob o regime de autarquia especial, respaldando-se no Art. 55-A, §1º, da LGPD: “Os agentes públicos vinculados à Autoridade, obrigatoriamente, terão o dever de obediência ao órgão superior, já que há vínculo hierárquico com a Presidência da República” (GONÇALVES, 2019, p. 117) logo, mencionada desvinculação importaria em maior confiança na autonomia da autoridade para aplicação de políticas de proteção dos dados, fortalecendo a atuação do órgão, inclusive frente aos Poder Executivo:

Autonomia técnica não é o mesmo que autonomia (ou independência) funcional. Sendo órgão da administração pública federal subordinado à Presidência da República, não é desprezível a possibilidade de ingerência indevida sobre questões que, a rigor, deveriam ser estritamente técnicas. [...] Assim, o problema se amplia quando for o próprio Estado-Administração aquele contra quem pese a suspeita de tomar uma decisão automatizada ilicitamente discriminatória. O ideal é que seja transformada o quanto antes em entidade da administração pública federal indireta, submetida a regime autárquico especial, como prevê o § 1º do art. 55-A (CALABRICH, 2020, p. 12).

A avaliação concreta dos desdobramentos da estruturação da ANPD, da forma como se deu, depende de análise futura por se tratar de recente inovação no ordenamento jurídico, porém, mencionada pesquisa possibilita a percepção de que a legislação protetiva de dados ainda está em fase de implementação, no Brasil, apesar de a Lei Geral de Proteção de Dados representar grande marco jurídico para o tema, sendo certo que os dados pessoais dos cidadãos não estão resguardados de eventuais incidentes e riscos.

3.3 VIGILÂNCIA SOCIAL E DEMOCRACIA

A sociedade da informação está acompanhada, *pari passu*, de ininterrupta vigilância, embora isto não seja tão evidente, considerando a dispersão do monitoramento, em razão do avanço das tecnologias, ou seja, “ao navegar pela internet ou utilizar serviços proporcionados pela rede, o internauta atua tranquilamente, sem perceber em concreto como está sendo monitorado, por quem e com que finalidade.” (GUARDIA, 2020, p. 494).

Além da constante vigilância já empenhada pelo Poder Público, os dados pessoais dos cidadãos entraram em foco no cenário de pandemia causado pelo vírus *SARS-CoV-2*, como forma de auxiliar a contenção da doença e o respeito às determinações de quarentena, isolamento e distanciamento social, posto que “é justamente pela sua posição central na organização social e pela capacidade de serem utilizados como insumo para que se alcance o interesse público, que se legitima o uso dos dados pessoais pelas autoridades estatais (KITAYAMA, 2020, p. 35-42).

Embora suspensa a eficácia da MPV nº 954/2020, pelo STF, o compartilhamento de dados pessoais como forma de enfrentamento da Covid-19, se instaurou, tendo em vista que o Art. 6º da Lei nº 13.979, de 2020⁹ criou a obrigatoriedade do compartilhamento de dados essenciais “à identificação de pessoas infectadas ou com suspeita de infecção pelo coronavírus”, sob argumento de evitar a propagação do vírus, medida largamente questionada, em vista da ambiguidade redacional da lei, porque é possível interpretar “dados essenciais” como dados pessoais e/ou dados anonimizados, dando margem para abusos e para o uso indevido de dados, sem o controle do titular, em contrariedade às diretrizes trazidas pela LGPD.

A finalidade específica e a segurança de armazenagem dos dados compartilhados também merecem atenção, ante a superficialidade da lei. Menciona-se objetivo genérico de “evitar a propagação do vírus”, mas não determina a forma como os dados serão tratados para tal fim. Além disso, estabelece a garantia de “sigilo das informações”, sem apontar qualquer mecanismo de proteção aos dados coletados, tal qual estabelecido pelo Art. 46, da LGPD.¹⁰

⁹ Conforme o Art. 6º: É obrigatório o compartilhamento entre órgãos e entidades da administração pública federal, estadual, distrital e municipal de dados essenciais à identificação de pessoas infectadas ou com suspeita de infecção pelo coronavírus, com a finalidade exclusiva de evitar a sua propagação. § 1º A obrigação a que se refere o caput deste artigo estende-se às pessoas jurídicas de direito privado quando os dados forem solicitados por autoridade sanitária. § 2º O Ministério da Saúde manterá dados públicos e atualizados sobre os casos confirmados, suspeitos e em investigação, relativos à situação de emergência pública sanitária, resguardando o direito ao sigilo das informações pessoais (BRASIL, 2020a).

¹⁰ De acordo com o estabelecido no Art. 46, da LGPD: Os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito (BRASIL, 2018a).

O destino das informações também é incerto, levando em conta que a lei é omissa sobre a eliminação ou exclusão dos dados após o tratamento, ou sobre a forma como serão operados, ou seja, não há garantias legais ou até mesmo confiança na boa-fé dos órgãos públicos de que os dados pessoais serão descartados após o período pandêmico. A descredibilidade nas ações do governo aliada à inadvertência legal indica que referidos bancos de dados podem ser aperfeiçoados e mantidos para fins de vigilância e controle (BARROS, 2020, p. 35-42).

Garcia aborda a problemática, concluindo que se a pretensão da lei for:

[...] a identificação do indivíduo contagiado, a obrigação de entidades públicas e privadas de comunicar obrigatoriamente (Artigo 6º, §1º) certamente levanta preocupações de vigilância social mais profundas, tendo em vista que permitiria às autoridades públicas colherem dados pessoais e pessoais sensíveis de virtualmente toda a população brasileira por meio de via transversa, na qual não haveria a efetiva possibilidade do titular de dados de exercer os seus direitos e se opor à transferência [...] **É fundamental que a vigilância epidemiológica – natural e necessária numa sociedade democrática – não seja fundamento de vigilância social. Não é distópico imaginar um cenário no qual o governo coleta informações extremamente invasivas sob subterfúgios de administração da saúde, mas utiliza os dados para propósitos diversos** (GARCIA, 2020, p. 113-121).

Ocorre que a intensificação da vigilância em cenários emergenciais, nos quais a sociedade se encontra vulnerável, ansiando por soluções vindas do Poder Público, importa em riscos para os cidadãos e para as instituições democráticas, pois viabiliza a chancela de medidas abusivas, que podem ser usadas para finalidades distintas daquelas que às autorizaram, com a relativização de garantias constitucionais. A ministra Rosa Weber frisou justamente este ponto no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) propostas contra a Medida Provisória nº 954/2020¹¹.

Não se pode olvidar que, atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro, coexistem a Lei Geral de Proteção de Dados, evidenciando “seriedade e importância do país na proteção das liberdades, de modo a servir como instrumento a permear relações mais transparentes e menos abusivas” (SILVA, 2019, p. 94-122), e os Decreto nº 10.046 e Decreto nº 10.047, instituindo o Cadastro Base do Cidadão e o Cadastro Nacional de Informações Sociais, que englobam desde números de documentos até “atributos biométricos, biográficos e genéticos” dos brasileiros, com a aparente finalidade de aprimoramento das políticas públicas e criação de meio unificado para identificação do cidadão. Indubitavelmente, a maioria dos dados pessoais dos cidadãos brasileiros vão constar de referidos cadastros.

A tutela de dados pessoais é essencial para a manutenção da estrutura social e da vida comunitária (LEONARDI, 2011, p. 122), sendo certo que o acesso irrestrito e o amplo domínio das informações pelos órgãos e entidades da administração pública representam riscos nefastos. Além

11 Não se subestima a gravidade do cenário de urgência decorrente da crise sanitária nem a necessidade de formulação de políticas públicas que demandam dados específicos para o desenho dos diversos quadros de enfrentamento. O seu combate, todavia, não pode legitimar o atropelo de garantias fundamentais consagradas na Constituição (BRASIL, 2020, p. 12).

do mais, operacionalizar dados sensíveis, potencialmente discriminatórios, em contrariedade às normas da LGPD no que tange à transparência e segurança dos dados, gera desconfiança nas ações governamentais. No que se refere ao controle exercido pelo Estado mediante a detenção de dados, Doneda (2020, p. 34), leciona que:

[...] um pressuposto para uma administração pública eficiente é o conhecimento tão acurado quanto possível da população [...], o que implica, por exemplo, a realização de censos e pesquisas e o estabelecimento de regras para tornar compulsória a comunicação de determinadas informações pessoais à administração pública. Em relação ao controle, basta acenar às várias formas de controle social que podem ser desempenhadas pelo Estado e que seriam potencializadas com a maior disponibilidade de informações sobre os cidadãos, aumentando seu poder sobre os indivíduos - não é por outro motivo que um forte controle da informação é característica comum aos regimes totalitários.

Costumeiramente, os órgãos da Administração Pública, se utilizam do *profiling* por meio de decisões automatizadas, cujas técnicas são potencialmente discriminatórias, como explanado alhures, seja para categorizar cidadãos, seja para o impulsionamento de campanhas políticas. Certo é, que as práticas apontadas influenciam na capacidade de formar senso crítico e conscientização, bem como na autonomia e no livre desenvolvimento da personalidade como ser político.

Com efeito, a intensificação da vigilância e o aumento do poder estatal por meio do controle de dados dos indivíduos é característica de Estados marcados por autoritarismo, ao reverso daqueles constituídos como Estado Democrático de Direito, nos quais se pressupõe garantia de direitos fundamentais e de pluralismo, de modo que as opiniões públicas são “os elementos direcionadores de políticas e ações governamentais” (RANIERI, 2013, p. 317).

Boehme-Neßler (2016, p. 228) propõe rica reflexão sobre autonomia e manutenção da democracia:

Free minds are a foundation of free societies. No wonder, that the secret ballot is an important tool of democratic elections ³/₄ and the symbol of democracy. It makes sure people can vote free and autonomously without being observed, coerced or intimidated. How essential privacy is for democracy can also be seen with a counter example: totalitarian states purposely give their citizens as little privacy as possible in order to prevent them from developing an individual, autonomous personality. A uniform society without privacy is the goal of a dictatorship. What does that mean for data protection law? It not only protects citizens' personal data and thus their human dignity and informational self-determination. Data protection is also absolutely essential for a living democracy. Without data protection, the citizens' autonomy is threatened, and without this, a democracy cannot function. In short: data protection is a condition sine qua non for democracy.¹²

12 Tradução livre: “Mentes livres são a base das sociedades livres. Não é de admirar que o voto secreto seja um importante instrumento de eleições democráticas e o símbolo da democracia. Isso garante que as pessoas possam votar livre e autonomamente, sem serem observadas, coagidas ou intimidadas. Como a privacidade é essencial para a democracia também pode ser visto com um contraexemplo: os estados totalitários propositalmente dão a seus cidadãos o mínimo de privacidade possível para impedi-los de desenvolver uma personalidade individual e

Por fim, é pertinente salientar que os impactos do tratamento de dados pelo Poder Público vão além das particularidades legais, em comparação às normas estabelecidas ao setor privado, atingindo a esfera social sobremaneira, tendo em vista o crescente monitoramento das vidas dos indivíduos, potencializando eventual utilização das informações pessoais para fins indesejados e nocivos para os cidadãos e, em última análise, para as instituições democráticas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Atribui-se grande valor aos dados pessoais na sociedade contemporânea, uma vez que são ferramentas essenciais para o progresso das tecnologias e do desenvolvimento dos Estados ao redor do globo, ao passo que ocorre, incessantemente, a virtualização da pessoa humana, em vista dos rastros virtuais deixados *online*. Consequentemente, impôs-se o aprimoramento das normas jurídicas para abarcar as demandas oriundas do meio digital e do protagonismo do fluxo informacional, de modo que o Brasil se enriqueceu com a promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados.

As discussões acerca do tema continuam sendo pertinentes e relevantes, sendo que a pesquisa se propôs a analisar alguns dos principais pontos conflitantes da atualidade, quais sejam, o reconhecimento de um novo direito fundamental, diante da crescente necessidade de proteção eficaz aos dados pessoais, e o tratamento por parte do Poder Público. Constatou-se que a proteção de dados pessoais deve ostentar natureza de direito fundamental, independente da privacidade, merecendo ser incluída entre as garantias constitucionais, inclusive, havendo o Projeto de Emenda à Constituição nº 17 visando tal fim, embora o posicionamento ainda não seja unânime.

Isso porque, a tutela aos dados pessoais abarca tanto aqueles da esfera pública, quanto os da esfera privada da vida do titular, tratando-se de proteção mais ampla, em vista da relevância de todo e qualquer tipo de dados na sociedade da informação. Vale ressaltar que, a LGPD é uma legislação específica, repleta de princípios e faculdades jurídicas próprias, fundamentando-se na autodeterminação informativa.

A partir da análise dos impactos das normas da LGPD, aplicáveis ao tratamento de dados pelo Poder Público, depreende-se que o uso de informações pessoais pode causar danos graves aos cidadãos e à sociedade, dependendo da atuação autônoma e eficaz da autoridade fiscalizadora.

Particularidades foram determinadas pela LGPD, visando facilitar a coleta de dados pessoais pelo Poder Público, por meio de maior abrangência de normas que dispensam o consentimento, porque, geralmente, o tratamento deve se dar para atender o interesse público.

Balaceando tal desequilíbrio, impõe-se a observância estrita do princípio da transparência,

autônoma. Uma sociedade uniforme sem privacidade é o objetivo de uma ditadura. O que isso significa para a lei de proteção de dados? Não protege apenas os dados pessoais dos cidadãos e, portanto, a sua dignidade humana e autodeterminação informativa. A proteção de dados também é absolutamente essencial para uma democracia viva. Sem proteção de dados, a autonomia dos cidadãos está ameaçada e, sem ela, a democracia não pode funcionar. Resumindo: a proteção de dados é uma condição *sine qua non* para a democracia.” (BOEHME- NEBLER, 2016, p. 228).

criando o dever, ao Estado, de informar a motivação específica e a forma de operacionalização dos dados, ao titular. No entanto, o íntegro cumprimento das determinações legais depende da fiscalização, do poder investigativo e sancionatório do órgão de controle, a ANPD, sendo questionável sua independência, ante sua estruturação vinculada com a administração pública direta, fato que pode prejudicar a autonomia funcional e a atuação dos membros livremente nomeados pela Presidência da República.

Observa-se, além das medidas relacionadas à contenção da doença, movimentos do Governo Federal, como a criação do Cadastro Base do Cidadão e do Cadastro Nacional de Informações Sociais, em descompasso com as diretrizes da LGPD, que indicam pretensões de controle sobre os dados pessoais, postura adotada por governos autoritários, e que importam em violação às garantias constitucionais por discriminações decorrentes de técnicas de categorização dos indivíduos, maculando a autonomia e o desenvolvimento do ser político, pelo que vislumbra-se o descrédito e desconfiança nas instituições democráticas.

Em cotejo com o cenário de pandemia gerado pela Covid-19, constata-se que contextos emergenciais podem justificar a tomada de medidas abusivas e obscuras, acentuando ainda mais a vigilância constante e indesejada sobre os cidadãos.

Por fim, observa-se que a proteção de dados pessoais não deve sair dos holofotes dos debates jurídicos, uma vez que traz consigo definições e diretrizes que, necessariamente, precisam ser incorporadas pela sociedade, em prol do desenvolvimento e da segurança dos indivíduos e de seus dados.

REFERÊNCIAS

- ABRUSIO, Juliana. Big data, internet das coisas e as cidades inteligentes. *In*: PIRES, Lilian Regina Gabriel Moreira (org.). Cidades inteligentes, humanas e sustentáveis: *In*: ENCONTRO INTERNACIONAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÂNEO E OS DESAFIOS DA SUSTENTABILIDADE, 2., 2020, Belo Horizonte. **Anais** [...]. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2020.
- BARROS, Raphael Marques. “Quis custodiet ipsos custodies?”: a naturalização da vigilância em massa em tempos de emergência. *In*: BIONI, Bruno Ricardo *et al.* (org.). **Os dados e o vírus: pandemia, proteção de dados e democracia**. São Paulo: Reticências Creative Design Studio, 2020.
- BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- BIONI, Bruno Ricardo. Xequemate: o tripé de proteção de dados pessoais no xadrez das iniciativas legislativas no Brasil. *In*: MACHADO, Jorge A. S.; ORTELLADO, Pablo; RIBEIRO, Márcio Moretto (org.). **Xequemate: o tripé de proteção de dados pessoais no xadrez das iniciativas legislativas no Brasil**. São Paulo: GPoPAI/USP, 2015.
- BOEHME-NEBLER, Volker. Privacy: a matter of democracy. Why democracy needs privacy and data protection. **International Data Privacy Law**, Oxford, v. 6, n. 3, p. 222-229, 2016.

BRASIL. **Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011.** Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm. Acesso em: 16 ago. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.709, de 14 agosto de 2018.** Lei geral de proteção de dados pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 2 jun. 2020.

BRASIL. **Medida Provisória nº 869, de 2018.** Altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2018b. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/135062>. Acesso em: 2 jun. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.979, de 6 fevereiro de 2020.** Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Diário Oficial da União: sessão 1, Brasília, DF: Presidência da República, p. 1, 2020a. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735>. Acesso em: 8 out. 2020.

BRASIL. **Medida provisória n. 954, de 17 abril de 2020.** Dispõe sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, para fins de suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Brasília, DF: Presidência da República, 2020b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv954.htm. Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6387.** Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. referendo. medida provisória nº 954/2020. Emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo coronavírus (COVID-19). Relator Min. Rosa Weber, 28 de abril de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629>. Acesso em: 10 ago. 2020.

CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho. Discriminação algorítmica e transparência na lei geral de proteção de dados pessoais. **Revista de Direito e as Novas Tecnologias**, São Paulo, v. 8, jul./set. 2020. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/bitstream/11037/38411/1/Bruno%20Freire%20de%20Carvalho%20Calabrich.pdf>. Acesso em: 8 ago. 2020. DOI: <https://doi.org/10.1093/idpl/ipw007>

DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 12, dez. 2011. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315>. Acesso em: 2 jun. 2020. Não citado

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais: fundamentos da lei geral de proteção de dados.** 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

GARCIA, Marco Aurélio Fernandes. Saúde e proteção de dados: fundamentos da vigilância

epidemiológica social. *In*: BIONI, Bruno Ricardo *et al.* (org.). **Os dados e o vírus: pandemia, proteção de dados e democracia**. São Paulo: Reticências Creative Design Studio, 2020.

GONÇALVES, Tânia Carolina Nunes Machado. **Gestão de dados pessoais e sensíveis pela Administração Pública Federal: desafios, modelos e principais impactos com a nova lei**. 2019. 147 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2019.

GUARDIA, Andrés Felipe Thiago Selingardi. De surveillance a dataveillance: enfoque a partir da noção jurídica de tratamento de dados. **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, v. 109, n. 1012, p. 494, fev. 2020. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/documents/20184/0/revistadostribunaisn.1012.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2020.

KITAYAMA, Marina Sayuri. Dados pessoais e coronavírus, do abuso à legitimidade. *In*: BIONI, Bruno Ricardo *et al.* (org.). **Os dados e o vírus: pandemia, proteção de dados e democracia**. São Paulo: Reticências Creative Design Studio, 2020.

LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS, Pedro Bastos Lobo; HOSNI, David Salim Santos. O livre desenvolvimento da identidade pessoal em meio digital: para além da proteção da privacidade? *In*: POLIDO, Fabrício; ANJOS, Lucas; BRANDÃO, Luíza (org.). **Políticas, internet e sociedade**. Belo Horizonte: Instituto de Referência em Internet e Sociedade, 2019. p. 46-54.

MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Comentário à nova lei de proteção de dados (lei 13.709/2018): o novo paradigma da proteção de dados no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, Brasília, v. 120, p. 555-587, nov./dez. 2018.

MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Marco jurídico para a cidadania digital: uma análise do projeto de lei 5.276/2016. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 9, 2016. Disponível em: <http://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/171>. Acesso em: 5 out. 2020.

MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. STF reconhece direito fundamental à proteção de dados. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n.130, jul./ago. 2020. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/38077>. Acesso em: 9 ago. 2020.

PINHEIRO, Patrícia Peck Garrido. Nova lei brasileira de proteção de dados pessoais (LGPD) e o impacto nas instituições públicas e privadas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n.1000, fev. 2019. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/32749>. Acesso em: 7 ago. 2020.

PINHEIRO, Patricia Peck Garrido. **Proteção de dados pessoais: comentários à lei n. 13.709/2018 (LGPD)**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. **Teoria do Estado: do estado de direito ao estado democrático de direito**. Barueri: Manole, 2013.

SCOPEL, Adriano Sayão. Breves considerações sobre tratamento de dados pelo poder público e

meios de defesa dos dados pessoais por particulares. **Revista de Direito e as Novas Tecnologias**, São Paulo, n. 7, abr./jun. 2020. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/37757>. Acesso em: 16 ago. 2020.

SILVA, Daniela Juliano. Govtech à brasileira: o plano nacional de internet das coisas e o cadastro base do cidadão. *In*: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (org.). **Transformações do direito administrativo: liberdades econômicas e regulação**. Rio de Janeiro: Fgv Direito Rio, 2019.

SIMÃO, Bárbara; OMS, Juliana; TORRES, Livia. **Autoridades de proteção de dados na América Latina: um estudo dos modelos institucionais da Argentina, Colômbia e Uruguai**. São Paulo: IDEC, 2019.

Recebido em: 29/05/2021

Aceito em: 12/11/2022

AS ÁGUAS DA REGIÃO NORTE BRASILEIRA E A LUTA DAS COMUNIDADES RIBEIRINHAS DO ESTADO DO AMAZONAS PELA ÁGUA POTÁVEL

THE WATERS OF THE BRAZILIAN NORTH REGION AND THE STRUGGLE OF THE AMAZON STATE RIBEIRIN COMMUNITIES FOR DRINKING WATER

Adriana Lo Presti Mendonça*
Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho**
Danielle de Ouro Mamed***

*Doutoranda em Direito Constitucional/UNIFOR. Mestre em Constitucionalidade e Direitos da Amazônia/UFAM. Especialista em Processo Civil/UFAM. Membro da Academia de Ciências e Letras Jurídicas do Amazonas. Vice-presidente da OAB/AM, gestão 2016/2018. Membro da Comissão Nacional da Mulher Advogada pelo Conselho Federal da OAB 2016/2018. Advogada. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3617-9861>. E-mail: adrianalpmendonca@hotmail.com.

**Doutor em Desenvolvimento Sustentável e Mestre em Ciência Política. Coordenador e professor do Programa de Mestrado em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas - UEA. Professor da Programa de Mestrado em Constitucionalismo e Direitos na Amazônia da Universidade Federal do Amazonas - UFAM.

***Professora da Universidade Federal de Santa Catarina nos cursos de Direito, Licenciatura Intercultural Indígena do Sul da Mata Atlântica e do Mestrado em Direito (PPGD/UFSC). Doutora em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Mestre em Direito Ambiental e Graduada em Direito pela Universidade do Estado do Amazonas.

Como citar: MENDONÇA, Adriana Lo Presti; SILVA FILHO, Erivaldo Cavalcanti e; MAMED, Danielle de Ouro. Liberdade de cátedra e futuro do trabalho docente. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 18, n. 2, p. 187-204, ago.2023. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2023v18n2p.187. ISSN: 1980-511X

Resumo: A escassez de água potável vem se revelando um problema que afeta inúmeros países no mundo inteiro, sendo, porém, mais acentuada em regiões carentes de infraestrutura. O presente estudo busca discutir o problema do acesso à água na região norte do Brasil, tendo como objetivo geral analisar as causas e as consequências da falta de abastecimento de água potável às populações ribeirinhas do estado do Amazonas, apontando as principais ações que podem ajudar a minimizar tal situação. Para alcançar este objetivo serão desenvolvidos como objetivos específicos: a) Levantamento teórico acerca da escassez de água doce e do seu direito de acesso; b) Verificação acerca da carência de água potável na região norte do Brasil e; c) Análise das dificuldades observadas no âmbito das comunidades ribeirinhas do Estado do Amazonas. Trata-se de uma pesquisa qualitativa, desenvolvida no método dedutivo, baseada em revisão bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Amazônia; escassez hídrica; comunidades ribeirinhas; Estado do Amazonas.

Abstract: The scarcity of drinking water is proving to be a problem that affects many countries around the world, being, however, more accentuated in regions lacking infrastructure. This study seeks to discuss the problem of access to water in the northern region of Brazil, with the general objective of analyzing the causes and consequences of the lack of drinking water supply to riverside populations in the state of Amazonas, pointing out the main actions that can help minimize such a situation. To achieve this objective, the following specific objectives will be

developed: a) Theoretical survey about the scarcity of fresh water and its right of access; b) Verification of the lack of drinking water in the northern region of Brazil and; c) Analysis of the difficulties observed within the riverside communities of the State of Amazonas. It is a qualitative research, developed in the deductive method, based on bibliographical and documental review.

Keywords: Amazon; water scarcity; riverside communities; State of Amazonas.

INTRODUÇÃO

A água é recurso essencial à vida humana e à sustentação dos ecossistemas terrestres e aquáticos. A manutenção de sua qualidade e abundância representa, na atualidade, o maior desafio da humanidade e grandes são os obstáculos para garantir o seu acesso atual e das futuras gerações, especialmente a água doce, que representa um percentual muito pequeno das águas no planeta.

A região norte do Brasil abriga o gigantesco bioma amazônico, conhecido pela riqueza de suas águas, florestas e biodiversidade, sendo a presença de água doce um diferencial que salta aos olhos, gerando a percepção de que não há falta de água adequada ao suprimento das necessidades básicas dos habitantes da região.

No entanto, através dos resultados da pesquisa verificou-se que apesar de a região Norte possuir uma das maiores reservas hídricas do país, a inacessibilidade à água potável é uma realidade preocupante. No estado do Amazonas, grande parte das comunidades ribeirinhas padecem com escassez de água apropriada para consumo e depende das chuvas. Dentre os agravantes dessa situação destaca-se a constante ameaça de contaminação dos rios, especialmente por conta do regime das águas. Adicionalmente, tem-se as enfermidades de veiculação hídrica que incrementam a mortalidade infantil e geram alto custo à saúde pública. Para minimizar essas condições algumas ações são consideradas viáveis como os poços tubulares profundos e o programa “Cosama na Comunidade”, cujo objetivo é ampliar a rede de serviços e levar água potável ao interior do Estado.

Assim, o presente estudo busca discutir o problema do acesso à água na região norte do Brasil, tendo como objetivo geral analisar as causas e as consequências da falta de abastecimento de água potável às populações ribeirinhas do estado do Amazonas, apontando as principais ações que podem ajudar a minimizar tal situação. Para alcançar este objetivo serão desenvolvidos como objetivos específicos: a) Levantamento teórico acerca da escassez de água doce e do seu direito de acesso; b) Verificação acerca da carência de água potável na região norte do Brasil e; c) Análise das dificuldades observadas no âmbito das comunidades ribeirinhas do Estado do Amazonas. Trata-se de uma pesquisa qualitativa, desenvolvida no método dedutivo, baseada em revisão bibliográfica e documental.

1 A ÁGUA DOCE: ESCASSEZ E DIREITO DE USO

O acesso à água pelas comunidades humanas constitui uma das necessidades mais essenciais para a vida em todas as suas formas, sendo fundamental ao equilíbrio da biosfera terrestre. Além de compor a matéria em consideráveis proporções, é um elemento necessário à dinâmica dos corpos dos seres vivos e também dos processos naturais existentes em todo o globo, participando fundamentalmente das dinâmicas químicas e biológicas necessárias à manutenção da vida no planeta.

Conforme observado em Fonseca (2011, p. 157), desde os relatos dos primeiros navegadores

tem sido verificado que cobertura da superfície terrestre é predominantemente líquida. Não obstante, foram as imagens orbitais que proporcionaram um cálculo mais preciso acerca da composição da superfície terrestre. Apesar de a água (em sentido geral) ser um recurso aparentemente abundante, já que aproximadamente 71% da superfície do planeta está composto por esse elemento, deve-se considerar que, desse percentual, 97,5% constituem água salgada e apenas 2,5% são de água doce, apta para consumo humano (SOUZA, 2009, p. 28).

Segundo Viana *et al.* (2019), até mesmo entre as pessoas com abastecimento hídrico, 1,2 bilhões possuem como fonte mananciais sob risco sanitário. Desse modo, ao menos um em cada quatro habitantes do planeta consome água contaminada por coliformes fecais e o resultado disso são as doenças, como a diarreia que mata 2,2 milhões de indivíduos por ano, no mundo, especialmente crianças com menos de cinco anos de idade.

Na região amazônica somente 57,5% da população é provida com água tratada e quase metade do volume produzido é desperdiçada. A região possui diferentes realidades ambientais, econômicas, sociais e culturais e enfrenta enormes desafios na questão “água e saneamento”, muito embora se trate do maior sistema hidrográfico do planeta e responsável por 15% de toda água doce que chega aos oceanos.

Somente o rio Amazonas, com seus 6.992 km e mais de mil afluentes, lança 209 mil metros cúbicos por segundo no oceano Atlântico, tendo do outro lado, a floresta da região, que transpira 20 bilhões de toneladas de água por dia em áreas naturais que abriga metade da biodiversidade do planeta. Apesar disso, conforme o Índice de Progresso Social (IPS), que agrega dados na dimensão “Necessidades Humanas Básicas”, “Fundamentos de Bem-Estar” e “Oportunidades”, o cenário da maior floresta tropical do mundo piorou entre 2014 e 2018 e no quesito água e saneamento básico, o índice amazônico corresponde a menos da metade da média nacional (VIANA *et al.*, 2019).

A carência de sistema de abastecimento de água potável nas localidades ribeirinhas da região amazônica é um problema crônico, que se arrasta há anos, afetando consideravelmente a qualidade de vida da população. Trata-se de uma situação paradoxal, pois a fartura de água nas áreas de várzea, resultante tanto dos rios quanto das frequentes chuvas, “contrasta com o fato de que a maior parte das populações que habitam estes locais não tem acesso à água de qualidade e sofre constantemente com doenças de veiculação hídrica.” (OLIVEIRA *et al.*, 2015, p. 2).

Muito se tem alertado sobre a escassez da água no mundo. Conforme a Organização das Nações Unidas - ONU, antes de 2025, parte considerável das megacidades, nas quais vivem mais de 50% da população, enfrentará dificuldade no acesso a água potável. Embora o Brasil detenha 12% da água potável disponível no mundo, isso, segundo Rocha (2018, p. 6), não impede que a população seja diariamente confrontada com problemas humanos relacionados a esse valioso recurso. Essas condições embaraçosas, afirma o autor, encontram “gênese nas desigualdades regionais brasileiras, perpassando por problemas sistêmicos de captação e distribuição, tratamentos precários e desperdícios.”

Com efeito, a importância da água e sua essencialidade para os processos vitais e para a saúde humana é de conhecimento de todos. Conforme ponderações de Confalonieri *et al.* (2010, p.

28), estimativas mostram que em torno de 1,5 bilhões de pessoas não possuem, em todo o mundo, acesso à água de boa qualidade, ou seja, vivem em situações nas quais há escoamento superficial de chuva menor que 1000 m²/pessoa/ano. “A população nestas regiões compreende cerca de 40 % do total mundial. Em 2002, 21 % da população dos países em desenvolvimento não tinham acesso continuado a fontes adequadas de água”, afirma o autor.

Corroborando com esta assertiva, Jacobi, Empinotti e Schmidt, (2016), comenta que mais de 40% da população da Terra viverá a curto prazo em regiões extremamente afetadas por estresse hídrico.

Os hidrólogos preveem que, a continuar esta tendência, a água doce enfrentará uma dupla pressão: por um lado, o crescimento populacional potencializado pelas práticas intensas de consumo que aumentará a demanda por comida e energia e, por outro lado, o impacto das mudanças climáticas. Aproximadamente 80% da população mundial sofre sérias ameaças quanto à sua segurança hídrica. (JACOBI; EMPINOTTI; SCHMIDT, 2016, p. 2)

Todo esse quadro crescente de insustentabilidade alusivo à água, esclarece o mesmo autor, desdobra-se em dois aspectos, estando de um lado, o aumento dos desastres climáticos (secas, enchentes), e de outro, a contaminação dos cursos d’água que tornam o abastecimento de água potável para a população cada vez mais cara: “Os impactos da deterioração dos ecossistemas decorrentes de um processo de urbanização carente de ações de saneamento adequados [...] se reflete no que tem sido caracterizado como uma crise global da água”, ponderam Jacobi, Empinotti e Schmidt (2016, p. 2).

Posicionando-se sobre a questão, Bordalo (2016), por sua vez, afirma que a ‘crise’ mundial de água doce concentra-se em duas condições: uma que se refere à quantidade suficiente de água doce, seja na superfície contidas nas bacias hidrográficas ou nas subterrâneas armazenadas nos aquíferos; a outra que diz respeito à sua qualidade em relação aos parâmetros físicos, químicos e bacteriológicos que permitam uma potencial disponibilidade hídrica capaz de atender as demandas atuais e futuras em suas diferentes formas de uso (rural, doméstico, industrial).

A crise hídrica revela a dimensão mais severa e mais invisível da devastação ecológica da terra a qual um país demonstra sofrer quando a água disponível é inferior a mil metros cúbicos por habitante/ano, e quando essa disponibilidade anual por habitante cai abaixo de quinhentos metros cúbicos a sobrevivência da população fica comprometida (BORDALO, 2016).

Assim, diante do problema, é necessário considerar que as causas da crise hídrica variam região para região. Dentre os fatores e/ou problemas que causam essa situação pode-se apontar (PENA, [2020]): a) má distribuição da água no mundo, pois há regiões com grandes populações e pouca água; b) clima desfavorável ou mudanças climáticas esporádicas ou permanentes; c) ausência de investimentos públicos em áreas pobres ou desabastecidas; d) má gestão dos sistemas de armazenamento, saneamento e distribuição de água; e) desperdício elevado tanto pelos serviços públicos quanto pelas práticas econômicas em geral e f) poluição, degradação ou esgotamento dos cursos d’água, além de outros problemas visíveis.

A escassez de água no mundo e a falta de atenção a esse recurso essencial à vida humana, comenta Rocha (2018) fizeram com que a Organização das Nações Unidas, em sua Assembleia Geral do dia 28 de julho de 2010, reconhecesse o acesso à água limpa e segura e ao saneamento básico, direitos humanos fundamentais. Conforme Resolução nº 64/292 (ONU, 2010) o direito à água potável e ao saneamento representa um direito essencial para o pleno exercício da vida e de todos os direitos humanos, exortando os estados e as organizações internacionais a fornecer recursos financeiros e incentivar a capacitação e a transferência de tecnologia por meio da assistência e cooperação internacional, em especial para os países em desenvolvimento, com a finalidade de intensificar esforços para fornecer a todos acesso econômico a água potável e saneamento.

No parecer de Lima e Granziera (2018), a conscientização a respeito do Direito Humano à água no contexto internacional, foi resultado de uma série de documentos das Nações Unidas que, ao estabelecer garantia a outros direitos (saúde, bem-estar, saneamento) passam a reconhecer de forma implícita, o Direito Humano à Água. Este direito foi reconhecido pela primeira vez na Declaração de Mar del Plata, em 1977, em uma conferência promovida pela ONU, na qual ficaram estabelecidas diretrizes práticas para a gestão da água, levando em conta que as demandas do desenvolvimento humano exigiam maior atenção na regulação dos recursos hídricos, bem como o reconhecimento das estreitas relações desses recursos, o meio ambiente, os assentamentos humanos e a produção de alimentos.

Em 2002, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas adotou o Comentário Geral sobre o Direito à água no capítulo 15, no qual afirma que ‘o direito humano à água é o direito de todos terem água suficiente, saudável, aceitável e acessível para uso pessoal e doméstico’. Logo, o acesso universal ao saneamento não seria tão somente de importância fundamental para a dignidade da vida humana e a vida privada, mas também um dos principais mecanismos para proteger a qualidade dos recursos hídricos (LIMA; GRANZIERA, 2018).

No Brasil, a proteção jurídica das águas tem suas bases assentadas pela Constituição Federal de 1988, que cuidou da matéria em dispositivos distribuídos ao longo de seu texto. No que diz respeito a proteção jurídica das águas no país é uma consequência natural do reconhecimento constitucional de Direitos Humanos Fundamentais, tais como a vida, a segurança, a dignidade, a saúde, a alimentação e a cidadania. O acesso a água potável, a coleta e o tratamento de esgotos, a gestão responsável dos recursos hídricos pelo Estado, a preservação das nascentes dentro outros aspectos, representam uma extensão natural desses direitos e garantias fundamentais expressamente reconhecidos pela Constituição Federal/88 (AITH; ROTHBARTH, 2015).

O Brasil é um país privilegiado no que tange aos recursos naturais, destacando-se dentre eles os recursos hídricos superficiais e subterrâneos, que possuem relevante papel ecológico, econômico, estratégico e social. Neste contexto desponta a bacia amazônica, que ocupa 2/5 da América do Sul e 5% da superfície terrestre. Sua área é de aproximadamente 7 milhões de Km² e abriga a maior rede hidrográfica do planeta, escoando cerca de 1/5 do volume de água doce do mundo (INSTITUTO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL MAMIRAUÁ, [2020a]).

2 REGIÃO NORTE: DA ABUNDÂNCIA DE ÁGUA DOCE A CARÊNCIA DE ÁGUA POTÁVEL

O Norte é a região mais vasta do Brasil, com 3,9 milhões de Km². Sua população, no entanto, é considerada pequena, estando em torno de 15.864.454 habitantes, o que corresponde a apenas 8% da população total do país, segundo Censo Demográfico de 2010. Trata-se de uma região que concentra a maior biodiversidade do país, graças a existência da Floresta Amazônica, que possui influência sobre as ocupações humanas. É também a região mais chuvosa do Brasil e isso acontece por alguns fatores como sua proximidade com a linha do Equador, a grande e densa Floresta Amazônica e a presença dos vários rios de grande extensão. Desse modo, em decorrência da alta temperatura e da floresta, a evaporação é mais intensa, provocando nuvens durante o dia que geram chuvas geralmente no fim da tarde, sendo os estados com maior concentração de pluviosidade, o Estado do Pará e do Amazonas (MATIAS, 2020; MOURA; MOREIRA, 2001).

Na região Norte, os rios fazem parte da vida dos seus habitantes. Conforme Souza (2019, p. 2), os rios formam uma rede de canais que percorrem todos os Estados do Norte.

Esses rios permitem circular vidas, emoções, economia e se transformaram nas estradas fluviais, as quais fazem chegar às mais distantes cidades ou lugares. Em cada beira de rio ou em cada meandro, há sempre uma casa que se confunde com a vegetação ou há uma terra caindo, o que pode representar, para alguns, perigo e, para outros, a fertilização das várzeas e contribuição para o enriquecimento dos alimentos dos peixes, quando faz crescer as macrófitas ou vegetais aquáticos.

Utilizando informações do Plano Nacional de recursos Hídricos (PNRH), correspondente ao período de 2003 a 2006, Bordalo (2016) lembra que a região Norte do Brasil apresenta as maiores taxas de disponibilidade per capita de água doce, reunindo alto esvaziamento específico com baixa densidade populacional, como é o caso do rio Amazonas, com 455.000m³ por habitante/ano e da encosta oeste do Tocantins, entre as sub-bacias dos rios Araguaia e Pará, com aproximadamente 150.000m³/habitante/ano.

Analisando, porém, dados de 2005 alusivos à população com índices totais de abastecimento de água divulgados pelo Sistema Nacional de Informações em Saneamento (SNIS / Ministério das Cidades), Bordalo (2016) observou que nos sete estados da região Norte, que juntos correspondem a Amazônia brasileira, somente os Estados de Tocantins e Roraima se aproximam da taxa média de abastecimento nacional (81% a 90%). Na sequência vem o estado do Amazonas, com uma taxa em torno de 61% a 90%), os estados do Acre, Amapá e Rondônia, com taxa entre 41% a 60% e por último o Estado do Pará, com uma taxa de abastecimento inferior a 40%.

Destaca também Bordalo (2016), que dados do “Diagnóstico dos serviços de água e esgoto”, publicado em 2011 pelo SNIS/Ministério das Cidades, relativos aos níveis de cobertura com rede de água em 2009, revelam que o Brasil já possuía 82,4% do total da população atendida, porém, a região Norte aparecia em último lugar, com 54,6%.

Para la población urbana brasileña, estos índices llegaban al 93%, y para la

población urbana de la región Norte alcanzaban a un 67,9%, pero todavía se situaban en una posición muy distante de la realidad de las demás regiones brasileñas. Esta paradoja del acceso al agua dulce y tratada es extremadamente visible y alarmante cuando se tiene en cuenta la realidad vivida por la población residente en 2010 en la Amazonia brasileña [...] que aun estando ubicada en una región donde están localizadas dos grandes cuencas hidrográficas, las de los ríos Amazonas y Tocantins-Araguaia, todavía poseen una gran inaccesibilidad social al agua¹ (BORDALO, 2016, p. 82).

Como se pode perceber, ainda que a Bacia Amazônica detenha em torno de 15% da água doce disponível no mundo e não enfrente adversidade com relação à disponibilidade hídrica, a região Norte padece com carência de distribuição de água para consumo humano. Nas premissas de Setti *et al.* (2001, p. 9), as questões problemáticas envolvendo escassez hídrica no país, ocorrem, especialmente, em decorrência da combinação entre o crescimento exagerado das demandas locais e da degradação da qualidade das águas. “Esse quadro é consequência dos desordenados processos de urbanização, industrialização e expansão agrícola” salienta o autor.

Esse também é o pensamento de Souza (2019) quando afirma que os rios da Amazônia carregam em suas águas muita poluição por conta do lixo, esgotos das cidades e da contaminação (exploração de ouro), que provocam a sua degradação hídrica.

O conjunto de problema existente nos rios da Amazônia decorre de inúmeros fatores antrópicos e naturais; o de ordem natural advém do assoreamento causado pela erosão fluvial, surgindo barras de meandro no meio do rio e nas margens, unindo-se as ilhas formadas no tempo geológico. Com a exploração de ouro no leito do rio Madeira e o transporte de sedimentos pela correnteza acelerou surgimento de inúmeros depósitos (barras de sedimentos), formando grandes ilhas no meio do rio Amazonas (SOUZA, 2019, p. 8).

No parecer de Barbioti e Campos (2020, p. 9):

A poluição mais comum é aquela causada pelo lixo que o homem joga nos rios. Os crescimentos das cidades e de sua população aumentaram os problemas, porque o tratamento de esgotos e de fossas não conseguiu acompanhar o ritmo de crescimento urbano [...]. Produtos químicos e sujeira dos esgotos são jogados diretamente nos rios ou afetam os lençóis d'água que formam as nascentes [...]. A exploração de ouro nos rios da Amazônia, por exemplo, usa o mercúrio para separar o ouro de outros materiais. Esse mercúrio, depois de usado, é jogado diretamente nos rios, matando grande quantidade de peixes e plantas. Com isso, nem os seres vivos dos rios podem sobreviver, nem o homem pode usar a água para beber, tomar banho ou regar plantações.

¹ Para a população urbana brasileira, esses índices atingiram 93%, e para a população urbana da região Norte chegaram a 67,9%, mas ainda muito distantes da realidade das demais regiões brasileiras. Esse paradoxo do acesso à água potável e tratada é extremamente visível e alarmante quando se leva em consideração a realidade vivida pela população residente em 2010 na Amazônia Legal [...] que mesmo estando em uma região onde se localizam duas grandes bacias hidrográficas, as dos rios Amazonas e Tocantins-Araguaia, ainda apresentam grande inacessibilidade social à água (BORDALO, 2016, p. 82, tradução nossa).

Logo, ainda que a maior bacia hidrográfica do mundo tenha significativa parte das suas áreas protegidas ambientalmente, a poluição, decorrente tanto do modelo econômico e da expansão demográfica desordenada na Amazônia como também por conta da ausência de políticas públicas de gestão dos recursos hídricos, avança comprometendo a qualidade da água às populações, deixando-as vulneráveis às muitas doenças (QUADROS; COUTINHO, 2014).

Em síntese, a relação entre o homem da região Norte e as águas é profunda. Fazendo-se presente em todo o processo sociocultural da região, essa relação vai além de simples vínculos geográficos circunstanciais: representa uma identidade hidrossocial, que diferencia essa população dos povos de outras regiões. Daí ser tão paradoxal que esta população esteja sujeita a reduzidos padrões de atendimento por sistemas de abastecimento de água potável (MAGALHÃES, 2018; QUADROS; COUTINHO, 2014).

No Estado do Amazonas, onde as comunidades tradicionais são o âmbito no qual os ribeirinhos estabelecem as relações sociais, culturais e econômicas e onde os rios possuem grande significado, configurando-se como complemento de suas existências, a população também sofre com a escassez de água apropriada para consumo, uma vez que na maior parte das comunidades inexistem sistemas de captação de águas de superfície ou subterrâneas, uma condição que se torna ainda mais grave no período da vazante dos rios (BARBOZA JÚNIOR, 2018; LIRA; CHAVES, 2016).

3 DESAFIOS DA OFERTA DE ÁGUA POTÁVEL ÀS COMUNIDADES RIBEIRINHAS NO AMAZONAS: AS CONSEQUÊNCIAS E AS ALTERNATIVAS VIÁVEIS DE MELHORIA

Sendo a maior unidade federativa do Brasil em extensão territorial e situado no Norte do país, o Estado do Amazonas possui uma área de 1.559.161.682 Km², dividido em 62 municípios. É conhecido no mundo inteiro por sua rica biodiversidade, por concentrar a maior quantidade de água doce disponível no planeta e por possuir um dos maiores rios do mundo, que recebe inúmeras denominações desde sua nascente até adentrar no país. No município de Tabatinga, passa a chamar-se de rio Solimões até o município de Manaus, onde une-se ao rio Negro, formando o rio Amazonas, que desemboca no Oceano Atlântico, no estado do Pará (BARBOZA JÚNIOR, 2018).

Todos os municípios do Estado do Amazonas possuem comunidades ribeirinhas que vivem, em sua maioria, à beira dos rios, igarapés, igapós e lagos formando o vasto e complexo estuário amazônico, encontrando-se dispersas em agrupamentos de 20 e 40 casas de madeira construídas em palafitas adequadas ao sistema de cheias dos rios. O modo de vida dessas populações encontra-se atrelado ao ciclo da natureza, com o fenômeno da enchente e vazante regulando, em grande parte, o cotidiano do ribeirinho (MONTEIRO, 2014).

É neste contexto que se abre espaço para discutir as causas e as consequências da falta de abastecimento de água potável a essa população, que carece de recursos básicos como água de qualidade para consumo. “Ninguém pensa que se passa sede na Amazônia, mas há cidades

pequenas com poluição hídrica e sem saneamento básico, dependente de água da chuva”, salienta Schor (CIDADES..., 2017, p. 2).

Mendonça (2018, p. 2) também adverte:

A bacia hidrográfica do rio Amazonas contém 20% da disponibilidade mundial de água doce. São 133 mil metros cúbicos liberados por segundo. A região tem uma reserva de água subterrânea de mais de 160 trilhões de metros cúbicos. Mas esta realidade de abundância apresenta um sério paradoxo: onde se encontra parte do maior estoque de água doce do planeta, seus cerca de 4 milhões de habitantes têm dificuldade de torná-la potável para o consumo. É a falta de saneamento básico que torna o acesso à água boa para consumo um desafio.

O fato é que no estado do Amazonas, que conta com 50,6% do território protegido como unidade de conservação e terras indígenas, apenas 9,37% da população tem coleta de esgoto, 76,6% possuem rede de água. Porém, há uma constante ameaça de contaminação, em decorrência da poluição e a outros fatores associados às peculiaridades da geografia, como o regime das águas, pois no período da cheia (durante seis meses no ano), as comunidades ribeirinhas mantêm as fossas sépticas (que são inundadas) e criam animais. No período das secas, as comunidades ficam bastante afastadas da beirada, uma situação que dificulta a captação de água, em decorrência da maior concentração de sedimentos orgânicos (peixes e outros animais nos rios). Nessas condições, a água fica com aspecto esverdeado e cheiro desagradável, sendo imprópria para o consumo humano e banho, levando os ribeirinhos a buscar água potável em locais mais afastados (FREITAS, 2019; VIANA *et al.* 2019).

Outro agravante da situação é a falta de energia elétrica nas comunidades ribeirinhas, que não permite a captação no rio e o bombeamento para reservatórios. Nas regiões de várzea, a situação apresenta-se ainda mais complexa, pois nessas áreas, as casas são construídas sobre a água e como não é possível perfurar poços artesianos, os moradores fazem captação hídrica de locais que recebem o esgoto doméstico por eles gerados (VIANA *et al.*, 2019).

Um estudo realizado por Sampaio (2017) na comunidade da Vila do Lago do Limão, considerada um paraíso ecológico, com rios matas e igapós, localizada a 30 quilômetro da rodovia AM-70, que liga Manaus aos municípios de Iranduba e Manacapuru. A pesquisa avaliou a qualidade dos mananciais superficiais (igapós, rios e nascente) e subterrâneos (poços), quanto aos parâmetros pH, condutividade elétrica, cor, turbidez, sólidos totais, nitrato e cloreto. Como resultados, revelou-se que, naquela localidade, embora as águas estejam de acordo com os padrões estabelecidos pela Portaria nº 518/2004 e recomendadas para consumo, a cor apresentou discrepância nos valores e indesejada, portanto, para consumo.

De acordo ainda com Sampaio (2017) alguns poços artesianos encontram-se com o sistema de abastecimento parado em razão da falta de manutenção, instalações inadequadas e baixa vazão. Outro dado importante apontado pelo estudo são a falta de energia e o isolamento geográfico que reduzem a possibilidade de implementar sistemas convencionais de tratamento de águas de

superfície nas comunidades. Além disso, em muitas delas é grande a dificuldade de se encontrar águas subterrâneas em baixa profundidade, o que faz com que as pessoas utilizem águas de superfície sem nenhum tratamento.

A propósito disso, estudo realizado por Azevedo (2006), com a finalidade de descrever o aproveitamento do manancial subterrâneo para abastecimento público, por meio de poço tubular construído na comunidade de várzea de Santo Antônio, no município de Urucará, Estado do Amazonas, mostrou que as águas superficiais de várzea da comunidade estudada não são apropriadas para consumo humano sem tratamento adequado. O manancial subterrâneo local apresenta condições hidrogeológicas satisfatórias para seu aproveitamento em um sistema público de abastecimento de água, mas o poço tubular da comunidade apresentou falhas no processo construtivo, principalmente na cimentação, que tem por finalidade isolar as camadas indesejáveis, indicando que este não estava, na época completamente isento de receber água de lençóis indesejados. Outros dados apontados pelo autor referem-se às características físico-químicas e microbiológicas da água subterrânea local oriunda do poço tubular, que demonstra ser potável, exceto no período de cheia máxima, quando a cor aparente e o ferro total² apresentam significativas alterações.

Os resultados da carência de água de qualidade às populações ribeirinhas são preocupantes. De acordo com informações da Fundação de Vigilância em Saúde – FVS/AM, apenas de janeiro a abril de 2017, foram registrados 66.789 casos de diarreia aguda no estado do Amazonas. Destes 7.082 ocorreram em Manaus. Como é difícil o acesso dos agentes de saúde às comunidades e por não haver notificação de parte substancial dos casos, calcula-se números bem maiores nessas localidades (MENDONÇA, 2018).

As doenças com maior incidência em decorrência da má qualidade da água são disenteria bacteriana, hepatite, verminose, leptospirose, esquistossomose, febre tifoide, cólera, além do agravamento das epidemias tais como a diarreia, que conforme a UNICEF, é a segunda maior causa de mortes em crianças abaixo de cinco anos de idade. Além de oferecer altos riscos de mortalidade infantil, a carência de serviço de água potável gera muitos gastos financeiros à saúde pública. Os principais micro-organismos presentes na água contaminada são *Salmonellaspp*, *Shigella spp*, *Escherichiacoli* e *Vibriocholerae*, que são responsáveis pelos numerosos casos de infecções que constituem grave risco para a saúde humana (CESAR; ABDALA; KRESKI, 2019; FUNASA, 2014).

As enfermidades de veiculação hídrica causadas por bactérias, vírus, protozoários, helmintos entre outros micro-organismos patogênicos são bastante comuns em países em desenvolvimento e são transmitidas principalmente por meio de excretas de origem humana e animal, por sua introdução nas fontes de água, tornando-a imprópria para o consumo humano. As transmissões dessas enfermidades podem acontecer de forma direta ou indireta, como na ingestão da água, no

2 O ferro total foi o parâmetro que mais aumentou, ultrapassando em mais de três vezes o valor máximo permissível pela Portaria n.º 518/2004. Contudo, dependendo da concentração do ferro total, o mesmo pode ser significativamente reduzido com uma simples aeração da água (AZEVEDO, 2006).

preparo dos alimentos, na higiene pessoal, na agricultura, na indústria e lazer (FUNASA, 2014).

No Estado do Amazonas, segundo a Fundação de Vigilância em Saúde embora os números mostrem queda durante o período das cheias dos rios, os riscos da população ribeirinha contrair doenças de veiculação hídrica aumentam. Até junho de 2019 foram confirmados casos de hepatite, leptospirose e diarreia, esta última cresceu 4% no primeiro semestre do ano, se comparado ao mesmo período do ano de 2018 (MOTA; PINHEIRO, 2019).

Para conter esses casos, a principal ação da Fundação de Vigilância em Saúde do Amazonas (FVS-AM) tem sido a distribuição de hipoclorito para as secretarias municipais de saúde que fazem a distribuição gratuita para a população que não recebe água tratada (MOTA; PINHEIRO, 2019).

Desde a década de 1980 procura-se implementar diferentes tecnologias na região para resolver o problema de escassez de água para consumo nas comunidades ribeirinhas do Amazonas.

Uma das alternativas tem sido os poços tubulares profundos, sendo construídos dentro das técnicas adequadas, com coleta e ensaios de materiais, visando a conservação da qualidade da água subterrânea do rico ecossistema amazônico sujeito a inundações periódicas, são tecnicamente viáveis para abastecimento público de água nas comunidades de várzea.

Nas reflexões de Mendonça (2018), as soluções não parecem tão difíceis e consistem fundamentalmente na construção de redes de distribuição de água interligadas a caixas d'água, a captação de água da chuva e a perfuração de poços artesianos cuja bomba pode ser alimentada por energia solar podendo a água disponibilizada ser tratada com a luz ultravioleta, que neutraliza contaminações microbiológicas, um tipo de solução já aplicada e com uso sob avaliação nas comunidades das Reservas de Desenvolvimento Sustentável (RDS) de Mamirauá, do Rio negro e Puranga Conquista, localizada na margem esquerda do rio negro, a 65 quilômetros de Manaus.

Pode-se destacar também:

a) o Sistema de Captação de Água de Rio com Energia Solar Fotovoltaica: uma alternativa desenvolvida, testada e aplicada pelo Instituto Mamirauá, para enfrentar o desafio do abastecimento de água às comunidades ribeirinhas. A tecnologia, que causou impacto positivo da vida das famílias usuárias, minimizando o esforço físico, especialmente das mulheres e crianças que costumam carregar água da beira do rio, funciona da seguinte maneira: os painéis fotovoltaicos são posicionados sobre o rio em balsas flutuantes, bombeando a água para um reservatório fechado. A caixa d'água é conectada a um filtro de areia para pré-tratamento e remoção de resíduos. Após a filtração, parte da água é distribuída por gravidade para a comunidade com um ponto de fornecimento em cada domicílio. A água que é destinada ao consumo, passa por um filtro e é armazenada em outro reservatório de uso coletivo (INSTITUTO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL MAMIRAUÁ, [2020b]).

b) O Sistema domiciliar de captação de chuva: o sistema tem como objetivo fornecer aos moradores de comunidades ribeirinhas uma opção de acesso à água de qualidade para consumo. Entre 2011 e 214 foram instalados esses sistemas em sete residências de uma comunidade rural do estado do Amazonas, com a finalidade de experimentar e desenvolver um mecanismo seguro de captação de água de chuva, que apresentasse baixo custo, fácil instalação e adaptado à realidade

local. O modelo tem como princípio básico o descarte automático dos primeiros milímetros de chuva. Alguns resultados foram observados como a diferença na concentração de *E. coli* da água, que foi em média 80% maior na água de descarte que na água do reservatório (INSTITUTO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL MAMIRAUÁ, [2020b]).

c) Sistema de Água Misto com Energia Solar: este sistema, que foi implementando em 2010, tem o mesmo princípio do Sistema de Abastecimento de Água³. Porém, nele é adicionada uma cisterna de 25 mil litros para captação de água de chuva, por meio de uma bomba com módulo solar. A cisterna é um novo reservatório, especialmente construído para resistir às inundações anuais. Sua estrutura é de ferro e cimento e é construído acima do solo, para que não seja inundado durante a cheia do rio. Esse reservatório recebe água da chuva, captada a partir do telhado de um centro comunitário, por meio de uma calha, que direciona a água para um separador automático. A primeira água da chuva é descartada e, posteriormente, conduz a água de melhor qualidade para a cisterna. Os moradores das comunidades recebem esta água por meio de uma torneira coletiva instalada na cisterna e também recebem a água em casa pela rede de distribuição do Sistema de Abastecimento de Água. A vantagem desse sistema são maior capacidade de armazenamento de água na comunidade e a disponibilização da água da chuva que é tradicionalmente usada pelas famílias para demandas como dessedentação e cozimento de alimentos (INSTITUTO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL MAMIRAUÁ, [2020b]).

Entre as medidas citadas, é interessante citar ainda que a questão da escassez de água de qualidade nas comunidades ribeirinhas vem suscitando diversas ações de enfrentamento do problema. Em novembro de 2019, o governo do estado do Amazonas lançou o programa “Cosama na Comunidade”, que visou ampliar a rede de serviços e levar água potável ao interior do Estado. Por meio desse programa foram adquiridos 400 Sistemas Revolucionários com Tecnologia Inteligente de Tratamento de Água, denominado *Yguatú* (água boa, em tupi-guarani). Foi também assinado um Decreto que criou uma comissão técnica para elaboração da Política Estadual de Saneamento Básico do Amazonas e um termo de cooperação técnica com a Fundação Nacional de Saúde (FUNASA) direcionado a ações no interior do estado (AMAZONAS, 2019).

Além de ser mais moderno, o novo sistema gera menor custo, uma vez que faz uso de tecnologia com dosagem automática de produtos químicos com baixa demanda de energia. Outra vantagem é que, além de poder ser usado na forma de bica para coleta, o sistema pode ser expandido para pequenas redes de distribuição, levando água até a casa dos comunitários, obedecendo o padrão de potabilidade para consumo humano, editado pelo Ministério da Saúde, podendo atender até 600 pessoas diariamente. Os filtros beneficiarão 220 mil pessoas dos municípios e comunidades do interior do estado, promovendo avanço na qualidade de vida de mais de 40 mil famílias (AMAZONAS, 2019).

3 Um sistema de abastecimento de água pode ser entendido como o conjunto de infraestruturas, equipamentos e serviços com objetivo de distribuir água potável para o consumo humano, bem como para o consumo industrial, comercial, dentre outros usos. O sistema de abastecimento de água convencional é formado por diversas unidades, sendo elas: Manancial; Captação; Adução; Tratamento; Reservatório; Rede de distribuição e Ramal Domiciliar (BRASIL, 2020).

Em suma, alguns avanços têm sido observados, suscitados pela articulação entre alguns atores, embora ainda haja a necessidade de criar esquemas institucionais mais amplos, alinhados com as particularidades da região. Ou seja, há que haver maior comprometimento com a efetivação do direitos humanos à água de qualidade. Desse modo, a intersetorialidade e a cooperação são os principais elementos que podem favorecer a melhoria dos problemas de fornecimento de água potável às populações ribeirinhas do estado do Amazonas, com criação de soluções sustentáveis para o acesso efetivo e contínuo do seu fornecimento (VARGAS; MENDEZ; ALTAFIN, 2018).

Por fim, cabe também ao ordenamento jurídico brasileiro tutelar o direito à água e ao saneamento básico, observando a realidade social e as estatísticas alusivas à problemática. O que vem sendo questionado não é a existência desses direitos, mas sim a efetivação de políticas públicas que sinalizem sua tutela. Essa preocupação é ainda mais latente quando o assunto envolve a região Amazônica que, embora concentre a maior parte da água doce do país, ainda detém os piores índices de acesso à água e ao saneamento básico do Brasil (BORDALO, 2016).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em que pese o rico contexto hídrico da Amazônia, esta região é muito impactada por problemas envolvendo o abastecimento de água potável, seja nos espaços urbanos, seja nas cidades interioranas, ao redor das quais se localizam as comunidades ribeirinhas, especialmente afetadas por esta situação.

O estudo buscou discutir tais questões, objetivando analisar as causas e as consequências da falta de abastecimento de água potável às populações ribeirinhas do estado do Amazonas, apontando as principais ações que podem ajudar a minimizar tal situação.

Ficou demonstrado por meio da revisão da literatura que a região Norte possui uma das maiores reservas hídricas do país e a inacessibilidade à água potável é uma realidade preocupante. No estado do Amazonas, a situação se repete, com grande parte das comunidades ribeirinhas padecendo com a escassez de água apropriada para consumo e dependendo da água da chuva.

Toda essa situação tem como agravante o fato das águas dos rios estarem sob constante ameaça de contaminação, especialmente por conta do regime das águas, pois durante a vazante, por exemplo, a utilização de água é dificultada em razão de maior concentração de sedimentos orgânicos, peixes mortos e outros animais, que deixam a água do rio com aspecto esverdeado e com mau cheiro, restando, evidentemente, imprópria para o consumo. Outro fator desfavorável é a falta de energia nas comunidades ribeirinhas, que impossibilita a captação no rio e o bombeamento para reservatórios.

As consequências desse cenário são as enfermidades de veiculação hídrica como disenteria bacteriana, hepatite, verminose, leptospirose, esquistossomose, febre tifoide, cólera, e a diarreia que acarretam alto risco de mortalidade infantil, além de gerarem elevados custos à saúde pública.

Para conter essas enfermidades e resolver o problema de escassez de água potável, a

Fundação de Vigilância em Saúde do Amazonas procura distribuir gratuitamente hipoclorito para as populações que não recebem água tratada. No entanto, há também algumas ações que poderiam ser mais executadas tais como: a) a escavação de poços tubulares profundos construídos dentro das técnicas adequadas, o que é tecnicamente viável para abastecimento público nas comunidades de várzea; b) a implementação do Sistema de Captação de Água de Rio com energia Solar Fotovoltaica (que já está sendo testada em comunidades ribeirinhas); e c) a disponibilização de sistema domiciliar de captação de chuva e o Sistema de Água Misto com Energia Solar, que vem sendo implantado desde 2010. Entre as soluções observadas, pode-se destacar também o programa “Cosama na Comunidade”, lançado pelo governo do Estado do Amazonas em novembro de 2019, com o objetivo de ampliar a rede de serviços e levar água potável ao interior do Estado.

Por fim, pode-se dizer que embora factíveis, essas iniciativas se mostram ainda muito incipientes e sob o ponto de vista de alguns estudiosos, necessário se faz que o poder público promova o aprimoramento de estratégias e instrumentos de gestão que possibilitem políticas de ação para a sustentabilidade dos recursos hídricos da Amazônia de forma mais efetiva.

REFERÊNCIAS

AITH, Fernando Mussa Abujamra; ROTHBARTH, Renata. O estatuto jurídico das águas no Brasil. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 29, n. 84, 2015. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0103-40142015000200011>

AMAZONAS. Companhia de Saneamento do Amazonas. **Wilson Lima lança novo programa para levar água potável a comunidades do interior do Amazonas**. Adrianópolis: COSAMA, nov. 2019. Disponível em: <http://www.amazonas.am.gov.br>. Acesso em: 9 dez. 2020.

AZEVEDO, Rainier Pedraça de. Uso de água subterrânea em sistema de abastecimento público de comunidades na várzea da Amazônia central. **Revista Acta Amazonica**, Manaus, v. 36, n. 3, 2006. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0044-59672006000300004>

BARBIOTI, Elza Maria; CAMPOS, Rodolfo Boranga de. Poluição dos rios. **Revista FAIT**, São Paulo, v. 4, maio 2014. Disponível em: http://fait.revista.inf.br/imagens_arquivos/pdf. Acesso em: 1 dez. 2020.

BARBOZA JÚNIOR, Paulo Cabral. Água da chuva: aproveitamento para a gestão de recursos pluviais em comunidades ribeirinhas do estado do Amazonas. 2018. Dissertação (Mestrado em Gestão e Regulação de Recursos Hídricos) – Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, 2018. Disponível em: <http://www.pos.uea.edu.br/pdf>. Acesso em: 3 dez. 2020.

BORDALO, Carlos Alexandre Leão. La paradoja del agua en la amazonia brasileña: el pueblo sin agua en la región de las aguas. **Revista América Latina Hoy**, Salamanca, v. 74, p. 81-95, 2016. DOI: <https://doi.org/10.14201/alh2016748195>

BRASIL. Ministério da Integração e do Desenvolvimento Regional. **Componentes do SNIS**. Brasília: Ministério da Integração e do Desenvolvimento Regional, 2020. Disponível em: <http://antigo.snis.gov.br/componentes/menu-snis-componente-agua-e-esgotos>. Acesso em: 8 dez. 2020.

CESAR, Caio; ABDALA, Lucas; KRESKI, Stephani. Água potável e saneamento. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2019. Disponível em: https://www.pucsp.br/sites/default/files/download/eventos/bisus/1-agua_potavel_saneamento.pdf. Acesso em: 4 dez. 2020.

CIDADES da Amazônia sofrem com falta de saneamento e água limpa. UOL, Manaus, 3 dez. 2017. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/seminariosfolha/2017/12/1939874-cidades-da-amazonia-sofrem-com-falta-de-saneamento-e-agua-limpa.shtml> Acesso em: 3 dez. 2020.

CONFALONIERI, Ulisses; HELLER, Léo; AZEVEDO, Sandra. Água e saúde: aspectos globais e nacionais. In.: BICUDO, Carlos Eduardo de Mattos; TUNDISI, José Galizia; SCHEUENSTUH, Marcos Cortesão Barnsley (org.). Águas do Brasil: análises estratégicas. São Paulo: Instituto de Botânica, 2010. p. 27-38.

FONSECA, Ozório. **Pensando a Amazônia**. Manaus: Valer, 2011.

FREITAS, Júlia de. Artigo analisa dificuldades de acesso à água potável e saneamento básico na Amazônia. **Instituto Mamirauá**, Tefé, 2019. Disponível em: <https://www.mamiraua.org.br/noticias/agua-potavel-saneamento-basico-amazonia-dificuldades>. Acesso em: 3 dez. 2020.

FUNASA - FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE. **Manual de controle da qualidade da água para técnicos que trabalham em ETAS**. Brasília: Funasa, 2014.

INSTITUTO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL MAMIRAUÁ. **Conteúdo especial Amazônia**. Tefé: Instituto Mamirauá, [2020a]. Disponível em: <https://www.mamiraua.org.br/pdf/b835ab4918934c68328ea188943e86b0.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2020.

INSTITUTO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL MAMIRAUÁb. **Sistemas de abastecimento de água**. Tefé: Instituto Mamirauá, [2020b]. Disponível em: <https://www.mamiraua.org.br/projeto-tecnologias-sociais-sistemas-de-abastecimento-de-agua>. Acesso em: 6 dez. 2020.

JACOBI, Pedro Roberto; EMPINOTTI, Vanessa Lucena; SCHMIDT, Luisa. Escassez hídrica e direitos humanos. **Revista Ambiente & Sociedade**, São Paulo, v. 19, n. 1, jan./mar. 2016. DOI: <https://doi.org/10.1590/1809-4422ASOCeditorialV1912016>

LIMA, Maria Isabel Leite Silva De; GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Direito humano à água e a perspectiva econômica para a sustentabilidade hídrica. **Revista do CNMP**, Brasília, DF, n. 7, p. 13-35, 2018. DOI: <https://doi.org/10.36662/revistadocnmp.i7.100>

LIRA, Talita de Melo; CHAVES, Maria do Perpétuo Socorro Rodrigues. Comunidades ribeirinhas na Amazônia: organização sociocultural e política. **Interações**, Campo Grande, v. 17, n. 1, p. 66-76, jan./mar. 2016. DOI: <https://doi.org/10.20435/1518-70122016107>

MAGALHÃES, Alex Fabiano Ribeiro de. Tecnologias para a potabilização das águas brancas e pretas da Amazônia: aplicação prática em benefício da população. **Inclusão Social**, Brasília, DF, v. 12, n. 1, p. 36-47, jul./dez. 2018. Disponível em: <https://revista.ibict.br/inclusao/article/view/4391>. Acesso em: 10 dez. 2020.

MATIAS, Átila. Região Norte. **Brasil Escola**, Goiânia, 2020. Disponível em: <https://brasilecola>.

uol.com.br/brasil/regiao-norte.htm. Acesso em: 29 nov. 2020.

MENDONÇA, José Eduardo. **Amazonas: tanta água, tão difícil de beber**. 2018. Disponível em: <https://www.cocacolabrazil.com.br>. Acesso em: 4 dez. 2020.

MONTEIRO, Rayner Augusto Libório dos Santos. **Representações sociais de ribeirinhos sobre o acesso aos serviços de saúde, comunidade rural de Vila Urucurituba, Autazes, Amazonas**. 2014. Dissertação [Mestrado em Saúde, Sociedade e Endemias na Amazônia] – Universidade Federal do Amazonas, Manaus, 2014. Disponível em: https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/handle/icict/23236/Dissertacao_ID_203.pdf?sequence=2&isAllowed=y. Acesso em: 3 dez. 2020.

MOTA, Roseane; PINHEIRO, Lúcio. Doenças de veiculação hídrica reduzem, mas continuam sendo um risco na cheia, diz FVS. Manaus: **Secretaria de Estado de Saúde do Amazonas**, jul. 2020. Disponível em: <http://www.hpsjoaolucio.am.gov.br/visualizar-noticia.php?id=3751>. Acesso em: 8 dez. 2020.

MOURA, Hélio Augusto de; MOREIRA, Morvan de Mello. A população da região norte: processos de ocupação e de urbanização recentes. **Parcerias Estratégicas**, Brasília, DF, n. 12, set. 2001. Trabalhos para discussão n. 112/2001. Disponível em: <https://periodicos.fundaj.gov.br/TPD/article/view/927>. Acesso em: nov. 2020.

OLIVEIRA, Thaíssa Jucá Jardim *et al.* Abastecimento de água e saneamento em populações ribeirinhas do Marajó: problemas e alternativas desenvolvidas pela comunidade Boa Esperança, Currealinho –PA. *In.*: SIMPÓSIO BRASILEIRO DE RECURSOS HÍDRICOS, 21., 2015, Brasília. **Anais [...]**. Brasília: ABRH Brasil, 2015. Disponível em: <https://institutopeabiru.files.wordpress.com/pdf>. Acesso em: 22 nov. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **O direito humano à água e saneamento**. Brasília, DF: ONU Brasil, 2010. Disponível em: https://www.un.org/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitation_media_brief_por.pdf. Acesso em: 8 dez. 2020.

PACHECO 2018 (FALTA REFERÊNCIA)

PENA, Rodolfo F. Alves. Estresse hídrico. **Mundo Educação**, Goiânia, [2020]. Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br/geografia/distribuicao-agua-no-brasil.htm>. Acesso em: 29 nov. 2020.

QUADROS, Jefferson Rodrigues de; COUTINHO, Helen Rita Menezes. Direito de águas na Amazônia e as futuras gerações. **Constituição, Economia e Desenvolvimento**, Curitiba, v. 6, n. 11, p. 362-390, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://br44.teste.website/~abdco790/index.php/revista/issue/view/12>. Acesso em: dez. 2020.

ROCHA, Gustavo. Introdução. **Revista do CNMP**, Brasília, DF, n. 7, p. 6-7, 2018. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/revista_final.pdf. Acesso em: maio 2017.

SAMPAIO, Ana Patrícia Lima. Abastecimento de água para comunidades amazônicas: estudo do caso vila do Lago do Limão, município de Iranduba, Estado Amazonas. **Marupiará**, Parintins, n. 1, 2015.

SETTI, Arnaldo Augusto; LIMA, Jorge Enoch Furquim Werneck; CHAVES, Adriana Goretti de Miranda; PEREIRA, Isabella de Castro. **Introdução ao gerenciamento de recursos hídricos**. 2.

ed. Brasília: Agência Nacional de Energia Elétrica, 2001.

SOUZA, José Camilo Ramos de. Rios amazônicos: problemas socioambientais na qualidade da água. *In.*: ENANPEGE, 13., 2019, São Paulo. **Anais [...]**. São Paulo: ANPEGE, 2019. Disponível em: <https://www.enanpege/pdf>. Acesso em: 29 nov. 2020.

SOUZA, Luciana Cordeiro de. Águas subterrâneas e a legislação brasileira. Curitiba: Juruá, 2009, p. 28.

VARGAS, Laura; MENDEZ, Gustavo; ALTAFIN, Irene. Como são fornecidos os serviços básicos de água e esgotamento sanitário na Amazônia rural? **Blog Ideação**, [s.l.], 5 jun. 2018. Disponível em: <https://blogs.iadb.org/brasil/pt-br/como-sao-fornecidos-os-servicos-basicos-de-agua-e-esgotamento-sanitario-na-amazonia-rural/>. Acesso em: 10 dez. 2020.

VIANA, Virgilio; SOLIDADE, Valcleia; IRNALDO, Felipe; ADEODATO, Sérgio; CABRAL, Magali. **Soluções para água potável em áreas remotas da Amazônia**. Manaus: Fundação Amazonas Sustentável, 2019.

Recebido em: 21/12/2021

Aceito em: 13/12/2022

SEGURANÇA PÚBLICA E VIOLÊNCIA FAMILIAR: ENSAIOS POLÍTICOS FRENTE A PANDEMIA DA COVID-19 NO RIO DE JANEIRO, SÃO PAULO, MINAS GERAIS E SEUS DESDOBRAMENTOS

PUBLIC SAFETY AND FAMILY VIOLENCE:
POLICIES IN FRONT OF THE COVID-19 PANDEMIC
IN RIO DE JANEIRO, SÃO PAULO, MINAS GERAIS
AND ITS DEVELOPMENTS

Eric Santos Andrade*

Benedicto de Vasconcellos Luna Gonçalves Patrão**

*Doutorando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Membro da Rede de Pesquisa Interinstitucional em Direito da Cidade da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (RPIDC/UERJ) e do Laboratório de Estudos de Direito Administrativo Comparado da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (LEDAC/UNIRIO).

Membro da Comissão de Direito Administrativo, Direito Constitucional e Direito da Família e Sucessões do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB).

Membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro (IDARJ).

Advogado.

E-mail: ericsantos13@gmail.com

**Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Adjunto do Departamento de Direito Privado da Universidade Federal Fluminense (UFF). Associado ao Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM e à International Society of Family Law - ISFL. Coordenador do Grupo de Pesquisa Prismas da Liberdade: o Direito sob a perspectiva do pensamento Liberal, vinculado às linhas de pesquisa Relações Familiares, Afetivas e Sucessões e Diálogos Interdisciplinares do Departamento de Direito Privado (SDV) da Universidade Federal Fluminense. E-mail: advogado@advocaciafamiliar.com.br

Como citar: ANDRADE, Eric Santos; PATRÃO, Benedicto de Vasconcellos Luna Gonçalves. Segurança pública e violência familiar: ensaios políticos frente a pandemia da COVID-19 no Rio de Janeiro, São Paulo, Minas Gerais e seus desdobramentos. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 18, n. 2, p. 205-226, ago. 2023. DOI 10.5433/24157-108104-1.2023v18n2p.205. ISSN: 1980-511X

Resumo: O presente artigo procura compreender os novos parâmetros políticos pós pandemia adotados em alguns Estado da federação que se destinam a concretizar o direito à segurança pública no seio das relações intrafamiliares. A importância desta análise cinge-se no acompanhamento das medidas alternativas adotadas frente ao crescente número de casos de violência física, emocional e psíquica dentro das residências brasileiras. Com o advento da pandemia e da implementação do isolamento social o número de crimes patrimoniais tem diminuído e em contrapartida os números de agressões dentro das famílias tem aumentado. Este cenário se reflete diretamente na necessidade de se adotar novas medidas alternativas capazes de concretizar o direito fundamental da segurança pública e suprimir as limitações impostas ao Estado, bem como ressignificar a ideia de coparticipação da sociedade na proteção pública. O artigo analisará as políticas de segurança pública de proteção às vítimas em isolamento social em três Estados da federação: Rio de Janeiro, São Paulo e Minas Gerais. A metodologia adotada é a análise de bibliografias, artigos e da produção legislativa.

Palavras-chaves: política de segurança pública; violência familiar; medidas alternativas; administração pública.

Abstract: This article seeks to understand the new post-pandemic political parameters in some States of Brazil that have been adopted to realize the right to public security within intrafamily relations. The importance of this analysis is limited to monitoring the alternative measures adopted in the face of the growing number of physical, emotional and psychological violence within Brazilian homes. With the advent of the pandemic and the implementation of social isolation, the number of patrimonial crimes has decreased and, on the other hand, the number of aggressions within families has increased. This scenario is necessarily reflected in the need to adopt new appropriate alternatives to materialize the fundamental right of public security and to remove as limitations imposed on the State, as well as resignifying the idea of society's co-participation in public protection. The article will analyze how public security policies to protect victims in social isolation in three states: Rio de Janeiro, São Paulo and Minas Gerais. The methodology adopted is an analysis of bibliographies, articles and legislative production.

Keywords: public security policy; family violence; alternative measures; public administration.

INTRODUÇÃO

O advento da pandemia do COVID-19 no final do ano de 2019 traz uma série de mudanças sacionormativas. Muitas delas são necessárias e imprescindíveis para a manutenção da ordem e da harmonia social, é o caso da segurança pública. Entende-se a segurança pública sob viés macro normativo, ou seja, será uma conjuntura de medidas empreendidas com um único objetivo: promoção da paz. Seus desdobramentos incluem a manutenção do organismo estatal (segurança do orgânico e do institucional do país) e também a proteção da integridade de cada cidadão.

A segurança pública deve ser sempre entendida sob o aspecto da ameaça sobre o pêndulo do equilíbrio da paz. No Brasil a segurança pública tem amparo constitucional no preâmbulo, no artigo 5º, no artigo 6º, e, principalmente, em seu art. 144 que estabelece ser ela uma ação estatal. Será vista como um dever em prol da proteção e conservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do seu patrimônio. Ao mesmo tempo, constitui um direito de cada indivíduo e desagua em um senso de responsabilidade indireta mútua entre todos.

Para os devidos fins deste trabalho conceituaremos segurança pública da seguinte forma: manutenção da ordem pública que, ao considerar a dinâmica social, corresponde a uma atividade de vigilância, repressão e preservação de condutas socialmente e patrimonialmente danosas, na medida em que se visa a manutenção do equilíbrio, ou restabelecimento, de uma convivência social pacífica e harmoniosa. O âmago desse conceito tem sua base na compreensão de que será apenas por meio do equilíbrio da paz que todo cidadão consegue gozar e desfrutar plenamente dos seus direitos fundamentais, sem qualquer preocupação de perturbações de outros, salvo nos limites de gozo e reivindicações de seus direitos legítimos.

Assim, a segurança pública é entendida como direito fundamental por ganhar espaço especial dentro do corpo constitucional. Não apenas isso, o destaque maior chama atenção para dois tipos de concepção que se pode dar à segurança pública em nosso entender. A primeira delas centra-se em uma ideia de combate estatal, na ação propriamente dita, na necessidade do combate corpo a corpo. A segunda, que será o objeto do nosso estudo, está na sua prestação por meio dos serviços públicos.

Contudo, porquê pensar na segurança pública essencialmente como política pública e qual a repercussão desta concepção sob o cenário pandêmico atual? Para isso, seguiremos a linha defendida por Maria Paula Dallari Bucci que investiga a importância dessa discussão ao afirmar que existe a necessidade no âmbito jurídico de compreender a natureza da política pública como uma suposta nova categoria jurídica à medida que constituem o principal caminho para a concretização dos direitos humanos.

1 POLÍTICA PÚBLICA COMO FONTE JURÍDICA

Sem dúvidas esse viés leva a questionar a efetividade da segurança pública dentro do nosso

sistema jurídico, abrindo espaço para um amplo debate que se segue desde os debates de Maria Paula Dallari, Fábio Konder Comparato e Eros Roberto Grau (FONTE, 2015, p. 52-53). O papel das políticas públicas tem seu destaque na medida em que se avança a injeção dos direitos sociais em nossas constitucionais, marcadas pela Constituição Mexicana de 1917 e a de Weimar de 1919. Constituindo um pilar essencial para a caracterização do referencial político e jurídico dos Estados Democráticos modernos.

A figura do Estado dirigente e intervencionista do século XX nasce quando o direito ganha o papel fulcral de concretização de direitos por meio das políticas públicas, deixando de ser um mero agente espectador para intervir tanto na economia quanto no âmbito social. Patrícia Helena Massa-Arzabe justifica que essencialmente o direito e a política sempre estiveram umbilicalmente conectados. Embora não se confundam a política pública representa a materialização desse direito em sociedade. Por isso, a decisão de política pública em certo grau possui um núcleo essencialmente jurídico, o que justificaria plausível a não possibilidade de uma deliberação inteiramente de uma pauta política sem qualquer responsabilização (BUCCI *et al.*, 2001, p. 19-21).

Cabe ao Estado a busca pelo direcionamento daqueles direitos fundamentais, garantindo, na medida certa e proporcional, a sua efetividade social indiscriminada. Maria Paulo Dallari Bucci elucida que segundo Eros Roberto Grau a expressão política pública designa toda as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do Poder Público na vida social. Se cuida de um conceito considerado abrangente que abraça também decisões judiciais, por não deixarem de constituir uma intervenção estatal na vida social (BUCCI, 2002, p. 15).

Chama atenção o fato de que se pode afirmar que o direito também é, ele próprio, uma política pública. Todavia, Felipe Fontes vai desconstruir esse pensamento ao dizer que é mais adequado afirmar que cabe ao direito estabelecer objetivos que serão legitimamente perseguidos pelas políticas públicas, do que ele ser propriamente uma política pública (FONTE, 2015, p. 81).

A segurança pública passa então a ser entendida melhor ao considerarmos que ela não estará restrita apenas aos direitos sociais (2º geração), embora seu desdobramento tenha ganhado forma pós segunda guerra mundial. Isso define a preocupação da política pública com a efetivação dos direitos de 1º geração, como exemplo: a segurança pública que visa a proteção da propriedade e das liberdades individuais (FONTE, 2015, p. 86). Tal acepção abre um leque de caminhos acerca da efetividade dos direitos fundamentais sob o aspecto de decisões políticas, o que a dota necessariamente do caráter jurídico.

A política pública não se trata de intervenção do Estado para concretizar direitos constitucionais prestacionais, mas sobre a realidade social que é dotada de múltiplas razões. Contudo, a segurança pública trabalhada sob este aspecto traz ao debate dois fatores imprescindíveis: 1) sendo ela uma condição necessária para que o homem possa fazer valer minimamente todos os seus demais direitos socioeconômicos; e 2) sendo considerada a condição indispensável que possibilita a convivência social.

A incolumidade dos cidadãos, a manutenção de uma ordem pública e a proteção do patrimônio econômico e social constituem valores complexos que denotam uma ação positiva pelo

Poder Público, e até então esse é o entendimento prevalecido. Com novas mudanças no cenário mundial, como vem acontecendo pela pandemia do COVID-19, essa sensação de insegurança social e econômica tem sofrido alterações substanciais, ao ponto de vir a ser aqui preciso ressignificar a ideia de segurança pública.

Atualmente, falar em vivência em sociedade faz com que ultrapassemos a discussão dos pontos positivos e passemos a falar da ordenação do espaço público e privado para fins de mantimento de um equilíbrio de paz importante. Essa lógica da efetividade da segurança pública enquanto um direito é imutável, devendo apenas seus paradigmas adotados por intermédio das políticas públicas se adaptarem às realidades sociais.

A pandemia constitui um verdadeiro divisor de águas no que tange à efetividade da segurança pública enquanto política. Há um impacto direto no *modus operandi* das políticas segurança pública no mundo. A redução sem precedentes da circulação de pessoas nas ruas, decorrente das medidas de isolamento social, levantou dúvidas sobre como serão manejados os índices de criminalidade contra o patrimônio, como roubos, furtos, assaltos, isto é, aqueles essencialmente patrimoniais. Por outro lado, tem-se levantado estatísticas do aumento da insegurança em outros ambientes que estão vindo a ganhar forças, como a violência doméstica, intrafamiliar e em ambientes virtuais (RIBEIRO, 2020).

Antes da COVID-19 os crimes poderiam ser divididos entre crimes contra o patrimônio e crimes contra o indivíduo. Pós COVID-19 constatou-se uma redução considerável dos crimes patrimoniais. Todavia, por ser tratar de uma correspondência social, quando um crime diminui em um lado o outro tende a aumentar, e é justamente o que vem acontecendo. Com a redução dos crimes patrimoniais há de considerar a reclamação de novos parâmetros que deverão reorientar a avaliação das políticas públicas de segurança no mundo voltado mais a ações inteligentes.

O isolamento social aumentou a frequência da convivência das pessoas em ambientes domésticos. Essa intensificação tem elevado o contato principalmente de pessoas vulneráveis com a pessoa do agressor, geralmente representados por idosos, crianças/adolescentes e mulheres. A restrição de não poder sair de casa dificulta também que o abuso seja identificado por parte do Estado, além de dificultar também a própria denúncia, falando no seu sentido popular, visto que a vítima sofre retaliação dentro do mesmo ambiente.

Percebe-se que essa nova realidade acabou criando um verdadeiro mártir para um grupo social em especial, não aqui considerado um grupo minoritário ou vulneravelmente econômico. Esse grupo de indivíduos, conforme estatísticas sociais, representam indivíduos que mais são subjugados e controlados dentro do seio familiar, seja por sua condição sexual, seja por sua condição de dependência em múltiplos sentidos, seja até mesmo por incapacidade de autodefesa.

Dados do DISQUE 180, um canal do governo federal, mostrou um aumento de 40% nas denúncias de violência doméstica no mês de abril de 2020 comparado com o mesmo mês de 2019 que é anterior à pandemia. Segundo o Instituto Sou da Paz o mês de abril de 2020 foi considerado o segundo maior em números de ocorrência de feminicídios nos últimos 16 meses no Estado de São Paulo. Em contrapartida, crimes patrimoniais como roubos de veículos caíram exponencialmente

(RIBEIRO, 2020).

Os governos locais, da mesma forma que fizeram com as medidas sanitárias, vem agindo antecipadamente ao governo federal e iniciaram ações para prevenir e mitigar o aumento da violência intrafamiliar. Essas ações, no entanto, reiteram o que vem acontecendo com enormes disparidades entres as medidas que estão sendo adotadas pelos entes federados. Por isso, será objetivo do presente estudo fazer uma análise dessas novas políticas públicas de segurança pós COVID-19, vez que nos interessa compreender a forma como os entes federados do Brasil estão entendendo como instrumentos eficazes para assegurar a manutenção da paz e o reequilíbrio da harmonia social.

Existem algumas limitações a serem consideradas, tal como a restrição da fiscalização estatal no seio familiar de cada residência do país. Sendo assim, uma vez que o agente policial não contará com uma deflagração delituosa nas vias públicas, ganha relevância a segunda parte do art. 144 da Constituição Federal que reclamou como parte da delimitação da efetivação da segurança pública o senso da *responsabilização mútua* (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Percebe-se uma alteração significativa em toda a ideia de segurança pública, o que indistintamente repercute na esfera da efetividade da política pública e seus contornos. O Governo Federal tem investido no lançamento de novos canais de atendimento, nos quais as denúncias de violência doméstica, e também de outras violações de direitos humanos, podem ser realizadas. Como exemplo, criou-se um novo aplicativo intitulado Direitos Humanos BR.

A partir de abril de 2020 o Poder Público deu início a campanhas oficiais de conscientização através de parceria entre o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos e o Ministério da Cidadania, com o objetivo de incentivar as denúncias de violência contra mulheres, idosos, pessoas com deficiência, crianças e adolescentes. Além disso, o Governo Federal tem firmado parcerias junto a mais de 13 instituições de iniciativa privada, da sociedade civil e do setor público.

Em comissão especial no dia 12 de maio de 2020 foi apresentada uma série de ações que estavam sendo planejadas pela Secretaria Nacional de Políticas para Mulheres (SNPM). Os eixos nos quais as ações foram distribuídas são as seguintes: i) reformulação tecnológica e/ou destinação de recursos financeiros para serviços novos e já existentes; ii) articulações ou coordenação de ações com outras instituições e poderes; iii) ações de comunicação e cursos; e iv) estudos e pesquisas (BRASIL, 2020).

Nessa esteira, em um plano abrangente tem entendido o Governo Federal pela implementação de parcerias e o manejo de serviços gratuitos pela internet e pelo smartphone como meios de proporcionar a conscientização e canais de denúncia à esses indivíduos vulneráveis no seio intrafamiliar, já que o próprio Estado agora esbarra em um limite de plano geográfico. A solução se mostrou a investimento em tecnologia e meios alternativos para alcançar essas pessoas de uma forma eficaz.

Frente a essas considerações iniciais vemos o que Felipe Pontes já chamava atenção à política pública como um conceito complexo e dinâmico, no qual sempre transcenderá instrumentos normativos, seja do plano ou do programa elaborado. Importa em uma ressignificação constante

vez que a sociedade muda e, conseqüentemente, se altera os pressupostos para que uma política de segurança pública venha a ser eficaz na sociedade e mantenha a paz.

E mais que isso, vem se construindo um senso comum da importância da participação de toda a sociedade frente a efetivação da segurança pública intrafamiliar, o que até então não tinha um destaque tão evidente. Na medida em que as novas circunstâncias têm limitado a fiscalização estatal, vez que a frequência da circulação das pessoas nas vias e nos lugares públicos diminuiu, transversalmente os vizinhos, síndicos, agentes prestadores de serviços essenciais (como médicos, farmacêuticos e etc.) e até mesmo aqueles não essenciais (como barbeiros, manicures, serviços de entrega de comida e etc.) se tornaram verdadeiros agentes fiscais, embora não de forma declarada.

Neste plano, trabalha-se a lógica da segurança pública enquanto política eficiente na perspectiva da *prevenção*. Em outras palavras, o presente trabalho se limitará a análise das políticas de segurança pública que fazem frente à prevenção da violência intrafamiliar, e não a repressão do agente e as sanções a ele aplicadas de forma prioritária. A vez está no trabalho de identificar esses novos parâmetros para impedir que mulheres, crianças e idosos tenham a sua integridade física, emocional e psíquica incólume e, estando sob perigo eminente, tenham meios hábeis para que o Estado possa prestar o devido socorro a tempo. Aqui, o viés da comunicação ganha relevância e passa a reclamar a participação social de forma mais destacada.

Sob essa perspectiva que se seguirá com a análise das políticas públicas de segurança que estão sendo tomadas pelos Estados para, após, delimitar melhor os parâmetros normativos que estão sendo considerados para fins de contenção das violências intrafamiliar como resposta à manutenção da harmonia e da paz social. A importância desta análise crítica também decorre da definição das prioridades como um processo político dos chefes do executivo e do legislativo a ser minuciosamente estudado, visto que devem não apenas considerar as disposições das leis e da Constituição, mas principalmente a sua efetividade, sob pena de legitimar a incursão de uma análise também do Poder Judiciário.

2 NOVOS PARÂMETROS DA POLÍTICA PÚBLICA DE SEGURANÇA NOS ESTADOS DO RIO DE JANEIRO, SÃO PAULO E MINAS GERAIS

A partir deste momento o artigo desenvolverá alguns parâmetros legais que passaram a nortear a política pública de segurança em alguma Estado do Brasil.

2.1 POLÍTICA PÚBLICA DE SEGURANÇA NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Em dados divulgados pelo Plantão Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro ficou demonstrado que houve um aumento de cerca de 50% de ocorrências registradas de violência doméstica e familiar contra mulheres, crianças/adolescentes, pessoas com deficiência física e idosos (AMAERJ, 2020) As informações foram colhidas durante o período de isolamento

social em 2020 como forma de se investigar possíveis razões que estão levando ao incremento de uma desproporcional calamidade pública no que diz respeito à violência praticada dentro das famílias.

Assim, com o fito de combater esse avanço desproporcional, considerando a peculiaridade da pandemia e os novos obstáculos opostos à efetivação de uma proteção mais presencial do Estado, foi sancionada e promulgada em setembro de 2020 a Lei nº 9.015 (RIO DE JANEIRO, 2020c). Se cuida de legislação autorizativa que permite ao Poder Público criar uma comissão interdisciplinar com o objetivo de analisar os dados sobre o impacto da pandemia da COVID-19 nas mulheres fluminenses.

O âmago da legislação está na consideração de que dentre os principais vulneráveis dentro do seio familiar os dados mostraram que as mulheres tem sido o maior grupo que sofre atentados dentro das residências. Os atos danos vão desde a prática da violência emocional até o feminicídio. Em atenção especial as crescentes reclamações, que estão sendo perceptíveis pelas varas de violência doméstica ao longo do período de isolamento social, o Poder Legislativo em conjunto com o Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro decidiram criar uma comissão especial formada por mulheres para a elaboração de políticas públicas que pudessem protegê-las contra os agressores.

A comissão especial contará com as maiores autoridades políticas, tendo representações desde os Conselhos Estaduais até representantes da sociedade civil organizada. A comissão terá dois objetivos primordiais. O primeiro é o apontamento de medidas imediatas a serem tomadas frente ao flagrante aumento da violência praticada contra as mulheres isoladas em suas residências. O segundo é a elaboração de políticas públicas estruturantes que socorram estas mulheres vulneráveis. O primeiro objetivo é de curto prazo enquanto que o segundo já é visto como uma elaboração a médio/longo prazo sendo que a lei, respectivamente, estabelece como prazo máximo 15 e 45 dias (RIO DE JANEIRO, 2020c).

De fato, a Lei nº 9.015/20 é interessante do ponto de vista preventivo, no que tange a importância que os Poderes Públicos deram ao combate à violência doméstica. Dados informados pelo Instituto de Segurança Pública do Rio de Janeiro comprovaram que entre 13 de março a 31 de dezembro de 2021 setenta e cinco mulheres foram vítimas de feminicídio devido ao isolamento social, sendo estes números apenas aquelas confirmadas podendo a contagem estar bem mais acima (RIO DE JANEIRO, [2021]).

Todavia, critica-se dois pontos principais. O primeiro pela demora do sancionamento e promulgação da lei autorizativa. O segundo pelo não retorno esperado. Até o presente momento não se tem conhecimento sobre o funcionamento da comissão especial, tampouco há dados acerca da propositura de políticas públicas no combate à violência doméstica pós pandemia. São informações que colocam em xeque a proteção e o empenho junto ao combate a esses fatos que violam o direito à segurança dentro do seio intrafamiliar.

Com a falta de uma transparência administrativa, principalmente pelo Poder Executivo, não há dados concretos de uma contribuição por parte de uma comissão especial preocupada com a

segurança da mulher no Rio de Janeiro. Em contrapartida, o ISP/RJ divulgou no início de 2021 que a taxa da violência doméstica no ano de 2020 aumentou em cerca de 66,7% quando comparado com 2019 (RIO DE JANEIRO, 2020c). A demora na tramitação legislativa de políticas públicas de segurança também contribui de forma direta na violação do direito individual à segurança. Na medida em que já vinham sendo feitos estudos desde o início da pandemia o sancionamento e a aprovação da lei somente no final de setembro é em certa medida tardia frente à urgência das mulheres em receber a devida assistência protetiva preventiva necessária.

A Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro sancionou e aprovou a Lei nº 8.856 em 2020. Tratou-se de legislação que determina que órgãos de segurança pública deverão disponibilizar mensagens no celular sobre medidas de proteção às mulheres em situação de risco de violência doméstica. Essencialmente se cuida de uma política pública padrão no qual os Estados pensam em medidas de prevenção pela disseminação de propaganda e publicidade, como tem sido adotado pelo Governo Federal. A norma é autorizativa, o que demanda que o Poder Executivo regulamentará como e quando ela será adotada (RIO DE JANEIRO, 2020a).

A excelência da lei está na disposição de que as mensagens serão enviadas às mulheres contendo números de emergência para atendimento nos casos de violência doméstica. No mesmo corpo da mensagem deverá conter endereços de locais especializados que atendam as vítimas. A medida vale enquanto perdurar a calamidade pública decorrente do coronavírus (RIO DE JANEIRO, 2020a).

Como mencionado, a trata-se de legislação que não necessariamente inova no quesito meios alternativos eficazes contra a violência intrafamiliar. Prova disso são os próprios dados publicados no ISP em razão do incremento contínuo da violência doméstica no Estado do Rio de Janeiro. Isso leva a questionar em que medida a preocupação centrada na mera conscientização por meio de publicidade e propaganda conseguem ser efetivas nesse embate durante a pandemia.

Na atual conjuntura, conclui-se que a mera divulgação e envio de mensagens pode contribuir para uma maior disseminação de informação, mas não retarda ou previne a violência intrafamiliar. Ainda, deve ser considerada algumas limitações das vítimas de não ter acesso a nenhum meio de comunicação, tampouco de sair da residência por ser controlada pelos agressores.

A lei em comento é vista principalmente como uma política pública de segurança acessória, pois que no seu próprio artigo 1º é dito que dentre as outras medidas que estão sendo adotadas pelos órgãos de segurança pública a adoção do envio de mensagens será um mero reforço da proteção para mulheres em situação de risco de violência doméstica (RIO DE JANEIRO, 2020a).

Foi promulgada e sancionada a Lei nº 8.927/2020 no qual o Governo do Estado fica autorizado a requisitar administrativamente hotéis, motéis, pousadas e outros estabelecimentos de hospedagem para acolher mulheres vítimas de violência doméstica e seus dependentes, durante a pandemia do coronavírus (RIO DE JANEIRO, 2020b).

A medida estabelece que o acolhimento será concedido por juiz a requerimento do Ministério Público ou a pedido da mulher, garantido sempre o sigilo. A lei ainda assegura que seja garantida à vítima proteção policial, quando necessário; transporte para o local de acolhimento, quando houver

risco de vida; manutenção do vínculo trabalhista, quando for necessário o afastamento por até seis meses; bolsa auxílio no valor de pelo menos uma cesta básica e acompanhamento psicológico. Serão disponibilizados pelos estabelecimentos de hospedagem os serviços de lavanderia, serviço de alimentação, telefonia e internet (RIO DE JANEIRO, 2020b).

Prestigia-se a inovação no que tange a expansão da ideia da requisição administrativa de estabelecimentos para uma compreensão sustentável do apoio às vítimas de violência doméstica, para além do mero acolhimento. A oferta em conjunto de todo um aparato assistencial, como meios de transporte, proteção policial, acompanhamento psicológico e bolsa auxílio dão mais que o suporte básico à vítima, traz também a ressignificação até do direito à segurança.

Depreende-se um afastamento da compreensão da segurança apenas sob o aspecto negativo, ou seja, o que Felipe Pontes assevera como sendo o conceito mais procurado por ser menos custoso para o Poder Público (FONTE, 2015, p. 91). Porém, as peculiaridades da pandemia mostram que no que tange à efetivação da segurança pública, agora analisada sob um prisma mais danoso à integridade física e psíquica das pessoas, demanda um conceito mais atuando sobre o olhar positivo, isto é, o da promoção de segurança pela acessoriedade de outros meios que completam a oferta da proteção. E justamente essa acessoriedade é que deve contemplar as peculiaridades de cada situação para fazer valer o direito à segurança pública, enquanto direito fundamental.

Há ainda que se falar na particularidade do projeto de lei nº 2.709 de 2020 aprovada em agosto que tornou como obrigação a comunicação de síndicos ou outros administradores quando houver ocorrências ou indícios de ocorrência de casos de violência doméstica e familiar contra mulheres, crianças, adolescentes, pessoas com deficiência ou pessoas idosas, constatados em unidades residenciais, durante períodos de quarentena ou isolamento social (RIO DE JANEIRO, 2020d).

A lei, neste caso particular, chama atenção pela peculiaridade de reclamar a corresponsabilização da comunidade frente a garantia da proteção de mulheres, crianças, adolescentes, pessoas com deficiência e idosos em condomínios. De certa forma, a lei é limitativa, pois não consegue contemplar a todos os indivíduos nas suas diversas classes sociais, sendo que nem todos residem em condomínios ou estão vivendo em apartamentos. Porém, a legislação considera a particularidade de que por conta da pandemia os síndicos ou administradores tem sido muito mais presentes em situações de conflitos familiares. O fato decorre da participação de vizinhos que fazem denúncias para o administrador.

Nesse sentido, a lei tornou obrigatório a esses agentes civis a comunicação imediata à autoridade policial ou órgão de segurança especializado. O agente civil deverá realizar a comunicação por telefone ou pessoalmente no prazo de 24 horas após o ocorrido. Já nos demais casos, a ocorrência tem que ser por escrito, em até 48 horas após à ciência do fato. O descumprimento da norma sujeitará ao infrator advertência e multas que variam de mil a dez mil UFIR-RJ, aproximadamente R\$ 3.555,00 e R\$ 35.550,00 (RIO DE JANEIRO, 2020d). A imposição de multa pelo descumprimento reforça a ideia de ressignificação da efetividade do direito à segurança pública pelo alcance agora da participação populacional, vez que ao considerar

o isolamento social a efetividade deste direito fundamental depende da compreensão do papel colaborativa de cada cidadão.

Para possibilitar uma comunicação mais acessível a estes agentes civis a lei autorizou a criação de meios de comunicação interna pelos condomínios, com vistas ao recebimento de denúncias sobre violência doméstica ocorrida nas dependências de suas unidades ou de suas áreas coletivas, garantido, quando necessário ou solicitado, o anonimato do condômino que fizer a notificação do fato à autoridade condominial (RIO DE JANEIRO, 2020d).

Dentre essas principais políticas públicas de segurança adotadas pelo Poder Legislativo e Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro fica evidente uma preocupação em delimitar novos parâmetros que possibilitem a proteção intrafamiliar de grupos considerados vulneráveis. Há uma investida maior na proteção da mulher em detrimento das crianças, idosos ou deficientes físicos, o que também preocupa visto serem sujeitos também postos sob os mesmos riscos que as mulheres.

O reclamo pela corresponsabilização da sociedade frente ao artigo 144 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) se tornou um viés de destaque e que vem sendo trabalhado nas políticas de segurança pública fluminenses a partir da pandemia. Não apenas isso, elabora-se uma compreensão do desenvolvimento dos meios de comunicação entre a sociedade civil e os órgãos de segurança pública, mostrando-se muito mais como mecanismos facilitadores do que a mera propagando e divulgação de conscientização e informações sobre a violência intrafamiliar.

2.2 POLÍTICA PÚBLICA DE SEGURANÇA NO ESTADO DE SÃO PAULO

Chama atenção que dentro de uma das maiores cidades metropolitanas do Brasil a constatação da violência doméstica contra a mulher teve um aumento de 44,9% no mês de abril de 2020, segundo dados obtidos junto ao FBSP (Fórum Brasileiro de Segurança Pública) (BOND, 2020). O Estado de São Paulo é sem dúvidas um verdadeiro paradigma para fins de análise dos novos paradigmas juspolíticos que vem sendo adotados na ação de manter o equilíbrio da segurança pública aos paulistas.

Ao todo as políticas de segurança pública no que diz respeito a elaboração de medidas alternativas para manutenção da paz intrafamiliar se resumem a três. Em especial, todas envolvem a participação tanto do Poder legislativo quanto da propositura do Poder Executivo.

A primeira é a Lei nº 17.268, de 13 de julho de 2020, que dispõe sobre medidas emergenciais de combate à pandemia do coronavírus. Na referida lei há um capítulo exclusivamente dedicado à regulamentação de medidas amplas e abstratas para o combate e apoio às vítimas de violência doméstica (SÃO PAULO, 2020c).

O Estado passa a ter a obrigação de adotar um conjunto articulado de ações, atuando em colaboração com os municípios e com iniciativas não-governamentais, conforme está disposto no art. 22 da lei acima. Em contraposição com as medidas adotadas pelo Estado do Rio de Janeiro, em São Paulo há uma evidente busca por uma cooperação entre a iniciativa privada, empresas e fundações privadas com o Poder Público para se estender ao máximo a possibilidade das vítimas

de violência pedirem socorro. Denota um caráter preventivo da segurança pública.

Não diferente das demais políticas de segurança pública em geral pós pandemia a lei traz como medida acessória a necessidade e investir-se na promoção de propagando e publicidade dos meios de denúncia da prática da violência doméstica. Lista quais são os meios considerados oficiais bem como fortalece que juntamente com a divulgação o Poder Executivo cuidará do envio de mensagens eletrônicas às mulheres cadastradas nos bancos de dados das secretarias estaduais (SÃO PAULO, 2020c).

No que tange à medida acima já foi esclarecido que a divulgação e propagando é considerado mais como um meio acessório de medida alternativa de combate à violência, pois isolada ela não é suficiente para proporcionar uma redução colaborativa dos índices analisados, salvo quando fortemente aliada de medidas mais preventivas e aliadas à cooperação social. Também, haverá limitações quanto ao grupo de mulheres cadastradas nos bancos de dados das secretarias estaduais, visto que a vulnerabilidade de que se trata não é apenas econômica, mas de fato uma vulnerabilidade ampla, principalmente sob o aspecto da dominação e da submissão. Dessa forma, não estamos falando de mulheres economicamente vulneráveis, atingindo todas as classes sociais, o que pode tornar incompleto a lista das mulheres cadastradas nas secretarias, o que depende de uma melhor análise para uma conclusão mais concreta.

O segundo se trata de Decreto nº 65.127, de 12 de agosto de 2020, que estabelece atribuições e competências das Delegacias de Polícia de Defesa da Mulher (SÃO PAULO, 2020a). A sua particularidade cinge-se na determinação de criação e ampliação do atendimento multidisciplinar disponibilizado à pessoa com identidade de gênero feminino em situação de violência doméstica e familiar, por meio de integração e parcerias a serem formalizadas com outros órgãos atuantes no enfrentamento à violência contra a mulher.

Em especial o decreto cuidou de regulamentar o procedimento de abordagem das vítimas bem como instruir um atendimento competente capaz de assegurar um acolhimento indispensável.

Logo a seguir o decreto inova determinando que salvo ato devidamente justificado pelo Diretor do Departamento da polícia, não pode ser designado para cuidar dos casos de violência doméstica Delegado de Polícia do gênero masculino (SÃO PAULO, 2020a). Essa determinação considera uma abordagem de mulheres que já passaram ou estão passando por uma situação de violência, sendo verificado que nesses casos há uma insegurança da parte da vítima em relação ao gênero masculino, por ser geralmente o agressor.

De todo modo, há uma remodelagem frente a particularidade da efetivação da segurança pública sobre casos de violência doméstica até então não tão evidente antes da pandemia. Há uma preocupação com atendimentos especializados e abordagens que levem em consideração a situação psíquica, física e emocional das vítimas, visando ao máximo não contribuir com os danos já desferidos. Em contrapartida, no que diz respeito à determinação da designação de Delegadas de polícia do gênero feminino, também não se há que falar em suposta violação da isonomia e da igualdade entre os gêneros, pois que a determinação além de não ser absoluta também considera o fim que se busca pela segurança assegurada pelo Poder Estatal, que é a proteção de mulheres em

situação de vulnerabilidade socioeconômico em seus lares.

Por último, o Poder Executivo criou o programa “Patrulha Maria da Penha”, que visa ao monitoramento da segurança das mulheres vítimas de violência doméstica no Estado de São Paulo. A Lei n. 17.260, de 30 de março de 2020 (SÃO PAULO, 2020b), cuidou de criar um programa específico para representar um conjunto de ações integradas para ajudar no acompanhamento da execução de medidas protetivas para mulheres vítimas de violência doméstica. Aqui as mulheres já foram vítimas e a política de segurança visa justamente ofertar um acompanhamento periódico, e também das medidas protetivas, por policiais militares, policiais civis, assistentes sociais e psicólogas.

O programa em si representa um aliado aos demais órgãos de segurança do Estado e constitui a linha policial de frente no combate e prevenção de atos de violência doméstica. Dessa maneira, tem-se que todos os meios de comunicação de denúncias estão interconectados com os agentes do programa (SÃO PAULO, 2020b).

São três políticas de segurança pública gerais que tem certo alcance ao combate à violência intrafamiliar, chamando mais atenção à violência doméstica contra mulheres. Será a partir deste momento analisado alguns projetos de leis em tramite na Casa Legislativa do Estado e que também não deixam de contribuir para a análise de medidas alternativas à situação pandêmica.

Há projeto de lei nº 269/2020 que dispõe sobre a criação de uma linha especial denominada de LAVIDA (Linha de Apoio às Vítimas de Violência Doméstica) em todo o Estado. A particularidade que inova o sistema está em dois quesitos. O primeiro é da oferta não apenas de serviços especializados como profissionais em saúde mental, assistência social, segurança pública, mas principalmente por contar também com um corpo jurídico de assessoramento (SÃO PAULO, 2020d).

Além da LAVIDA assegurar o sigilo das comunicações, ela trabalha especialmente com a consideração da violência doméstica como um problema estrutural na sociedade brasileira, o que remaneja recursos para além de medidas de divulgação e conscientização.

Há que se considerar também o PL diz que são considerados os meios de acesso o número de telefone, Whatsapp, e-mail e canal de chat que ficará disponível em aplicativos para os sistemas Android e IOS (SÃO PAULO, 2020d). Não se trata se propositura que visa a divulgação de canais de informações oficiais, mas por meio de um sistema de comunicação que além de se apresentar de forma mais acessível e diversificado também conta com assessoramento multidisciplinar.

Considera-se situações no qual a vítima durante a pandemia não possui condições de deixar a sua residência, por conta do isolamento social. Outras têm justo receio de procurarem atendimento médico e acabarem se infectando. Assim, a propositura acima abraça essas mulheres que encontram no meio tecnológico o único canal de comunicação de denúncia, porém não se limita a mero canal oficial de denúncia, pois conta com toda uma infraestrutura e assessoramento especializado.

Há outro projeto de lei nº 140/2021 que chama atenção por apresentar uma inovação de caráter repressivo e ao mesmo tempo preventivo (SÃO PAULO, 2021). Se institui a Política

Pública para prevenção de reincidência nos casos de violência doméstica contra a mulher com a criação de cadastro para utilização de equipamento de monitoração eletrônica pelo agressor nas garantias de efetividade das medidas protetivas de urgência.

Há diversos casos nos quais o agressor tem em seu desfavor medidas protetivas. Contudo, por conta da pandemia, muitas das vítimas acabam não tendo escolhas senão conviver com os agressores. Nessa situação, o projeto de lei implementou uma nova ressignificação da utilização das chamadas “tornozeleiras eletrônica”. O agressor terá em seu tornozelo acoplado uma dessas tornozeleiras eletrônicas, somente após a vítima ter denunciado a agressão na Delegacia da Mulher e requerer a medida pela Justiça.

Depreende-se que pela propositura a utilização de tornozeleira depende de determinação judicial, o que deverá ser analisado conforme cada caso em particular sobre a sua necessidade ou não. Com o contexto pandêmico, a instrumentalização da tornozeleira como medida alternativa assegura a segurança da vítima que não vê outra opção que não seja a continuação da coabitação com o agressor na mesma residência. Ao todo, consegue ser assegurado à vítima a proteção disposta na Constituição Federal e a disciplina do agressor.

A vítima recebe um aparelho portátil que está diretamente conectado com os canais de comunicação e alerta dos agentes penitenciários plantonistas e também com os agentes policiais da Patrulha Maria da Penha. Assim, na hipótese da vítima se sentir novamente ameaçada ou esteja sob risco iminente de agressão poderá contar com a sinalização direta que fará com que o Estado prontamente compareça ao local para prestar o devido socorro, se necessário.

É pertinente ainda mencionar que esta medida foi inaugurada pelo Estado do Ceará no qual dados disponibilizados pelo Poder Executivo mostram que a medida alternativa se mostra extremamente eficaz nos casos em que a vítima ainda convive com o agressor (CEARÁ, 2020). A taxa de sucesso do monitoramento no ano de 2020 chega a 83%, sendo que a imputação do uso da tornozeleira impede em sua grande maioria nova retaliação por parte do agressor, sendo que se constatou apenas 17% que ainda descumpriram a decisão.

O projeto de lei nº 730, muito embora tenha sido proposto no ano de 2019, carrega consigo a implementação de medida política bastante pertinente no atual contexto pandêmico. A propositura pretende instituir uma gratuidade temporária no sistema de transporte público coletivo do Estado de São Paulo para mulheres vítimas de violência doméstica (SÃO PAULO, 2019).

Sua justificativa é de que as vítimas na sua maioria não possuem recursos financeiros ou patrimoniais. Portanto, quando detivessem uma medida protetiva caberia ao Estado promover um cadastramento para que a vítima tivesse acesso gratuito ao transporte pelo prazo de 90 dias, podendo ser prorrogado.

Como dito, embora de 2019, a propositura de garantir transporte gratuito às vítimas de violência intrafamiliar se mostra perspicaz, vez que não se trata unicamente de vulnerabilidade econômica, mas muitas necessitam socorrer-se de imediato, ao ponto de não conseguir contar com nenhum recurso próprio para buscar ajuda. Nesse viés, pensar em uma política pública de segurança que assegure o transporte gratuito durante a pandemia a pessoas que pertencem ao grupo

de vulneráveis consegue concretizar também o direito à segurança pública desses indivíduos.

Na mesma linha, há outro projeto de lei nº 622, também de 2019, que institui o Programa “BELAS emPENHAdas” contra a Violência Doméstica e Familiar. Trata-se de programa cuidadosamente pensado para o público feminino e que envolve necessariamente a sociedade civil na cooperação com o equilíbrio da segurança pública (SÃO PAULO, 2019).

Em especial o programa pretende a capacitação de profissionais da área de beleza e estética, para que se qualifiquem como agentes multiplicadores de informação contra a violência doméstica e familiar contra mulheres, crianças e idosos. Tem justificativa de que a mulher, em especial, aquelas que sofrem abusos tem sua autoestima bastante afetada e sentindo a necessidade de recuperá-la procura cuidar da sua aparência estética, daí entra o papel importante desses agentes de embelezamento.

O programa visualiza esses profissionais como verdadeiro aliados no combate à violência intrafamiliar. Por atuarem intimamente com mulheres, com a capacitação adequada serão capazes de identificar aquelas que são vítimas de abusos, orientando-as na forma de como atuar, denunciar e combater todas as formas de violência, qualificando-se como verdadeiros agentes multiplicadores de informação contra a violência doméstica e familiar.

O prestígio a cooperação social e a assunção de um novo dever junto à efetivação da segurança pública em diversos setores da sociedade pelos próprios cidadãos corresponde aos novos parâmetros necessários frente as peculiaridades da pandemia. Embora a prestação de serviços de embelezamento não sejam serviços essenciais, são atividades que nunca deixaram de existir e, de forma indistinta, está muito ligada ao público feminino. Considerado a limitação geográfica sob a qual o Estado está sujeito, é acertada a reclamação mais que nunca da colaboração social.

Se infere que dos projetos de leis analisados há uma gama de medidas alternativas que demandam agilização por parte do Poder Legislativo, que também tem participação no dever de legislar em razão da efetividade da segurança pública nos Estados. Em todo caso, o Estado de São Paulo apresenta particularidade quanto à participação social e outras medidas mais invasivas, justificadas na necessidade de assegurar a harmonia da paz nas residências, sempre alinhadas com medidas acessórias de conscientização e divulgação de meios oficiais de denúncia.

A crítica maior se infere da não observação de política pública de segurança destinada as demais pessoas consideradas dentro do grupo de vulneráveis para os fins deste trabalho (crianças, adolescentes, pessoas com deficiência física e idosos), senão diretrizes gerais.

2.3 POLÍTICA PÚBLICA DE SEGURANÇA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nossa última análise será das políticas públicas de segurança intrafamiliar que estão e voga ou em discussão legislativa no Estado de Minas Gerais.

O Decreto nº 47.988/2020 trata de regulamentar a lei nº 23.644 de 2020, que dispõe sobre o registro de ocorrência e o pedido de medida protetiva de urgência relativos a ato de violência doméstica e familiar contra a mulher durante o estado de calamidade pública em decorrência da

pandemia do COVID-19 (MINAS GERAIS, 2020b).

A lei prevê que a partir da sua promulgação os boletins de ocorrência com pedidos de medidas protetivas urgentes poderão ser feitos por meio *online*, no site da Delegacia Virtual do Estado enquanto perdurar a pandemia. Cuidou-se da regulamentação da própria abordagem policial quando ao contato, podendo ser este por meio eletrônico ou telefônico (MINAS GERAIS, 2020b).

A novidade maior vem da preocupação com a ampliação até mesmo de pedidos de medida protetiva para crianças e adolescentes, idosos e pessoas com deficiência física (MINAS GERAIS, 2020b). Dessa forma, muito embora a ementa da legislação assevere que se cuida de medidas concernentes a atos de violência doméstica e familiar contra a mulher tem-se uma política pública ampla que abraça também todos os demais indivíduos do grupo de vulneráveis dentro o do seio intrafamiliar. Isso também porquê dentre as justificativas apresentadas no Estado de Minas Gerais ao longo da pandemia cresceu o número de atos de violência contra crianças, idosos e pessoas com deficiência (NÚMEROS..., 2020).

De antemão, há uma diferença perceptível no trato desses demais indivíduos no que tange à política pública de segurança intrafamiliar do Estado de Minas Gerais em razão dos demais outros Estados analisados.

No âmbito do Poder Executivo o Governo do Estado de Minas Gerais criou o programa REDS que fica sob a responsabilidade da Polícia Civil do Estado. REDS (Registro de Evento de Defesa Social) trata-se de um programa do governo voltado exclusivamente aos casos de violência familiar praticados contra mulheres, crianças, idosos e deficientes físicos durante o estado de calamidade pública.

Por meio desse programa o Registro de Ocorrência, seja na Delegacia virtual ou física, no qual a vítima solicita o REDS, sendo concedido um número sequencial de identificação, no qual além do preenchimento padrão virá um segundo formulário no qual a vítima tem a possibilidade de reclamar imediatamente medida protetiva. O REDS tem coligação direta com o SIDS (Sistema Integrado de Defesa Social) e com o PCNET (Sistema de Informatização e Gerenciamento dos Atos de Política Judiciária). Estes serão os órgãos responsáveis pela comunicação direta do REDS para promoção das medidas cabíveis.

O REDS muito de assemelha aos demais programas de ampliação da interligação de órgãos de segurança pública do Estado de São Paulo, no qual se preza pelo investimento na comunicação entre as instituições competentes tanto para receber as denúncias quanto aquelas que determinam a medida protetiva e salvaguardam a proteção das vítimas.

O programa também contempla como vítimas crianças, adolescentes, idosos e pessoas com deficiência física. Porém, não há esclarecimento sobre a interligação entre o REDS e especificamente a promotoria de justiça em defesa do deficiente físico e do idoso, tampouco com as varas da infância e da juventude. Certamente, tal comunicação, sendo inclusive intermediada pelo Conselho Tutelar de cada Município, tem a capacidade de proporcionar maior proteção a estes indivíduos ao longo do isolamento social.

A Assembleia Legislativa de Minas Gerais promulgou a Lei nº 23.645 de 2020 que cuida das

diretrizes gerais ao enfrentamento da violência doméstica e familiar durante a pandemia (MINAS GERAIS, 2020c). Essa política pública em particular passou a ser a responsável pela ampliação do número de vagas de acolhimento a mulheres e seus dependentes em prédios públicos equipados ou em estabelecimento privados em parceria com o Poder Público, tais como hotéis.

Assim como nas demais políticas públicas genéricas dos outros Estados, o Poder Legislativo consignou como medida alternativa a ampla divulgação do combate à violência em canais abertos de comunicação. Também a concessão de uma renda mínima a mulheres em situação de violência que não estejam recebendo qualquer outra espécie de auxílio.

Fica perceptível que passa a ser regra a preocupação com a adoção de medidas de conscientização pela divulgação do combate à violência intrafamiliar. Não que estamos falando de medida ineficaz, porém, como já esclarecido anteriormente, trata-se de medida que precisa ser vista como acessória. No caso de Minas Gerais a lei coaduna a divulgação com outras medidas, confirmando uma natureza instrumental evidentemente acessória.

Outra lei que muito se assemelha à política pública adotada no Rio de Janeiro é a Lei nº 23.643/2020, que dispõe sobre a comunicação a órgãos de segurança pública de ocorrência, ou indício de ocorrência, de violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente ou idoso nos condomínios residenciais localizados no Estado, durante o estado de pandemia (MINAS GERAIS, 2020a).

Aplica-se o mesmo entendimento de que serão considerados os síndicos e aqueles responsáveis pela administração dos condomínios em geral obrigados diretos no dever de comunicar à Polícia Civil ou à Polícia Militar a prática de atos de violência de qualquer natureza. A lei ainda consigna que nesse caso o denunciante deve identificar tanto a vítima quanto ao agressor ao agente competente, resguardado o sigilo da comunicação e das partes (MINAS GERAIS, 2020a).

Como medida acessória houve a determinação de que constitui parte da obrigação dos agentes administrativos dos condomínios a afixação de cartazes e avisos nas áreas comuns informando o teor dos dispositivos da referida lei com intuito de alertar os condôminos sobre a corresponsabilidade dos síndicos na manutenção da paz social (MINAS GERAIS, 2020a).

Ao analisar os projetos de leis destaca-se o PL nº 2.149 de 2020 que institui o programa CHAME A FRIDA. Essa política pública se assemelha muito com o programa LAVIDA de São Paulo, pois regulamenta um serviço próprio de denúncia do Estado que fica disponibilizado virtualmente por meio do número de telefone de Whatsapp. O CHAME A FRIDA é uma assistente virtual que oferece serviços por 24 horas. O programa não se limita a mensagens de texto, mas possibilita as vítimas o envio de fotos, áudios e vídeos referentes às denúncias de forma simples e direta (MINAS GERAIS, 2020e).

E diferentemente do LAVIDA de São Paulo, que conta com um corpo especialidade multidisciplinar de assessoramento e assistência, o CHAME A FRIDA oportuniza que a vítima possa agendar horário para realização de atendimento para formalização de atos investigativos, perícias médico-legais, solicitação e cópia da medida protetiva ou acionamento policial emergencial (MINAS GERAIS, 2020e).

E, finalmente, discute-se o PL nº 1.901 de 2020 que dispõe sobre a obrigatoriedade das teleaulas disponibilizarem na rede de ensino público e privado do Estado comunicados e informações sobre canais de denúncia, como o DISQUE 100, e do atendimento ao Conselho Tutelar Social no que diz respeito ao abuso e violência contra crianças e adolescentes (MINAS GERAIS, 2020d).

O Estado de Minas Gerais chama atenção pelo reconhecimento do papel mais inclusivo das crianças e adolescentes dentro dos atos de violência praticados. Por isso, embora estejamos falando de um projeto de lei há iniciativa legislativa voltada à segurança desses indivíduos que parecem ter sido mitigados de uma proteção por meio de política pública de segurança durante a pandemia.

CONCLUSÃO

O presente artigo cuida de uma análise criteriosa dos novos parâmetros de políticas de segurança pública no país, sob a descrição dos principais programas adotados e sob discussão em três Estados da Federação: Rio de Janeiro, São Paulo e Minas Gerais. A importância desta análise serve para situarmos em quais os parâmetros que estão sendo ponderados para fins de readequar a efetividade do direito à segurança pública no país no que diz respeito ao incremento dos crimes intrafamiliares e da violência doméstica.

Considerando o contexto pandêmico verificou-se novos elementos externos distintos que, a partir deste momento, carecem de maior discussão para se ter uma política pública de segurança eficaz voltada à mulher, à criança, ao adolescente e ao idoso. Entende-se que a realidade anterior nunca voltará ao normal, portanto, cabe discutir a ressignificação de segurança pública nos dias atuais. Ao ponto de que os crimes contra essas pessoas estão em crescimento, é necessário que as políticas de segurança pública estejam devidamente amparadas juridicamente para dar segurança jurídica aos seus destinatários.

São os novos pontos a serem considerados da análise feita: 1) limitação espacial; 2) aproximação entre vítima e órgãos institucionais de segurança pública; 3) proteção da intimidade das vítimas; 4) ampliação do reconhecimento da participação comunitária no combate e denúncia à violência familiar e doméstica; 5) o estabelecimento de novos canais de comunicação direta entre os órgãos institucionais e deles para com a sociedade.

Em suma, por meio da análise legislativa e de programas governamentais consegue-se ter uma noção clara dos novos limites frente as políticas públicas de segurança contra a violência doméstica e familiar, que a partir da COVID-19 a efetividade destas políticas dependerá do fator determinante da participação da comunidade, visto que antes já era difícil para as vítimas comparecer aos órgãos institucionais e fazer a denúncia, aqui entendida no seu sentido popular. Com a pandemia o Estado não consegue monitorar a privacidade de todas as casas e, em contrapartida, as vítimas possuem um justo receio maior de ficar desamparada em um momento de crise mundial. Assim, é preciso pensar em toda uma conjuntura de infraestrutura para dar voz,

abrigo e proteção às vítimas para que mesmo diante de uma pandemia percebam que a proteção à vida e a incolumidade física, psicológica e emocional dentro da sociedade familiar e conjugal continua sendo assegurada.

Por último, não se vislumbra uma política pública de segurança contra violência familiar e doméstica para além de um padrão imutável: ampliação dos abrigos de acolhimentos e canais de comunicação via telefone ou mensagens de texto. Existem projetos de leis interessantes no sentido de envolver mais ainda a coletividade na proteção destas vítimas. Ao ponto que a comunidade vem passando mais tempo dentro de casa é inegável que casos de violência doméstica e familiar estão ficando cada vez mais perceptíveis e fáceis de serem denunciados. Não pelo Estado, ou pela vítima, mas principalmente pela comunidade ao redor, o que importa na ressignificação do art. 144 e do levante da corresponsabilidade da sociedade na concretização do direito à segurança pública.

REFERÊNCIAS

AMAERJ - ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

Violência doméstica na pandemia aumenta 50% no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro:

AMAERJ, ago. 2020. Disponível em: <https://amaerj.org.br/noticias/tj-do-rio-registra-aumento-de-50-em-casos-de-violencia-domestica/>. Acesso em: 3 maio 2021.

BOND, Letycia. SP: violência contra mulher aumenta 44,9% durante pandemia. **Agência Brasil**, São Paulo 20 abr. 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2020-04/sp-violencia-contra-mulher-aumenta-449-durante-pandemia>. Acesso em: 10 maio 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. **Ministério discute políticas públicas para mulheres de comunidades tradicionais**. Brasília, DF: Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/maio/ministerio-discute-politicas-publicas-para-mulheres-de-comunidades-tradicionais>. Acesso em: 28 maio 2021.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari; SAULE JUNIOR, Nelson; ARZABE, Patrícia Helena Massa; FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Direitos humanos e políticas públicas**. São Paulo: Instituto Pólis, 2001.

CEARÁ. **Mulheres acompanhadas por monitoramento eletrônico tem índice zero de feminicídio**. Fortaleza: Governo do Estado, 2020. Disponível em : <https://www.ceara.gov.br/2020/03/12/mulheres-acompanhadas-por-monitoramento-eletronico-tem-indice-zero-de-femicidio/#:~:text=A%20taxa%20de%20sucesso%20do,d%C3%BAvidas%20ou%20situa%C3%A7%C3%B5es%20de%20risco>. Acesso em: 25 maio 2021.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

MINAS GERAIS. **Lei nº 23.643, de 22 de maio de 2020**. Dispõe sobre a comunicação a órgãos de segurança pública de ocorrência, ou indício de ocorrência, de violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente ou idoso nos condomínios residenciais localizados no Estado, durante o estado de calamidade pública decorrente da pandemia de Covid-19. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa, 2020a. Disponível em: <https://www.editoraroncarati.com.br/v2/Diario-Oficial/Diario-Oficial/LEI-ESTADUAL-MG-N%C2%BA-23-643-DE-22-05-2020.html>. Acesso em: 27 maio 2021.

MINAS GERAIS. **Lei nº 23.644, de 22 de maio de 2020**. Dispõe sobre o registro de ocorrência e o pedido de medida protetiva de urgência relativos a ato de violência doméstica e familiar contra a mulher durante o estado de calamidade pública em decorrência da pandemia de Covid-19, causada pelo coronavírus, e dá outras providências. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa, 2020b. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=23644&comp=&ano=2020>. Acesso em: 26 maio 2021.

MINAS GERAIS. **Lei nº 23.645, de 28 de maio de 2020**. Dispõe sobre o enfrentamento da violência doméstica e familiar e a proteção social da mulher durante o estado de calamidade pública decorrente da pandemia de Covid-19, causada pelo coronavírus. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa, 2020c. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=23645&comp=&ano=2020>. Acesso em: 26 maio 2021.

MINAS GERAIS. **Projeto de Lei nº 1.901 de 2020**. Dispõe sobre a obrigatoriedade de as teleaulas disponibilizadas na rede de ensino público e privado do Estado promoverem a divulgação dos canais de denúncia de abuso e violência contra crianças e adolescentes e dá outras providências. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa, 2020d. Disponível em: https://www.almg.gov.br/atividade_parlamentar/tramitacao_projetos/interna.html?a=2020&n=1901&t=PL. Acesso em: 28 maio 2021.

MINAS GERAIS. **Projeto de Lei nº 2.149 de 2020**. Institui o serviço de denúncia de violência contra a mulher denominado Chame a Frida. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa, 2020e. Disponível em: https://www.almg.gov.br/atividade_parlamentar/tramitacao_projetos/interna.html?a=2020&n=2149&t=PL. Acesso em: 27 maio 2021.

NÚMEROS da violência: dez idosos são agredidos a cada dia em Minas Gerais. **Em - Estado de Minas**, Belo Horizonte, 11 nov. 2020. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2020/11/11/interna_gerais,1203567/numeros-da-violencia-dez-idosos-sao-agredidos-a-cada-dia-em-minas.shtml#:~:text=Do%20in%C3%ADcio%20de%202020%20at%C3%A9,de%202018%2C%20em%20Minas%20Gerais. Acesso em: 26 maio 2021.

RIBEIRO, Caroline. O aumento dos crimes cibernéticos e a pandemia da Covid-19. **CONJUR**, São Paulo, 29 abr. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-29/caroline-ribeiro-aumento-crimes-ciberneticos-pandemia>. Acesso em: 28 maio 2021.

RIO DE JANEIRO. Instituto de Segurança Pública. [Notícias. 2021]. Disponível em: <http://www.isp.rj.gov.br/Noticias.asp?ident=456>. Acesso em: 3 maio 2021.

RIO DE JANEIRO. **Lei nº 8.856, de 29 de maio de 2020**. Dispõe sobre o reforço às informações

sobre as medidas de proteção para mulheres em situação de risco de violência doméstica, durante o período de calamidade pública em razão da pandemia de COVID-19 no âmbito do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Assembleia Legislativa, 2020a. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/PageLeisOrdinarias?OpenPage>. Acesso em: 3 maio 2021.

RIO DE JANEIRO. **Lei nº 8.927, de 08 de julho de 2020.** Autoriza o Poder Executivo a requisitar administrativamente as propriedades privadas que especificar para o acolhimento e proteção de mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, enquanto perdurar a situação de emergência em saúde pública decorrente do novo coronavírus – COVID-19. Rio de Janeiro: Assembleia Legislativa, 2020b. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/PageLeisOrdinarias?OpenPage>. Acesso em: 19 maio 2021.

RIO DE JANEIRO. **Lei nº 9.015, de 18 de setembro de 2020.** Autoriza o Poder Executivo a criar uma comissão interdisciplinar para analisar dados do impacto da epidemia do COVID-19 nas mulheres fluminenses e da outras providências. Rio de Janeiro: Assembleia Legislativa, 2020c. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/PageLeisOrdinarias?OpenPage>. Acesso em: 1 maio 2021.

RIO DE JANEIRO. **Projeto de Lei nº 2.709 de 2020.** Dispõe sobre a comunicação de ocorrências ou de indícios de violência doméstica e familiar nas dependências de condomínios residenciais, durante períodos de quarentena ou isolamento social, na forma que menciona. Rio de Janeiro: Assembleia Legislativa, 2020d. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/scpro1923.3131b/73a66e6d79553bcc0325857a0054f37c?OpenDocument&Highlight=0,2709>. Acesso em: 7 maio 2021.

SÃO PAULO. **Decreto nº 65.127, de 12/08/2020.** Altera o Decreto nº 29.981, de 1º de junho de 1989, que estabelece atribuições e competências no âmbito das Delegacias de Polícia de Defesa da Mulher. São Paulo: ALESP, 2020a. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/norma/194940>. Acesso em: 14 maio 2021.

SÃO PAULO. **Lei nº 17.260, de 30 de março de 2020.** Dispõe sobre a criação do programa da Polícia Militar “Patrulha Maria da Penha”, que visa ao monitoramento da segurança das mulheres vítimas de violência doméstica no Estado de São Paulo. São Paulo: ALESP, 2020b. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/norma/193406>. Acesso em: 17 maio 2021.

SÃO PAULO. **Lei nº 17.268, de 13 de julho de 2020.** Dispõe sobre medidas emergenciais de combate à pandemia do Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19), no Estado de São Paulo e dá outras providências. Art. 24, § 2º. São Paulo: ALESP, 2020c. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2020/lei-17268-13.07.2020.html>. Acesso em: 10 maio 2021.

SÃO PAULO. **Projeto de Lei nº 140 de 2021.** Institui a Política Pública para Prevenção de Reincidência nos Casos de Violência Doméstica contra a Mulher, com a criação de cadastro para utilização de equipamento de monitoração eletrônica pelo agressor nas garantias de efetividade das medidas protetivas de urgência. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=1000363011>. Acesso em: 24 maio 2021.

SÃO PAULO. **Projeto de Lei nº 269 de 2020.** Estabelece a Linha de Apoio às Vítimas de Violência Doméstica - LAVIDA, em razão do alarmante aumento dos índices desse tipo de violência no Estado. Art. 2º. São Paulo: ALESP, 2020d. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=1000322912>. Acesso em: 17 maio 2021.

SÃO PAULO. **Projeto de Lei nº 730 de 2019**. Concede gratuidade temporária no sistema de transporte público coletivo do Estado para mulheres vítimas de violência doméstica. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=1000271485>. Acesso em: 25 maio 2021.

Recebido em: 07/10/2021

Aceito em: 24/04/2023

DIREITO PENAL INTERNACIONAL ECONÔMICO: FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE PENAL INTERNACIONAL DAS EMPRESAS

INTERNACIONAL ECONOMIC CRIMINAL LAW: ELEMENTS OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL RESPONSABILITY OF COMPANIES

AMBOS, Kai. **Direito penal internacional econômico: fundamentos da responsabilidade penal internacional das empresas**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2019.

João Pedro Ayrosa*

Publicado em 2019, “Direito penal internacional econômico: fundamentos da responsabilidade penal internacional das empresas” é mais uma um capítulo da extensa obra do professor alemão Kai Ambos vertido para o português pelo professor e tradutor Pablo Rodrigo Alflen, agora publicado pela editora gaúcha Livraria do Advogado, juntando-se a um catálogo cada vez maior livros do professor alemão disponível no mercado brasileiro, em boa medida também com contribuições de Alflen¹.

Ambos é Catedrático da Universidade Georg-August de Göttingen, na Alemanha, com uma ampla produção bibliográfica, em que se destacam os trabalhos referentes ao Direito Penal Internacional, sendo o autor um dos principais nomes da área. Além da precisão e cientificidade de seus livros e tratados, há de se ressaltar a abertura operada pelo autor, buscando sempre a interlocução com professores de fora da Alemanha, incluindo autores latino-americanos.

A obra possui uma apresentação escrita por Ambos e um prólogo desenvolvido por Alflen, em que este mapeia o livro e o porquê de sua relevância em três pontos que considera inovadores: a proposta de uma Direito Penal Internacional Econômico; a análise pormenorizada sobre a discussão acerca da responsabilidade penal de empresas por crimes internacionais, e; a exposição sobre as formas de participação destas e de seus dirigentes na prática dos referidos crimes.

Adentrando no conteúdo, o livro se divide em quatro problemas centrais, que podem ser assim enunciados: a) as empresas cometem crimes internacionais?; b) quais são as modalidades de participação de empresas em crimes internacionais?; c) qual o modelo de responsabilização de empresas mais adequados para o Direito Penal Internacional?; d) como se imputar objetiva e subjetivamente a responsabilidade às empresas? As perguntas são respondidas aos poucos ao longo do livro.

De pronto, a obra, no primeiro capítulo denominado “observações conceituais preliminares”, já assenta que as empresas ou seus dirigentes cometem crimes internacionais. Estes, por sua vez,

¹ Por todos, AMBOS, Kai. **Direito penal. Fins da pena, concurso de pessoas, antijuridicidade e outros aspectos**. Tradução de Pablo Alflen Silva. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2006.

* Graduando do quarto ano de Direito da Universidade Estadual de Londrina.
Email: joaobayrosa@gmail.com

são o objeto do chamado Direito Penal Internacional Econômico, definível como o instrumento de proteção dos direitos humanos fundamentais em face de sua destruição pelo poder econômico. Esta modalidade de Direito Penal Internacional parte da premissa que os macrocrimes só são viáveis por quantidades enormes de recursos organizacionais e financeiros, muitas vezes disponibilizados pelos atores econômicos. Portanto, trata-se de uma tentativa de responsabilização daqueles que possibilitam a realização de crimes internacionais.

Na sequência, no curto capítulo sobre a participação de empresas em crimes internacionais na prática, aponta-se a existência de diversas formas de participação, destacando-se dois grupos de casos: a) participação na forma de autoria direta ou mediata (raro); b) participação diferente da autoria (comum). Este último grupo subdivide-se em três subgrupos: a) cumplicidade direta; b) cumplicidade indireta; c) cumplicidade silenciosa, sendo discutível a efetiva punibilidade deste último, posto consistir mais em uma prática imoral que criminosa.

No terceiro capítulo, o autor realiza uma aproximação a alguns precedentes sobre responsabilidade de empresas e dirigentes no marco do Direito Penal Internacional, com destaque para a jurisprudência de Nuremberg, até hoje paradigmática por reconhecer a possibilidade de empresas infringirem normas de direito internacional. Além disso, foi a partir de decisões daquele Tribunal que se extraiu a obrigação imposta às empresas de se absterem de praticar atos que constituam crimes internacionais. Na sequência, traça um panorama amplo sobre a regulamentação internacional da responsabilidade de empresas, reconhecendo uma tendência de imposição de obrigações a estas frente aos direitos humanos, perceptível com maior clareza a partir dos documentos de *soft law*, bem como em posicionamentos ainda esparsos de Cortes Internacionais, como o Tribunal Especial para o Líbano e a Corte Africana de Justiça e dos Direitos Humanos e dos Povos. Com base na combinação da norma de abstenção decorrente de Nuremberg e a vinculação das empresas à observância dos Direitos Humanos, o autor fundamenta a vinculação jurídica das empresas no plano internacional.

O capítulo quatro aborda em detalhes os diferentes modelos de responsabilização das empresas, dividindo-se na análise do modelo organização e modelo de imputação, assinalando as vantagens e críticas específicas de cada modelo, os principais desenvolvimentos teóricos de cada um, como cada um dos modelos trata as discussões clássicas sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica (ação, culpabilidade e pena da pessoa moral), bem como a questão da responsabilidade da matriz pelas práticas das filiais.

Aqui, ganha destaque um aspecto que está presente em toda a obra: a enorme quantidade de referências bibliográficas, a maior parte de autores alemães, mas também indicações da literatura em língua espanhola e de obras que trabalham no marco da *common law*, sem que o autor se limite à indicação da literatura consultada, realizando verdadeiro cotejo de posições, assinalando, dentro das notas de rodapé, trechos das obras e comentários sobre as discussões ali expostas. Como resultado, em um livro de pouco mais de 80 páginas de texto, tem-se 369 notas de rodapé. Por evidente, isso aumenta e ressalta o caráter científico da obra.

O capítulo cinco aborda especificamente as formas de participação punível das empresas,

a partir do modelo de participação diferenciador adotado pelo Estatuto de Roma. Além das discussões abstratas, como sobre ações neutras de empresas que contribuem para a realização de crimes e sua tratativa por meio da teoria da imputação objetiva, Ambos inicia uma aproximação aos casos concretos, concluindo pela necessidade de aferição do elemento subjetivo, exigindo-se ou a consciência do agente de que sua contribuição aumenta o risco ou que ele persegue por si mesmo o objetivo criminoso. Ao final do título, elenca alguns grupos de casos, como a entrega de instrumentos utilizados para a prática de delitos, o financiamento de crimes internacionais, e a cooperação de empresas com um regime de perseguição de dissidentes, ao que conclui pela extrema dificuldade de se afirmar a cumplicidade já no plano objetivo, seja por questões de causalidade, seja por questões de imputação objetiva.

Por fim, no capítulo conclusivo da obra, após toda a exposição das questões teóricas sobre a responsabilidade penal de empresas no Direito Penal Internacional e suas agruras práticas, conclui que não se pode superestimar o potencial deste para o controle dos macrocrimes empresariais. Além disso, não se pode admitir a flexibilização de princípios do Direito Penal Internacional para facilitar a punibilidade, de modo a concluir que o melhor caminho é buscar respostas para o tema também em outras áreas, sendo o Direito Penal Internacional apenas uma parte de um pacote amplo de medidas práticas e jurídicas.

Assim, Ambos entrega uma obra curta, porém densa, em que são abordados os principais tópicos sobre a responsabilidade penal das empresas no marco do Direito Penal Internacional, rica em referências e que adota o modelo de aproximação de casos concretos. Trata-se de leitura recomendada tanto para aqueles que querem adentrar à discussão do Direito penal Internacional e a responsabilidade penal da pessoa jurídica, bem como para aqueles que já a conhecem e buscam um aprofundamento.

Recebido em: 23/11/2020

Aprovado em: 30/08/2022

ESTADO FISCAL E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

FUCK, Luciano Felício. **Estado Fiscal e Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Saraiva, 2017.

Lucas Monteiro Alves de Oliveira*

O livro traz um panorama jurídico-pragmático do Estado Fiscal Brasileiro unido a conduta do Supremo Tribunal Federal, como órgão guardião da Constituição da República, que em muitos momentos debruçou-se na missão de proteger os institutos da tributação inerentes a manutenção da atividade estatal em harmonia com direitos individuais e garantias fundamentais do contribuinte.

Afirma-se de início a ligação entre a tributação e os direitos fundamentais paralelo a história da jurisdição constitucional no país desde nos momentos quando a Suprema Corte Brasileira foi provocada analisar a constitucionalidade das reformas tributárias que criaram e modificaram regras de competência atinentes as normas tributárias, pontuando-se a tributação como força-motriz para sustentação do Estado.

Na ótica de que as atividades e o exercício do poder estatal necessitam de recursos financeiros para dar suporte ou efetividade aos direitos fundamentais, a análise de obra questiona em suas passagens o grau de dependência dos recursos públicos, levando em conta sua natureza, grau de concretização e os custos para tanto e o grau de importância do controle de constitucionalidade do direito tributário brasileiro.

Assim, na parte inicial traz a distintas classificações dos direitos fundamentais perante a conduta estatal, adotadas por Jellinek e Robert Alexy, que circundam as prestações positivas dentro da relação jurídica entre Estado e cidadãos. O primeiro contempla o status como negativo, positivo e ativo. O negativo se caracteriza pela imposição ao Estado de conduta em abstenção de interferir nas esferas privadas. Já o positivo se mostra na exigência de uma atuação na qualidade de provedor de serviços e funções para garantia e prestações de direitos. O terceiro se limita aos direitos de participação popular na condução política.

No viés de Robert Alexy, a obra traz na classificação os direitos de defesa e os direitos de prestação. O primeiro, desdobra-se no direito de não embarçar ações, situações e a não eliminação das posições jurídicas traz a imposição ao Ente Estatal de abstenção em intervir nas esferas individuais, tal qual, a princípio, é perceptível guardar verosimilhança com o status negativo de Jellinek e os direitos das prestações distingue-se nas formas fáticas e normativas.

Para ações negativas deve existir mecanismos de controle e fiscalização para transgressões estatais, pois, de nada valeria proibi-lo, e para isto também há custos.

O autor também aborda os custos dos Direitos Fundamentais em argumentos de análise

* Bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes (UNIT/SE). Advogado inscrito na Seccional Sergipe da Ordem dos Advogados do Brasil. Especialista em Direito e Planejamento Tributário pela Faculdade Guanambi/BA (lato sensu). Foi Coordenador de Processos Judiciais na Assembleia Legislativa do Estado do Sergipe (ALESE). Foi Gerente Legislativo na Câmara Municipal de Itabaiana/SE (CMI/SE). Atualmente é Discente do Curso de Mestrado na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Alagoas (FDA/UFAL) na Linha de Pesquisa - Bases Constitucionais da Atuação e do Controle do Estado Administrador/Fiscal:entre os Direitos Individuais e o Interesse Público. Email: lucasmonteiroalvesoliveira@gmail.com

econômica do direito, tal qual, ainda de forma tímida ou de pouca profundidade, mostra a custosa ação estatal ao lado da expansão do Estado Social na defesa de que é mais que necessário adaptar o sistema de financiamento público para atender às demandas. Inclusive, sustenta que até os direitos políticos demandam um certo custo para manutenção da democracia e o exercício da escolha dos representantes na manutenção das instituições correlatas. Sem esquecer, para as abstenções ou prestações negativas, o Estado, através dos organismos de controle, fiscalização ou registro, não teria condições de garantir proteção a certos direitos, se não houvesse recursos financeiros.

Dito assim, avança para o epicentro de sustentabilidade do Estado: o dever fundamental de pagar tributos. Fonte promotora de sustento estatal, diga-se isto, para efetivar os ditos direitos fundamentais através da máquina pública, os tributos são necessários, constituindo-se de contribuição indispensável, que deve ser assegurado, em toda cadeia de sua instituição e cobrança, o respeito a capacidade contributiva, ou seja, o a sintonia do exercício do Poder Estatal de cobrança de acordo com as parametrizações legais e em estrita vigilância aos direitos fundamentais mais os princípios básicos.

Sendo por isto, e há de se concordar plenamente com a conclusão adotada, sustentar inexistir não haver um sistema fechado e perfeito por carecer de constante evolução das estruturas de fiscalização unido a imperiosa necessidade de compartilhamento de informações entre entidades componentes. É o dever de todos contribuírem economicamente com a preservação do Estado, sem vincular a atuação deste diretamente a suas prestações para coletividade.

Fundamental é a existência, no sistema tributário brasileiro, do papel da Constituição em delimitar competências e atribuições do Estado.

Trata-se, segundo o autor, de uma racionalização orgânica da atividade estatal que viabiliza de forma organizada cumprir suas funções e objetivos.

E observadas no prisma orgânico, as competências possuem função estruturante no poder normativo, as quais, para as normas tributárias, ultrapassa a mera delimitação de regras primitivas em defesa do contribuinte no objetivo de limitar a conduta do legislador ordinário as hipóteses inseridas no texto da Carta Política. Sim, se defende a harmonia com os direitos fundamentais ao conferir o poder de sujeitar os contribuintes para deles obter a arrecadação com escopo de implementar ou realizar outros atributos do Estado.

O desenvolvimento do Sistema Constitucional Tributário Brasileiro nasceu com maior flexibilidade. Na era imperial bastava uma lei ordinária para instituição ou cobrança tributária. A partir de 1891 a Constituição discriminou os tributos da União e dos Estados, prevendo inclusive a competência residual. Panorama este que muda após da Constituição de 1934 ao prever as competências privativas de cada ente estatal, com regras mais rígidas. Em seguida poucas modificações ocorreram, claro, sem retirar a flexibilidade do sistema. A diferença máxima reside no fato da Carta Magna de 1998 inovar com o rearranjo institucional para coibir a bitributação interna, além de consolidar a competência residual e os princípios restritivos da discricionariedade do Estado.

Interessante nota destes aspectos diferenciado de países como: Estados Unidos, Argentina, Alemanha, México, França e Itália. No Brasil há uma flexibilidade legislativa para qualquer

epígrafe componente da tributação, apesar das formalidades traçadas no processo de construção normativa, a forma de partição das competências da prestígio ao federalismo e a repartição de receitas. Acerca da aglutinação ou concentração em determinado ente, as competências privativa ou residual, o Estado Brasileiro é muito mais atento em comparação com Estados Unidos e a Alemanha.

O autor traz no seu trabalho a citação da ideia geral do Estado Fiscal na Constituição Federal de 1988 daquele financiado pelos impostos surgida, o qual, conceitualmente surgiu primeiro com a doutrina alemã e austríaca em 1885 com Lorenz von Stein. No Estado Português, na obra de José Casalta Nabais e no Brasil com Ricardo Lobo Torres.

A expressão se origina da preocupação com as formas de financiamento do Estado moderno. Antes, o Estado valia-se de saques e conquistas de guerras a povos vizinhos e estrangeiros, sem contar que não tinham relevantes para custeio das necessidades públicas. É que o desenvolvimento da economia e do capitalismo consolidando a produção de riqueza para o setor privado dá a tributação o *status* primário de fonte estatal.

A transformação de Estado mínimo para social assumiu posição protagonista em certas prestações e fez com que se moldasse a fiscalidade vigente. A partir de então conceitua-se o Estado Fiscal, sendo sua principal fonte de financiamento os impostos, tal qual, extrai-se das atividades econômicas privadas, sendo subsidiária a atividade econômica desenvolvida pelo Estado.

Para configuração do modelo há de levar em conta os tributos não vinculados mais o elevado grau de incidência no patrimônio, lucro e rendimentos, ante sua generalização, claro atentando-se aos limites da capacidade contributiva e os direitos fundamentais individuais. O autor faz distinção entre Estado Fiscal, Patrimonial e Tributário. Apesar de conexos entre si, possui distinções em suas características tendo em vista o manancial de sustentabilidade. O patrimonial possui como fonte principal as finanças advindas do próprio patrimônio. O fiscal depende da arrecadação tributária das riquezas particulares. E por fim, o terceiro, leva em conta todas espécies de receita derivada junto aos impostos.

Se observou que o Estado Fiscal possui vantagens para concretização dos direitos fundamentais. Nisto a obra distinguiu as espécies de receita pública e destacou as receitas derivadas adotar critérios da vinculação, destinação e restituição para os tipos tributários existentes. Aponta com devida precisão no art. 145, §1º, da Carta Política Brasileira o dever fundamental de pagar impostos e a forma de partição do produto da arrecadação. A obra chama atenção a crítica da dificuldade de repartir verbas oriundas das receitas originárias e derivadas e sintetiza que a destinação não fixada dos recursos possibilita a flexibilidade para os governos, dada a sucessão de mandatos eletivos, assumam projetos de concretude de programas e atos para realizar ou satisfazer os direitos fundamentais. Um ponto interessante por que a flexibilidade do sistema tributário não está atrelada apenas as formações legislativas e também aos programas de ações governamentais.

Sobre as Reformas Tributárias e o Supremo Tribunal Federal, o autor discorre que a partir deste momento a análise está sobre as normas impugnadas perante o Supremo Tribunal Federal no controle difuso e concentrado de Constitucionalidade, considerando a criação novas competên-

cias, mudanças às imunidades e as limitações ao poder de tributar, com o objeto de atender o anseio da autonomia financeira dos entes Estaduais e Municipais. A intervenção do STF para guardar o compromisso institucional com a Carta Magna conferindo estabilidade e orientação para todos os mecanismos dos Poderes da República.

Destaca-se a Contribuição Provisória sobre a Movimentação Financeira (CPMF), Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico sobre Produtos Combustíveis e Derivados (CIDE-COMBUSTÍVEIS) e a Contribuição para Custeio dos Serviços de Iluminação Pública (COSIP) como novos tributos objeto de impugnação perante o Supremo.

A CPMF surgiu com o Emenda Constitucional nº. 12/96 após encerrada vigência do Imposto Provisório sobre Movimentações Financeiras (IPMF). A criação da contribuição mitigaria as imbricações do princípio da anterioridade e as imunidades determinantes aos impostos. Houve entendimento contrário para sustentar dentre suas características a cumulatividade, adoção da base de cálculo própria do imposto sobre operações de créditos, câmbio e seguro. Entretanto, considerando a expressiva arrecadação do IPMF com baixo custo para cobrança e fiscalização, sem esquecer a riqueza de informações fornecidas a receita federal, o contexto do surgimento da CPMF se adaptou ao sistema tributário com a destinação do produto de sua arrecadação à saúde, acima de tudo.

Objeto de impugnação na Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 1.497, o Pleno do Supremo Tribunal Federal a julgou constitucional sob a visão tangente à competência residual e o argumento de que o sistema tributário em si, ante a sua flexibilidade, pode ser modificado através das emendas constitucionais, confirmando inclusive o precedente da ADI nº. 939.

Relatou a obra detalhando que, em vigência por 24 (vinte e quatro) meses, a maioria do Supremo Tribunal Federal entendeu também por isto aplicar-se a anterioridade nonagesimal independente das imunidades aplicáveis ao IPMF. E na ADI nº. 2.673/DF, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, estabeleceu-se um entendimento peculiar ao dispensar a aplicação do princípio da noventa nos casos em que não há solução de continuidade, tal qual, foi o caso da Emenda Constitucional nº. 37/2002.

Após isto, tomou-se nota acerca da entrada da Emenda Constitucional nº. 33/2001 que criou a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico sobre os Combustíveis e Derivados (CIDE-COMBUSTÍVEIS). A novidade é que excepcionou-se dentre as regras em matéria tributária o restabelecimento e diminuição de alíquotas por ato do Poder Executivo. Nada diferente do tributo anterior, alvo de controvérsia na ADI nº. 2.995/DF, o Supremo Tribunal Federal valendo-se das regras matrizes do sistema tributário oriundo da Constituição Federal apenas impediu a destinação do produto da arrecadação fora das hipóteses do art. 177, §4º da Carta Magna.

Para os municípios, alvo de discussão perante a Suprema Corte, surgiu a Emenda Constitucional nº. 39/2002 que criou a Contribuição para Custeio da Iluminação Pública (COSIP). A priori sua criação diminuiu a desmedida atuação as avessas na criação de taxas de iluminação pública reputadas inconstitucionais por não preencherem os pressupostos básicos para sua instituição, ou seja, não se amoldavam ao perfil do Poder de Polícia Administrativa ou Serviço Público específico

e divisível.

E na sequência de precedente formados pelo STF, principalmente, sustentando a flexibilidade do sistema criar novas competências unido ao entendimento de que o Estado fiscal por si pode adaptar-se para cumprir suas finalidades constitucionais, julgou constitucional a COSIP no controle de constitucionalidade difuso via Recurso Extraordinário nº. 573.675/SC.

A atuação do Supremo Tribunal Federal, destacou Luciano Fuck, também foi desenvolvida sobre as reformas para alterar as competências tributárias. Ao falar sobre Estado Fiscal, enfatizou-se dentro dos tributos não vinculados a progressividade do Imposto Predial Territorial Urbano (IPTU) e as modificações substanciais ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviço de Transporte Interestadual e de Telecomunicações (ICMS).

Primeiro, para o IPTU, com a Emenda Constitucional nº. 29/2000, o IPTU passou a ser progressivo, conduzido em estrita sintonia ou observância a capacidade contributiva, pondo em discussão natureza jurídica do aludido imposto que é real e não pessoal. Antes da referida emenda, em termos precisos a partir da vigência do Código Tributário Nacional e a Constituição Federal de 1967 o autor registrou que o Supremo Tribunal Federal modificou a jurisprudência para considerar inconstitucionais leis municipais que estabeleceram alíquotas progressivas, tomando nota principalmente o julgamento do Recurso Extraordinário nº. 69.784/SP. Todavia, no ordenamento jurídico vigente, houve uma abrupta modificação jurisprudencial ou adaptação a realidade existente, na qual, no Recurso Extraordinário nº. 423.768/SP, o Supremo reconheceu a constitucionalidade da emenda à Carta Política no tocante a progressividade das alíquotas do imposto com fundamento de garantir recursos financeiros para administração pública, mais uma vez, cumprir os objetivos da Constituição.

Já para o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviço de Transporte Interestadual e de Telecomunicações, as modificações substanciais de destaque foram a instituição do adicional de 2% ao ICMS sobre produtos supérfluos e a destinação da arrecadação ao Fundo de Combate a Pobreza, através da Emenda Constitucional nº. 31/2000.

Outrossim, a Emenda Constitucional nº. 3/93 incluiu no sistema o instituto da substituição tributária no imposto, o Supremo Tribunal Federal via controle difuso entendeu que, ainda no período anterior a emenda, o mecanismo era permitido pelo Decreto-Lei nº. 406/68 recepcionado pela Carta Política de 1988, conforme julgamento do Recurso Extraordinário nº. 213.396/SP.

Inclusive, a despeito da substituição tributária, a Suprema Corte no julgamento do RE nº. 603.191/MT reconheceu a constitucionalidade e aplicação quanto a outros tributos. Em suma, percebeu-se somente poder através de emendas constitucionais alterar, no sentido de adaptar o sistema, a cadeia de tributação no Brasil. E o Supremo exerceu com profundidade e nitidez o controle de constitucionalidade na primazia de harmonizar o funcionamento das instituições e o Estado paralelo aos direitos fundamentais do contribuinte, na ideia de flexibilidade do Estado Fiscal, agindo quando provocado e discorrendo o que diz a Constituição.

Já no quarto capítulo, sobre o Exercício da Competência Tributária e o Supremo Tribunal Federal, diferente da amostragem inicial, o autor concentrou-se na exposição dos casos onde ve-

rificou-se ou não, pelo STF, incongruências constitucionais no exercício da atividade tributária, outrora nas edições de normas criadoras e adaptativas do sistema tributário constitucional.

Interessante levantamento que após a promulgação da Constituição Federal de 1988, os entes políticos realizaram “verdadeira marcha” para instituir ou adaptar tributos, mesmo antes de existir normas gerais. Foram ajuizadas 28 Ações Diretas de Inconstitucionalidades contra leis de 21 Estados. No julgamento de alguns recursos, destacando-se o Recurso Extraordinário nº. 149.955/SP, o Supremo Tribunal Federal entendeu que enquanto não editada lei complementar federal destinada a dirimir conflitos entre os entes União e Estados, disciplinar elementos componentes da hipótese de incidência, os Estados não poderiam instituir o adicional de imposto de renda.

O fato é o que o Código Tributário Nacional foi recepcionado pelo ordenamento vigente com estado (*status*) de lei complementar. Como exemplo importante o autor cita que o STF, via ADI-MC nº. 567/MG, suspendeu eficácia de lei do Estado de Minas Gerais que previa hipóteses de incidência do ICMS sobre o fornecimento de água potável, o que não estava autorizado em norma geral.

Outro exemplo de controle de constitucionalidade nesse sentido está na ADI nº. 800/MS onde o Supremo Tribunal Federal afastou o precedente insculpido no Recurso Extraordinário nº. 181.475/RS que noutro momento classificava o pedágio como preço público e não taxa, afastando-se a natureza tributária da aludida cobrança.

Dentre estes e outros casos, o objetivo do Supremo, claro foi corrigir erros de natureza fiscal que burlavam valores tributários da República como legalidade e anterioridade, fazendo de suas decisões instrumentos dialéticos para auxiliar em termo cooperativo os trabalhos do Poder Legislativo, que logo, não ficaria estagnado na sua atividade fim de produzir normas jurídicas.

No campo final da obra, o estudo cingiu-se as limitações do Poder de Tributar paralelo ao comportamento do organismo Guardião da Constituição – Supremo Tribunal Federal. Quanto as imunidades a mais intensa no tocante a interpretação extensiva dada pela Corte Suprema foi a Imunidade Recíproca.

Efetivamente esta norma atingiu entidades inclusive fora da administração pública mas, que dado o fornecimento de serviço público e a exclusividade do mesmo, ou seja, monopólio, muitas foram agraciadas.

O exemplo citado e de grande valia foi o da Empresa de Correios Telégrafos, a qual, no Recurso Extraordinário nº. 601.392/PR prevaleceu o argumento de que deve gozar da imunidade recíproca pois sua atividade, apesar de submetida a concorrência, mas não havendo, tem por isso direito a tamanha benesse tributária. Em seguida, o autor cita os casos de propriedade estatal cedida a terceiros, que independente da atividade econômica explorada, deverá gozar da imunidade para impedir a cobrança do IPTU, conforme julgamento do Recurso Extraordinário nº. 451.152/RJ.

Nas limitações formais, o Supremo foi enfático quanto a legalidade. Em breves linhas, há de mencionar a suspensão do decreto estadual que alterou a hipótese de incidência e base de cálculo do ICMS, fazendo-o incidir sobre a distribuição de água, isto em Medida Cautelar de Ação Direta

de Inconstitucionalidade nº. 567/MG.

Como também, por diversas vezes, segundo o autor, o Supremo declarou a inconstitucionalidade de atos normativos infralegais editados com a finalidade de atualizar valores de imóveis, aumentando assim a base de cálculo do IPTU, índices inflacionários, conforme destaque do julgado do Recurso Extraordinário nº. 234.605/RJ.

Em limitação material, tem-se a importante aplicação do princípio constitucional-tributário da vedação ao confisco, tal qual, extrai-se que nenhum tributo poderá valer-se sob efeito de confiscar bens e direitos.

Dentre os casos que o STF se debruçou tem-se a proibição de correção da tabela do imposto de renda sem a legislação correlata, presando pela vedação ao confisco, como assentou-se no acórdão do RE 388.312/MG. Já no ARE-RG 790.928/PE, o Supremo reconheceu a repercussão geral para declarar inconstitucional as regras criadas pelas leis nº. 10.637/2002 e 10.833/2003 que não observou a capacidade contributiva e limitou as hipóteses de obtenção de crédito.

E o clássico fato de multa em percentual de 200% no artigo da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, fixada em razão de inadimplência tributária, e no mínimo em 500% quando houvera sonegação. Na ADI-MC 551/RJ, além de suspender o dispositivo através de medida cautelar, o Supremo julgou inconstitucional o aludido dispositivo por violar a proporcionalidade e utilização de tributo com efeito de confisco.

Enfim. Percebe-se a relevância de toda obra no objetivo de destacar toda atuação do Supremo Tribunal Federal sobre questionamentos quanto assuntos afeitos ao constitucional Estado Fiscal Brasileiro, tal qual, buscou-se conciliar as permissões dadas ao Estado em instituir e arrecadar tributos, ou seja, fontes potenciais de riquezas para manter-se respeitando-se as limitações, na ideia de freios e contrapesos, pelas regras dignas em benefício do contribuinte em relação ao momento, proporcionalidade e forma de cobrança tributária.

Recebido em: 02/03/2021

Aprovado em: 30/08/2022