



COORDENAÇÃO

Célio Marcos Lopes Machado
Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão

**POLÍTICAS
PÚBLICAS NO
ORDENAMENTO
JURÍDICO
BRASILEIRO**

APRESENTAÇÃO

Jarbas Soares Júnior

PREFÁCIO

José dos Santos Carvalho Filho

Políticas públicas no ordenamento jurídico brasileiro é uma tapeçaria tecida com maestria na qual revisões bibliográficas, análises jurisprudenciais e metodologias exploratórias se entrelaçam em uma dança harmoniosa. Não se trata de um amontoado de meras opiniões, mas sim de uma obra científica que busca trazer luz a temas complexos e tormentosos, com a objetividade que a ciência e a metodologia podem proporcionar.

Alguns livros são como encantamentos que não desejamos dissipar, mesmo quando a última linha é escrita. Suas páginas são tecidas com dedicação e cuidado, transbordando reflexões em cada frase. Tenho certeza de que os leitores da obra terão essas mesmas reflexões ao percorrer cada página dos artigos que se sucedem. Quiçá terão o grande propósito de provocar, em cada um, propostas de novas políticas públicas.

JARBAS SOARES JÚNIOR

Procurador-geral de justiça



POLÍTIAS
PÚBLICAS NO
ORDENAMENTO
JURÍDICO
BRASILEIRO

A decorative graphic on the right side of the cover consists of seven vertical bars of varying heights and shades of gray, from light to dark. To the left of each bar is a sphere of the same shade, creating a staircase-like effect that descends from the top left towards the bottom right.

COORDENAÇÃO

Célio Marcos Lopes Machado

Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão

POLÍTICAS PÚBLICAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

APRESENTAÇÃO

Jarbas Soares Júnior

PREFÁCIO

José dos Santos Carvalho Filho

Coordenação Editorial
Pedro Camilo de Figueirêdo Neto

Conselho Editorial

DOCTORES:

Cristine Emily S. Nascimento
Fábio S. Santos
Ionã Carqueijo Scarante
João Evangelista do Nascimento Neto
José Gileá
Laura Cecília Braz
Luciano Sérgio Ventim Bomfim
Magno Conceição das Mercês
Nadialice Francischini de Souza
Régia Mabel Freitas
Ricardo Maurício Freire Soares
Sheila Marta Carregosa Rocha
Urbano Félix Pugliese do Bomfim

MESTRES:

Angelo Boreggio
Bruno Barbosa Heim
Dandara Amazzi Lucas Pinho
Daniela Magalhães Costa de Jesus
Isan Almeida Lima
Jerusa de Arruda
Katia Maria Mendes da Silva
Marcelo Politano de Freitas
Pedro Camilo de Figueirêdo Neto
Raphael Lima R. Leal
Sueli Bonfim Lago

Programação Visual de Capa
Fernando Campos

Diagramação
Alfredo Barreto

A reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer modo, somente será permitida com autorização da editora.
(Lei nº 9.610 de 19.02.1998)

A revisão de linguagem e ABNT dos textos deste livro é de responsabilidade exclusiva de seus autores, não tendo sido feitas intervenções pela editora.

CIP – Brasil. Catalogação na fonte

Machado, Célio Marcos Lopes; Leão, Simone Letícia Severo e Sousa Dabés.
Políticas públicas no ordenamento jurídico brasileiro / organização Célio
Marcos Lopes Machado & Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão –
Salvador, BA: Editora Mente Aberta; outubro de 2023.
2023.

540 p.
ISBN: 978-65-6023-033-0

1. Direito. 2. Políticas públicas. 3. Ordenamento jurídico brasileiro. I. Soars
Júnior, Jarbas, apresentação. II. Carvalho Filho, José dos Santos, prefácio.
III. Machado, Célio Marcos Lopes, organizador. IV. Leão, Simone Letícia
Severo e Sousa Dabés, organizadora. V. Título.

SOBRE A ORGANIZAÇÃO

Célio Marcos Lopes Machado

Advogado e economista. Mestre em Administração Pública com Gestão Econômica pela Fundação João Pinheiro. Professor associado à Fundação Dom Cabral (FDC). Doutorando em Direito pela PUCMINAS. E-mail: celio@machadomendes.com.

Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão

Pós-doutora em Direitos Humanos pela Universidade Salamanca. Doutora em Direito Público (PUCMinas/Belo Horizonte). Mestre em Direito das relações econômico-empresariais (Unifran/São Paulo). Professora universitária. Membro do Colegiado de Gestores em Saúde de Minas Gerais – Cogesmig. Assessora judiciária – TJMG. E-mail: simoneleticia77@gmail.com.

AUTORAS/ES:

Adriene Sttéfane Silva
Alex Dylan Freitas Silva
Alison Mendes Nogueira
Ana Clara da Cunha Peixoto Reis
Ana Claudia Pompeu Torezan Andreucci
André Luís de Carvalho Costa
André Moreira Storck Nunes
Antônio Augusto Silva Borges
Antonio Evangelista de Souza Netto
Carlos Eduardo Cancherini
Célio Marcos Lopes Machado
Celma Tavares
Claudia E. Zalazar
Danielle Flora Costa Borralho
Estevão Grill Pontone
Fernando Frederico de Almeida Junior
Fernando Lúcio Mendes
Flávia Thaise Santos Maranhão
Frederico Santiago de Mendonça
Henrique Carivaldo de Miranda Neto
Janaína Machado Sturza
João Bosco Leopoldino da Fonseca
João Marcelo de Lima Assafim
Laís Locatelli
Leandro Martins Faria Sousa
Lílian Maciel Santos
Lucas Henrique Lopes
Lucyléa Gonçalves França

Luiza de Oliveira Carneiro Braz
Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa Aquino
Mariana Mendes A. S. Campos
Michelle Asato Junqueira
Miguel Freitas Lanza Avelar
Moacyr Lobato de Campos Filho
Naiara Morais
Natália Cristine de Oliveira Lopes
Pablo Henrique de Oliveira
Patricia Gorisch
Paula Carpes Victório
Paulo Márcio Reis Santos
Rafael Vinicius Normandia Cruz
Rafael Zimmermann
Raíssa Vasconcelos Cavalcante
Renato Dolabella
Rubens Sergio S. Vaz Junior
Sabrina Nunes Borges
Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão
Teresa Cristina da Cunha Peixoto
Thiago Alisson Cardoso de Jesus
Vanessa Verdolim Hudson Andrade

APRESENTAÇÃO

A esperada obra que apresento à comunidade jurídica e gestores públicos anuncia uma série de estudos sobre o vasto e complexo universo das políticas públicas nas diferentes áreas de proteção constitucional.

A tarefa que se impõe sobre esta coletânea notável é duplamente honrosa, seja pelos grandes nomes de pesquisadores das letras jurídicas que compõem um rol admirável, seja por permitir o acesso a textos robustos, cientificamente elaborados, reflexivos e bem escritos.

A presente obra nos convida a uma jornada de reflexão sobre as políticas públicas e suas múltiplas vertentes, tecendo fios de provocações que nos levam a questionar o impacto desses projetos, programas e atividades governamentais sobre o tecido jurídico. Com temas atuais referentes à saúde, à educação, à segurança, à moradia e ao meio ambiente, que se entrelaçam com os direitos das minorias, há um labirinto de desafios e questões cruciais.

Certamente, nas fendas das políticas públicas, nas quais as forças se chocam e os interesses se entrelaçam, revelam-se as particularidades do Brasil. As vastas dimensões continentais, a diversidade econômica e social das regiões e a própria estrutura do sistema insinuam-se como fatores primordiais. Contudo, é justamente por meio dessas políticas que o governo traça seus caminhos e decide o que é ou não é feito, desencadeando ondas de consequências que se propagam na sociedade, sejam benfazejas ou maléficas.

A complexidade trazida pelos problemas econômicos atuais faz a pergunta a respeito da adequação das políticas públicas a serem adotadas para encontrar soluções ou encaminhamentos que não são fornecidos pelos instrumentos tradicionais.

No dissecar dos textos, somos convidados a verificar se as ações tomadas pelo poder público, por exemplo, no contexto da nova política econômica de combate ao endividamento em massa, têm sido coerentes, coesas e eficazes.

A obra nos convoca a mergulhar em profunda reflexão acerca das ferramentas outorgadas pelo Poder Público, visando combater a violência contra a mulher. São avaliados tanto suas potencialidades quanto suas limitações, discutindo o real impacto dessas medidas em relação aos objetivos propostos. É imprescindível que essa análise esteja intrinsecamente ligada ao quadro geral de inserção da mulher nos diferentes âmbitos da sociedade, considerando sua posição como sujeito de direitos no seio familiar, sua participação no mercado de trabalho, seu papel como ocupante de cargos públicos e sua relevância na política.

Não devemos esquecer que, apesar da promessa constitucional de igualdade entre os gêneros e da implementação de políticas públicas e ações afir-

mativas, ainda existe uma realidade de desigualdade entre homens e mulheres no Brasil. O trajeto em direção a um mundo onde todos os indivíduos, independentemente de seu gênero, tenham acesso aos mesmos direitos e oportunidades em todas as dimensões e espaços ainda é longo e sinuoso.

As provocações deixam claro que o Estado e Instituições deverão adotar visão sistêmica e multidisciplinar, capaz de adequar o progresso tecnológico à realidade vivenciada pelo país, de modo que os benefícios possam ser compartilhados com o maior número de pessoas possível, garantindo um combate mais efetivo à violência de gênero, para permitir que o progresso tecnológico também proteja a vida e a integridade das mulheres, independente de sua classe social.

Textos sequenciais analisam interesses e racionalidades conflitantes no processo de elaboração de um modelo de segurança cidadã para o Brasil ante a multidimensionalidade das violências.

Quando se trata da efetividade do direito à saúde, foram examinadas medidas que visam prevenir doenças, e não apenas curá-las, especialmente considerando as dificuldades de acesso aos serviços hospitalares, agravadas pela desigualdade socioeconômica da população. Nesse contexto, a telemedicina surge como uma alternativa promissora, desde que sejam observados os princípios da Lei Geral de Proteção de Dados, com respeito ao dever de confidencialidade, garantindo assim a integridade, segurança e sigilo das informações dos pacientes.

Abordam-se também questionamentos sobre a Reforma Psiquiátrica, a fim de que as modificações legislativas sejam um instrumento de melhoria gradual nas condições dos pacientes com saúde mental afetada, para que continuemos em um movimento progressivo e, de forma alguma, não se permita o retorno de práticas abusivas. Necessário refletir que o direito como ciência constitui uma das principais ferramentas de mudanças, uma vez que formaliza e legaliza condutas, que muitas vezes podem ser realizadas de forma amoral ou até imoral, e mesmo assim não deixam de ser legais.

Ao analisar os obstáculos que impedem o alcance do direito à saúde, como a limitação de recursos no Sistema Único de Saúde, a complexidade da escolha de prioridades pelo Poder Público e a tensa relação entre os cidadãos e as operadoras de planos de assistência à saúde, percebe-se que a reflexão jurídica sobre Políticas Públicas é de suma importância. Trata-se de um desafio complexo e inevitável, que deve envolver todos os cidadãos, sejam eles usuários do Sistema Único de Saúde ou consumidores dos serviços privados de assistência.

Também emerge com destaque a demanda por políticas públicas direcionadas a confrontar os dilemas de saúde que permeiam os refugiados, guiadas pelos princípios de equidade, acessibilidade, abrangência e respeito à multiplicidade cultural.

À luz do diploma constitucional que sagrado assegura a saúde como direito de todos e dever do Estado, tem-se a verdade de que a mera menção da impossibilidade financeira – por meio da “reserva do possível” – não é suficiente para eximir o dever do Estado. A avaliação de critérios objetivos, apoiados na razoabilidade, é indispensável à alocação de recursos, bem como à verdadeira disponibilidade orçamentária do Estado para a definição de políticas de saúde.

Também somos instigados a pensar se os critérios políticos na adoção de políticas de enfrentamento à pandemia foram ou não adotados para proteger a integridade física das pessoas.

No universo da educação, outro tema crucial de discussão é a revisão do panorama educacional no Brasil nas últimas três décadas, com o objetivo de mergulhar no conhecimento dos desafios enfrentados pelo sistema educacional e identificar caminhos futuros para garantir um acesso mais amplo e uma qualidade superior na educação brasileira. É fundamental assegurar que todos tenham acesso equitativo a uma educação de qualidade por meio de ações coordenadas em diferentes níveis de governo, bem como envolver a sociedade como um todo.

Ademais, uma ponderação acerca das políticas educacionais em prol dos direitos humanos, da memória e da verdade na América Latina. Tal reflexão viabiliza a edificação de uma cultura em que os direitos humanos são alicerces, baseando-se em três pilares: a formação do indivíduo como sujeito de direitos, o empoderamento tanto individual quanto coletivo e o ensino da importância da memória e da verdade, garantindo o direito à lembrança de fatos históricos ocorridos e à verdade dos mesmos.

Propõe-se, ainda, a instigante análise de que a educação é a que abre as possibilidades para se alcançar a paz, de forma ética e afetiva. A cultura da paz requer um instrumento para sua efetivação, com a comunicação não violenta estabelecendo a via do acesso do diálogo.

Em meio a tantas palavras tecendo o intrincado tecido que é a questão da educação, surge uma questão desafiadora: seria possível delegar a responsabilidade do ensino superior a terceiros?

Também não faltou a análise dos litígios coletivos, com especial atenção para as Assessorias Técnicas Independentes, como instrumento de efetivação do direito à participação nos processos estruturais, para a garantia de uma participação direta, eficaz e informada das pessoas afetadas e cujos direitos foram violados, sendo capaz de deslocar essas pessoas para o centro do processo, permitindo-lhes assumir, impor o controle de suas próprias vidas após a ocorrência do fato danoso, importante condutor para a posterior efetivação das políticas públicas.

No âmbito da análise dos avanços e obstáculos da política judiciária de resolução de conflitos, emerge uma reflexão sobre os métodos não tradicionais

de solução de disputas, que se apresentam como alternativas acessíveis, de baixo custo e flexíveis. Nesse contexto, cabe ao Estado o papel fundamental de promover políticas públicas que ampliem o acesso da população à justiça, incluindo a inclusão digital, a fim de garantir a proteção dos direitos do povo.

Não escapou a reflexão sobre o futuro das políticas públicas à luz do desenvolvimento sustentável, já que não se trata de tendência passageira, mas uma mudança paradigmática na forma como concebemos e implementamos políticas públicas. Ao incorporar os princípios de sustentabilidade ambiental, equidade social e boa governança, podemos construir um futuro mais justo, resiliente e sustentável.

Avalia-se, no mesmo sentido, a política de mobilidade urbana, com a apresentação de perspectivas de melhoria que abrangem desde investimentos em modernização e expansão da infraestrutura até a implementação de tecnologias inovadoras para aprimorar a experiência do usuário. Além disso, o envolvimento da comunidade e a consideração das necessidades dos cidadãos são enfatizados como fatores críticos na implementação bem-sucedida das perspectivas de melhoria.

Também feita a análise da recuperação judicial, traduzida não apenas como um processo legal, mas um mecanismo fundamental para a implementação de políticas públicas voltadas para o fomento do empreendedorismo, a proteção de empregos e a manutenção de setores-chave da economia, reestruturando empresas em dificuldades, proporcionando-lhes uma segunda chance e evitando a perda de ativos valiosos.

Diante da importância econômica do agronegócio, foi igualmente investigada a necessidade de fomentar a atividade a partir de políticas públicas para o setor, de maneira que o Brasil permaneça se destacando como um dos principais players mundiais da agropecuária.

Nas terras onde o futebol reina, a discussão sobre a relevância das sociedades anônimas do futebol é central, especialmente no que diz respeito à formação esportiva. Tais entidades terão que promover, também, políticas culturais e de saúde, com o intuito de combater o sedentarismo e incentivar hábitos saudáveis na população. Essas ações, por sua vez, contribuem para desafogar o sistema público com a melhor saúde da população.

Dentro do contexto de política negocial criminal, a abordagem sobre o Acordo de Não Persecução Penal que absorve uma maior gama de delitos que não representem um risco elevado à sociedade, permitindo a aplicação de uma reprimenda restaurativa, pedagógica e vantajosa para a coletividade, em detrimento de uma pena privativa de liberdade que contribui para a piora das mazelas do sistema carcerário.

Não passou despercebida a análise e estudo sobre a autorização legislativa enquanto necessária para a alienação ou para a Concessão de Direito Real de Uso de bem público, mas não o sendo para a Concessão de Uso Administrativo que não inclua o Direito Real.

Este cenário opulento e maravilhoso se desdobra ideais e percepções que desafiam a leitura, despertando a ânsia de sorver mais conhecimento sobre os temas abordados.

É uma obra para operadores do Direito, gestores públicos e para todos os cidadãos para o necessário exame do papel das políticas em todo o sistema e as consequências destas escolhas para a sociedade. Os recursos são finitos, as demandas infinitamente intermináveis. O que torna o peso da escolha alívio ou desesperança.

Repensar velhos paradigmas é um dever do operador de direito, em especial quando, com a Constituição Cidadã às mãos, se tem à disposição mecanismos e ferramentas para a promoção de bem-estar social.

Este é um século que clama por uma visão ampla e integrada da análise econômica e social, para que possamos compreender o contexto e promover uma renovação na ação pública, dotando-nos dos instrumentos necessários para atender ao bem-estar de todos, tendo a dignidade humana como valor fundamental desse processo.

A obra em questão é uma tapeçaria tecida com maestria na qual revisões bibliográficas, análises jurisprudenciais e metodologias exploratórias se entrelaçam em uma dança harmoniosa. Não se trata de um amontoado de meras opiniões, mas sim de uma obra científica que busca trazer luz a temas complexos e tormentosos, com a objetividade que a ciência e a metodologia podem proporcionar.

Alguns livros são como encantamentos que não desejamos dissipar, mesmo quando a última linha é escrita. Suas páginas são tecidas com dedicação e cuidado, transbordando reflexões em cada frase. Tenho certeza de que os leitores da obra terão estas mesmas reflexões ao percorrer cada página dos artigos que se sucedem. Quiçá terão o grande propósito de provocar, em cada um, propostas de novas políticas públicas.

Minas Gerais sempre foi um estado provedor de cultura jurídica ao país. Mineiros, como Caio Mário, Nelson Hungria, Victor Nunes Leal e, nos últimos tempos, ilustres da estirpe de José Paulo Sepúlveda Pertence, que pontificou no Supremo Tribunal Federal, serviram como farol para os debates jurídicos que travaram na Academia e nos Tribunais.

Esta obra, também, é um farol a iluminar os complexos temas aqui tratados.

A mim, foi um grande prazer rememorar temas tão relevantes para o direito público, ao qual me dediquei a minha vida toda no Ministério Público.

Boa leitura!

Jarbas Soares Júnior
Procurador-geral de justiça

PREFÁCIO

Os direitos humanos têm ganhado expansão no Ocidente, em diplomas normativos internacionais e internos de diversos países. Nessa conjuntura, o Brasil promulgou uma Constituição analítica repleta de direitos civis e políticos; sociais culturais e econômicos; e difusos.

Esses direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, além de terem uma perspectiva subjetiva de titularidade dos cidadãos contra interferências do Estado, são marcados por uma perspectiva objetiva, que os alça à posição de vetores diretivos da ordem jurídica. Portanto, os direitos fundamentais direcionam integralmente a atuação do poder público, que deve promover a efetivação desses direitos.

Como a previsão no plano normativo não garante, por si só, efetividade, é preciso que os direitos fundamentais sejam concretizados pelo poder público, notadamente pelo estabelecimento de políticas públicas, mas também por uma tutela jurisdicional, nos casos de omissões inconstitucionais.

Nesse cenário, a obra “Políticas Públicas no Ordenamento Jurídico Brasileiro”, coordenada por Célio Marcos Lopes Machado e Simone Letícia Severo Dabés Leão, reúne reflexões de experientes profissionais e acadêmicos sobre temas controvertidos relacionados à efetivação de direitos fundamentais por meio de políticas públicas no Brasil.

Idealizada, originariamente, em reunião de pesquisa dos coordenadores e com temática voltada a políticas públicas de saúde, a coletânea ampliou seu espectro para contar com a participação de juristas vinculados a diversos órgãos públicos e instituições universitárias, em especial a rede de proteção de direitos humanos composta por estudantes e professores do programa de pós-doutorado da Universidade de Salamanca, na Espanha.

Inicialmente, a obra consolida informações gerais sobre a atuação de instituições democráticas na efetivação de políticas públicas, como no artigo sobre o papel do juiz na hipótese de descumprimento de políticas públicas; no trabalho sobre magistratura econômica e de influência; e no ensaio sobre processos coletivos estruturais no Brasil.

Em seguida, há uma miríade de reflexões sobre questões mais específicas, relacionadas às políticas públicas de saúde, de transporte, de educação, de proteção do meio ambiente, à política pública criminal no Brasil, ao impacto das tecnologias digitais em políticas públicas e a políticas voltadas à proteção de grupos vulneráveis, como mulheres, crianças e adolescentes.

O livro apresenta visões plurais capazes de densificar o conhecimento sobre as políticas públicas, na medida em que é composto por vinte e oito

artigos, redigidos em português e em espanhol, cujos autores são não apenas brasileiros, mas também estrangeiros, que colaboram para apresentar uma perspectiva exterior e comparativa à realidade das políticas públicas no Brasil.

Por todas essas considerações, a obra já nasce como uma referência para os estudos sobre políticas públicas e efetivação de direitos fundamentais no Brasil.

Desejamos a todas e a todos uma excelente leitura!

Brasília, 20 de outubro de 2023

José S. Carvalho Filho
Prof. Dr. em Direito Constitucional

SUMÁRIO

- 1 El papel del juez frente al incumplimiento de las políticas públicas, 21
Claudia E. Zalazar
- 2 Magistratura econômica, 34
João Bosco Leopoldino da Fonseca
- 3 A política pública de defesa do consumidor e o fenômeno do superendividamento, 58
Lílian Maciel Santos
André Moreira Storck Nunes
- 4 A importância das políticas públicas e o impacto de ferramentas de tecnologia da informação no combate à violência contra a mulher no Brasil, 78
Fernando Lúcio Mendes
Laís Locatelli
- 5 A (des)ordem do discurso em matéria de política pública criminal no Brasil, 95
Thiago Alisson Cardoso de Jesus
- 6 O papel da telemedicina e a contribuição da lei de proteção de dados em matéria de saúde, 122
Ana Clara da Cunha Peixoto Reis
Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão
Teresa Cristina da Cunha Peixoto
- 7 Processos coletivos estruturais como meio adequado de efetivação de políticas públicas: um estudo acerca das assessorias técnicas independentes à luz da participação democrática do processo, 143
Sabrina Nunes Borges
Célio Marcos Lopes Machado

8 A dispensa de autorização legislativa na concessão de uso comum de bem público para serviços públicos, 164

Carlos Eduardo Cancherini

Vanessa Verdolim Hudson Andrade

Estevão Grill Pontone

9 A política judiciária de tratamento adequado de conflitos de interesses: a complexa trajetória da mediação digital na última década, 184

Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa Aquino

Flávia Thaise Santos Maranhão

Danielle Flora Costa Borralho

10 As políticas públicas de educação no Brasil e o desafio de ampliar o acesso e garantir a qualidade: uma revisão das últimas três décadas, 203

Henrique Carivaldo de Miranda Neto

Adriene Stéfane Silva

11 Educación en derechos humanos, memoria y verdad: reflexiones sobre las políticas en Latinoamérica, 216

Celma Tavares

12 A paz invadiu a educação: políticas públicas em nome de uma cultura não violenta para a efetivação dos objetivos sustentáveis da Agenda 2030 da ONU, 230

Michelle Asato Junqueira

Ana Claudia Pompeu Torezan Andreucci

13 Terceirização e mercantilização do ensino superior: impacto trabalhista e previdenciário do Projeto de Lei n.º 10.944/2018, 247

Alex Dylan Freitas Silva

Frederico Santiago de Mendonça

Lucas Henrique Lopes

14 Análise da crescente participação das mulheres nos setores sociais e o direcionamento das ações afirmativas, 273

Luiza de Oliveira Carneiro Braz

Paulo Márcio Reis Santos

15 A Lei n. 13.840/2019 e regulamentação das comunidades terapêuticas acolhedoras: impactos na reforma psiquiátrica, 288

Raíssa Vasconcelos Cavalcante

Fernando Frederico de Almeida Junior

16 O rol de procedimentos da ANS e a proteção do direito fundamental à saúde, 308

André Luís de Carvalho Costa

Leandro Martins Faria Sousa

Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão

17 Políticas públicas para a saúde digital dos refugiados, 334

Patricia Gorisch

Paula Carpes Victório

18 Os desafios do sistema único de saúde no direito contemporâneo, 353

Rafael Vinicius Normandia Cruz

Antônio Augusto Silva Borges

19 A pandemia de Covid-19 e o critério para aplicação da vacina: da administração pública ao populismo, 370

Rafael Zimmermann

Janaína Machado Sturza

20 Políticas públicas y gestión ambiental en Brasil: el marco de cuarenta años de la política nacional ambiental, 389

Lucyléa Gonçalves França

21 Rumo à sustentabilidade: a influência do ESG nas políticas públicas modernas, 403

Rubens Sergio S. Vaz Junior

22 Avaliação e perspectivas do sistema de transporte público coletivo urbano de Teresina, 415

Naiara Moraes

23 Recuperação judicial como instrumento de políticas públicas: promovendo o desenvolvimento econômico e a estabilidade, 432

Antonio Evangelista de Souza Netto

24 Políticas públicas na área de infância e juventude: doações diretas no âmbito do Fundo de Infância e Adolescência, 463

Renato Dolabella

Mariana Mendes A. S. Campos

Miguel Freitas Lanza Avelar

25 A declaração de inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 40 da LPI no dia seguinte: se a prorrogação da patente freia inovação, novas ações de extensão de prazo também violam a constituição? Um estudo da prorrogação após a não modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, 478

João Marcelo de Lima Assafim

26 Linhas gerais sobre as políticas públicas direcionadas ao agronegócio no Brasil, 493

Ana Clara da Cunha Peixoto Reis

Moacyr Lobato de Campos Filho

Teresa Cristina da Cunha Peixoto

27 As sociedades anônimas do futebol como instrumento de contribuição para as políticas públicas para o esporte, 515

Célio Marcos Lopes Machado

Natália Cristine de Oliveira Lopes

28 A utilização do acordo de não persecução penal para fortalecimento e promoção de políticas públicas, 527

Alison Mendes Nogueira

Pablo Henrique de Oliveira

I

EL PAPEL DEL JUEZ FRENTE AL INCUMPLIMIENTO DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Claudia E. Zalazar¹

I INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas se ha consolidado el protagonismo central de los jueces en la garantía de los derechos humanos. Ello constituye uno de los principales efectos de la ratificación de tratados de derechos humanos, así como de la constitucionalización de los derechos, toda vez que las decisiones judiciales se convierten en herramientas para revertir todo tipo de arbitrariedad estatal.

Ello nos viene demostrando un evidente avance de la judicialización de la política, a través del dictado de sentencias que abordan controversias de marcada índole política, a través del dictado de sentencias estructurales por los altos tribunales del país o los tribunales constitucionales.

De este modo, nos venimos acostumbrando a que asuntos que en otro tiempo eran resueltos únicamente por las autoridades representativas hayan pasado a ser decididos por los tribunales. Así el aborto, la eutanasia, el cuidado del medioambiente — entre otros — son temas cuya última palabra suele ser pronunciada en los estrados judiciales. De igual forma, cuestiones cruciales para el devenir de las comunidades políticas — como la definición de los resultados de las contiendas electorales, la viabilidad de las leyes de amnistía durante los procesos de transición democrática — han dejado de ser competencia exclusiva de las asambleas legislativas.

En razón de ello, podemos afirmar los tribunales se han convertido en un actor político fundamental. Y si bien los fallos no deberían fundarse en razones de conveniencia, sino en la más rigurosa argumentación jurídica, es-

¹ Doctora en Derecho, Vocal de Cámara en lo Civil y Comercial de Córdoba, Encargada de la Secretaría Ejecutiva de la Red Iberoamericana de Derecho Sanitario, Miembro del comité ejecutivo de la red argentina de derecho sanitario, Presidenta de la sala de derecho a la salud del Instituto de Investigación en ciencias jurídicas de la Universidad Blas Pascal, Directora de la Revista Derecho y Salud de la UBP, Disertante a nivel nacional e internacional en temas relacionados al derecho sanitario. Autora de investigaciones, libros y trabajos.

tán provocando toda clase de efectos políticos en las sociedades. Asimismo, los tribunales son considerados piezas fundamentales del engranaje político por su capacidad de transformación social, ya que las sentencias judiciales se están convirtiendo en un poderoso instrumento para llevar a cabo profundas reformas en las sociedades.

En este orden y como ya lo hemos adelantado, una de las manifestaciones más llamativas y, si se quiere, más extremas de la judicialización de la política son las llamadas “sentencias estructurales”. Estas son decisiones judiciales que procuran remediar violaciones generalizadas y sistemáticas de los derechos de los ciudadanos ordenando a las autoridades el diseño y la implementación de políticas públicas. Los tribunales que hacen uso de ellas pretenden restablecer los derechos de nutridos grupos sociales cuyos intereses no han sido protegidos por las autoridades. Se trata, por lo general, de colectividades socialmente marginadas que no cuentan con una representación política adecuada y que enfrentan graves problemas sociales que no consiguen ingresar en la agenda política, o porque la política pública ha sido deficiente o incumplida.

En este orden, si el ejecutivo y/o el legislativo no cumplen cabalmente los mandatos constitucionales o lo hacen deficitariamente (incurriendo en omisiones inconstitucionales), podemos pensar que es posible y aconsejable que los altos tribunales, por medio de sentencias estructurales, marquen algunos lineamientos generales para la adopción de políticas públicas o tracen líneas dialógicas con el legislativo para la expedición de normas necesarias con el fin de garantizar la operatividad de los derechos fundamentales y, así, evitar que continúe el bloqueo a la supremacía y la fuerza normativa de la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos esenciales de los que el Estado sea parte.

Es así, que las sentencias estructurales deben considerarse un instrumento útil en este esfuerzo, en la medida en que buscan, precisamente, activar a los órganos del Estado que se han omitido en sus obligaciones constitucionales. De ahí que estas medidas no deben ser vistas como una violación a la separación de poderes, sino una forma de concretar la actividad estatal en una sociedad democrática constitucional, entendida esta como una acción coherente de diversos actores que coordinan esfuerzos en pos de la plena vigencia de los Derechos Humanos.

No hay, por tanto, infracción del principio de separación de poderes o división de funciones, en la medida en que los tribunales superiores operen en el marco de las competencias constitucionales y legales, como supremos intérpretes de dichas normas, y, en general, como defensores últimos de los derechos fundamentales de los particulares en aras de garantizar su efectividad.

2 LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

La definición conceptual de las políticas públicas es un asunto que ha suscitado un encendido debate entre quienes se dedican al análisis de la acción pública del Estado. Las diferentes acepciones que han sido propuestas reflejan la variedad de enfoques desde los que ha sido analizado este fenómeno a partir de su aparición en el siglo XX.

Tal como fue indicado por Hecló, la dificultad de proponer una definición unánime, capaz de conciliar las diferencias que han dado lugar a la aparición de escuelas y modelos teóricos que se enfrentan entre sí, se debe a que las políticas públicas no son una realidad objetiva que se presenta mediante rasgos claros y bien definidos. Por el contrario, dicho término pareciera designar acciones y planes estatales del más variado tipo, hasta abarcar actuaciones que con dificultad podrían reunirse en una misma categoría. Como consecuencia de lo anterior se han propuesto definiciones deliberadamente amplias como aquella planteada por Thoenig y Meny, según la cual este concepto engloba de manera general el conjunto de acciones emprendidas por las autoridades en el seno de una sociedad.

En el polo opuesto se encuentran definiciones mucho más específicas que hacen énfasis en alguno de los rasgos particulares que distinguen a las políticas públicas de otras modalidades de acción del Estado. Así se ha afirmado que las políticas públicas pueden ser definidas como un conjunto de actividades organizadas de manera coherente y ordenada por actores públicos — y ocasionalmente por actores privados — con el propósito de resolver un problema social que ha sido identificado políticamente como colectivo. El objetivo final al que apuntan estas actuaciones consiste en modificar el comportamiento de aquellos grupos sociales que provocan el problema que se pretende corregir, o bien suscitar la reacción de las instituciones que cuentan con la capacidad de resolverlo.

También se ha sostenido que las políticas públicas son el resultado de la actividad de una autoridad investida de poder público y autoridad gubernamental, orientada a cumplir un programa proyectado de valores, fines y prácticas (FERNANDEZ, 1999, p. 464).

Bajo estas premisas, debemos afirmar que cuando nos referimos a “políticas públicas” no hablamos de medidas tomadas en forma azarosa o improvisada, sino que las entendemos como acciones programadas e integradas a un plan sistémico.

Siguiendo a Tamayo Sáez (TAMAYO SÁEZ, 1997, p. 281) podemos decir que política pública es el “conjunto de objetivos, decisiones y acciones que lleva a cabo un gobierno para solucionar los problemas que en un momento determinado los ciudadanos y el propio gobierno consideran prioritarios”.

El proceso de elaboración de estas se compone, de acuerdo con el mismo autor, de cinco etapas: la identificación y definición del problema, la formulación de las alternativas de solución, la adopción de una alternativa, la implantación de la alternativa seleccionada y, finalmente, la evaluación de los resultados obtenidos. Debe tenerse presente, por cierto, que, si bien en cualquier política pública deberíamos poder identificar en algún grado cada una de estas etapas, los estados no diseñan sus planes o programas siguiendo estos (u otros) lineamientos en forma reglada.

El esquema de Tamayo Sáez suele representarse como un ciclo, y está construido con una noción sistémica. En este sentido, “las fases del proceso de las políticas públicas están íntimamente vinculadas con un nexo de dependencia, de forma tal que un replanteamiento en cualquiera de las fases del proceso afecta a las posteriores y, eventualmente, a las anteriores” (TAMAYO SÁEZ, *ob. cit.*, p. 284.)

La primera fase del proceso de las políticas públicas, cuando son desarrolladas por los órganos designados constitucionalmente a ese efecto (los poderes Ejecutivo y Legislativo), es el de identificar y seleccionar los problemas públicos que serán abordados como políticas de gobierno. En este sentido, “podemos convenir que el volumen total de problemas que preocupan a la sociedad es más amplio que el de problemas que reciben atención por parte de las administraciones públicas. No todos los problemas detectados tienen la misma prioridad para los decisores públicos, solo algunos de ellos tienen la entidad suficiente para convertirse en problemas públicos” (TAMAYO SÁEZ, *ob. cit.*, p. 289).

Con cita de Jones, Tamayo Sáez llama “agenda sistémica” a los problemas que preocupan a la sociedad, y “agenda institucional” o “política” a aquellos que son seleccionados por los decisores para ser abordados por medio de políticas públicas (TAMAYO SÁEZ, *ob. cit.*, p. 289).

En los sistemas democráticos el Poder Ejecutivo, es quien en mayor medida administra la agenda institucional, y quien diseña y ejecuta la política pública. Ese procedimiento de selección de los problemas de la agenda sistémica e ingreso a la agenda institucional es lo que desde el derecho administrativo se estudia como decisiones de “oportunidad, mérito o conveniencia”, considerándose tradicionalmente ajeno al ejercicio de la función judicial. Es la potestad de determinar, en definitiva, qué problema va a abordarse, qué recursos se le asignan, en qué momento y con qué medios (financieros, materiales, humanos, etc.).

Asimismo, en este contexto la actividad judicial está limitada a la aplicación del derecho en casos concretos, sin que a los jueces les corresponda el diseño o puesta en práctica de políticas generales en ningún ámbito, pues estas funciones están reservadas al legislador y al Ejecutivo.

Sin embargo, la protección judicial de los derechos humanos ha traído importantes cambios para las democracias contemporáneas, como es la prerrogativa del juez de imponer límites a la oportunidad de los poderes con mayor legitimidad democrática, frente a las violaciones de los mismos.

En este orden, la Constitución constituye un marco normativo de referencia ineludible para quienes intervienen en el proceso de formación y ejecución de las políticas públicas. Así las normas constitucionales y las normas jurídicas establecen objetivos que sujeta la actuación del Estado y por ende perfilan las políticas públicas.

Asimismo, el reconocimiento de los derechos humanos impone a los Estados obligaciones de distinto tipo, entre las que cabe distinguir las acciones negativas, de acuerdo con las cuales los Estados deben abstenerse de inferir en el ejercicio de derechos individuales; y las obligaciones positivas, que se trasuntan en el deber de realizar prestaciones positivas, de manera que el ejercicio de dichos derechos humanos no se torne ilusorio.

3 EL JUEZ FRENTE AL CONTROL DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS. LAS LLAMADAS “SENTENCIAS ESTRUCTURALES”

La regla general, que nace con el surgimiento del control de constitucionalidad como facultad esencial del Poder Judicial, es la doctrina que las cuestiones políticas no serían justiciables. En principio se trata de materias sobre las cuales tienen completa discreción los funcionarios del Poder Ejecutivo o Legislativo y por ende son ajenas al conocimiento de los magistrados.

El argumento más frecuente para justificar esta teoría radica en la división de poderes, conforme a la cual las facultades que la Constitución Nacional ha establecido como propias y exclusivas de los otros poderes son privativas de éstos y no pueden ser revisadas o interferidas por los magistrados judiciales, en cuanto a la forma de su ejercicio (HARO Ricardo, 2023)

Ahora, si bien por un lado le está vedado a los tribunales pronunciarse sobre la conveniencia u oportunidad de una política determinada, por el otro, corresponde al Poder Judicial garantizar la eficacia de los derechos y evitar que éstos sean vulnerados, como objetivo fundamental a la hora de administrar justicia.

No se pretende sustituir la voluntad del legislador en cuanto órgano deliberativo encargado de proyectar políticas para satisfacer necesidades concretas, ni de relevar al Poder Ejecutivo o administrado en su rol de ejecución de dichas políticas. En otras palabras, no se trata de que los jueces deban evaluar qué política sería más conveniente para la mejor realización de ciertos derechos, sino de evitar las consecuencias que decididamente ponen en peligro o lesionan bienes jurídicos fundamentales.

Entonces, cuando se encuentran desamparados los derechos que debe garantizar la Constitución a sus ciudadanos ya sea por falta de políticas públicas adecuadas o por el incumplimiento de las mismas, la prohibición del Poder Judicial se levanta, y se le habilita la competencia para indagar sobre la constitucionalidad de la acción u omisión del Estado y justifica el dictado de sentencias estructurales, sin que ello pueda implicar una violación de la división de poderes.

Además, la novedad e importancia de estos litigios estructurales radica en la esencia de los derechos sustanciales implicados, pues como regla, en ellos se reclama el efectivo cumplimiento de derechos humanos o sociales reconocidos por la Constitución o por los tratados internacionales: sistema de educación, sistema penitenciario, política ambiental, sistema previsional, salud, etc.

Se trata de un remedio judicial extraordinario: en vez de disponer la reparación de los derechos subjetivos infringidos, ordenan la puesta en marcha de políticas públicas de carácter general dirigidas a abolir las causas estructurales, por ejemplo, de la discriminación que aquellos padecen. Así, los fallos estructurales pretenden incidir de manera profunda y duradera en el desempeño de estas funciones: en lugar de corregir las deficiencias de la legislación, intentan moldear la acción pública del Estado; en vez de ordenar la cesación de actos discriminatorios, disponen la adopción de programas generales encaminados a asegurar eficazmente el derecho a la igualdad.

Las sentencias estructurales no reclaman del Estado actos de abstención, sino la adopción del compromiso más enérgico para la realización de ambiciosas transformaciones sociales en pos de resguardar los derechos humanos de los ciudadanos. Ello es así, ya que estos procesos hallan su fundamento en la violación sistemática de garantías, derechos y principios consagrados constitucional y convencionalmente, cuyo actor directa o indirectamente es el Estado. De allí entonces, que las soluciones empleadas para restaurar el orden jurídico alterado impacten de lleno en las políticas públicas estatales.

De este modo, la decisión del juez no es más que una forma de introducir en la agenda institucional un conflicto que se encuentra en la agenda sistémica, y al que el ordenamiento jurídico reconoce protección, pero que no ha logrado instalarse por medio de canales políticos ordinarios en la agenda institucional. Es decir, es el modo a través del cual un juez toma una cuestión de trascendencia social, traída por una de las partes y la canaliza por medio del proceso, convirtiéndola a través de la sentencia en una obligación de desarrollar una política pública. El efecto material de la decisión del juez no es otro que el de reducir o desplazar el ámbito de oportunidad que el Poder Ejecutivo tiene en relación con esa cuestión. Una vez dictada la sentencia, la administración no podrá ya, por ejemplo, diferir indefinidamente en el tiempo el abordaje del conflicto, o elegir no asignarle recursos. Por el contrario,

deberá encontrar formas concretas de dar respuesta a dicha interpelación CARDUCCI, 2018, p. 87).

Ahora bien, esta función judicial aceptada ya hace más de una década, debe tener una injerencia estrictamente delimitada. La intervención judicial, tradicionalmente ajena a materias de esta naturaleza, no puede adoptarse de cualquier modo, sino que el decisor debe ubicarse en un rol secundario, de coordinación, instando a las autoridades demandadas a proponer soluciones en un marco dialógico (CARDUCCI, 2016, p. 62).²

No solo razones democráticas fundan esa idea, sino también el hecho de que las complejidades que subyacen a la formulación de las políticas públicas escapan largamente a las posibilidades de análisis del Poder Judicial, cuya función está institucionalmente diseñada para resolver dando certeza, conflictos concretos y puntuales, con tiempos finitos y determinables.

En cualquier caso, lo definitorio de las sentencias estructurales es que el juez se habilita, como máximo intérprete y defensor de los derechos establecidos en la Constitución, para definir cómo deben actuar las autoridades con miras a garantizar el ejercicio efectivo de esos derechos, en asuntos que han sido gravemente descuidados por ellas, y, en consecuencia, expide órdenes que exceden las coordinadas inter partes de los casos que originaron la respectiva sentencia, y que apuntan a resolver el problema generalizado que se ha detectado (OSUNA, 2015).³

Pese a lo loable que parece todo lo anterior, hay varios puntos de vista críticos respecto de la figura. De un lado, persisten las posturas que descalifican este tipo de sentencias por argumentos tradicionales: falta de legitimidad democrática de los tribunales, ruptura del principio de separación de poderes, tiranía judicial, etc.

Las coordinadas de esos debates son ya ampliamente conocidas y al parecer se trata de una discusión estancada y que no conducen a nada, ya que la realidad supera la formalidad del sistema. Ello es así, ya que si los otros poderes del Estado no establecen las políticas públicas adecuadas o incumplen las mismas, provocando violaciones sistemáticas y reincidentes de los derechos humanos, al Poder Judicial no le queda más remedio, que emprender acciones positivas que logren recuperar a los ciudadanos esos derechos esenciales, a través de estas sentencias estructurales mediante las cuales se

² La tesis subyacente es que si el problema sometido a conocimiento se produjo originariamente por la falta de ejercicio —o el ejercicio irregular— por parte del Poder Ejecutivo, o el Poder Legislativo de sus competencias propias, la función del Poder Judicial debe limitarse a lograr que estas se activen, más no proveer las soluciones por sí mismo.

³ La protección de los derechos sociales Las sentencias estructurales” En este artículo el autor se detiene en tres supuestos de sentencias estructurales dictadas en Colombia con relación al hacinamiento de las personas en las cárceles, el traslado de las personas por conflictos armados internos y el último por cuestiones generales de salud de la población.

proyete una política pública o se exhorte al dictado de la misma o de una ley que ampare dichos derechos.

El grado de aceptación de las llamadas “sentencias estructurales” dependerá en buena medida de la concepción personal que se tenga acerca del papel que ha de jugar el Derecho como herramienta de ingeniería social, como palanca para transformar la realidad, y de la función que en los tiempos que vivimos corresponde al poder judicial en su relación con los otros dos poderes del Estado. Y, cómo no, del contexto socioeconómico y político en el que se ha dictado dicha resolución.

4 EL MODELO PROCESAL DE LOS FALLOS ESTRUCTURALES

De acuerdo con el modelo tradicional que impera en la administración de justicia, el proceso de amparo es el escenario en el que se dispone la protección individual y concreta de los derechos subjetivos que han sido infringidos (CAPPELLETTI, 1961).⁴

Como regla general procesal, la violación de un derecho individual daría lugar a la aprobación de una sentencia en la que se ordena, únicamente, su restablecimiento. Existiría, entonces, una suerte de relación directa entre la infracción y la sentencia, en virtud del cual el propósito exclusivo de la sentencia consistiría en deshacer los efectos de la infracción. De ahí que, en principio, el juez no pueda extender los efectos de sus decisiones de manera que afecten a personas que no hayan participado en el proceso. Si la orden judicial es la respuesta institucional a la violación a la que se ha visto sometido quien acude a los estrados judiciales, dicha respuesta no podría desbordar los contornos establecidos durante el proceso.

Ahora bien, mediante las sentencias estructurales los tribunales amplían estas barreras con el objetivo de asegurar la protección no solo del titular que ha acudido al proceso, sino de todas las personas que se encuentran en una situación análoga al demandante. De este modo, la decisión judicial que fue solicitada para enmendar la violación particular de un derecho subjetivo acaba por convertirse en un remedio con vocación colectiva, ya que antes que solventar una infracción de tipo individual, persigue resolver aquella situación social que la ha producido y que compromete a un grupo más amplio de personas.

⁴ Pese a ello, autores como Cappelletti han hecho énfasis en la «trascendencia ultra-individual» de los derechos fundamentales. Dicha expresión pretende destacar que ninguna violación de tales derechos constituye un asunto meramente privado. Por el contrario, en la medida en que estos derechos tienen un valor «que trasciende al hombre particular y [que] afecta a toda la sociedad», su eventual desconocimiento tiene un impacto señaladamente colectivo, lo que hace de lo anterior un asunto de interés público.

Así pues, las sentencias estructurales involucran a extensos grupos de ciudadanos que — actuando en ocasiones de manera coordinada y en otras sin ningún tipo de organización estratégica — solicitan la protección de sus derechos. El supuesto de hecho en el que se enmarcan estas sentencias muestra un escenario de continuas y numerosas violaciones de los derechos de los ciudadanos que, por diferentes razones, no han sido resueltas por el Estado.

Un ejemplo emblemático de estas decisiones se encuentra en la sentencia T-025 de 2004, aprobada por la Corte Constitucional colombiana. Mediante esta decisión, originada en la interposición de 109 demandas individuales que fueron acumuladas por el Tribunal, se pretendió garantizar la protección de los derechos fundamentales de más de tres millones de víctimas del delito de desplazamiento forzado que había producido entonces el conflicto armado interno (ACNUR, 2015).⁵

Si bien esta intervención del Poder Judicial se ha hecho con prudencia, y poniendo siempre énfasis en el deber de autorrestricción⁶ las Cortes Supremas han resuelto decenas de casos en los que se ordenó desarrollar o modificar políticas públicas.⁷

En resumen, el primer atributo que distingue a las sentencias estructurales del amparo ordinario se halla en el elevado número de personas que resultan favorecidas por la protección global que aquellas ofrecen. Al conocer estas controversias, el tribunal que luego emite la sentencia estructural comprueba que dichas demandas no plantean el enfrentamiento habitual entre dos partes, en el que una de ellas ha sufrido la violación de sus derechos. Por el contrario, observa que tales procesos se enmarcan en contextos mucho más complejos que hacen que, a la larga, la protección ordinaria sea

⁵ De acuerdo con el último informe elaborado por la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, para el año 2016 el número de desplazados en el país ascendió a 7,7 millones de personas. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Tendencias Globales: Desplazamiento forzado en 2016.

⁶ Esta doctrina se detrae de jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos, representada en la disidencia del juez Harlan Stone en “United States vs. Butler” (297 U.S. 1-1936), donde se sostuvo que “[m]ientras el ejercicio inconstitucional del poder por las ramas ejecutiva y legislativa del gobierno está sujeto a la restricción judicial, el único freno sobre nuestro ejercicio del poder es nuestro propio sentido de la propia limitación”. Puede verse, al respecto, Fallos 155:248; 311:2580 y sus citas.

⁷ Con relación a la CSJN Argentina podemos mencionar causas, como “Asociación Benghalensis” (Fallos 323:1339), “Verbitsky” (Fallos 328:1146), “Badaro” (CS, Fallos: 329:3089 y 330:4866) “Mendoza” (cuya sentencia definitiva obra en Fallos 331:1622). También, con los matices que conlleva la circunstancia de que la jurisdicción que la Corte ejerce no es estrictamente judicial, sino la llamada “jurisdicción dirimente”, puede verse la causa “La Pampa, Provincia de c. Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas” (CSJ, 243/2014 (50-L) /CS1 Originaria, del 01/12/17), vinculada a la situación del río Atuel.

de poca utilidad pues deja inalteradas las causas de fondo que han provocado la infracción.

Es por esto por lo que decide modificar los efectos de la sentencia, de modo que aquello que inició como una petición individual, encaminada a obtener la protección de un derecho subjetivo, termine por convertirse en una plataforma más amplia desde la que toma vuelo una actuación judicial mucho más ambiciosa. Ahora bien, es necesario señalar que a pesar de las similitudes que puede presentar el amparo estructural de los derechos con otras actuaciones judiciales cercanas — tales como la protección de los derechos colectivos —, este es un fenómeno esencialmente distinto que no debe ser confundido.

Atento a la complejidad de las cuestiones discutidas en los procesos estructurales, el poder judicial cuenta con una serie de métodos alternativos, a fin de cumplir con el mandato de ser guardián de la Constitución. Entre ellos se destacan:

- 1) El dictado de declaraciones y recomendaciones que rescatan el valor de la disuasión de las resoluciones del Poder Judicial en contraposición a su poder de coacción; apreciando el valor e importancia de otras instituciones y fomentando el diálogo entre gobierno y justicia en el reconocimiento de los derechos. En este caso se tiene como punto de partida la división de poderes propia de todo régimen republicano, y asume como prioritario reconocer la importancia y la trascendencia de la interacción de dichos poderes en la implementación y contralor de políticas públicas.
- 2) El dictado de sentencias condenatorias y retención de la facultad de supervisión; que representa el remedio más poderoso con el que cuenta el poder judicial para garantizar el efectivo goce de los derechos de la ciudadanía. Por razones prácticas dichas órdenes deberían ser dictadas en forma progresiva, constituyendo un proceso adaptativo de aproximación a la solución definitiva (CAPPELLO, 2013) ya que la tarea más engorrosa es justamente el control posterior de esa ejecución de sentencia.

Existen además otros ejes críticos que han surgido precisamente de la práctica de estas sentencias: imposibilidad de cumplimiento y desconocimiento técnico de las posibilidades presupuestales del Estado para responder a las obligaciones impuestas por el tribunal, tema complejo que excede el marco del presente trabajo.

Sólo resta afirmar que además de los resultados de justicia material que pueden derivar de la ejecución de las sentencias estructurales, estas también tienen un importante efecto de reactivación de la democracia, desde la vigencia del derecho.

5 CONCLUSIONES

Si bien en los sistemas democráticos el delineamiento y puesta en marcha de las políticas públicas resultan ser en principio un poder reservado de los poderes legislativo y ejecutivo; cuando esos otros poderes no las establecen en forma adecuada o incumplen las mismas, provocando violaciones sistemáticas y reincidentes de los derechos humanos, al Poder Judicial no le queda más remedio, que emprender acciones positivas que logren recuperar a los ciudadanos esos derechos esenciales, a través de estas sentencias estructurales mediante las cuales se proyecte una política pública o se exhorte al dictado de la misma o de una ley que ampare dichos derechos.

Ante el crecimiento exponencial de las materias susceptibles de judicialización, el juez debió enfrentarse a problemas que las otras instituciones no habían afrontado o que trataron de forma insatisfactoria. Es por ello que en el contexto actual, a diferentes niveles y con distintos grados, se ha reconocido al Poder Judicial una injerencia en el desarrollo de políticas públicas con el que no contaba años atrás, y que se encuentra en pleno proceso de crecimiento y evolución.

Si bien en principio dicha injerencia del Poder Judicial no sería correcta ya que quebraría el sistema de división de poderes, resulta necesaria cuando lo que se pretende a través de su resolución es proteger y lograr efectividad en el goce de los derechos humanos de los ciudadanos.

El desafío de un poder judicial moderno será el de aprender a adoptar las decisiones que la naturaleza de los derechos involucrados (en muchos casos, derechos fundamentales) exigen, diagramando dispositivos que se aseguren de considerar la etapa de implementación y evaluación de la política propuesta por el demandado, permitiéndose evaluar su progreso con la plasticidad necesaria para modificar las decisiones que así lo requieran previa intervención de todos los actores involucrados. Solo de este modo podrán cumplirse los objetivos materiales de la decisión —es decir, subsanar la vulneración de derechos— y no los formales —los mandatos, si existieran, de la sentencia original—. Estar a la altura de ese desafío implica un trabajo interdisciplinario, que incorpore cuestiones elementales de análisis económico de las decisiones y modelos de gestión pública. También, por cierto, dejar de lado los sistemas de reglas que se emplearon históricamente para resolver casos tradicionales, inútiles para resolver problemas complejos vinculados con el diseño y la modificación de planes y programas dirigidos a garantizar derechos sociales. El análisis hipotético y la falta de certeza causal entre las medidas propuestas y los resultados deseados, que forma parte de la actividad normal de la administración pública, debe ser internalizado y aprehendido por los jueces.

Por otra parte, la importancia de contar con datos obtenidos con el mayor rigor científico al momento de tomar decisiones de política pública es indiscutible. Es claro, de este modo, que al momento de revisar (y eventualmente, ordenar modificar o desarrollar nueva) actividad administrativa, el juez debe atender especialmente a la información disponible, y en caso de no existir, debe priorizar su producción en forma previa a la adopción de cualquier medida de mediano o largo plazo.

Es tentador sostener que es de igualmente grave de que se tomen decisiones de política pública en forma caprichosa, o apoyadas en intuiciones o experiencias personales, por parte del Poder Legislativo o el Ejecutivo que si se adoptan desde el Poder Judicial. Sin dudas, el efecto puede ser igual de devastador. Sin embargo, los dos primeros son elegidos directamente por los ciudadanos para tomar decisiones de esa naturaleza, y deben rendir cuentas permanentemente respecto de los resultados que obtienen: la disconformidad de la ciudadanía con esos resultados está sometida al más directo control político. Por el contrario, las decisiones de los jueces solo encuentran legitimidad democrática en forma indirecta (en relación con la incidencia de la ciudadanía en su designación), e igualmente indirecto es el proceso de control político sobre estos. A esas diferencias, debe agregarse la posición institucional que los jueces ocupan en la división de poderes en la Argentina. Es que, en definitiva, el juez revisa en última instancia la actuación de los otros dos poderes, sin más control de fondo que el de sus propios órganos superiores. Estas razones deberían ser suficientes para que, como operadores jurídicos, trabajemos permanentemente buscando la mejor forma de encauzar los modos de intervención de los jueces en política pública, redoblando los esfuerzos dirigidos a desarrollar instrumentos que permitan el diálogo permanente entre poderes, respetando el principio republicano de gobierno y con el norte siempre puesto en maximizar el goce de los derechos de las personas.

En el caso específico del amparo estructural de los derechos, la autoridad que estaría dirigiendo el proceso de actuación del Estado sería el tribunal que, al comprobar la violación generalizada de un derecho — o de varios de ellos, pues es infrecuente que en estas controversias resulte comprometido un único derecho —, ordena la adopción de un plan de acción coherente y mantenido en el tiempo con el propósito de poner fin a dicha situación. De tal suerte, el obrar del tribunal estaría orientado a cumplir los dos siguientes objetivos: incidir en la identificación de la infracción del derecho como un problema colectivo que debe ser atendido de manera prioritaria por el Estado y, en segundo término, producir una respuesta adecuada de parte de las autoridades competentes (HECLO, 1972, pp. 83-108; THOENIG, y MENY, 1992; KNNOEPFEL, 2007, p. 24.).

REFERENCIAS

- ACNUR. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/Publicaciones/2017/11152>. Acceso em 6 de ago. de 2023.
- CAPELLO Nicolás Daniel. **Alternativas judiciales para ejercer el control de políticas públicas**. Ponencia realizada en el XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Córdoba setiembre del 2013.
- CARDUCCI, Pablo S. **Política pública desde el Poder Judicial**: Notas sobre la ejecución de sentencias estructurales, Publicado en: *RDAMB* 56, 28/12/2018, 87.
- CARDUCCI, Pablo S. Puede influirse en política pública a través de procesos judiciales? El rol del juez en el litigio de reforma estructural, en ALONSO REGUEIRA, Enrique (dir.), *El control de la actividad estatal*, Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho (UBA), Buenos Aires, 2016, t. II, p. 62, disponible en <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/el-control-de-la-actividad-estatal-ii/cae2-carducci.pdf> [última consulta el 26/03/2018].
- CARRILLO, Ernesto (comps.), *La nueva administración pública*, Ed. Alianza, Madrid, 1997, p. 281
- FERNANDEZ, Antoni en *Manual de Ciencia Política* (Miquel Caminal Badia Editor), p. 464 Ed. Tecnos, Madrid, España, 1999.
- HARO Ricardo. *El control jurisdiccional y las cuestiones políticas*: nuevas perspectivas. disponible en www.acader.unc.edu.ar. Acceso em 5 de ago. de 2023.
- HECLO, Hugh. Policy Analysis», en *British Journal of Political Science*, no. 12, 1972, pp. 83-108; Thoenig, Jean-Claude y Meny, Yves, *Las políticas públicas*, Madrid, Ariel, 1992; Knnoepfel, Peter et al., *Public Policy Analysis*, Bristol, Policy Press, 2007, p. 24.
- OSUNA, Néstor. Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia. en *JUSTICIA Constitucional y Derechos Fundamentales*, N° 5, Victor Bazan, Editor académico, 2015.
- TAMAYO SÁEZ, Manuel. **El análisis de las políticas públicas**, en BAÑÓN, Rafael —.

2

MAGISTRATURA ECONÔMICA E DE INFLUÊNCIA

João Bosco Leopoldino da Fonseca⁸

1 INTRODUÇÃO

Convidado a participar de um trabalho coletivo de análises sobre Políticas Públicas, aceitei o convite que me chegou exatamente na oportunidade em que estava lendo uma tese de doutorado, defendida na Universidade de Estrasburgo, em 2019. O tema da tese é o da Magistratura de Influência.⁹ Como professor aposentado, sempre interessado em estudar e acompanhar a evolução, lancei-me ao trabalho de situar aquele tema em conexão com várias outras leituras e pesquisas que venho fazendo. O presente artigo tem assim uma explicação contextual, mas pretende simplesmente ser uma provocação aos leitores.

Proponho-me a analisar a questão, primeiramente tendo em vista a exigência e provocação que um regime de economia de mercado nos propõe. Num segundo plano, focalizo a necessidade de utilização de novos instrumentos. Como exemplo desse posicionamento, focalizo a atuação das Agências Reguladoras – na terminologia francesa, Autoridades Administrativas Independentes - A análise da atuação das Agências, como independentes e especializadas, detentoras de uma expertise, se alia ao magistério do Supremo Tribunal Federal, que estimula a busca do aperfeiçoamento dos magistrados. A finalização do trabalho retorna ao ponto de origem, focalizando a função de alerta, de expertise, de informação, de promoção e de proposi-

8 Doutor em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da UFMG. Licenciado em Letras Neolatinas e Filosofia pela Faculdade Dom Bosco de Filosofia Ciências e Letras de São João del Rei. Professor Titular de Direito Econômico da Faculdade de Direito da UFMG (aposentado). Juiz Federal aposentado. Ex-Juiz do Trabalho. Ex-Conselheiro do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Professor Honoris Causa da Faculdade de Direito da Universidade de Uberaba – UNIUBE.

9 MOUCHETTE, Julien. *La Magistrature d'Influence des Autorités Administratives Indépendantes*. Préface de Patrick Wachsmann. Paris, L.G.D.J., 2019.

ção, que são sugestões básicas da tese de doutoramento de JULIEN MOUCHETTE, dando especial ênfase à **função de persuasão**.¹⁰

A complexidade trazida pelos problemas econômicos atuais faz a pergunta a respeito da adequação das políticas públicas a serem adotadas para encontrar soluções ou encaminhamentos que não são fornecidos pelos instrumentos tradicionais. Pierre Lascoumes e Louis Simard enfatizam que o interesse renovado pelo estudo dos instrumentos de ação pública deve-se, em primeiro lugar ao surgimento de desafios de política pública ou à sua reorientação; em segundo lugar, à verificação do crescimento de modelos neoliberais ou empresariais; e em terceiro lugar, se coloca como uma reação à dinâmica precedente do modelo intervencionista do “*comando e controle*”. Lembram eles uma correlação entre o pensamento norte-americano em obra coordenada por Lester M. Salamon e O. V. Elliott surgida em 2002, e o pensamento francês:

os trabalhos a partir das noções de “**instrumento de ação pública**” ou de “**tecnologias de governança**” conheceram recentemente um forte recrudescimento no espaço de cultura francesa, enquanto os trabalhos anglo-saxões realizam desde mais de quarenta anos uma reflexão contínua sobre o assunto. Testemunha disso, por exemplo é a obra coletiva de L.M. Salamon e O.V. Elliott surgida em 2002...¹¹

10 Este posicionamento de Julien Mouchette em sua tese, encontra raízes no pensamento de Gérard FARJAT. Em obra de 1963, FARJAT afirmava que “... se pode constatar que a direção das atividades contratuais é suscetível de revestir **formas múltiplas** e que o legislador dispõe de numerosas possibilidades técnicas, que lhe permitiram notadamente fazer uma escolha em função de preocupações de política geral”. E ainda: “A direção do contrato não implica necessariamente recurso à **construção**. Os poderes públicos podem tentar dirigir a atividade contratual provocando a **adesão voluntária dos particulares**... Será assim toda vez que o “conteúdo” contratual desejado pelo legislador poderá não se aplicar devido à oposição dos interessados, ou por falta de sua adesão voluntária. O legislador se limita a **propor**”. (o negrito não está no original). (FARJAT, Gérard. Pp. 200-202. L'Ordre Public Économique. Paris, LGDJ, 1963). Em 2004, referindo-se aos códigos de conduta privados, reitera seu pensamento: “... Em sua forma mais pura eles pertencem ao sistema moral. Não se regulamenta de uma forma abstrata, descreve-se um comportamento desejável, um modelo de comportamento. Eles bem ilustram a oposição entre a regra de direito e a regra moral; uma é um ‘comando sem réplica’, o outro age “pela **persuasão de um modelo**”. E nas conclusões já assinalava que o declínio do Estado na formação das normas “se acompanha cada vez mais pela ascensão de **influência** do sistema jurídico”. (*Pour un Droit Économique*. P. 117 e 193. 2004).

11 “Les travaux à partir de notions “d’instrument d’action publique” ou de “technologies de gouvernement” ont connu récemment une forte recrudescence dans l’espace francophone, alors que les travaux anglo-saxons entretiennent depuis plus de quarante ans une réflexion continue sur le sujet. En témoigne, par exemple, l’ouvrage collectif de L.M. Salamon et O. Elliott paru en 2002”. (LASCOUMES, Pierre ; SIMARD, Louis. L’action publique au prisme de ses instruments – Introduction. *Revue Française de Science Politique* 2011/1 (Vol. 61) p. 55 à 22).

Na introdução daquela obra, Lester M. Salamon observa que a complexidade dos problemas atuais não se compadece com a tradicional forma de solução das questões. Assim é que aquela obra “formula um contexto para lidar com o bem diferente estilo de solução dos problemas sociais. Chamado de **“nova governança”**, esta estrutura enfatiza a natureza colaborativa dos esforços modernos para solucionar as necessidades humanas, o uso generalizado de instrumentos de ação que envolvem sistemas complexos de atores públicos e privados, e a conseqüente necessidade de um estilo diferente de administração pública, e um tipo diferente de setor público, enaltecendo a colaboração e capacitação em lugar da hierarquia e controle”.¹²

Salamon propõe uma mudança de enfoque nos instrumentos que devem ser utilizados para a solução dos problemas:

Do comando e Controle para a Negociação e Persuasão

Ao enfatizar a mudança de programas desenvolvidos por agências públicas para uma ação cooperativa orquestrada por complexas redes, a **“nova governança”** também sublinha a necessidade de uma nova abordagem para a administração pública. Nisto também ela difere quer da tradicional administração pública quer das novas teorias de privatização. (...). Ainda que reforçando a necessidade contínua de um papel público ativo, contudo, a nova governança reconhece que o comando e o controle não são a abordagem administrativa apropriada no mundo das relações de rede que existe de forma crescente. Dada a generalizada interdependência que caracteriza, nenhuma entidade, incluído o Estado, está na posição de impor sua vontade sobre outros no correr do tempo. Sob estas circunstâncias, a negociação e a persuasão substituem o comando e o controle como abordagem administrativa preferida, não somente na elaboração de políticas, mas também em sua implementação.¹³

12 “... More than that, the book formulates a framework for coming to terms with the very different style of public problem solving that these different tools have made possible. Called **‘the new governance’**, this framework emphasizes the collaborative nature of modern efforts to meet human needs, the widespread use of tools of action that engage complex networks of public and private actors, and the resulting need for a different style of public management, and a different type of public sector, emphasizing collaboration and enablement rather than hierarchy and control.” (SALAMON, Lester M. et alii. *The Tools of Government: A Guide to the New Governance*. Kindle edition. Posição 68-75.

13 From Command and Control to Negotiation and Persuasion – In emphasizing the shift from programs run by public agencies to cooperative action orchestrated through complex networks, the **“new governance”** also underlines the need for a new approach to public management. In this also it differs from both traditional public administration and the new privatization theories. ... While stressing the continued need for an active public role, however, the new governance acknowledges that command and control are not the appropriate administrative approach in the world of networks relationships that increasingly exists. Given the pervasive interdependence that characterizes such networks, no entity, including the state, is in a position to enforce its Will on the others over the long run. Under these circumstances, **negotiation and persuasion** replace command and control as the preferred management approach, not only in the setting of policy but in carrying it out. ...” (SALAMON, Lester M. et alii. *The Tools of*

A perplexidade com que se defronta o administrador público ou o magistrado é comprovada pelo inciso VI do artigo 61 da Lei nº 12.529, de 2011. Depois de enumerar as restrições que podem ser impostas para garantir ou restituir a situação de concorrência no mercado, o legislador abre a possibilidade para a adoção de “**qualquer outro ato ou providência necessários** para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica”. Fica, assim, à discricção do julgador escolher os **outros instrumentos e providências** que julgue adequados.

Em artigo recente publicado em obra comemorativa dos cinco anos de vigência do Código de Processo Civil,¹⁴ relembrei o posicionamento de Alexis Jacquemin e de Guy Schrans sobre a importância de uma “magistratura econômica”,¹⁵ que ratificam posicionamento por eles assumido no Colóquio sobre a Magistratura Econômica, realizado em Gant, em 1975:

[...] o problema da magistratura econômica não é novo e vai além da perspectiva limitada de uma jurisdição a ser criada ou a ser transformada. No quadro dos conflitos que se multiplicam hoje entre os parceiros no seio da organização cada vez mais complexa da vida econômica, trata-se bem mais de promover diversos tipos de instituições que o direito habilita, em razão de sua competência e de sua independência, a intervir a título preparatório, consultivo ou decisório, para formular uma apreciação sobre uma situação econômica dada.¹⁶

Government: A Guide to the New Governance. Oxford University Press. KINDLE. Posição 14). A Lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017, veio justamente alterar a CLT para introduzir a **promoção do diálogo** entre a Comissão de Representantes dos empregados e o Empregador, para prevenir os litígios, buscar soluções para os conflitos e buscar soluções para os conflitos decorrentes da relação de trabalho, de forma rápida e eficaz, visando à efetiva aplicação das normas legais e contratuais (art. 510-B da CLT).

14 LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. Magistratura e Direito Econômico, p. 357-386. in *Avanços do Sistema de Justiça: os 5 anos de Vigência do Novo Código de Processo Civil*. OAB Editora, 2021.

15 JACQUEMIN, Alexis e SCHRANS, Guy. Éléments structurels d'une magistrature économique. *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 30e. année, nº 3, Juillet-Septembre, 1976, pág. 421-434.

16 “*Le problème de la magistrature économique n'est pas nouveau et dépasse la perspective limitée d'une juridiction à créer ou à transformer. Dans le cadre des conflits qui se multiplient aujourd'hui entre les partenaires au sein de l'organisation de plus en plus complexe de la vie économique, il s'agit bien davantage de promouvoir divers types d'institutions que le droit habilite, en raison de leur compétence et de leur indépendance, à intervenir à titre préparatoire, consultatif ou décisionnaire, pour formuler une appréciation sur une situation économique donnée*”. JACQUEMIN, Alexis & SCHRANS, Guy. Éléments structurels d'une magistrature économique, in *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 30e. année, nº 3. Juillet-Septembre 1976. Pág. 421-434. Ver a participação desses Autores em “*Actes du Colloque sur la Magistrature Économique*”, Oyez-Louvain. 1975. Existe um exemplar dessa publicação na Biblioteca da Câmara dos Deputados (com cópia na minha Biblioteca).

O envolvimento das questões econômicas pelo Direito trouxe nos anos recentes um esforço de “contextualização legislativa”, com a promulgação de leis que procuram afirmar a adoção de Políticas Públicas de real importância para a sociedade. Creio poder afirmar que a “crise” gerada pela Covid19 foi “fécunda” na gênese de diplomas legislativos geradores de instrumentos para a sociedade, principalmente do ponto de vista econômico. No período de 2019 a 2020 surgem leis importantes, valendo lembrar por ordem de data:

- Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 – sobre a política de dados.
- Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019 – Lei Geral das Agências Reguladoras.
- Lei nº 13.853, de 8 de julho de 2019 - que cria a ANPD – Agência Nacional de Proteção de Dados.
- Lei nº 13.874 - de 20 de setembro de 2019 - Lei da Liberdade Econômica.
- Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020 – que trata da Recuperação judicial, extrajudicial e falência do empresário e da sociedade empresária.

Permeando toda essa rede (network) legislativa, é importante ressaltar a edição da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, que, na esteira legislativa da União Europeia, veio sinalizar a importância dos “dados” como o novo petróleo do século XXI.¹⁷

Devemos então falar de um centro propulsor de significação jurídica, pelo que sugiro colocar a Lei nº 13.874, de 2019, como um “centro significativo, um eixo semântico que correlaciona todas as leis acima mencionadas.¹⁸ A ementa desta lei deixa clara a sua força contextual e significativa, colo-

17 Klaus Schwab chama a atenção para o papel desempenhado pelos dados para tomada de decisões: *“Leveraging big data will enable better and faster decision making in a wide range of industries and applications. Automated decision making can reduce complexities for citizens and enable businesses and governments to provide real-time services and support for everything from customer interactions to automated tax filings and payments”* (SCHWAB, Klaus. *The Fourth Industrial Revolution*. P. 184. World Economic Forum. Kindle edition. 2016

18 Quanto à Lei nº 13.874, de 2019, entendo que é ela um reforço necessário da Constituição de 1988. Mantenho a ressalva que fiz: Entendo que a Medida Provisória não era nem relevante nem urgente, e a Lei em que se converteu, serve para relembrar a todos que temos vigente no Brasil, desde 1988, um regime de Economia de Mercado, em que se garante a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da **livre iniciativa**, e o pluralismo político. Há um brocardo latino que diz: *“repetita juvant”*, as coisas repetidas ajudam. De tanto repetir, aprendemos. Era assim que nos valíamos das famosas “cartilhas”, ou até mesmo das “taboadas”. Tanto a Medida Provisória quanto a Lei, se necessárias fossem, poderiam resumir-se em um único artigo: *“todos devem ler, entender e pôr em prática a Constituição Federal de 1988”* (Liberdade de Iniciativa – Garantia da concorrência. In *Direito da Concorrência*. Organizadores Paolo Zupo Mazzucato e Danilo Ferraz Córdova. Belo Horizonte, Gláuks Edições Acadêmicas. 2020.

cando-se como centro ratificador do pensamento constitucional de relação de mercado, para adoção dos instrumentos de política pública destinados à implementação ética e humanista da quarta revolução industrial. A abrangência semântica, no sentido contextual pleno desta palavra, desse enunciado vem esclarecida no artigo 1º da Lei 13.874/2019:

Art. 1º Fica instituída a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, nos termos do inciso IV do caput do art. 1º, do parágrafo único do art. 170 e do caput do art. 174 da Constituição Federal.

§ 1º O disposto nesta Lei será observado na aplicação e na interpretação do direito civil, empresarial, econômico, urbanístico e do trabalho nas relações jurídicas que se encontrem no seu âmbito de aplicação e na ordenação pública, inclusive sobre exercício das profissões, comércio, juntas comerciais, registros públicos, trânsito, transporte e proteção ao meio ambiente.

2 AUTORIDADE ADMINISTRATIVA INDEPENDENTE

Em todo este contexto de Políticas Públicas, estabelecendo um paralelo com a Magistratura Econômica, e com base na edição da Lei Geral das Agências Reguladoras, endossando estudos recentemente realizados na França, proponho-me a analisar a ideia de uma Magistratura de Influência, reforçando o eixo semântico estabelecido pela Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019 e pela Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019 – Lei Geral das Agências Reguladoras.

Estas duas leis têm uma importância fundamental para a proteção da livre iniciativa e para o livre exercício da atividade econômica, garantindo um adequado funcionamento do mercado.

A Lei Geral das Agências Reguladoras prevê nos artigos 25 a 28 a competência de conhecimento e controle das atividades de mercado específicas, ao exigir das Agências que estejam atentas à promoção da concorrência e à eficácia na implementação da legislação de defesa da concorrência nos mercados regulados, devendo para isto atuar em estreita cooperação tanto entre elas como com os órgãos de defesa da concorrência.

A exigência de monitoramento e de acompanhamento das práticas de mercado dos agentes dos setores regulados traz consigo uma exigência de expertise específica para cada ramo de mercado monitorado. Por isso é que o processo de decisão da agência reguladora referente a regulação terá caráter colegiado (art. 7º), levando-se em conta os pressupostos de fato e de direito que determinarem suas decisões (art. 5º).

As decisões da Agência se revelam como originadas de uma exigência do interesse público e como destinadas a dar uma resposta que atenda tecnicamente à evolução e transformação das relações econômicas. Daí, seguindo diretrizes da OCDE, impõe a lei a realização de consulta pública, com a utilização de plataformas digitais, proporcionando a possibilidade da adoção de um processo colaborativo com os cidadãos, em lugar de uma medida que lhes seja imposta, como uma forma de reforçar a democracia ⁽¹⁹⁾. Esta exigência está estabelecida no artigo 9º da Lei nº 13.848, de 2019:

Art. 9º Serão objeto de consulta pública, previamente à tomada de decisão pelo conselho diretor ou pela diretoria colegiada, as minutas e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados.

§ 1º A **consulta pública** é o instrumento de apoio à tomada de decisão por meio do qual a sociedade é consultada previamente, por meio do envio de críticas, sugestões e contribuições por quaisquer interessados, sobre proposta de norma regulatória aplicável ao setor de atuação da agência reguladora.

A Lei Geral das Agências Reguladoras – Lei nº 13.848 – modifica o conteúdo da Lei nº 9.472, de 1997 – ANATEL, para introduzir no artigo 23 a exigência de especialização:

“Art. 23. Os membros do Conselho Diretor serão brasileiros e terão **reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de sua especialidade**, devendo ser indicados pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea “f” do inciso III do art. 52 da Constituição Federal, observado o disposto na Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000.” (NR).

Como veremos mais adiante, a independência de espírito é uma condição de um magistério de influência. Observa JULIEN MOUCHETTE que “por definição, o **magister** ou o “**mestre**” é uma pessoa que consegue a adesão à sua vontade **por seu prestígio e seu crédito social** e não pela constrição”.²⁰

Vale enfatizar também a coincidente lição de MARIE-ANNE FRISON-ROCHE: “Além disso, a autoridade administrativa independente não deve

19 “... Indeed, one of the central benefits of certain kinds of online platforms is that they have essentially created new public spaces where anyone with an Internet connection can participate. Online platforms therefore are giving a voice to those who previously had none (House of Lords, European Union Committee, 2015). These spaces, incidentally, have not only enabled new opportunities to speak one’s mind, but also to do many other speech-related things like campaigning for public office. (OECD. An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformations. P. 48. 2019).

20 Id. Ibid., Chapitre I, p. 55.

se comportar como um puro organismo normativo, mas acima de tudo como um **expert**, ou seja, ela deve fazer-se compreender na perspectiva do político, das empresas e da opinião pública, ser **pedagoga**".²¹

A França editou em 20 de janeiro de 2017 a Lei nº 2017-55, sobre o Estatuto Geral das Autoridades Administrativas Independentes e das autoridades Públicas Independentes. Antes da edição daquela lei, o Professor Julien Mouchette já havia defendido sua tese de doutorado, em novembro de 2016, intitulada "*La Magistrature d'Influence des Autorités Administratives Indépendantes*".²²

O artigo 9º da lei francesa enfatiza a independência dos membros da Autoridade. Devem eles exercer suas funções com dignidade, probidade e integridade e devem velar para prevenir ou para fazer cessar imediatamente todo conflito de interesses. No exercício de suas atribuições, não recebem nem solicitam instrução de nenhuma autoridade. Não devem tomar, a título pessoal, nenhuma posição pública prejudicial ao bom funcionamento da autoridade a que pertencem.²³

Bertrand du Marais já havia analisado, em obra de 2004, o movimento da implantação das Autoridades Administrativas Independentes, em obra de 2004, focalizando sua capacidade de expertise, pois ao "mesmo tempo independente e especializado, e que poderá melhor tomar em conta os impe-

21 "*En outre, l'autorité administrative indépendante ne doit pas se comporter comme un pur organisme normatif, mais davantage comme un expert, c'est-à-dire qu'elle doit se faire comprendre, du politique, des entreprises et de l'opinion publique, être pédagogue.*" (FRISON-ROCHE, Marie Anne. *Etudes dressant un bilan des autorités Administratives Indépendantes – Étude Établie pour le Rapport de l'Office Parlementaire d'Évaluation de la Législation, Patrice Géland, Les Autorités Administratives Indépendantes – Évaluation d'un objet juridique non-identifié*. Rapport A.N. n° 3166 et rapport Sénat, n° 404, 2006).

22 Article 1 – Les titres Ier à IV de la présente loi constituent le statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes dont la liste est annexée à la présente loi. Cf. MOUCHETTE, Julien. *La Magistrature d'Influence des Autorités Administratives Indépendantes*. Préface de Patrick Wachsmann. Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 2019, 691p.

23 Chapitre Ier : Déontologie des membres. Article 9. Les membres des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes exercent leurs fonctions **avec dignité, probité et intégrité** et veillent à **prévenir ou à faire cesser immédiatement** tout conflit d'intérêts, au sens de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique. Dans l'exercice de leurs attributions, les membres des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes **ne reçoivent ni ne sollicitent d'instruction d'aucune autorité**. Les membres des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes ne prennent, à titre personnel, aucune position publique préjudiciable au bon fonctionnement de l'autorité à laquelle ils appartiennent.

rativos técnicos do mercado do que o poder administrativo-político; a flexibilidade e capacidade de adaptação...”²⁴

O surgimento das Autoridades Independentes se verifica como um esforço para gerir os novos problemas através de novos sistemas de comunicação, por normas, por estratégias inovadoras, por mecanismos dinâmicos. Assume assim Julien Mouchette esse fenômeno como centro de sua tese de doutoramento:

O aparecimento das AAI na paisagem institucional no começo dos anos 80 corresponde a um período em que se renovam as práticas de poder. É neste período que se descobre a utilidade de noções tais como a magistratura de influência para resumir numa palavra o conjunto dos processos normativos que não decorrem nem do imperativo nem do contrato e que, entretanto, fazem agir os indivíduos. Naquele momento, se a realidade da influência exercida pelas autoridades é pouco contestável, a magistratura de influência nos seus diversos aspectos jurídicos permanece ainda pouco estudada. Assim, se o fenômeno das AAI ‘não é mais aquele inédito a cuja descoberta partiam os trabalhos doutrinários dos anos 1980’, os numerosos trabalhos universitários e outras produções doutrinárias que lhe são consagradas não esgotaram manifestamente, sobre este assunto, o campo de estudo.²⁵

A definição brasileira de Agências Administrativas coincide com a definição e com os conceitos proporcionados pelo Estatuto francês de 2017 sobre Autoridade Administrativa Independente.

24 MARAIS, Bertrand du. *Droit Public de la Régulation Économique*. P. 519. Paris, Presses de Sciences PO et Dalloz, 2004. Relembra o Autor os trabalhos de Stigler e Posner: STIGLER G.J. *The theory of Economic Regulation*, n° 2 (1), 1971, p. 3-21. POSNER, R. *Theories of Economic Regulation*. *Bell Journal of Economic and Bell Journal of Economic and Management Science*, n° 5 (2), 1974, p. 335-358.

25 “.... L'apparition des AAI dans le paysage institutionnel au début des années quatre-vingt correspond à une période où se renouvellent les pratiques de pouvoir. C'est à cette période que l'on redécouvre l'utilité de notions telle que la magistrature d'influence pour saisir d'un mot l'ensemble des procédés normatifs qui ne ressortent pas de l'impératif ni du contrat et qui font néanmoins agir les individus. À ce jour, si la réalité de l'influence exercée par les autorités est peu contestable, la magistrature d'influence dans ses divers aspects juridiques demeure encore peu étudiée. Ainsi, si le phénomène des AAI “n'est plus cet inédit à la découverte duquel partaient les travaux doctrinaux des années 1980”, les nombreux travaux universitaires et autres productions doctrinales qui lui sont consacrés n'ont manifestement pas épuisé, sur ce sujet, le champ d'étude. (MOUCHETTE, Julien. *La Magistrature d'Influence des Autorités Administratives Indépendantes*. P. 1-2. Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 2019.

3 A CONFORMIDADE COM A LEI – COMPLIANCE

Dentro desse contexto de inovação avassaladora, as qualidades que compõem o conceito de independência de uma Autoridade Administrativa Independente foram recentemente proclamadas pela Autoridade de Concorrência, que publica em 24 de maio de 2022 um novo documento-quadro sobre a CONFORMIDADE COM A LEI – COMPLIANCE. Vale a pena focalizar seus primeiros dois parágrafos, que sintetizam o fundamento filosófico do novo instrumento de governança:

A conformidade, termo já bem estabelecido na prática (igualmente com sua expressão inglesa de ‘compliance’) designa ao mesmo tempo um processo e um objetivo. O objetivo da conformidade consiste, para uma empresa, em defender valores e encorajar comportamentos virtuosos para plenamente respeitar as regras, notadamente as de concorrência. É um comportamento ético que favorece um funcionamento concorrencial livre e não deformado da economia e propicia para as empresas uma gestão otimizada dos riscos, quer sejam financeiros, quer de reputação. O termo conformidade remete, igualmente, a um processo interno criado de maneira permanente no próprio seio das empresas, e que se apoia notadamente sobre os “programas de conformidade”.

A conformidade designa, sob este aspecto, as ações internas colocadas em prática que visam difundir a cultura de concorrência, a assegurar o respeito das regras e a responsabilização dos atores econômicos a favor de uma concorrência baseada nos méritos. Os programas de conformidade se aplicam tanto para prevenir os riscos de infração às regras de concorrência quanto para detectar as infrações eventuais e para dar-lhes remédio. Eles são, além disso, encaminhados para evoluir na proporção das necessidades e das mudanças ocorridas. A conformidade combina, assim, três componentes: preventivo, curativo e evolutivo.²⁶

26 Tradução livre dos dois primeiros parágrafos: “La conformité, terme désormais bien ancré dans la pratique (également sous son nom anglais de « compliance ») désigne à la fois un processus et un objectif. L’objectif de la conformité consiste, pour une entreprise, à défendre des valeurs et encourager des comportements vertueux pour pleinement respecter les règles, notamment de concurrence. C’est une démarche éthique qui favorise un fonctionnement concurrentiel libre et non faussé de l’économie et permet pour les entreprises une gestion optimisée des risques, qu’ils soient financiers ou réputationnels. Le terme conformité renvoie, également, à un processus interne mis en place de façon permanente au sein même des entreprises, qui s’appuie notamment sur les « programmes de conformité ». ... La conformité désigne, à cet égard, les actions internes mises en place qui visent à diffuser la culture de concurrence, à assurer le respect des règles et la responsabilisation des acteurs économiques en faveur d’une concurrence basée sur les mérites. Les programmes de conformité s’appliquent aussi bien à prévenir les risques d’infraction aux règles de concurrence qu’à détecter les infractions éventuelles et à y remédier. Ils sont, en outre, amenés à évoluer au gré des besoins et des changements intervenus. La conformité combine, ainsi, trois composantes : préventive, curative et évolutive. (Autorité de la concurrence. Document-cadre du 24 mai 2022 sur les programmes de conformité aux règles de concurrence. Paris, L’Hebdo/

Podemos ver um paralelo entre o documento-quadro da Autoridade com dispositivos da Lei nº 12.529/2011, que enfatiza a perspectiva da identificação da prevenção e da potencialidade de dano ao equilíbrio nas relações de mercado, e num terceiro objetivo a repressão das infrações.

Assim é que o artigo 11 da Lei 12.529 diz competir aos Conselheiros do Tribunal (inciso IV) adotar medidas preventivas, fixando o valor da multa diária pelo seu descumprimento. Saliento que essas medidas têm um conteúdo substantivo, não se restringindo ao aspecto meramente processual. O artigo 13, ao discriminar a competência da Superintendência-Geral, no inciso VI, dispõe sobre a instauração e instrução de processo administrativo... para prevenção, apuração ou repressão de infrações contra a ordem econômica.

E nos incisos XIV e XV do artigo 13, se propõem as metas de “desenvolver estudos e pesquisas objetivando orientar a política de prevenção de infrações da ordem econômica; a de “instruir o público sobre as diversas formas de infração da ordem econômica e os modos de sua prevenção e repressão”. O **artigo 48**, ao tratar das diversas espécies de processo administrativo, dispõe que “esta Lei regula os seguintes procedimentos administrativos instaurados **para prevenção, apuração e repressão** de infrações à ordem econômica.

4 O DIREITO ECONÔMICO NO SÉCULO XXI

Em novembro de 2020 a Librairie Générale de Droit et Jurisprudence – LGDJ – lançou, sob a direção de Jean-Baptiste Racine, uma coletânea de artigos, intitulada “*Le Droit Économique au XXIe. Siècle – Notions et Enjeux*”. O primeiro parágrafo da Introdução daquela obra resume todo o direcionamento dos capítulos de que se compõe:

Falar do direito econômico no século XXI é ambicioso, senão desarrazado. Este século só tem vinte anos; ele está em sua juventude e seu futuro está ainda diante dele. Acrescenta-se a isto que o corte em séculos é forçadamente arbitrário e que não existe uma ruptura quando da passagem de um século a um outro. A ambição é outra, na realidade. A presente obra tem por objeto fazer um balanço do direito econômico hoje e tentar desenhar os caminhos futuros de evolução. O direito econômico tem um passado. Ele tem também, mais do que nunca, um futuro tanto as questões de que ele trata se tornaram essenciais na época contemporânea ⁽²⁷⁾.

Affaires – Wolters Kluwer. Droit Économique, 9 juin 2022). Vale ressaltar o documento da OCDE: “*What is Competition on the Merits?* - OECD Policy Brief, June 2006.

27 “*Parler du droit économique au XXIe. Siècle est ambitieux, sinon irraisonné. Ce siècle n’a que vingt ans: il est dans sa jeunesse et son avenir est encore devant lui. À ceci s’ajoute que le découpage en siècles est forcément arbitraire et qu’il n’y a jamais de rupture lors du passage d’un siècle à un autre. Le droit économique a un passé. Il a aussi, plus que jamais, un avenir tant les questions qu’il traite sont devenues essentielles à l’époque*

Para uma adequada visão do Direito Econômico no século XXI, necessário se faz excluir qualquer posição dogmática. Mesmo admitindo os posicionamentos de Escolas (que certamente contribuem para a focalização de determinados pontos), é imperioso aceitar que os fatos sociais e econômicos evoluem com o tempo, e será necessário dar-lhes sempre novas interpretações. Impõe-se aceitar que “o Direito Econômico é *“uma casa aberta, que acolhe quem quer que se interesse pelas relações direito/economia, com sua específica vertente de análise”*”⁽²⁸⁾.

O livro contém 31 capítulos versando sobre os temas mais atuais da realidade do Direito Econômico. Em um dos artigos, WALID CHAIEHLOUD focaliza o confronto entre o poder econômico privado e o poder econômico público, em que há uma participação nos poderes de *organização* e de *comando*:

Esta expansão da ordem privada econômica é principalmente o fruto da mundialização da economia que tem permitido com uma velocidade espantosa a eclosão de empresas de portes fenomenais e hegemônicos. Esta hegemonia perceptível através da concentração dos mercados, tem sido seriamente ampliada nestes últimos anos pelas inovações tecnológicas trazidas pela economia digital. Assim, da mesma forma que há leis europeias, francesas, americanas, chinesas, há igualmente hoje leis “Google”, leis “Amazon”, leis “Facebook” adotadas unilateralmente por estes poderes privados econômico e que se impõem a todos os seus utilizadores. É claro evidentemente, que este poder de editar leis privadas não é por elas reivindicado e as empresas evitam cuidadosamente toda ostentação sobre o tema. Algumas delas vão até mesmo ao ponto de negar a existência de um tal poder. Ora, a pudicícia dos poderes privados econômicos a respeito de seu poder normativo não basta para mascarar uma realidade: sua dominação....⁽²⁹⁾.

contemporaine”. RACINE, Jean-Baptiste. *Le Droit Économique au XXIe. Siècle – Notions et Enjeux. Introduction*. P. 9. Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 2020. 726p.

28 Id., *Ibid.*, p. 21. Cf. Também CRANE, Daniel A. Chicago, Post-Chicago, and Neo Chicago. In *The University of Chicago Law Review*. 2009. N° 76. P. 1911-1933.

29 “... *Cette expansion de l'ordre privé économique est principalement le fruit de la mondialisation de l'économie qui a permis à une vitesse faramineuse l'éclosion d'entreprises de tailles phénoménales et hégémoniques. Cette hégémonie, perceptible au travers de la concentration des marchés, a été sérieusement amplifiée ces dernières années par les innovations technologiques portées par l'économie numérique. Ainsi, de même qu'il y a des lois européennes, des lois françaises, américaines, chinoises, il y a également aujourd'hui des lois “Google”, des lois “Amazon”, des lois “Facebook” adoptées unilatéralement par ces pouvoirs privés économiques et qui s'imposent à tous leurs utilisateurs. Bien, évidemment, ce pouvoir d'édicter des lois privées n'est pas revendiqué et les entreprises évitent soigneusement toute ostentation sur le sujet. Certaines d'entre elles vont même jusqu'à nier l'existence d'un tel pouvoir. Or, la pudicité des pouvoirs privés économiques à l'égard de leur pouvoir normatif ne suffit pas à masquer une réalité: leur domination.*” (CHAIEHLOUD, Walid. *L'Ordre Public Économique. In Le Droit Économique au XXIe Siècle*, p. 531-532).

5 A ERA DIGITAL E A NECESSIDADE DE NOVOS INSTRUMENTOS

A era digital traz consigo a necessidade de atualização dos instrumentos de controle das relações de mercado. Essa necessidade de adoção de “novos instrumentos” é preconizada pelo legislador brasileiro desde 2011, com a edição da Lei nº 12.529, que “impõe” ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica, no intuito de viabilizar a concorrência no mercado, a adoção de “outros instrumentos”.

No artigo 61, a Lei dispõe que “o Tribunal determinará as restrições que podem ser adotadas no intuito de mitigar os eventuais efeitos nocivos do ato de concentração sobre os mercados relevantes afetados”. E, depois de uma enumeração de medidas, a Lei estabelece que, entre as medidas cabíveis, o Tribunal poderá impor “**qualquer outro ato ou providência necessários** para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica”.

Em publicação de 2011, Vito Tanzi já alertava que o futuro econômico do Estado não poderia ser visto exclusivamente em termos de impostos e gastos, e que “maior atenção deveria ser posta em **outros instrumentos de política**, mesmo que a monitoração de políticas venha se tornar mais difícil do que no passado. Estes **outros instrumentos** se tornaram muito mais importantes durante a crise econômica e financeira de 2008-2009... Sua importância se tornará provavelmente maior nos próximos anos.³⁰

Em recente publicação, Massimo Motta e Martin Peitz reconhecem a necessidade de intervenções oportunas e preventivas - “*timely and preventive*” - das Autoridades de Concorrência, e para isto sugerem a adoção de um “*Novo Instrumento de Concorrência*”:

Finalmente, baseados em nossa análise, podemos concluir que acreditamos que um Novo Instrumento de Concorrência que permita à Comissão Europeia conduzir investigações de mercado e impor sobre eles remédios, será um instrumento muito bem vindo que complementar os instrumentos atualmente disponíveis no direito da concorrência, que (como analisado na Seção 2) que nem sempre possibilitam corrigir situações em que o mercado não se comporte bem, frequentemente por razões que não dependem da conduta da empresa. O **Novo Instrumento de Concorrência** deverá ser concebido em termos os mais amplos possíveis, e a Comissão Europeia deverá ter a possibilidade de utilizá-lo em todos os setores da economia em que seja necessário, não somente nos mercados digitais.³¹

30 TANZI, Vito. *Government versus Markets – The Changing Economic Role of the State*. P. 308. Cambridge, Cambridge University Press, 2011.

31 “Finally, building on our analysis, we shall conclude that we believe that a New Competition Tool allowing the EC to conduct market investigations and impose remedies under them, would be a very welcome tool which would complement the currently available competition law tools, which (as argued in Section 2) do not always allow to redress situations in which the market does not perform well, often for reasons which do not depend on firms’ conduct. The NCT

A União Europeia, em março de 2019, publicou o Relatório solicitado por Margrethe Vestager e realizado por Jacques Cremer, Yves-Alexandre de Montjoye e Heike Schweitzer. Nele procuram “analisar como as **políticas de concorrência deverão evoluir** para continuar a promover uma inovação pro-consumidor na era digital”.³²

Em março de 2019, surge o Relatório Furman, reafirmando a preocupação com a **adequação dos instrumentos até então utilizados**, para a concretização da concorrência efetiva no mercado. Parte da verificação de que “os governos e reguladores estão em enorme desvantagem informacional relativamente às empresas de tecnologia”. E sugere uma abordagem pro-competitiva: “a conclusão central da análise é que a concorrência nos mercados digitais deverá ser sustentada e promovida com **uma nova abordagem**, conjuntamente com **os instrumentos essenciais** de concorrência convencional de controle da concentração e cumprimento da lei antitruste”.³³

Em outubro de 2020 os Estados Unidos, preocupados com a dominação de mercado da Apple, Amazon, Google e Facebook, publicam um Relatório sugerindo regras para a atualização do controle do mercado⁽³⁴⁾.

Frédéric Jenny comenta estas iniciativas, salientando que as Autoridades da concorrência estão sob forte pressão para decidir as questões de mercado perante o extraordinário sucesso de algumas empresas, procurando entender os desafios e caminhar para frente. Há uma concordância quanto à

should be designed in as broad terms as possible, and the EC should have the possibility to deploy it in all sectors of the economy where it could be needed, not just in digital markets (MOTTA, M. & PEITZ, M. Intervention Triggers and Underlying Theories of Harm – Expert Advice for the Impact Assessment of a New Competition Tool. European Commission, Directorate-General for Competition. Acessível em E-mail:comp-publications@ec.europa.eu. 2020).

32 Competition Policy for the Digital Era – Final Report, European Commission, 2019. Na Introdução, os Autores salientam a razão de ser de seu pronunciamento: “Commissioner Vestager has asked us to explore **how competition policy should evolve to continue to promote pro-consumer innovation in the digital age**. We structured our report as follows. First, we describe the digital world and what we see as the main ways in which markets function in the digital era (Chapter 2). We then outline our views of the goals of EU competition law in the digital era and the methodologies it should use (Chapter 3). Second, with this framework as background, we discuss the application of competition rules to platforms (Chapter 4) and data (Chapter 5), and we inquire whether European merger control **needs an update** (Chapter 6). We finally provide our conclusions. An important caveat at the outset: we make general suggestions, but of course digital services can be very diverse and the ways they compete require, as always under competition law, **a case-by-case analysis**.”

33 A pro-competition approach - The central conclusion of the review is that competition in digital markets should be sustained and promoted through a new approach, alongside the core conventional competition tools of merger control and antitrust enforcement. (FURMAN, Jason. Unlocking Digital competition – *Report of the Digital Competition Expert Panel*. United Kingdom. March 2019.

34 US House of Representative’s Judiciary Committee, 6 October, 2020.

inadequação ou insuficiente dos instrumentos atualmente disponíveis para tratar das questões de concorrência:

[...] a dificuldade não está nos parâmetros aplicados pelas Autoridades de Concorrência, mas com **os instrumentos** que elas usam para suas análises; mas que estes instrumentos precisam ser adaptados ou novos instrumentos precisam ser adotados.³⁵

Os estudos de Direito da Concorrência se lançam hoje numa tentativa de acompanhamento dos avanços da Era da Digitalização. A aplicação do Direito se vê diante de novos desafios, pois que os instrumentos tradicionais se revelam inadequados para a adoção de políticas públicas. Devem os operadores do Direito lançar-se à procura de novas opções de direção, que viabilizem efetivamente uma economia de bem-estar. São importantes a este respeito as ponderações de KLAUS SCHWAB:

Vamos juntos construir um futuro que funcione para todos, colocando o povo em primeiro lugar, fortalecendo-o e constantemente nos lembrando de que todas estas novas tecnologias são em primeiro lugar e acima de tudo instrumentos feitos pelo povo para o povo.

Vamos para isso tomar uma responsabilidade coletiva por um futuro em que a inovação e a tecnologia sejam centradas na humanidade e na necessidade de servir para o interesse público, e assegurar que nós as empreguemos para nos direcionar a todos nós para um desenvolvimento mais sustentável.³⁶

O modelo das plataformas, como observa Geoffrey G. Parker, deve ser adotado em todos os níveis de governo, possibilitando a participação e diálogo dos cidadãos e dos legisladores para que os processos de governança sejam transparentes, confiáveis, flexíveis e inovadores.³⁷

35 “... the difficulty is not with the standard applied by competition authorities but with the tools that they use for their analysis; that those tools need to be adapted or new tools need to be adopted” (JENNY, Frédéric. Competition Law Enforcement and Regulation for Digital Ecosystems: Understanding the Issues, Facing the Challenges and Moving Forward. *Concurrences – Revue des Droits de la Concurrence*. N° 3. 2021. P. 38-62.

36 “Let us together shape a future that works for all by putting people first, empowering them and constantly reminding ourselves that all of these new technologies are first and foremost tools made by people for people. Let us therefore take collective responsibility for a future where innovation and technology are centered on humanity and the need to serve the public interest, and ensure that we employ them to drive us all toward more sustainable development. (SCHWAB, Klaus. *The Fourth Industrial Revolution*. World Economic Forum. New York, Currency. 2016. KINDLE. Ebook ISBN 9781524758875, p. 164-165.

37 “So it’s understandable that ordinary citizens, along with well-intentioned legislators, elected officials, and civil servants, might be eager to apply the platform model to governments at all

Para exemplificar essa participação dialógica e cooperativa na formulação dos instrumentos de governança, gosto sempre de recorrer a uma conceituação-concreta de plataforma. Tomemos como exemplo uma “plataforma” de estrada-de-ferro, ou de metrô, em que os passageiros entram ou saem dos “trens”, ou ainda por um mercado municipal, em que os consumidores são provocados pelos anunciantes e vendedores, ou ainda por um anúncio de “classificados” em um jornal em que o leitor se põe em contato com vendedores e compradores.³⁸

Mas coloquemo-nos um pouco mais científicos, adotando a definição básica de Geoffrey G. Parker:

Vamos começar com uma definição básica. Uma plataforma é um negócio destinado a proporcionar interações criadoras-de-valor entre produtores externos e consumidores. A plataforma proporciona uma infraestrutura aberta e participativa para estas interações e fixa condições de governança para elas. A substancial finalidade da plataforma: concretizar encontros entre “utilizadores” e facilitar a troca de bens, serviços, ou riqueza social, e assim propiciando a criação de valor para todos os participantes.³⁹

A Revolução das Plataformas nos mostra que a tecnologia e o sistema econômico em sua totalidade não nos podem deixar perder de vista sua finalidade última. Todo este arcabouço tem por finalidade incentivar o potencial humano e criar uma sociedade em que cada um tenha a oportunidade de viver uma vida rica, plena, criativa e abundante. Compete a cada um de nós desempenhar a nossa parte para a concretização desse ideal humano. Assim como Jesus Cristo disse que veio para tenhamos vida e a tenhamos em abun-

levels. Making government processes as transparent, responsive, flexible, user-friendly, and innovative as a well-designed and well-managed platform would be an enormous blessing to the country and could go a long way toward alleviating the cynicism and negativity with which many citizens currently view government. (PARKER, Geoffrey G.; VAN ALSTYNE, Marshall W.; CHOUDARY, Sangeet Paul. *Platform Revolution – How Networked Markets are Transforming the Economy – And How to Make Them Work for You*. P. 281. New York-London, W.W. Norton & Company, KINDLE edition. 2016).

38 “If you look at shopping malls more closely, though, you’ll see they are multisided platforms that connect shoppers and retailers”. Matchmakers: The New Economics of Multisided Platforms. EVANS S. David & SCHMALENSEE, Richard. Kindle edition. P. 24. Boston, Harvard Business Review Press, 2016.

39 Tradução livre: “Let’s start with a basic definition. A **platform** is a business based on enabling value-creating interactions between external producers and consumers. The platform provides an open, participative infrastructure for these interactions and sets governance conditions for them. The platform’s overarching purpose: to consummate matches among users and facilitate the Exchange of goods, services, or social currency, thereby enabling value creation for all participants. (Platform Revolution, Kindle ed. P. 5 de 336).

dância, assim também as obras de Deus têm por finalidade proporcionar vida, e vida em abundância.⁴⁰

Sobre o tema de inovação dos instrumentos para adequação à realidade política e econômica, vale ressaltar duas publicações recentes: o Relatório da Federal Trade Commission para o Congresso americano, em 16 de junho de 2022,⁽⁴¹⁾ e publicação recente da Concurrences: Rulemaking Authority of the US Federal Trade Commission⁽⁴²⁾.

6 NECESSIDADE IMPERIOSA DE ATUALIZAÇÃO

O Supremo Tribunal Federal, em decisão histórica de 28 de maio de 2019, reconhece a falta de expertise do Judiciário para decidir as questões relativas ao Direito da Concorrência e deixa claramente um incitamento para a modernização.

O domínio das questões relativas ao comportamento de mercado deve ser adquirido a partir dos estudos realizados e aprofundados nas Faculdades de Direito e de Economia, para que daqui a alguns anos uma nova decisão do Supremo Tribunal possa reconhecer que os Tribunais são detentores de uma expertise “para o controle jurisdicional das escolhas políticas e técnicas subjacentes à regulação econômica, bem como de seus efeitos sistêmicos”.

A decisão do Supremo Tribunal Federal no Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 1.083.955 D.F. pode ser vista como uma crítica. Vejo-a mais como uma incitação, um estímulo para acompanhar a realidade econômica em evolução esfuziante. Em sua Ementa sintetiza todo o teor e provocação do pensamento da Corte:

1. A capacidade institucional na seara regulatória, a qual atrai controvérsias de natureza acentuadamente complexa, que demandam tratamento

40 No Evangelho de João está escrito: “*Veni ut vitam habeant, et abundantius habeant (Jo. 10,10)*. Nesta linha de pensamento, expressa-se Geoffrey PARKER: “We hope that, in this book, we’ve provided abundant evidence to document our belief that the platform Revolution is indeed transforming our world in a host of significant and exciting ways. But there’s one thing the platform Revolution will not change – **namely**, the ultimate goal that technology, business, and the entire economic system need to serve. The purpose of all these human constructs should be the unlocking of individual potential and the building of a Society in which everyone has the opportunity to live a rich, fulfilling, creative, and abundant life. It’s up to all of us – business leaders, professionals, working people, policy-makers, educators, and ordinary citizens – to play our part in making sure that the platform Revolution brings us closer to that objective. (Id., Ibid. Kindle ed. P. 287-288 de 336).

41 *FEDERAL TRADE COMMISSION. Combatting Online Harms Through Innovation*. Federal Trade Commission / Report to Congress. June, 2022.

42 *Concurrences – Antitrust Publications & Events. This book was presented at the «Rulemaking Authority of the US Federal Trade Commission» Conference, on 27 June, 2022 in Washington, D.C.*

especializado e qualificado, revela a reduzida expertise do Judiciário para o controle jurisdicional das escolhas políticas e técnicas subjacentes à regulação econômica, bem como de seus efeitos sistêmicos.

2. O dever de deferência do Judiciário às decisões técnicas Supremo Tribunal Federal adotadas por entidades reguladoras repousa na (i) falta de expertise e capacidade institucional de tribunais para decidir sobre intervenções regulatórias, que envolvem questões policêntricas e prognósticos especializados e (ii) possibilidade de a revisão judicial ensejar efeitos sistêmicos nocivos à coerência e dinâmica regulatória administrativa.

3. A natureza prospectiva e multipolar das questões regulatórias se diferencia das demandas comumente enfrentadas pelo Judiciário, mercê da própria lógica inerente ao processo judicial. [...]

8. A atividade regulatória difere substancialmente da prática jurisdicional, porquanto: 'a regulação tende a usar meios de controle ex ante (preventivos), enquanto processos judiciais realizam o controle ex post (dissuasivos); (...) a regulação tende a utilizar especialistas (...) para projetar e implementar regras, enquanto os litígios judiciais são dominados por generalistas' (POSNER, Richard A. 'Regulation (Agencies) versus Litigation (Courts): an analytical framework'. In: KESSLER, Daniel P. (Org.), Regulation versus litigation: perspectives from economics and law. Chicago, The University of Chicago Press, 2011, p. 13).

Este posicionamento deve ser confrontado com o item 85 da Diretiva nº 2019/1023. Esta Diretiva parte do reconhecimento da inovação avassaladora que vem ocorrendo nos diversos setores da realidade econômica.⁴³

A Comissão Europeia, com esta Diretiva, traça um direcionamento para os estudiosos e aplicadores do Direito em toda sua amplitude, mas especificamente do Direito Econômico, sinalizando que as Autoridades Judiciais e Administrativas devem acompanhar essa mudança, adquirindo a expertise necessária para o enfrentamento dessas novas realidades. Assim é que seu “considerando” nº 85 preceitua:

Por último, atendendo aos mecanismos de cooperação reforçada entre os órgãos jurisdicionais e os profissionais nos processos transfronteiriços, criados ao abrigo do Regulamento (EU) 2015/848, **o profissionalismo de todos os intervenientes tem que atingir níveis elevados e comparáveis em toda a União**. Para realizar esses objetivos, os Estados-Membros deverão assegurar que **os membros das autoridades judiciais e administrativas** que tratam de processos relativos à reestruturação pre-

43 Diretiva (UE) 2019/1023 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019, sobre os regimes de reestruturação preventiva, o perdão de dívidas e as inibições, e sobre as medidas destinadas a aumentar a eficiência dos processos relativos à reestruturação, à insolvência e ao perdão de dívidas, e que altera a Diretiva (UE) 2017/1132 (Diretiva sobre reestruturação e insolvência).

ventiva, à insolvência e ao perdão de dívidas tenham formação adequada e possuam os conhecimentos especializados necessários ao exercício das suas responsabilidades. Essa formação e esses conhecimentos especializados poderão igualmente ser adquiridos durante o exercício das funções enquanto membros das autoridades judiciais ou administrativas ou, antes da nomeação para o exercício dessas funções, durante o exercício de outras funções pertinentes.

A Diretiva deixa evidente que a disruptiva evolução econômica exige dos cultores e dos aplicadores do Direito uma constante atualização, para atender aos reclamos da realidade pós-moderna que tanto se impõe e se alardeia. O item 85 da Diretiva exige que os membros da autoridade judicial tenham formação adequada ou, se não a têm, que a adquiram durante o exercício de suas funções.

Há que levar em conta a exigência constitucional de notável saber jurídico, constante do artigo 101 da Constituição Federal, e do artigo 2º da Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979. E é também a própria Constituição Federal inclui, desde 1988, esta exigência de atualização, verbis:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...]

IV previsão de cursos oficiais de preparação e aperfeiçoamento de magistrados como requisitos para ingresso e promoção na carreira.

Por outro lado, as garantias constitucionais da Magistratura (art. 95 C.F.) são de tal ordem a assegurar grau de independência que não é outorgado aos membros do Tribunal do CADE, especificamente a possibilidade de não ter a renovação de seu mandato. Como consta do § 1º do artigo 6º da Lei nº 12.529, de 2011, “O mandato do Presidente e dos Conselheiros é de 4 (quatro) anos, não coincidentes, vedada a recondução”.

Refletindo sobre esta necessidade de atualização e acompanhamento das exigências provocadas pela realidade social e econômica, publiquei recentemente, pela plataforma WebAdvocacy, em fevereiro de 2022, um artigo em que esta questão é proposta:

A nova realidade, que assalta a humanidade do século 21, é objeto da conclusão humanística do livro “Platform Revolution”. Como enfatizam os autores, a **história** mostra que se passaram várias gerações para as sociedades ocidentais darem respostas efetivas aos deslocamentos e abusos decorrentes da Revolução Industrial de inícios dos séculos XVIII e XIX. Da mesma forma, as sociedades contemporâneas levarão tempo para imaginar o que terão que fazer para dar uma resposta adequada às mudanças

econômicas, sociais e de poder político que estão sendo provocadas pela revolução das plataformas.⁴⁴

O Conselho Nacional de Justiça, com a Resolução nº 423, de 5 de outubro de 2021, dá um passo fundamental para a exigência de atualização dos Magistrados. Considerando a unicidade do Poder Judiciário, considerando a *crescente interdisciplinaridade que é exigida dos magistrados* na atuação jurisdicional e levando em conta *a transformação pela qual passa a humanidade*, dispõe a Resolução que possa a ser exigido dos candidatos à Magistratura o conhecimento e domínio de questões relativas ao *Direito Digital*, à *Análise Econômica do Direito*, à *Racionalidade Econômica com sua repercussão na Eficiência processual*. Passam a ser exigidas noções gerais de contratos inteligentes, de blockchain, de algoritmos. Exige-se o domínio da proteção de dados pessoais, com conhecimento específico da Lei Geral de Proteção de Dados.⁴⁵

Releva observar que o estudo destes novos temas exige um conhecimento atualizado do Direito norte-americano e do Direito europeu. A interdisciplinaridade no Direito tem forçosamente uma perspectiva de internacionalidade, de globalização e de inovação. Ou seja, passa-se a exigir da Magistratura que se insira no contexto humanístico e substancial do Direito moderno, superando as meras preocupações processuais e formais.

Aliando-se a este pensamento, o IBRAC se lança nesta mesma linha de pensamento e ação: “... a tecnologia e os mercados digitais vêm remodelando a realidade há já algum tempo, e impondo questionamentos essenciais às autoridades de concorrência, às empresas, aos advogados e economistas, e para a Academia em todo o mundo...”⁽⁴⁶⁾.

44 Tradução livre: “History shows that it took generations for Western societies to develop effective responses to the dislocations and abuses associated with the Industrial Revolution of the eighteenth and nineteenth centuries. ... In the same way, it will take time for contemporary societies to figure out what they need to do to respond appropriately to the shifts in economic, social, and political power being generated by the platform revolution. ...” PARKER, Geoffrey G. et alii. *Platform Revolution – How networked markets are transforming the economy and how to make them work for you*. New York, W.W. Norton Company. KINDLE, pág. 287 de 336.

45 Essa exigência de atualização está sendo posta em prática por vários tribunais do País, Segundo informação do Secretário-Geral do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Valter Shuenquener, criando-se a Plataforma Digital do Poder Judiciário (PDPJ). “o PDPJ é um ambiente digital, em nuvem, que funcionará como um repositório de novas soluções tecnológicas, que estão disponíveis para serem usadas por todos” (Revista da AMB Associação dos Magistrados Brasileiros, p. 15. 2022).

46 Tradução livre de parte do texto: “Technology and digital markets have been reshaping the reality for a while now, and posing essential questions to competition authorities, companies, private lawyers and economists, and the academia all over the world. Should the goals of antitrust be revisited? Should existing competition analysis, tests and tools be redesigned? What could be seized from existing laws, regulation, and precedents? Which mergers are most likely to be challenged in the future, which conducts are most likely to be investigated? What would be the priorities of competition authorities? Would judicial claims increase in Brazil? How would institutional coordination and international cooperation look like in the next years?”

Esta deficiência de expertise pode ver-se também alhures, pois em fevereiro de 2019, o Tribunal Federal de Concorrência da Alemanha (Bundeskartellamt) decidiu o processo “Facebook”, em que se podem apontar duas posições paralelas com as adotadas pelo Supremo Tribunal Federal:

Falta de expertise: “... contudo, ainda que o poder de mercado possa ser estabelecido como um critério, há ainda uma **falta de expertise e de instrumentos** das autoridades de proteção de dados para analisar os problemas de concorrência e para aplicação dos remédios apropriados”

Falta de cooperação: “...é cada vez mais evidente que **uma cooperação** entre agências que aplicam o direito da concorrência, o direito de proteção de dados, e o direito do consumidor possa ser muito proveitosa”.

Possibilidade de colaboração: “A colaboração entre as autoridades de concorrência e de proteção de dados é possível em formas diferentes”.⁴⁷

7 ANTITEXTUALISMO E JURISPRUDÊNCIA

A visão do Direito Econômico está hoje impregnada pela perenidade do pensamento de Oliver Wendell Holmes, expressado na primeira edição de seu “Common Law”, em 1881:

A vida do direito não tem se pautado pela lógica; ela é fruto da experiência. As regras pelas quais a sociedade deve governar-se não se deduzem por um silogismo. Deve-se levar em conta a história de uma nação. A substância do direito se conforma pelas lições do passado e pelas exigências do mundo atual.⁴⁸

(GONÇALVES, Priscila Brolio coord. *The Future of Antitrust*. São Paulo, IBRAC – Editora Singular, 2018).

⁴⁷ “however, even if market power can be established as such a criterion, there is still **a lack of expertise and instruments** of data protection authorities for analysing competition problems and implementing appropriate remedies”.... “it is increasingly apparent that cooperation between agencies that enforce competition law, data protection law, and consumer law might be very helpful” ... “Collaboration between competition and data protection authorities is possible in different ways.. KERBER, Wolfgang; ZOLNA, Karsten K. *The German Facebook case: the law and economics of the relationship between competition and data protection law*. In *European Journal of Law and Economics*. 17 March 2022.

⁴⁸ “The life of the law has not been logic: it has been experience. The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men, have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed. The law embodies the story of a nation’s development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics. In order to know what it is, we must know what it has been, and what it tends to become. We must alternately consult history and existing theories of legislation. But the most difficult labor will be to understand the combination of the two into new products at every stage. The substance of the law at any given time pretty nearly corresponds, so far as it goes, with what is then understood to be convenient; but its

8 A MAGISTRATURA DE INFLUÊNCIA

Como conclusão das considerações até agora feitas, convém retornar ao ponto de partida. A leitura da tese de Julien Mouchette se articula com uma proposta de conceituação de magistratura de influência. Na Introdução, como justificativa de toda a sua pesquisa, descreve o seu projeto:

O conceito de magistratura de influência, na medida em que designa lato sensu um ofício público cujo princípio de ação consiste em exercer o poder de forma não coercitiva, envolve, portanto, o conjunto das manifestações de influência de um órgão público, quando este último recorre a procedimentos de persuasão, de incitação ou mobiliza meios de pressão. Este conceito coloca o embasamento não somente na eficácia da ação (o poder efetivamente exercido) quanto sobre a maneira em que o resultado é adquirido, isto é o conjunto dos mecanismos apropriados para exercer influência⁴⁹

Após o longo e profundo estudo desenvolvido em sua tese de doutoramento, propõe uma definição que entende mais precisa:

Na conclusão deste trabalho, uma definição precisa em direito público pode ser proposta: a magistratura de influência é o ofício exercido por uma instituição independente que persegue um interesse público específico e cujos meios postos em prática para o promover excluem por princípio o uso da constrição [...].⁵⁰

Em apoio de sua conclusão, invoca decisões recentes do Conselho de Estado – ambas de 21 de março de 2016 – que participam necessariamente da definição jurídica da magistratura de influência.⁵¹

A evolução do Direito Econômico, em sintonia com o desdobramento no século XXI de uma economia de mercado numa era digital foi magistralmente exposta por Gérard Farjat, em 2004, enfatizando a necessidade

form and machinery, and the degree to which it is able to work out desired results, depend very much upon its past” (HOLMES, Oliver Wendell. *The Common Law*. Preface. February 8, 1881. Edited by Mark DeWolfé Howe. Boston, Little Brown and Company, 1963)

49 MOUCHETTE, Julien. Ob. Cit. p. 25. *La Magistrature d’Influence des Autorités Administratives Indépendantes*. Préface de Patrick Wachsmann. N. 28, pág. 25. Paris, LGDJ. 2019.

50 MOUCHETE, J. Ob. Cit. N. 1042, p. 616.

51 MOUCHETTE, J. Ob. Cit. N. 1047, p. 619. Cf. decisões nos processos: “Conseil d’État, sociétés Fairvesta International GmbH, Fairvesta Europe AG, Fairvesta Europe AG II et Fairvesta Vermögensverwaltung International AG tendant à l’annulation pour excès de pouvoir de **communiqués** publiés par l’**Autorité** des marchés financiers”. E ainda no processo: “la société NC Numericable demande au Conseil d’État d’annuler la délibération de la commission permanente de l’**Autorité** de la concurrence du 23 mars 2015”.

de adoção de novos instrumentos de política econômica. O pensamento do Supremo Tribunal Federal acima exposto, é uma provocação para todos os envolvidos no acompanhamento da nova realidade – Professores, Administradores, Magistrados, Dirigentes de Empresas - uma atualização constante no desenvolvimento de novos instrumentos.

O século XXI exige dos estudiosos do Direito uma visão de análise econômica e social para percepção contextual de uma renovação da ação pública e dos instrumentos necessários à realização do bem estar dos consumidores, com uma apreensão dos valores humanos.

Não posso deixar de homenagear, na data de entrega deste artigo, 8 de julho, a minha esposa Anna Lúcia, pelos nossos 57 anos de matrimônio, com o acompanhamento amoroso e incentivador dos meus trabalhos.

REFERÊNCIAS

- CHAIHLOUD, Walid. L'Ordre Public Économique. In *Le Droit Économique au XXI Siècle*, p. 531-532.
- CRANE, Daniel A. Chicago, Post-Chicago, and Neo Chicago. In *The University of Chicago Law Review*. 2009. N° 76. P. 1911-1933.
- EVANS S. David & SCHMALENSEE, Richard. Kindle edition. P. 24. Boston, Harvard Business Review Press, 2016.
- FARJAT, Gérard. Pp. 200-202. *L'Ordre Public Économique*. Paris, LGDJ, 1963.
- FURMAN, Jason. Unlocking Digital competition – *Report of the Digital Competition Expert Panel*. United Kingdom. March 2019.
- GONÇALVES, Priscila Brolio coord. *The Future of Antitrust*. São Paulo, IBRAC – Editora Singular, 2018.
- HOLMES, Oliver Wendell. *The Common Law*. Preface. February 8, 1881. Edited by Mark DeWolfe Howe. Boston, Little Brown and Company, 1963.
- JACQUEMIN, Alexis e SCHRANS, Guy. Éléments structurels d'une magistrature économique. *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 30e. année, n° 3, Juillet-Septembre, 1976.
- JENNY, Frédéric. Competition Law Enforcement and Regulation for Digital Ecosystems: Understanding the Issues, Facing the Challenges and Moving Forward. *Concurrences – Revue des Droits de la Concurrence*. N° 3. 2021. P. 38-62.
- KERBER, Wolfgang; ZOLNA, Karsten K. *The German Facebook case: the law and economics of the relationship between competition and data protection law*. In *European Journal of Law and Economics*. 17 March 2022.

- LASCOUMES, Pierre ; SIMARD, Louis. *L'action publique au prisme de ses instruments – Introduction. Revue Française de Science Politique* 2011/1 (Vol. 61)
- LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. Magistratura e Direito Econômico, p. 357-386. In **Avanços do Sistema de Justiça: os 5 anos de Vigência do Novo Código de Processo Civil**. OAB Editora, 2021.
- Liberdade de Iniciativa – Garantia da concorrência. In **Direito da Concorrência**. Organizadores Paolo Zupo Mazzucato e Danilo Ferraz Córdova. Belo Horizonte, Gláuks Edições Acadêmicas. 2020
- MARAIS, Bertrand du. *Droit Public de la Régulation Économique*. P. 519. Paris, Presses de Sciences PO et Dalloz, 2004. Relembra o Autor os trabalhos de Stigler e Posner: STIGLER G.J. *The theory of Economic Regulation*., nº 2 (1), 1971, p. 3-21. POSNER, R. Theories of Economic Regulation. *Bell Journal of Economic and Management Science*, nº 5 (2), 1974.
- MOUCHETTE, Julien. *La Magistrature d'Influence des Autorités Administratives Indépendantes*. Préface de Patrick Wachsmann. Paris, L.G.D.J., 2019.
- PARKER, Geoffrey G.; VAN ALSTYNE, Marshall W.; CHOUDARY, Sangeet Paul. *Platform Revolution – How Networked Markets are Transforming the Economy – And How to Make Them Work for You*. P. 281. New York-London, W.W. Norton & Company, KINDLE edition. 2016.
- RACINE, Jean-Baptiste. *Le Droit Économique au XXIe. Siècle – Notions et Enjeux. Introduction*. P. 9. Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 2020.
- SALAMON, Lester M. et alii. *The Tools of Government: A Guide to the New Governance*. Oxford University Press. KINDLE. Posição 14.
- SCHWAB, Klaus. *The Fourth Industrial Revolution*. P. 184. World Economic Forum. Kindle edition. 2016.
- TANZI, Vito. *Government versus Markets – The Changing Economic Role of the State*. P. 308. Cambridge, Cambridge University Press, 2011.

3

A POLÍTICA PÚBLICA DE DEFESA DO CONSUMIDOR E O FENÔMENO DO SUPERENDIVIDAMENTO

*Lílian Maciel Santos⁵²
André Moreira Storck Nunes⁵³*

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As diversas dificuldades e problemas que afligem uma sociedade organizada exigem abordagem e enfrentamento pelo poder público constituído, o qual o faz mediante a elaboração de um conjunto de estratégias, decisões e, por fim, de ações com fins a corrigir ou, ao menos, sanar parcialmente as referidas questões postas pelo interesse público.

O conjunto de estudos e medidas estatais para enfrentar determinado desafio social é denominado de política pública. No Brasil, as políticas públicas devem ser instituídas a partir de balizas erigidas, em primeiro lugar, pela Constituição da República e, depois, pela legislação que a seu turno também observa os princípios estatuídos por aquela. A elaboração de uma política pública também deve considerar os anseios e prioridades contemporâneas da sociedade como um todo, que muitas vezes cobra incisiva atuação do poder público quando percebe a incapacidade dos agentes do livre mercado de promover determinados bens da vida ou equacionar algumas das agruras enfrentadas pelos cidadãos.

Um dos desafios atualmente enfrentados pela sociedade brasileira, decorre da intensa expansão do crédito ao consumidor, em especial após a popularização, nos últimos anos, da modalidade de crédito denominada de empréstimo consignado. Embora o crédito, em um primeiro momento,

⁵² Desembargadora no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG (2001). Professora na Faculdade Milton Campos e Superintendente Adjunta da Escola Judicial Des. Edésio Fernandes (EJEF-TJMG). (gab.lilianmaciel@tjmg.jus.br)

⁵³ Assessor Judiciário no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG). Mestrando em Instituições Sociais, Direito e Democracia (Universidade FUMEC), Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera (2016). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG (2012). (andre.storck@tjmg.jus.br)

constitua um importante instrumento para o desenvolvimento da qualidade de vida dos cidadãos, – permitindo imediata aquisição de bens e produtos, ou o empreendimento de construções e benfeitorias, sem a necessidade de se aguardar por diversos anos de formação de uma poupança – o crédito também pode ensejar um fenômeno indesejado, conhecido como superendividamento e que periclita o mínimo existencial das famílias atingidas.

Nesse contexto, foi aprovada a Lei Federal nº 14.181, que entrou em vigor em 02 de julho de 2021, e ficou conhecida como “Lei do Superendividamento”. O referido diploma normativo estabeleceu as balizas de uma política pública de enfrentamento ao problema do endividamento excessivo do consumidor, criando normas que alteram o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto do Idoso, visando aperfeiçoar a disciplina do crédito oferecido no mercado e prevenir o superendividamento.

Por outro lado, o Poder Público reiteradamente tem ampliado via Decretos as margens consignáveis dos salários dos trabalhadores, tanto do setor público, quanto do setor privado. Também tem se observado uma pressão governamental constante para ampliar os gastos do setor público, o que aumenta o endividamento do Estado e pressiona para cima a taxa de juros básica da economia (SELIC), agravando o quadro endividamento das famílias.

Questiona-se, assim, a efetividade da alegada política pública de enfrentamento do superendividamento diante das aparentes contradições observadas nas ações governamentais, bem como diante das normas e instrumentos de pouca expressividade prática criados pela Lei Federal nº 14.181/2021.

De se ressaltar que o presente artigo não objetiva fazer a análise do superendividamento com base no procedimento extrajudicial e judicial previsto na lei em comento. A proposta é verificar se as ações tomadas pelo poder público, no contexto da nova política econômica de combate ao endividamento em massa, tem sido coerente, coesa e eficaz.

2 LOCUS CONSTITUCIONAL

O art. 170 da Constituição Federal de 1988 ao inaugurar o título referente à ordem econômica e financeira traz valores e princípios regentes que servem de diretrizes para o desenvolvimento da atividade econômica no Brasil.

Assim, o artigo preconiza que a ordem econômica deve valorizar o trabalho, a livre iniciativa, mas deve ter por escopo propiciar a todos uma existência digna. A dignidade da pessoa humana torna-se o fiel da balança entre a propriedade privada e sua função social; a livre concorrência e a defesa do consumidor; o crescimento econômico e a redução das desigualdades sociais.

A escolha pelo constituinte desse aspecto social traça a forma de atuação e os limites a todos os atores da ordem econômica.

Em comentário ao supratranscrito art. 170, o doutrinador André Ramos Tavares, assim se posiciona:

Além daqueles princípios fundamentais – livre iniciativa e valor social da iniciativa humana – enumerados em seu caput, o art. 170 das Constituições relaciona em seus nove incisos os princípios constitucionais da ordem econômica, afirmando que esta tem por fim assegurar a existência digna, conforme os ditames da justiça social, respeitados os seguintes princípios: soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país. Estes princípios perfazem um conjunto cogente de comandos normativos, devendo ser respeitados e observados por todos os “Poderes”, sob pena de inconstitucionalidade do ato praticado ao arrepio de qualquer deles. Portanto, serão inadmissíveis (inválidas) perante a ordem constitucional as decisões do Poder Judiciário que afrontarem estes princípios, assim como as leis e qualquer outro ato estatal que estabelecer metas e comandos normativos que, de qualquer maneira, oponham-se ou violem tais princípios. (TAVARES, 2003, p. 134).

O Estado assume esse papel intervencionista em função de uma necessidade histórica, uma vez que o modelo liberal minimamente intervencionista nas relações entre particulares, apesar de democratizar a possibilidade de ascensão econômica para todos, independente de favores ou autorização do Estado, revelou-se incapaz de beneficiar os menos favorecidos em termos socioeconômicos.

É um Estado que passa a ser adjetivado de “Estado do bem-estar social”, justamente porque, ao mesmo tempo em que valoriza o trabalho, a livre iniciativa, a livre concorrência, permitindo o desenvolvimento e o enriquecimento do particular, determina que todo esse agir contemple também a coletividade promovendo o bem-estar geral.

Esse intervencionismo moderno surge para regular a economia, visando coibir abusos por parte do mercado, para que sejam garantidas as condições de sobrevivência de toda a população. A intervenção é, portanto, um limitador para o uso e gozo dos bens e riquezas particulares de forma puramente individualística por aqueles que os detém. Permite-se a obtenção de lucro – próprio de uma sociedade capitalista – mas inaugura uma nova esfera de avaliação das repercussões da atividade econômica do particular, uma vez que deverá observar também os direitos fundamentais e não violar os princípios garantidos pela Lei Maior.

Essa mudança do paradigma estatal ocorre em conjunto com o advento do neoconstitucionalismo. Nesse novo modelo, os princípios não apenas condensam valores, mas são dotados de força normativa. De há muito deixaram de ser meros vetores hermenêuticos, suprimindo as lacunas nos casos omissos da lei. Assim, a atividade econômica deve se pautar sobre esses princípios norteadores sob pena de incorrer em práticas inconstitucionais que devem coibidas pelo Estado.

A finalidade precípua da ordem econômica constitucional é assegurar a todos uma existência digna e, para isso, necessário se faz que a vida econômica seja organizada em consonância com os princípios da justiça. Portanto, a dignidade da pessoa humana pode, e deve, ser considerada como fundamento inspirador de toda a ordem econômica.

3 LOCUS ECONÔMICO

Verificado então que todo o Direito volta seu olhar para a dignidade da pessoa humana, para uma sociedade mais solidária e justa, a ordem econômica deve envidar esforços para concretizar os comandos normativos.

A partir do prisma econômico, a premissa é que, para alcançar tais objetivos, em primeiro lugar, deve-se assegurar e incrementar o crescimento econômico contínuo para que, com isso, se aumente a riqueza, a qual poderá ser utilizada pelo Estado para equalizar as desigualdades e promover justiça social.

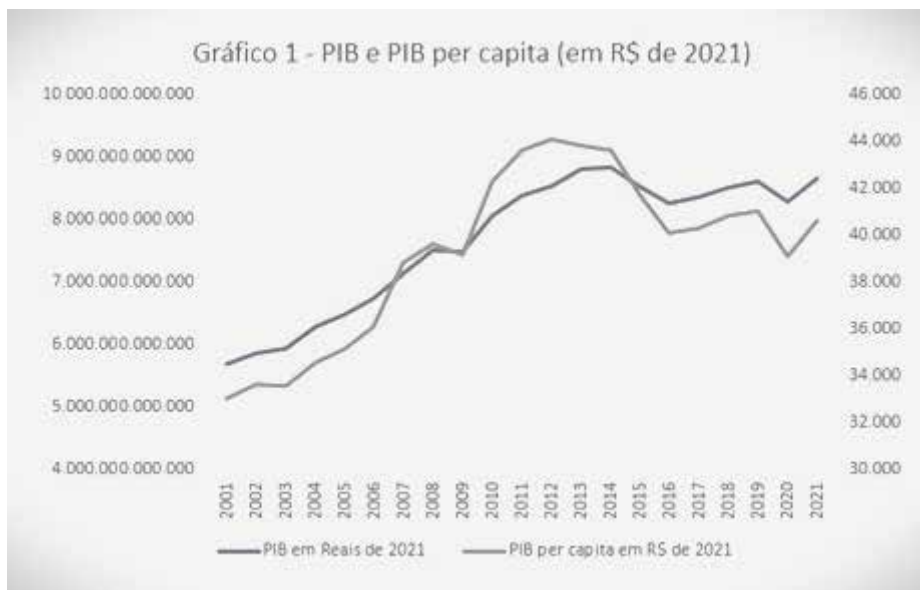
É, por isso, que a intervenção estatal não pode ocorrer de forma a sufocar ou reprimir de modo desproporcional a atividade econômica, pois, em regra, é o mercado que produz as riquezas que passam ao Estado por meio da tributação e que serão empregadas nas políticas públicas de viés social.

O desempenho da economia é feito normalmente por meio da medição da renda nacional, o chamado produto interno bruto (PIB). Ao julgar se uma economia vai bem ou mal, é natural examinar a renda total obtida por todos os membros dessa economia. Essa é a função do PIB que pode ser definido como o valor de mercado de todos os bens e serviços finais produzidos em um país em um dado período e que se compõe dos seguintes itens: consumo, investimento, compras do governo e exportações líquidas.

Por isso, o PIB é uma boa medida da prosperidade econômica, pois o seu aumento é indicativo de progresso econômico. Assim, se dentre os itens que compõem o PIB, o consumo e o investimento estão inseridos, poder-se-ia concluir que o aumento do consumo e do investimento é diretamente proporcional ao aumento do bem-estar econômico da sociedade como um todo.

Com isso, chega-se ao questionamento se o PIB seria uma boa medida de bem-estar da social. Em termos de Brasil, o IBGE divulgou no dia 04 de março último os resultados da atividade econômica de 2021. O PIB cresceu

4,6%, o que significa ter sido em 2021 de aproximadamente, R\$ 8 trilhões, 679 bilhões e 490 milhões, conforme ilustrado no Gráfico abaixo. Tal resultado é apenas 0,7p.p. superior ao PIB de 2019, antes da pandemia, que foi de R\$ 8 trilhões, 630 bilhões e 534 milhões.



Elaboração própria a partir de IBGE, CNT.

Houve, portanto, ainda que de forma modesta, o crescimento econômico do PIB brasileiro, o que poderia levar à conclusão de que houve uma melhoria na vida da população.

A resposta à indagação feita, se a elevação do PIB seria indicativo de aumento do bem-estar geral, é dada pelo economista norte-americano Mankiw para quem, de fato, o PIB elevado nos ajuda, a levar uma vida confortável:

(...) o PIB não mede a saúde das crianças, mas países com PIBs maiores podem arcar com o custo de um melhor atendimento de saúde para suas crianças. O PIB não mede a qualidade da educação, mas países com PIBs maiores podem ensinar mais cidadãos a ler e a apreciar poesia.(...) Em suma, o PIB não mede diretamente as coisas que fazem a vida valer a pena, mas mede nossa capacidade de obter os insumos para uma vida que valha a pena. (MANKIW, 2020, p.392)

Como visto, para incrementar o PIB, um dos elementos que o compõe é o investimento. De se salientar, por oportuno, que o termo investimento para fins de contabilidade do PIB refere-se à compra de bens para produ-

zir outros bens e não como “investimentos financeiros” junto a mercado de ações, debêntures, fundos, dentre outros.

Para uma economia crescer tem que ser produtiva e, dessa forma, gerar melhor padrão de vida, o que é objetivo tanto da Economia, quanto do Direito. A produtividade se perfaz por meio do capital físico, do capital humano, dos recursos naturais e do conhecimento tecnológico. Para obtenção desses recursos, se o empreendedor não dispuser de recursos próprios, será necessário investimento de capital, que se concretiza por meio de financiamento junto ao sistema financeiro.

O crédito, entendido como os recursos financeiros oferecidos no mercado para impulsionar os investimentos tem importante papel no processo de crescimento e expansão econômica na medida em que age como catalizador da força de produção.

Reiterando o raciocínio, em termos de macroeconomia, o investimento obtido por meio de fundos de empréstimos, é um dos componentes do PIB e que, em aumentando, apontaria para o crescimento econômico.

As organizações operadoras integrantes do sistema financeiro nacional, - que são as instituições financeiras responsáveis pela prestação de serviços e intermediação entre agentes deficitários (quem precisa de recursos) e agentes superavitários (quem tem o capital para emprestar), como bancos e cooperativas -, ofertam recursos disponíveis nos fundos de empréstimos, decorrentes da poupança pré-constituída e nos limites estabelecidos pelo Banco Central, de acordo com a demanda de investimentos. Ou seja, o crédito necessário para incremento da atividade econômica é obtido por meio de empréstimos juntos às instituições financeiras.

Esses créditos ou financiamentos é que vão alimentar o componente “investimento” que, por sua vez, compõem o PIB e que, ao fim e ao cabo, impulsionam toda a atividade econômica e, em tese, aumentam o bem-estar geral. Ou seja, os financiamentos obtidos junto aos fundos para empréstimos geridos por instituições financeiras são práticas normais e necessárias para o incremento da atividade econômica e, portanto, do PIB de um país.

Explicado, em termos macroeconômicos, o funcionamento dessa engrenagem no mundo do dever ser, o outro lado dessa questão é se, no plano empírico, é essa, de fato, a situação real verificada em nosso país. Em outras palavras: há um desvirtuamento dessa finalidade de que empréstimos, com enfoque nas operações de crédito para pessoas físicas, servem para fomentar investimento que, por sua vez, fariam crescer o PIB e que, ao final, melhoram o padrão de vida do cidadão?

A resposta parece ser negativa quando voltamos os olhos para a realidade brasileira, em função do fato de que tais “investimentos” obtidos através de empréstimos, na maioria consignados, junto às instituições financeiras têm se tornado um mecanismo não de investimento para fomentar o cres-

cimento econômico, mas um meio de sobrevivência do cidadão economicamente hipossuficiente e, não raras as vezes, utilizado para quitação de dívidas anteriores, em operação de rolagem de dívidas, o que, somado aos altos juros, culmina na situação de superendividamento.

4 O PROBLEMA DO SUPERENDIVIDAMENTO E A POLÍTICA PÚBLICA DE PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

Não se questiona que o Direito é concebido para regular as relações sociais, estabelecendo normas de conduta desejáveis aos indivíduos com o fim de assegurar a maximização do bem-estar social.

Nesse cenário, como visto, insere-se o Direito Econômico regulando a atividade da economia. Quer se adote o marco teórico do modelo liberal, quer o social, a justificativa para a maior ou menor intervenção estatal em ambos os sistemas volta-se para o interesse público. Os dois sistemas regulatórios são formulados sob essa mesma premissa justificadora. A concepção liberal entende que o fortalecimento de uma economia livre é o instrumento mais eficaz de otimização da alocação de bens e, assim, o melhor caminho para o combate da pobreza. Por outro lado, a concepção do bem-estar social, se apoia na premissa de que o Estado seria um ente imparcial nas relações jurídicas e, por isso, mais capaz de proporcionar de forma rápida e efetiva a adequada proteção social.

Como visto, a Constituição Federal adotou um modelo que se aproxima do Estado Social, sem ignorar a importância da livre atividade econômica e da liberdade de iniciativa privada - conforme evidencia a recente “Lei da Liberdade Econômica” (Lei federal 13.874/2019) -, buscando uma forma de equilíbrio num país sabidamente desigual.

Nesse contexto, importante a definição do que é e qual a função de uma política pública.

Uma política pública é uma diretriz elaborada para enfrentar um problema público que possui dois elementos fundamentais: intencionalidade pública e resposta a um problema público; em outras palavras, a razão para o estabelecimento de uma política pública é o tratamento ou a resolução de um problema entendido como coletivamente relevante.

A política pública toma forma de programas públicos, projetos, estudos, leis, inovações tecnológicas, subsídios governamentais, decisões judiciais, dentre outros. No que toca ao Poder Judiciário, há políticas públicas que são implementadas por meio dos juízes que têm a prerrogativa de interpretar qual seria a justa ou injusta aplicação de uma lei, contudo, a política pública bem sucedida é aquela que logra êxito em evitar o surgimento da lides e o acionamento do Judiciário, contribuindo em maior grau para a pacificação social.

De qualquer forma, a política pública não prescinde do estudo de um problema que seja entendido como coletivamente relevante. O problema, na definição de Sjöblom, em matéria de política pública consiste: “na diferença entre a situação atual e uma situação ideal possível. Um problema existe quando o status quo é considerado inadequado e quando existe a expectativa do alcance de uma situação melhor” (SJÖBLOM, 1984, p. 41).

Assim sendo, uma política governamental pode fazer aumentar a produtividade e, conseqüentemente, os padrões de vida da população de seu território. Se a política pública se equivocar quanto aos meios de ação necessários e as prognoses de relações de causa e efeito esperadas pode, por outro lado, gerar efeitos contrários aos desejados, como a redução da atividade econômica e o aumento da pobreza. Há ainda a possibilidade de a política pública errar na dosagem das medidas adotadas, se severas demais, as ações podem causar efeitos colaterais indesejados, se muito indulgentes corre-se o risco de não alterar em nada a realidade social.

Chega-se, portanto, no ponto fulcral desse artigo que trata da indagação de qual é a real política pública escolhida pelo Estado em matéria dos denominados empréstimos consignados e qual a sua efetividade.

Isto porque, como visto, em termos econômicos, a concessão de crédito à sociedade, em tese, é um elemento que alavanca a atividade econômica e propicia um aumento do PIB e, via de consequência, do bem-estar geral, mas em contrapartida, a explosão dos empréstimos para pessoas físicas de média e baixa renda, em cenário de juros altos e queda da renda do trabalhador, gera o superendividamento e desvirtua a finalidade das operações de crédito que passam a ser utilizadas para atender necessidades básicas e alimentares dos consumidores.

Perpassando por um histórico da lei do empréstimo consignado de nº 10.820/2003, esse normativo surgiu da conversão da Medida Provisória nº 130, de 17 de setembro de 2003, editada pelo governo federal. A MP 130 tramitou no Congresso e foi convertida na Lei nº 10.820, dentro do prazo legal, em 17 de dezembro de 2003. A ideia principal da proposta, apresentada dentre os motivos para a edição da MP, foi viabilizar uma modalidade de crédito com menor risco de inadimplência, pois o desconto das parcelas mensais ocorreria mediante retenção de parte do salário pelo próprio empregador, diminuindo, assim, os custos da operação, barateando o crédito ofertado ao consumidor.

Na perspectiva do normativo legal seu escopo foi proporcionar maior acessibilidade ao crédito privado o que, em tese, possibilitaria um fomento à atividade econômica em todo o país, via aumento do consumo e investimento das famílias, sem a necessidade de investimentos diretos do caixa do governo.

Idealizou-se um sistema que criaria segurança jurídica para a concessão de crédito e, ao mesmo tempo, proporcionaria a oferta de recursos em melhores condições para os tomadores de empréstimos, principalmente em termos de menores taxas de juros (quando comparadas com as taxas praticadas nas demais modalidades de crédito) e de prazos mais longos. Assim, quanto mais crédito for ofertado, em tese, mais consumo, mais investimentos e maior crescimento econômico.

Ocorre que essa equação se mostrou perfeita apenas plano normativo, ou seja, de como Direito e Economia deveriam funcionar. Contudo à mesma conclusão não é possível chegar, no plano descritivo, a partir do mundo real.

Essa lógica não vem funcionando na realidade dos fatos. O modelo concretizado pela Lei 10.820/2003 reflete uma política pública escolhida no plano descritivo (dever ser) que objetivou um crescimento econômico real, um bem-estar geral da sociedade, mas não o que, de fato, está ocorrendo com relação às parcelas mais vulneráveis da população. Há um descompasso do plano normativo com o descritivo que deve chamar a atenção do legislador e administrador público.

Na verdade, a lei aprovada passou a amparar milhões de contratações de empréstimos consignados em todo o país que passaram a ser usados pelos consumidores para quitação de contas atrasadas, compra de alimentos e rolagem de outras dívidas. De acordo com dados do INSS, só em 2021 foram feitos mais de 40 milhões de pedidos de empréstimos consignados por aposentados e pensionistas, que não refletiram com intensidade no crescimento econômico como visto acima. Por um outro lado perverso, tal volume de operação contribuiu para a explosão do endividamento das famílias e para o fenômeno do superendividamento.

De acordo com levantamento da FECOMERCIO/SP o percentual de famílias endividadas no país vem crescendo de forma acelerada. Para se ter uma ideia, em junho de 2020, o nível de endividamento das famílias era de 67%, passando para 71% em junho 2021 e 78% ao fim do primeiro semestre de 2022, o maior patamar da série histórica para o período desde 2010. (FECOMERCIO/SP, 2022). É possível afirmar que a sociedade brasileira vivencia hoje uma verdadeira epidemia de endividamento que gera exclusão de consumidores do mercado. Como bem destacado por Cláudia Lima Marques:

No Brasil não há falência da pessoa natural e quando o consumidor cai em superendividamento ele é excluído da sociedade de consumo... Sua dívida não é paga, só ganham os bancos (frente aos juros e taxas brasileiras o principal do crédito é pago 3 a 5 vezes!) e os intermediários, os pastinhas ou agentes bancários, que ganham por contratação, e assim assediam diariamente idosos, analfabetos e pessoas doentes ou em situação de vulnerabilidade agravada para contratar, em uma cultura da dívida, não do pagamento! (MARQUES, 2014, p. 321).

A Lei 14.181/2021, conhecida como Lei do Superendividamento, foi aprovada nesse cenário de inadimplência generalizada no país, que decorre também da crise econômica acarretada pela pandemia da COVID-19, que afetou severamente os setores da economia que não foram classificados como essenciais pelo Estado, durante as medidas emergenciais tomadas pela Administração Pública para tentar conter a disseminação do vírus.

A nova lei nasceu como promessa de instrumento jurídico para solucionar a exclusão social de pessoas físicas superendividadadas, instituindo uma política pública para minimizar esse cenário.

Assim, percebe-se que o legislador verificou os efeitos nefastos da concessão de crédito à população de forma indiscriminada e até abusiva pelas instituições financeiras, pois aquela equação de que a concessão de crédito geraria reflexo no crescimento de PIB que, por sua vez, resultaria em melhoria das condições socioeconômicas da população não se evidenciou.

Ao contrário, o cenário vivenciado é o de exclusão social do consumidor, pelo que se observa do relato contido no parecer no PL nº 3.515/2015 do Deputado Franco Cartafina, quando consigna:

(...) o superendividamento alcançou níveis trágicos e constituiu-se numa carga insuportável para os padrões desejáveis de cidadania e dignidade aos brasileiros, além de operar efeitos adversos persistentes na economia do País. Os dados demonstrados nas audiências retratam um cenário desolador. Temos 63 milhões de brasileiros inadimplentes, um lastimável recorde histórico, em que 94% ostentam rendimento mensal inferior a 5 salários mínimos. Nesse universo de endividados, são 12 milhões de jovens, que já iniciam sua vida laboral em condições completamente desfavoráveis, e quase 6 milhões de idosos, que deveriam, após décadas de trabalho exaustivo, estar partilhando de momentos de exercício pleno de sua dignidade e de maior tranquilidade financeira. Desses 6 milhões de idosos, 32% são de baixa renda, justamente os brasileiros que se encontram em maior situação de hipervulnerabilidade. Estamos diante de um profundo problema social, no qual 50% dos endividados voltam a ficar inadimplentes. Tomam novos empréstimos para rolar a dívida e acabam reincidindo na impontualidade ao longo da renegociação, num círculo vicioso que acentua ainda mais as dificuldades de existência digna dos devedores, que passam a canalizar a integralidade de seus rendimentos para o pagamento de dívidas e colocam em risco a subsistência da família, traço característico do superendividamento. E é muito importante ressaltar que a quase totalidade do endividamento dos brasileiros é contraído de boa-fé e de forma passiva. Há abusos demais na oferta de crédito e esses excessos não têm sido acompanhados de reações efetivas por parte das políticas públicas e do regramento jurídico. Recentemente, no campo dos aposentados, o Instituto Nacional do Seguro Social editou normas que buscam estabelecer um período de quarentena para proteger seus pensionistas do voraz assédio que as financeiras empreendem contra aqueles que se aposentam. Trata-se, porém, de iniciativa tímida, ainda longe de oferecer

solução para o problema do abuso nas ofertas e contratações de crédito consignado. A par de uma questão social, o superendividamento, nos níveis assustadores que alcançou no Brasil, reflete decisivamente na economia brasileira, agravando o cenário de crise e repelindo as possibilidades de recuperação. Como lembrado por Ciro Gomes, Presidente Nacional do PDT, na audiência pública de que participou na Comissão Especial, “50% da energia motriz do crescimento econômico brasileiro se dá pelo consumo das famílias”. Na realidade brasileira, portanto, a retirada desse enorme contingente de brasileiros inadimplentes do mercado de consumo tem vultosa repercussão na redução do volume de vendas, da geração de empregos e na produção de riquezas. E como já apontado antes neste relatório, as ferramentas atualmente disponíveis dificultam sensivelmente a saída dos devedores da situação de inadimplência. Os juros elevados, as restrições na oferta de emprego e o baixo crescimento da massa salarial impedem a retomada da capacidade de pagamento pelos devedores, mantendo-os persistentemente nessa situação. O que, por outro lado, impacta nas próprias taxas de juros, uma vez que um terço do spread bancário é determinado pela inadimplência. Os juros que já são extorsivamente altos tendem, nesse quadro, a aumentar, expandindo ainda mais os níveis de inadimplência que, por sua vez, repercutirão na definição de taxas ainda maiores, numa espécie de loop incessante e danoso a toda sociedade. Conclui-se, assim, a partir das experiências relatadas nas audiências, que o quadro do superendividamento no Brasil é extremamente dramático e que seu viés, a manter-se a corrente falta de mecanismos de prevenção e de tratamento, é de elevação do percentual de brasileiros inadimplentes e do volume de dívida.

De plano, o normativo inseriu no rol dos princípios do art. 4º do Código de Defesa do Consumidor, o inciso X, que dispõe sobre a “prevenção e tratamento do superendividamento como forma de evitar a exclusão social do consumidor” e ainda o inciso IX com a seguinte redação: “fomento de ações direcionadas à educação financeira e ambiental dos consumidores”.

No art. 6º, a novel lei incluiu no rol de direitos básicos dos consumidores: “a garantia de práticas de crédito responsável, de educação financeira e de prevenção e tratamento de situações de superendividamento, preservado o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, por meio da revisão e da repactuação da dívida, entre outras medidas”.

Depreende-se que o principal mote da lei, diante da exclusão social constatada em milhões de famílias brasileiras, é criar mecanismos de prevenção, conscientizando os consumidores sobre o uso responsável e produtivo do crédito e para fortalecê-los nas suas relações com os fornecedores de crédito.

Porém, é necessário que os mecanismos legais produzidos sejam eficientes o bastante para instituir um modelo coerente de prevenção do endividamento. E, por outro, é indispensável uma disciplina proporcional e apropriada para o tratamento administrativo e judicial do endividamento, bem como para o resgate dos inadimplentes, reconduzindo-os ao mercado de consumo.

Dentre as novidades trazidas pela Lei 14.181/2021, vê-se que o novo art. 54-A do CDC, proíbe qualquer assédio ou pressão a consumidores por parte das instituições financeiras. Incentivos como prêmios ou desconto de 10% na primeira compra passam a ser ilegais, assim como a oferta de crédito a quem tem o nome negativado.

Para ampliar a transparência dos contratos, a nova lei obriga as instituições financeiras a informar o custo efetivo total do crédito contratado. A ocultação de informações como juros, tarifas, carência, taxas e multas sobre atraso passa a ser proibida, num recrudescimento quanto ao dever de informação aos consumidores do serviço.

Isso ocorre porque a nova legislação passa a considerar os bancos, as financeiras e as demais instituições corresponsáveis na concessão do crédito, devendo estar cientes do risco de inadimplência em cada operação. O novo art. 54-D do CDC estabeleceu que na oferta de crédito, previamente à contratação, o fornecedor ou o intermediário deverá, entre outras condutas:

I - informar e esclarecer adequadamente o consumidor, considerada sua idade, sobre a natureza e a modalidade do crédito oferecido, sobre todos os custos incidentes, observado o disposto nos arts. 52 e 54-B deste Código, e sobre as consequências genéricas e específicas do inadimplemento;

II - avaliar, de forma responsável, as condições de crédito do consumidor, mediante análise das informações disponíveis em bancos de dados de proteção ao crédito, observado o disposto neste Código e na legislação sobre proteção de dados; (...)

O parágrafo único do mesmo artigo, estatui como consequência para o descumprimento pelo fornecedor dos deveres previstos nos arts. 52, 54-C e 54-D a possibilidade de, judicialmente, ser determinada a redução dos juros, dos encargos ou de qualquer acréscimo ao principal e a dilação do prazo de pagamento previsto no contrato original, conforme a gravidade da conduta do fornecedor e as possibilidades financeiras do consumidor, sem prejuízo de indenização por perdas e danos, patrimoniais e morais.

Por fim, a lei criou o procedimento judicial de repactuação de dívidas do consumidor superendividado, o qual se aplica a todos os credores e não somente às instituições financeiras, e possui por objetivo garantir ao cidadão endividado que as dívidas contraídas sejam pagas, ao mesmo tempo em que seja resguardada parcela de renda que corresponda ao mínimo existencial.

A esse respeito, vale dizer que a regulamentação do mínimo existencial, consoante determinação do próprio diploma consumerista, deu-se, inicialmente, por meio da edição de Decreto Presidencial n. 11.150, de 26 de julho de 2022. De acordo com aquela regulamentação, o mínimo existencial corresponderia a R\$303,00 (trezentos e três reais), equivalente a 25% do salário mínimo de 2022.

Recentemente, porém, foi editado o novo Decreto Presidencial n. 11.567, de 19 de junho de 2023, que, modificando o primeiro, fixou em R\$ 600,00 (seiscentos reais) o montante a ser considerado como “mínimo existencial” no âmbito administrativo e judicial das situações de superendividamento

Observa-se, portanto, que a legislação estabeleceu novos deveres das instituições financeiras e algumas novas consequências que podem ocorrer após a judicialização como a redução de juros, aumento de prazo para pagamento ou mesmo um procedimento amplo de repactuação.

Contudo, a efetividade de uma política pública não pode depender da judicialização dos conflitos individuais. Pelo contrário, a judicialização ocorre quando questões que deveriam ter sido adequadamente tratadas no âmbito das relações entre os particulares de acordo com as avenças, normas e regulamentos, precisam ser levadas ao sistema judiciário, por causa de alegado descumprimento da lei ou do contrato. Isso pode acontecer especialmente diante da constatação de que as políticas públicas não estão sendo eficazes e da percepção dos cidadãos de que seus direitos estão sendo infringidos.

Por isso, o grande questionamento que se faz é de verificar qual seria o melhor “trade off” desse segmento, que resulte num processo que realmente modifique o cenário do superendividamento. Explicitando melhor, o “trade off” trata-se de uma decisão que consiste na escolha de uma opção em detrimento de outra. Por isso, as instituições financeiras para escolherem diminuir o superendividamento terão que abrir mão de parcela de seus lucros, na medida em que não deveriam conceder créditos àqueles consumidores que se encontram em condição de penúria financeira, ou seja, aqueles que já comprometeram uma parte da renda familiar que periclitava o mínimo existencial.

Essa escolha envolve outro conceito de economia que é o chamado custo de oportunidade que se vincula às consequências de determinadas escolhas que são feitas ao invés de outras. A relação entre “**trade off**” e **custo de oportunidade** é de consequência: haverá um menor custo de oportunidade mediante a adoção de um “trade off” correto. Custo de oportunidade é a melhor oportunidade que se abre mão ao fazer uma escolha. As instituições, portanto, abririam mão da oportunidade que são os empréstimos consignados em prol da diminuição do endividamento da população.

Contudo, ao se considerar essa análise, certamente as instituições financeiras não farão tal opção porque, em termos de economia, a sua solução racional é a maximização dos lucros.

De se lembrar que o Brasil tem quatro bancos dentre os dez mais rentáveis do mundo: Itaú, Santander, Banco do Brasil e Bradesco, num ranking elaborado pela Economática. A concentração do mercado de crédito brasileiro nas mãos de poucas instituições financeiras também elimina a real concorrência, favorecendo a manutenção de altas taxas de juros, fator crucial no fenômeno do superendividamento. De acordo com estudo do Banco Central

do Brasil em 2021, citado em matéria da Folha de São Paulo, apenas cinco instituições bancárias (as quatro mencionadas acima mais a Caixa Econômica Federal) controlaram 72,6% do crédito.

Há vários anos o Brasil tem figurado como o país com os maiores juros reais do mundo, e conforme levantamento do BBC Brasil, o cenário não deve se alterar. Em geral tal condição decorre de dois fatores, o primeiro a falta de competitividade do mercado de crédito e, o segundo, da percepção de risco de inadimplência do setor público em razão do descontrole sobre os gastos públicos, malversação dos recursos.

Há uma crescente aceitação entre economistas e pesquisadores de que os mercados financeiros desempenham papel fundamental na estabilização financeira, no crescimento econômico e na redução da pobreza. Assim, o papel das instituições financeiras é fundamental para o processo de superendividamento e de inclusão social. O desenvolvimento financeiro é pró-crescimento e pró-pobres.

Por isso, o estímulo às instituições financeiras é fundamental para que a lei do superendividamento seja realmente eficaz. Os debates internacionais em torno do tema de inclusão financeira culminaram, em 2011, na Declaração Maya, durante o Global Policy Forum, em Riviera Maya, no México. Dezessete países, entre eles o Brasil, assinaram a Declaração Maya, comprometendo-se a implementar diversas medidas voltadas a tornar os serviços financeiros acessíveis aos 2,5 bilhões de pessoas no mundo que viviam à margem do sistema financeiro naquele momento. A Declaração é o primeiro conjunto de compromissos globais e mensuráveis assumido por países em desenvolvimento para aumentar a inclusão financeira. Até 2014, mais de noventa países emergentes endossaram a Declaração.

Fazem parte dos compromissos 92 assumidos pelos signatários da Declaração de Maya os seguintes itens: (1) estabelecer uma política de inclusão financeira que crie ambiente propício ao acesso eficaz a serviços financeiros, que estimule o uso de tecnologia inovadora adequada e reduza substancialmente o custo unitário dos serviços financeiros; (2) implementar um quadro regulatório sólido e proporcional, que atinja os objetivos complementares de inclusão financeira, estabilidade financeira e integridade financeira; (3) reconhecer a defesa e o empoderamento do consumidor como pilares fundamentais dos esforços de inclusão financeira; (4) dar prioridade às políticas de inclusão financeira pautadas em análise de dados detalhados, que acompanhem a mudança do perfil da inclusão financeira e criem indicadores comparáveis em rede.

Ao assinar a Declaração Maya, o Brasil se comprometeu a envidar esforços conjuntos, que seriam a base para a Parceria Nacional para a Inclusão Financeira, prevista para ser lançada em novembro do mesmo ano, no III Fórum Banco Central sobre Inclusão Financeira. Neste compromisso, o

Brasil se propôs a trabalhar em três pilares: 1) diagnóstico da situação de inclusão financeira no Brasil e integração de atores públicos e privados setor; 2) ambiente regulatório; e 3) educação e proteção dos clientes e usuários dos serviços financeiros.

Nesse contexto, o grande desafio que se coloca no cenário nacional é como compatibilizar a inclusão financeira dos cidadãos com práticas financeiras saudáveis. A política pública até então adotada não tem atingido o escopo de minimizar a pobreza e o endividamento excessivo e o ciclo vicioso está sendo retroalimentado pelo próprio Poder Público ao ser conivente com a concentração do mercado de crédito em poucas instituições multibilionária, o que favorece os altos juros praticados; ao não exercer devido controle sobre as contas públicas, pressionando a taxa de juros da economia (SELIC) para cima e, por fim, ao autorizar e ampliar o crédito consignado de uma forma não responsável pelas instituições financeiras.

Vê-se que apesar da identificação do problema do superendividamento das famílias com a aprovação da mencionada lei para tratar o fenômeno, o Estado brasileiro vem por outro lado fomentando de forma crescente o endividamento, com relaxamento do controle sobre gastos públicos e ampliação da margem consignável dos salários dos trabalhadores, autorizando até mesmo a concessão de empréstimos consignados para os beneficiários do BPC (benefício prestação continuada) e do Auxílio Brasil (atualmente Mais Bolsa Família).

Segundo dados do Banco Central do Brasil, o crédito na modalidade consignado já representa mais de 75% de todo o crédito pessoal concedido no Brasil. Em razão das taxas menores para o consumidor e segurança maior quanto ao adimplemento para as instituições financeiras, esta é a modalidade mais praticada pelo mercado de crédito ao consumidor.

A Lei federal Lei 14.131/2021 ampliou de 35% para 40% o limite de margem do consignado para aposentados e pensionistas do INSS. No ano seguinte, a Lei 14.509/2022, posterior inclusive à lei do superendividamento, aumentou os limites de consignação para o total de 45%, sendo 5% para a amortização de despesas contraídas por meio de cartão de crédito ou para a utilização com a finalidade de saque por meio de cartão de crédito e outros 5% reservados exclusivamente para a amortização de despesas contraídas por meio de cartão consignado.

Não bastasse, também foi publicada em 2022 a Lei n. 14.431 que permite a operação de crédito consignado em favor das famílias contempladas pelo Programa Auxílio Brasil (atual Mais Bolsa Família) que podem usar o valor recebido para contratar microcrédito consignado. Além do referido programa de transferência de renda, também os beneficiários do BPC (Benefício de Prestação Continuada) podem contratar o microcrédito consignado e comprometer até 40% dos valores recebidos mensalmente.

Embora a ampliação do acesso ao crédito para milhões de famílias hipossuficientes beneficiárias de programas sociais de transferência de renda, em um primeiro momento, pareça benéfica e esteja em linha com os objetivos da Declaração de Maya, é certo que sem a correspondente educação financeira e diante dos altos juros e do progressivo aumento da margem consignável, ou seja, do limite que pode ser comprometido com dívidas, o fenômeno do superendividamento tende a continuar se agravando. Conforme escólio da doutrinadora Cláudia Lima Marques:

O superendividamento da pessoa física é realmente a outra face da democratização do crédito, que incluiu fortemente os idosos. Precisamos, assim, para reequilibrar nosso mercado de consumo e crédito tanto de medidas legais para prevenir o superendividamento como as existentes no Código de Defesa do Consumidor, como de novas medidas legais que permitam o seu tratamento. (MARQUES, 2014, p. 338).

Questiona-se, portanto, se os sucessivos aumentos dos limites de consignação e a ampliação da possibilidade de contratação desta modalidade de crédito para beneficiários de programas sociais de transferência de renda (previamente cadastrados em razão da hipossuficiência financeira e que recebem benefícios menores que o mínimo existencial fixado pelo Decreto 11.567/2023), não constituem ações estatais que minam a efetividade e vão de encontro à política pública de combate ao superendividamento.

Por exemplo, a Lei 14.431/2021 permite que os beneficiários do Auxílio Brasil possam solicitar o consignado de até 40% do valor do repasse permanente de R\$400,00, valor que atualmente chega a R\$600,00. Desta forma, o cidadão poderá ter até R\$240,00 consignado mensalmente neste modelo de empréstimo, restando-lhe líquido cerca de R\$360,00, cifra bem aquém do mínimo existencial fixado nos termos da lei do superendividamento.

A própria concessão reiterada e irrefletida de crédito é um fator que contribui para a perpetuação da ausência de educação financeira das famílias, em claro confronto com o novo princípio da Política Nacional das Relações de Consumo erigido pela Lei do Superendividamento (Art. 4º, IX do CPC). Isso porque o fácil e desenfreado acesso ao crédito e refinanciamento das dívidas, desestimula a organização financeira e poupança familiar que, para ser construída, depende da disciplina de constantes aportes de pequenas reservas e economias mensalmente, durante vários anos.

Portanto, os atores que fazem parte desse complexo sistema financeiro devem buscar uma solução de desestímulo a tais práticas pelo Estado e pelas instituições financeiras, considerando que pelo cenário atual a prognose não é de melhoria para a sociedade, mormente os menos favorecidos economicamente.

O principal ator, nesse caso, é o Estado, pois a exemplo da indústria que vai continuar a emitir poluentes na comunidade do seu entorno se não houver uma intervenção estatal, o mesmo ocorrerá com as instituições financeiras.

Temos uma externalidade negativa que precisa ser coibida com uma forte intervenção por parte do Estado, para aumentar a concorrência estimulando novos atores superavitários no mercado, aumentando a rigidez no controle dos gastos públicos, para permitir a redução dos juros (SELIC) pelo Banco Central e vendando práticas abusivas de empréstimos, inclusive concessão de reiterados e excessivos consignados para parcelas mais vulnerável da população.

Por causa dessa concessão de crédito de forma desmedida, o custo para a sociedade com o empobrecimento de uma parcela da população, é muito maior que o custo para o fornecimento do serviço de disponibilização do crédito por parte do mercado financeiro, diante do *custo social* que daí resulta.

Uma proposta que também pode ser posta sobre a mesa é a tributação dos lucros das instituições financeiras sobre todo o crédito consignado, de modo que os agentes financeiros levem em conta os efeitos externos de suas ações. São os denominados impostos corretivos. O governo pode internalizar a externalidade tributando tais atividades econômicas que causam externalidades negativas à sociedade. Afinal, um dos princípios basilares da Economia é o de que os indivíduos e empresas respondem a incentivos.

Os incentivos, que podem ser positivos ou negativos, induzem a pessoa a agir, como a perspectiva de uma punição ou recompensa, justamente em função da ponderação entre custos e benefícios. Como pessoas e corporações racionais tomam decisões comparando custo e benefício, elas respondem a tais incentivos. Daí porque, um imposto corretivo poderia ser uma proposta para minimizar o quadro do superendividamento.

Como assinala Gentil de Farias chega-se à conclusão que a não observância do dever de mitigar o próprio prejuízo “*duty to mitigate the loss*” pelas instituições financeiras é uma das causas que levam ao superendividamento, já que enquanto concedentes do crédito o superendividamento poderia ser mitigado se o fizessem de forma responsável, em atenta análise da situação do devedor, ponderando com os juros a serem praticados na espécie ou evitando renegociações intermináveis com os devedores,.

Considerando que por uma perspectiva econômica, as instituições financeiras não farão concessões à maximização de seus lucros sem uma contrapartida, a correção desse desvio deve ser feita por meio de um sistema legal e regulatório eficaz que concretize os ditames constitucionais da dignidade da pessoa humana e da erradicação da pobreza.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sucesso da política pública de combate ao superendividamento depende, portanto, da soma de esforços coesos e sistematizados do poder público no combate ao problema, não sendo adequado esperar que o problema seja solucionado a partir do ajuizamento de centenas de milhares de ações judiciais de repactuação de dívidas, o que acontece após o consumidor alcançar o estado de insolvência civil e ser excluído do mercado de consumo.

A política pública deve atuar prioritariamente de modo preventivo, evitando ações para impedir que o problema venha a ocorrer. Até porque, no tema em análise, como visto, os benefícios da concessão do crédito para o crescimento econômico e melhoria do bem-estar da população depende da correta destinação dos valores para investimentos ou aquisição de bens e serviços pelas famílias e não para pagamento/rolagem de dívidas anteriores ou para fazer as vezes de verba alimentar.

Tornar as instituições financeiras corresponsáveis por “avaliar de forma responsável, as condições de crédito do consumidor, mediante análise das informações disponíveis em bancos de dados de proteção ao crédito” (art. 54-D, II do CPC) não parece ser suficiente para coibir o superendividamento. Isso porque, em primeiro lugar, a maioria dos fornecedores considera que a existência de margem consignável livre faz presumir a capacidade de crédito do consumidor e a garantia de segurança quanto aos retornos do mútuo concedido. Em segundo lugar, porque, em regra, as consequências pela inobservância deste dever somente ocorreriam após ajuizamento de ação judicial por parcela ínfima dos clientes, custos estes que são considerados previamente nos cálculos atuariais do agente financeiro para definir a taxa de juros remuneratórios praticada no mercado.

Diante desse cenário, conclui-se que a efetividade da política pública de combate ao superendividamento das famílias na sociedade brasileira passa necessariamente por um realinhamento das normas de concessão de empréstimos consignados (que, como visto, representam grande parte das operações de crédito), de modo a reduzir o percentual da margem consignável, bem como pelo estabelecimento de regras que limitem de forma objetiva o percentual da renda mensal do núcleo familiar que pode ser comprometido com operações de crédito de qualquer natureza, não apenas na modalidade consignado. Dessa forma, poderá haver efetiva proteção do mínimo existencial das famílias como pretendeu o legislador.

O estabelecimento de balizas e limites claros e objetivos pela lei garante a segurança jurídica para a atividade dos agentes financeiros e deve vir acompanhada de previsão de severas penalidades a serem aplicadas no âmbito administrativo pela autoridade monetária (Banco Central do Brasil) para aqueles que desrespeitarem as limitações legais, concedendo créditos

que comprometam parcela de renda do núcleo familiar acima do que autoriza a lei, periclitando o mínimo existencial.

Por fim, o legislador deve voltar os olhos para o papel do Estado que pode promover a redução dos juros da economia (grande vilão do superendividamento), seja mediante medidas para gerar competição no atual mercado de crédito brasileiro altamente fechado e monopolizado, seja regulando o excessivo e descontrolado gasto público que pressiona positivamente a taxa de juros básica da economia e influencia todas as demais taxas de juros.

REFERÊNCIAS

- AGÊNCIA SENADO. **MP estende crédito consignado a beneficiários do Auxílio Brasil e do BPC.** Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/03/18/mp-estende-credito-consignado-a-beneficiarios-do-auxilio-brasil-e-do-bpc>. Acesso em 15 de agosto de 2023.
- BBC BRASIL. **Por que Brasil seguirá sendo campeão mundial ‘disparado’ de juros altos.** Disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/articles/c6pwgd2z5k8o>. Acesso em 20 de agosto de 2023.
- BRASIL. BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Empréstimo consignado, características, acesso e uso.** Disponível em https://www.bcb.gov.br/nor/relcidfin/docs/art7_emprestimo_consignado.pdf. Acesso em 19 de agosto de 2023.
- BRASIL. **Lei n. 14.181/2021.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 15 de agosto de 2023.
- CARTAFINA, Franco. **Parecer ao substitutivo 1 no PL 3515/2015.** Brasília: Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_pareceres_substitutivos_votos?idProposicao=2052490. Acesso em 15 de agosto de 2023.
- FARIA, Gentil de; LUCA, Marcelo de; ABDO, Natan Della Valle. **Dever de Mitigar o Prejuízo e o Superendividamento Bancário.** São Paulo: Ed. JHMizuno. 2019.
- FECOMERCIO SÃO PAULO. **Endividamento atinge 78% das famílias brasileiras.** Disponível em <https://www.fecomercio.com.br/noticia/endividamento-atinge-78-das-familias-brasileiras-maior-taxa-dos-ultimos-12-anos>. Acesso em 20 de agosto de 2023.
- FOLHA DE SÃO PAULO. **Correntistas de bancos seguem em mercado concentrado.** Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2022/05/trouxas-para-guedes-correntistas-de-bancos-seguem-em-mercado-concentrado.shtml>. Acesso em 15 de agosto de 2023.
- MANKIWI, N. Gregory. **Introdução à Economia**, trad. Priscilla Rodrigues da Silva Lopes. São Paulo: Cengage Learning, 2020.

- MARQUES, Claudia Lima. **Algumas observações sobre a pessoa no mercado e a proteção dos vulneráveis no direito privado**. In: MARQUES, Claudia Lima; GRUNDMAN, Stefan; MENDES, Gilmar; BALDUS, Christian; MALHEIROS, Manuel. *Direito privado, Constituição e fronteiras: encontros da Associação Luso-Alemã de Juristas no Brasil*. São Paulo, 2014.
- MARQUES, Claudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de; VIAL, Sophia. **Superendividamento dos consumidores no pós-pandemia e a necessária atualização do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo, 2021. Disponível em <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/105-dc.pdf?d=637581604679873754>. Acesso em 18 de agosto de 2023.
- PODER 360. **Brasil tem 4 bancos entre os 10 mais rentáveis do mundo**. Disponível em <https://www.poder360.com.br/economia/brasil-tem-4-bancos-entreos-10-mais-rentaveis-do-mundo>. Acesso em 17 de agosto de 2023.
- SJÖBLOM, Gunnar. **PROBLEMI E SOLUZIONI IN POLITICA**. In *Italian Political Science Review/Rivista Italiana Di Scienza Politica*, XIV n.1, p. 41-85, 1984. Tradução livre.
- TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Método, 2003.

4

A IMPORTÂNCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E O IMPACTO DE FERRAMENTAS DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO NO COMBATE À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO BRASIL

*Fernando Lúcio Mendes⁵⁴
Lais Locatelli⁵⁵*

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Com o adentrar da tecnologia e da internet no nosso cotidiano, as ferramentas que eram utilizadas no combate à violência contra a mulher puderam ser revisitadas e ampliadas.

Dessa maneira, está sendo possível dar maior eficácia para os objetivos da Declaração e Programa de Ação de Beijing, fruto da Quarta Conferência Mundial sobre a Mulher de 1995, tais como a contenção e progressiva diminuição desse tipo de violência. Nas “lapidárias sentenças” anunciadas na Conferência, foi declarado que “os direitos humanos da mulher (...) só serão letra morta se não forem reconhecidos e protegidos plenamente em âmbito nacional”. Para tanto, é imprescindível, “a partir da maturidade e consolidação das políticas públicas, potenciar ao máximo o trabalho conjunto de órgãos das administrações públicas, poder judicial, forças de segurança, meios

⁵⁴ Delegado de polícia. Professor da Academia de Polícia Civil. Doutorando em Engenharia e Gestão do Conhecimento UFSC. Especialização e Mestrado em Tecnologias da Informação e Comunicação UFSC. Formado em Direito PUC/MG e em Análise e Desenvolvimento de Sistemas Uninter. Graduando em Engenharia de Software Universidade Estácio de Sá.

⁵⁵ Advogada e Psicanalista; Pós-doutora e Doutora em Direitos Humanos USAL/Espanha; Pós-doutora em Direitos Sociais USAL/Espanha; Mestre em Ciências Jurídico-Políticas UAL/Portugal; Pós-graduada em Direito Público e Privado URI/Brasil; Mestre em psicanálise UniLeón/Espanha; Pós-graduada em Terapia Psicanalítica UB/Espanha. Email laislocatelli@gmail.com.

de comunicação, profissionais de todos os âmbitos, associações especializadas e sociedade civil” (DOMÍNGUEZ MATÉS, 2004, p. 77).

Essa maturidade das políticas públicas que a Declaração enfatiza se refere à necessidade do contínuo aperfeiçoamento das ferramentas e dos recursos já existentes. Para tanto, é essencial aumentar os esforços para garantir a segurança das mulheres que estão ou estiveram em situação de violência. Ainda, como bem expõe a Declaração dos Ministros da Espanha sobre o tema, deve fazer parte dessa fórmula o “*rechazo activo de todos a quien la ampara, promueve o legitima*” (ESPANHA, 2014), ou seja, a recriminação de qualquer ação, promoção ou legitimação da violência contra a mulher.

Tais esforços, para serem efetivos, devem ter um amplo alcance: sensibilização, prevenção e garantia da punição, tendo um viés multidisciplinar, transversal e integral. Ademais, devem abranger a formação de agentes e o levantamento de dados periódicos, essências para a formulação de novas políticas públicas.

É fato que a utilização e o desenvolvimento de novas ferramentas tem muitos desafios por diante, como revela um estudo elaborado pela FGV Direito/Rio denominado “Segurança pública na era da *big data*: os desafios da implementação de novas tecnologias no combate à criminalidade”, realizado em 2023, como a análise dos dados e a formação dos profissionais para empregar as ferramentas tecnológicas.

É por esse motivo que se busca, neste trabalho, verificar quais são as ferramentas disponibilizadas pelo Poder Público para enfrentamento da violência contra a mulher, analisar suas potencialidades e limitações e discutir o impacto delas em relação a tal objetivo.

Para responder tal indagação, a presente pesquisa foi realizada qualitativamente, com uma perspectiva centrada na compreensão das políticas públicas e na verificação das ferramentas, tanto as voltadas à prevenção como as de contenção utilizadas nos casos de violência contra a mulher.

Inicialmente, busca-se compreender a importância das políticas públicas para que as ferramentas relativas à violência contra a mulher sejam desenvolvidas. Em sequência, o foco volta-se para verificar quais são, como estão estruturadas e de que modo fazem parte do conjunto de soluções destinados ao enfrentamento do problema vinculado à violência contra a mulher.

2 A IMPORTÂNCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A CONSOLIDAÇÃO DA IGUALDADE E CONTENÇÃO DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO

As políticas públicas, expressão máxima da atuação do poder executivo, um dos três poderes que caracterizam os estados democráticos de direito, tem uma função primordial na diminuição e progressiva eliminação da violência contra a mulher em seu território, através das suas instituições,

normas e modelos que norteiam suas decisões, elaborações, implementações, avaliações e verificação dos resultados.

Souza (2006, p. 20) escreve acertadamente que “desenhar políticas públicas capazes de impulsionar o desenvolvimento econômico e de promover a inclusão social (...) não são fáceis nem claras ou consensuais. Elas dependem de muitos fatores externos e internos”. Neste sentido, pode-se dizer que está presente a transnacionalidade já que os Estados estão submetidos a fortes pressões internacionais, global e regional no caso do Brasil, inclusive de decisões de cortes internacionais, como foi o caso da elaboração tanto da Lei Maria da Penha, e das políticas públicas que proporcionam a resposta integral planteada.

Como pressão interna tem-se o exemplo do movimento de mulheres, como apresenta Lakshmi Puri (2013), ex-diretora executiva da Organização das Nações Unidas (ONU) Mulheres e subsecretária-geral das Nações Unidas: “o ativismo dos movimentos de mulheres em todo o mundo tem sido fundamental para exigir e impulsionar as mudanças em todas essas áreas”.

Farah (2004, p. 53), ao falar sobre a pressão do movimento das mulheres, escreve que, “progressivamente, tais organizações passaram também a dialogar com o Estado, propondo diretrizes de ação para políticas públicas (...) passando esse espaço a se constituir em espaço privilegiado na luta pela superação da desigualdade entre mulheres e homens na sociedade”.

Para tanto, é importante ter presente a complexidade da construção das políticas públicas, elaboradas em planos, programas, projetos, estratégias de ação, sistemas de dados e de pesquisas ou de informação, entre outros, e posterior implementação, quando, então, podem ser acompanhadas e avaliadas através dos seus resultados, ou seja, se conseguem resolver o problema para o qual foram criadas.

De acordo com Godinho e Silveira (2004, p. 7), é recorrente a preocupação com a fragmentação das políticas públicas que, no caso da violência contra a mulher, são necessárias que tenham como norte o objetivo de consolidar a igualdade – considerando a desigualdade o principal eixo e causa da violência contra a mulher. Enquanto o reconhecimento pela igualdade exija um trabalho constante para se tornar realidade, serão necessárias políticas e leis que mudem o parâmetro comportamental e os valores socialmente aceitos, conforme declarou Puri (2013): “embora as mulheres tenham conquistado verdadeiros avanços, os fatos nos recordam continuamente que ainda falta muito para que a igualdade entre homens e mulheres seja uma realidade (...) a discriminação e a violência contra as mulheres e meninas são onipresentes”.

Nesse sentido, a Lei Maria da Penha apresentou a necessidade de uma resposta integral quanto à violência contra as mulheres, não se tratando somente de uma fonte de normas, mas precursora de mudança de símbolos

e modelos, essenciais para combater essa forma de violência e a própria desigualdade.

A ONU Mulheres enumera três objetivos que considera urgentes, entre os quais a eliminação da violência contra as mulheres aparece como prioridade, e considera que “a violência contra a mulher causa danos físicos e psicológicos incalculáveis. Esta é uma das violações mais generalizadas dos direitos humanos e traz enormes custos para os indivíduos, famílias e sociedades” (PURI, 2013). O segundo objetivo se refere a igualdade de oportunidades, recursos e responsabilidades e o terceiro a “ouvir as vozes das mulheres”, tanto em ambiente doméstico como no setor privado e nas instituições governamentais.

A ação prioritária para o combate à violência contra a mulher não foi uma escolha ao acaso, ou simples reflexo de uma ação global das Nações Unidas: em 2022, de acordo com o Monitor da Violência e do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, o número de feminicídios naquele ano foi o mais alto contabilizado até então, sendo uma mulher morta a cada 6 horas, totalizando 1,4 mil vítimas fatais de violência contra a mulher, 5% a mais que em 2021.

3 PLANOS E PROGRAMAS VOLTADOS AO ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

As políticas públicas são de fundamental importância para direcionar as ações governamentais, especialmente com a elaboração de programas e a criação ou expansão de ferramentas de combate à violência de gênero, sendo essencial um trabalho em rede, multidisciplinar e integral.

Osborne (2009, p. 20), sobre a importância de disponibilizar o maior número de ferramentas possíveis para as mulheres que estão em uma situação de violência de gênero, coloca que:

Los expertos afirman que se deben poner todos los instrumentos posibles al alcance de las mujeres para que tomen conciencia de su situación y/o cuenten con todos los medios imaginables para denunciar las agresiones sexuales y las situaciones de violencia, y así poder salir de las mismas. Especialmente en las situaciones de maltrato, sólo podremos conocer e intervenir en contra de la violencia crónica cuando sean las propias mujeres las que se propongan acabar con esa situación.

Com recursos disponíveis haverá mais probabilidade de a justiça ser efetivada, uma vez que serão realizadas mais denúncias e, com elas, a interrupção do ciclo da violência. Para tanto, são fundamentais ferramentas que possam ser utilizadas no dia a dia, especialmente as que proporcionem um acesso fácil e rápido a informações e permitam os devidos encaminhamentos.

Contudo, é necessário saber ver, entre todo o conjunto do que um estado realiza na prática das suas funções, os resultados, o que muda na vida

das pessoas que vivem nele, uma vez que as políticas públicas nem sempre são fáceis de entender, bem como o que motivou as suas elaborações. Beiras e Cantera (2012, p. 41) afirmam que, no que se refere à violência contra mulheres, os aspectos políticos e sociais são de extrema importância e que não podem passar despercebidos, naturalizados, reduzidos ou simplificados: “Explorar, questionar e transformar, desconstruir as bases que sustentam e reproduzem a violência de gênero e a construção de masculinidades que autorizam e legitimam violências” são desafios que podem ser encontrados.

Esse processo só será possível com leis que dão o embasamento legal e as políticas públicas como a elaboração de planos de ação e os programas nacionais, bem como a disponibilização de recursos orçamentários.

Desde 2006, com a entrada em vigor da Lei Maria da Penha, toda uma movimentação política foi realizada para buscar formas de concretizar os seus mandamentos e objetivos. Estabeleceu-se um trabalho em rede com a articulação entre os três poderes e o engajamento do Poder Judiciário, do Ministério Público e Defensoria Pública com as áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação (BRASIL, 2014).

As diretrizes para as políticas públicas para mulheres elaboradas após a Lei Maria da Penha puderam concretizar mais do que havia sido realizado em toda a história do Brasil: estudos e pesquisas com perspectiva de gênero; preocupação do estereótipo da mulher veiculado pela mídia; difusão da Lei; publicidade governamental preventiva e de reconhecimento de formas de violência contra a mulher; cursos de capacitação de profissionais; etc.

O tema da violência de gênero continua como um dos pontos de atenção governamental, apesar dos seus tropeços. O último programa federal do governo do Brasil relacionado a este tipo de violência, elaborado em março de 2013, o “Mulher, Viver sem Violência”, colocou na pauta das políticas públicas a integração e ampliação dos serviços públicos destinados às mulheres em situação de violência e a articulação dos atendimentos realizados, enquanto o Plano Nacional de Políticas para as Mulheres de 2013-2015, o último elaborado, dedicou um capítulo para o enfrentamento de todas as formas de violência contra as mulheres, tendo como objetivo geral reduzir os índices alarmantes de vítimas.

Entre 2013 e 2014, 26 unidades da federação (com exceção de Pernambuco) aderiram ao Programa, que tem como principais eixos: a implementação da Casa da Mulher Brasileira; a ampliação da Central de Atendimento à Mulher – Ligue 180; a organização e humanização do atendimento às vítimas de violência sexual; as campanhas continuadas de conscientização; implantação e manutenção dos centros de atendimento às mulheres nas regiões de fronteira seca e as unidades móveis para atendimento a mulheres em situação de violência no campo e na floresta.

A Casa da Mulher Brasileira busca integrar o atendimento às mulheres em situação de violência, realizado por uma equipe multidisciplinar, fazendo

o acolhimento, a triagem e o apoio psicossocial, interligando o atendimento da delegacia de mulheres, dos Juizados ou varas especializadas em Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, do Ministério Público (que promove a ação penal e fiscaliza os serviços da rede) e da Defensoria Pública (que faz a orientação e a assistência jurídica bem como acompanha o processo judicial, cível ou criminal). Desta forma, tem como objetivo facilitar ao máximo o acesso aos serviços especializados para garantir que se interrompa a violência sofrida, proporcionando segurança e condições para as mulheres restabelecerem suas vidas e sua autonomia econômica.

A meta era que até 2016 todas as capitais, exceto Recife, que não aderiu ao programa, tivessem uma Casa da Mulher Brasileira. No entanto, até o primeiro semestre de 2023 somente sete estão em funcionamento. Não resta dúvida da importância deste projeto, apesar da morosidade que o cerca.

Em abril de 2023 foram sancionadas mais duas leis relativas ao combate à violência contra a mulher: uma delas apresentou um programa de combate ao assédio sexual em órgãos públicos e a outra trata do funcionamento 24h das delegacias da mulher, ou, na ausência de uma unidade, o atendimento as mulheres vítimas deve ser realizado por uma agente especializada, o que é essencial para que as mulheres se sintam seguras na hora de realizar uma denúncia.

Um das violências contra a mulher que mais recebe atenção governamental é a de cunho sexual. No programa um dos pontos de atenção foi a organização e humanização do atendimento às mulheres vítimas de violência sexual.

Esta política pública é um dos principais polos de atenção do governo há muitos anos. A insistência de estar sempre em pauta é a realidade do massivo número de casos de violência sexual no Brasil e, pelo mesmo motivo, existe não só um interesse governamental, mas uma necessidade social de atuar em todos os níveis para conter o crime e amenizar os efeitos colaterais que ela provoca. Segundo a publicação *Evidências para políticas públicas do IPEA* (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), publicado em 2023, estima-se que ocorram 822 mil casos de estupro no Brasil por ano, quase dois casos por minuto.

Os dados demonstram a ponta do iceberg do enorme problema da violência contra a mulher e da desigualdade entre homens e mulheres. Não se pode precisar os números ou, nas palavras de Ferrer-Sama (2012), eles proporcionam “una certa perspectiva (...) unos datos fríos y tristes, es verdad, pero también muy descriptivos y elocuentes de la situación”.

Como referência é importante que, de alguma maneira, esta ponta de iceberg revele um caminho, uma direção, um futuro norte do que ainda é necessário fazer e do que funciona na prática.

Além de ser um gravíssimo problema, pela sua dimensão é quase algo corriqueiro. É difícil estimar sua magnitude; as mulheres que sofrem com

este tipo de violência são, além de brutalmente violentadas nos seus corpos, julgadas e inúmeras vezes silenciadas pela vergonha. O Programa “Mulher, Viver sem Violência” ainda bate na mesma tecla do que há muitos anos é uma meta: a melhora deste serviço tão necessário através da “humanização da saúde e qualidade pericial”, tendo como objetivo a abertura de mais hospitais considerados “de referência”.

De acordo com essa política pública, no primeiro atendimento, além de contraceptivos de emergência e medicamentos para a profilaxia de DSTs/aids está previsto que o hospital deverá fazer a coleta de sêmen e outros vestígios do agressor que, com o consentimento da mulher após registro do boletim de ocorrência, servirá para a composição das provas periciais.

Desde 2013 está em vigor a Lei do Minuto Seguinte, Lei nº 12.845, que dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual.

Um outro ponto do programa nacional atende mulheres em alta vulnerabilidade, nas fronteiras secas, campo e floresta, disponibilizando unidades móveis para realizar o atendimento àquelas que sofrem violência no campo e na floresta e ônibus e barcos adaptados que levam serviços de prevenção, assistência, apuração, investigação através da Rede de Atendimento às Mulheres em Situação de Violência no campo, floresta e águas. Ainda, tal ponto foca na melhora do atendimento a migrantes bem como o enfrentamento do tráfico de mulheres. Também serão destinados para realizar a orientação, a regularização de documentação e o encaminhamento à rede de serviços especializados.

Por fim, o programa nacional estabelece a veiculação de campanhas contra a violência, fundamentais para quebrar o tabu do silêncio e do conceito de intimidade e para divulgar os direitos das mulheres e as políticas públicas que estão sendo elaboradas e efetivadas pelo Estado.

4 FERRAMENTAS DE TECNOLOGIA DESTINADAS AO COMBATE À VIOLÊNCIA À MULHER

Como visto, o desenvolvimento de políticas públicas destinadas ao enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher começou a ser potencializado a partir da publicação da Lei conhecida como Maria da Penha.

Com o avanço dos recursos de tecnologia da informação e comunicação, o poder público passou a contar, cada vez mais, com hardwares de grande capacidade de processamento e softwares capazes de coletar e tratar grande volume de dados. Tais ferramentas, atualmente utilizadas em várias áreas do conhecimento humano, podem ser consideradas aliados fundamentais na busca por efetividade e ampliação da capacidade de enfrentamento da violência de gênero.

Kouzani (2023) ressalta, entretanto, que “a tecnologia no contexto da violência doméstica tem sido uma espada de dois gumes”, já que, por um lado, pode ser utilizada pelos parceiros íntimos para rastrear suas vítimas e controlar suas ações (por meio do monitoramento de redes sociais, mensagens instantâneas, contas de e-mails, além do monitoramento por áudio e vídeo e instalação de softwares de rastreamento e controle. Por outro, entretanto, a tecnologia pode ser utilizada como ferramenta essencial para dissuadir ou reduzir a violência doméstica, fornecendo assistência e recursos para as vítimas, bem como para os órgãos responsáveis pela investigação e persecução penal.

Ao realizar revisão bibliográfica destinada a examinar as mais recentes inovações tecnológicas para o combate à violência doméstica, Kouzani (2023) esclarece, ainda, que as ferramentas tecnológicas, em geral, vem sendo utilizadas em quatro grupos de objetivos: educação e prevenção, detecção e intervenção, reabilitação e apoio e, por fim, análise de quadros políticos e legais.

Em relação ao primeiro grupo de objetivos, pode-se afirmar que o emprego de tecnologias da informação e comunicação pode ser voltado ao aumento da conscientização pública sobre a violência doméstica, auxiliando no processo de identificação dos sinais de abuso e divulgando recursos e mecanismos de apoio existentes. Além disso, podem auxiliar na implementação de táticas para abordar as causas subjacentes e os fatores de risco associados à violência doméstica, tais como a promoção de relações saudáveis, a igualdade de gênero e a resolução de conflitos (Kouzani, 2023).

Por outro lado, tratando-se de processos de detecção e intervenção, “os sistemas tecnológicos podem ser utilizados para identificar casos em desenvolvimento de violência doméstica em tempo real, tais como identificar ameaças e padrões de abuso, e para responder à violência doméstica em curso, como o envio de serviços de emergência e a prestação de aconselhamento e assistência jurídica às vítimas” (Kouzani, 2023).

No que diz respeito ao emprego voltado ao fornecimento de mecanismos de reabilitação e apoio, a tecnologia pode ser usada para aliviar o impacto emocional e psicológico da violência, com fornecimento de serviços de terapia, apoio, abrigo e aconselhamento.

Por fim, “as estratégias tecnológicas podem ser utilizadas para promover alterações políticas para melhor enfrentar a violência doméstica, tais como facilitar a prevenção da violência doméstica e sistemas de apoio, e para fazer cumprir leis e políticas que protejam as vítimas, tais como mecanismos de denúncia, resposta, ordens de restrição e justiça” (Kouzani, 2023).

No Brasil, uma das ferramentas mais utilizadas dentre as disponibilizadas para as mulheres vítimas de violência é o atendimento telefônico. O País fez uma grande aposta no serviço telefônico de atenção à mulher, o Ligue

180, sendo o primeiro instrumento que costuma ser procurado em busca de ajuda para sair de uma situação de violência. Esse serviço é gratuito e confidencial, funciona todos os dias do ano, 24 horas, disponível em todo o Brasil e em diversos outros países. Desde março de 2023 as integrantes da Central de Atendimento passaram a ser somente mulheres. Essa ferramenta também funciona como disque-denúncia, quando as chamadas são redirecionadas para a Segurança Pública.

Atualmente o Ligue 180 e o Disque 100, destinado as denúncias de violações de direitos humanos, foram unificados. De acordo com o Painel de Dados Direitos Humanos, disponibilizado pelo Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania, no primeiro semestre de 2023 foram realizadas 244.846 mil denúncias.

O atendimento também está disponível no Telegram, pelo canal DireitosHumanosBrasil, e pelo WhatsApp. Em ambos aplicativos de celular a triagem é realizada por uma resposta automática e direcionada a um atendimento humano.

Além da ajuda às mulheres, essas ferramentas servem de porta de entrada aos serviços que atuam em rede contra à violência de gênero e os atendimentos servem como base de dados para a formulação de políticas públicas, ou seja, como medidor social de aspectos que serão analisados e trabalhados posteriormente na implementação de novas diretrizes e metas, servindo como fonte de pesquisa.

Somado ao atendimento telefônico oferecido pelos canais “Ligue 180” e “Disque 100”, outra importante ferramenta oferecida pelo Governo Federal do Brasil é o aplicativo Proteja Brasil. Trata-se de recurso de tecnologia desenvolvido em parceria da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República com o Fundo das Nações Unidas para a Infância da UNICEF para auxiliar no combate à violência contra crianças e adolescentes (BRASIL, 2018); o sistema foi lançado em 2014 e está disponível gratuitamente para dispositivos móveis com sistemas operacionais Android e iOS.

Como importante ferramenta de combate à violência, possui integração com o sistema Disque 100, de modo que toda e qualquer violação de direitos humanos, inclusive relacionadas aos direitos das mulheres, possam ser reportadas. O objetivo principal do Aplicativo Proteja Brasil é facilitar o acesso às informações e serviços relacionados à proteção da infância e adolescência e oferece diversas funcionalidades que visam proporcionar suporte e orientação para as vítimas, bem como facilitar a denúncia de casos de violência doméstica.

O Aplicativo Proteja Brasil é uma ferramenta complementar à Central de Atendimento à Mulher (Ligue 180), ampliando o acesso aos serviços de apoio e informações sobre violência doméstica. Ele busca facilitar o processo de denúncia e orientação, contribuindo também para a prevenção e combate à violência contra a mulher no Brasil.

Com o advento da epidemia mundial provocada pela Covid-19, as plataformas de registro de ocorrências policiais em formato digital começaram a ganhar força. Antes limitadas a um restrito número de infrações penais, as chamadas Delegacias de Polícia Virtuais ou eletrônicas passaram também a admitir o registro de crimes em que, antes da Pandemia, apenas podiam ser comunicados presencialmente em Delegacias de Polícia.

Atualmente, vários Estados da Federação contam com Delegacias de Polícia Virtuais. Em Santa Catarina, por exemplo, há, inclusive a possibilidade de registro de crimes relacionados a violência doméstica e familiar contra a mulher. Naquela plataforma, após o registro do boletim de ocorrência, as informações são enviadas diretamente à Delegacia de Proteção à Criança, Adolescente, Mulher e Idoso (DPCAMI) e, após homologação por um policial civil, são encaminhados ao Delegado de Polícia responsável pela investigação para análise e despacho. Havendo situação de urgência ou necessidade de esclarecimento imediato do fato, a equipe realiza contato com a vítima por meio dos canais informados no registro, com realização do atendimento pela equipe da Unidade ou responsável pelo plantão policial.

Em Santa Catarina, o sistema da Polícia Civil ainda permite que a vítima requeira, de maneira digital e remota, medidas protetivas de urgência, pedido que é remetido ao Poder Judiciário após análise e despacho da Autoridade Policial. Uma vez que casos de extrema urgência demandam providências incompatíveis com o formato digital adotado, crimes como feminicídio, estupro e lesão corporal praticada no contexto doméstico devem ser registrados presencialmente, até para que a vítima receba atendimento mais adequado ao caso comunicado.

Sobre plataformas digitais de conscientização e auxílio, é possível apontar iniciativas públicas e privadas realizadas em redes sociais como Instagram, Facebook e Uber, que inclusive participa uma série de projetos relacionados a seu “compromisso com o combate à violência contra a mulher” (EQUIPE UBER, 2022), além do projeto Ângela, assistente virtual desenvolvida pelo Instituto AVON durante o período de pandemia COVID-19 que tem por objetivo entender o grau de risco a que a mulher está submetida, direcionando-a a uma delegacia de polícia, inclusive por meio do envio de um veículo da própria UBER, parceira do projeto. O assistente Ângela, segundo informações da plataforma, ainda é capaz de colocar a mulher em contato com uma psicóloga, conectá-la com apoio jurídico ou ajudá-la a mapear os serviços de apoio à mulher em situação de violência em todo o Brasil, entre outras formas de suporte e acolhimento (INSTITUTO AVON, 2021).

O emprego de plataformas digitais também passou a ser realizado pelos órgãos do Estado para auxiliar na classificação de risco dos casos de violência doméstica. O estabelecimento de mecanismos que possam auxiliar na priorização dos atendimentos, aliás, é uma necessidade antiga das instituições que trabalham com a proteção da mulher. Kouzani (2023) relembra

que “a violência doméstica pode ser atribuída a uma combinação de fatores subjacentes, tais como controle, problemas de saúde mental, consumo indevido de drogas/álcool, dificuldades financeiras, comportamento aprendido, valores culturais, percepções dos papéis de gênero, entre outros”. Além disso, uma série de outras variáveis podem estar associadas à ocorrência da violência doméstica, o que dificulta o desenvolvimento de parâmetros que possam servir a uma efetiva definição do grau de risco a que a mulher se encontra submetida, bem como ao estabelecimento de prioridades para atuação dos diversos órgãos que fazem parte da rede de proteção.

Visando proporcionar aos órgãos de aplicação da lei os subsídios mínimos para a classificação de riscos, o Conselho Nacional de Justiça, em parceria com o Conselho Nacional do Ministério Público, propôs a adoção de um formulário do meio do qual é possível, a partir de um conjunto de informações apresentadas pela mulher vítima de violência, sistematizar um conjunto de informações relacionadas à violência sofrida. O Formulário Nacional de Avaliação de Riscos, nome pelo qual o documento foi batizado, foi instituído pela Resolução Conjunta CNJ-CNMP nº 05, de 03 de março de 2020 e passou a ser aplicado pelos órgãos de atendimento à mulher, tornando-se obrigatório a partir da Lei nº 14.149, de 05 de maio de 2021.

A partir da publicação da resolução acima mencionada, a Polícia Civil do Estado de Santa Catarina, em parceria com o Poder Judiciário e com o Ministério Público de Santa Catarina, desenvolveu o primeiro formulário eletrônico de avaliação de riscos do País; vinculado a ele, encontra-se um sistema de gestão de atendimento e de dados batizado de SCMulher, plataforma apresentada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina ao CNJ em 2021 e entregue às Delegacias de Polícia daquele Estado para utilização nos casos de violência doméstica.

O sistema SCMulher, que já atendeu mais de 30 mil ocorrências em todo o Estado, foi desenvolvido para consolidar informações relacionadas às vítimas e seus agressores e fornece não só uma perspectiva histórica das pessoas envolvidas no ato de violência, como também indica tendências de progressão ou escalada deste. Com tais informações, os profissionais envolvidos no atendimento têm condições de compreender melhor o contexto da mulher, e da violência, e tomar as medidas mais adequadas para preservação de sua vida e sua integridade física (BRASIL, 2021).

Apesar do pioneirismo da plataforma, o sistema, assim como os formulários aplicados em suporte físico, ainda não conseguem alcançar a principal finalidade para a qual foram criados (classificar efetivamente o risco), vez que inexistente modelo ou metodologia de classificação vinculada, o que faz com que sirva de instrumento ao aplicador do direito, cuja efetividade dependerá do grau de capacitação e conhecimento do profissional.

Sobre o uso de inteligência artificial para identificação de possíveis agressores a partir da análise de informações extraídas de publicações de

redes sociais, Kouzani (2023) afirma que “a análise, detecção e classificação eficazes dos conteúdos publicados online desempenham um papel vital na identificação de casos de violência doméstica e na permissão de intervenção e mitigação imediatas em casos críticos”. Afirma, ainda, que “as publicações online baseadas em texto constituem uma parte significativa do conteúdo online, e a detecção e classificação de publicações relacionadas com a violência doméstica utilizando algoritmos tradicionais de aprendizagem automática pode envolver principalmente a classificação de texto”. Tais recursos podem permitir a antecipação de ações e possibilitar a adoção de mecanismos de mitigação da violência, contribuindo para a diminuição dos índices de ocorrência.

O emprego de inteligência artificial, entretanto, pode ser utilizado não só para adoção de medidas de antecipação. A esse respeito, importante iniciativa foi realizada pelo Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento (PNUD) na América Latina e no Caribe. Trata-se do Programa Regional da Iniciativa Spotlight para a América Latina & Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. (2022). Por meio do guia *Inteligência artificial: uma ferramenta de apoio à análise da perspectiva de gênero nos homicídios de mulheres*, o órgão propõe ferramenta de inteligência artificial com o objetivo de apoiar a análise da perspectiva de gênero nos homicídios contra mulheres. A ferramenta serviria à classificação de casos de violência doméstica, a partir do reconhecimento de características relacionadas ao feminicídio, apoiando operadores do direito no processo de compreensão e aplicação das normas mais adequadas ao caso concreto.

Existem, também, estudos para a incorporação e emprego de inteligência artificial em formulários de avaliação de riscos, o que dependerá do desenvolvimento de modelo de conhecimento que sirva de suporte à efetividade da medida.

Kouzani (2023) também aponta a possibilidade de utilização de dispositivos inteligentes, criados a partir a utilização embarcada de recursos de inteligência artificial. Conforme relatado pelo autor, “o ambiente doméstico pode incluir entradas residenciais, corredores, salas, cozinhas, banheiros, quintais ou outras áreas designadas em que incidentes de violência doméstica podem ocorrer”. Assim, por meio de sensores ambiente, vinculados a dispositivos que podem ou não estar posicionados de forma oculta no ambiente doméstico, é possível registrar vários tipos de dados relacionados à possível ocorrência de violência doméstica. Trata-se de câmeras de vídeo com ou sem fio, câmeras ocultas, sensores de áudio, incluindo microfones, plataformas domésticas inteligentes, sensores de movimento, sistemas de assistente de voz, entre outros, podem capturar comportamentos suspeitos, sinais de alterações físicas, linguagem agressiva ou ameaçadora. Os dados coletados são, então, analisados por um Algoritmo de IA para identificar padrões, re-

conhecer anomalias e fornecer informações que ajudem a detectar e mitigar incidentes de violência doméstica (Kouzani, 2023).

Cumuladas às iniciativas anteriormente apontadas, pode-se indicar também as ferramentas de botão de pânico como importantes recursos tecnológicos desenvolvidos para auxiliar as vítimas de violência a pedirem ajuda em situações de emergência ou perigo iminente. Essas ferramentas são projetadas para fornecer um meio rápido e discreto de acionar um alerta e solicitar assistência.

Em geral, são ferramentas disponibilizadas em forma de aplicativos móveis, que podem ser instalados em smartphones ou dispositivos similares. O objetivo principal é permitir que as vítimas de violência doméstica acionem um alerta com facilidade, mesmo em momentos de grande estresse ou perigo. Os softwares são integrados a serviços de emergência policial e conseguem utilizar recursos de georreferenciamento do dispositivo em que instalados, o que permite o encaminhamento de viaturas ao local da ocorrência com facilidade.

Além de permitir a localização da vítima para encaminhamento de apoio, algumas ferramentas também possuem recursos para gravação de áudio ou vídeo durante a situação de emergência, garantindo assim a produção de evidências que podem ser utilizadas posteriormente para a comprovação da materialidade do crime (prova de sua ocorrência), já que na maior parte dos casos tais agressões são praticadas no ambiente familiar, de maneira clandestina.

Essas ferramentas são projetadas para serem discretas, permitindo que a vítima acione o alerta de forma rápida e silenciosa, sem alertar o agressor. Elas visam aumentar a segurança e fornecer uma resposta mais eficiente em situações de violência doméstica.

Atualmente, vários Estados da Federação desenvolveram, por meio de seus órgãos, aplicativos tipo botão do pânico, a exemplo do Sistema Salve Maria, criado pelo Governo do Estado do Piauí, considerado uma das ferramentas pioneiras nesse tipo de atendimento.

No entanto, é importante destacar que essas ferramentas (botão de pânico) são complementares e não substituem a busca de ajuda profissional e apoio adequado. Recomenda-se que as vítimas de violência doméstica também entrem em contato com organizações especializadas e autoridades competentes para obter assistência e proteção.

5 DESAFIOS E LIMITAÇÕES QUE DEVEM SER CONSIDERADOS

O emprego de recursos de tecnologia da informação tais como os anteriormente analisados pode auxiliar de maneira fundamental, como visto, no combate à violência doméstica contra a mulher. Entretanto, dadas às cir-

cunståncias em que tais tecnologias estão inseridas e são utilizadas, vários fatores podem contribuir para a formaçaõ de desafios e limitaçaõs que precisam ser consideradas para que haja, de fato, atendimento das finalidades para as quais foram criadas.

O primeiro deles, acreditamos, está relacionado ao próprio acesso à tecnologia. Em um País como o Brasil, costumeiramente conhecido pela existência de desigualdades sociais e econômicas relevantes, não se pode afirmar que todas as mulheres possuam acesso a telefones celulares e computadores, equipamentos básicos para a utilização dos sistemas de proteção desenvolvidos.

Por outro lado, a dependência de conectividade também é fator que deve ser levado em consideração. De fato, não se pode afirmar que há acesso suficiente para garantir o emprego de tais plataformas, seja por considerar os custos relacionados ao acesso à internet (residencial ou móvel), seja pela existência de infraestrutura deficitária em várias regiões do País, o que dificulta inclusive o emprego por órgãos públicos. A esse respeito, Silva et al. (2022) afirmam ser imprescindível salientar que para que o Brasil caminhe para o aumento do uso de tecnologias da informação e comunicação, é necessário que se enfrente desafios relacionados ao acesso, bem como à qualidade da internet em ambientes compartilhados.

Outro fator que pode ser considerando uma limitação relevante está relacionado à falta de conhecimento para a utilização dos dispositivos. Mesmo aquelas pessoas que têm acesso a equipamentos nem sempre têm o conhecimento ou a capacidade de usar aplicativos de segurança. Tal situação pode ser um desafio, especialmente para mulheres com mais idade ou pouca experiência em tecnologia. Silva et al. (2022), ao citar artigo publicado por Elaine Pimentel, do Núcleo de Estudos sobre a violência em Alagoas (NEVIAL), registram que “a exclusão digital é uma realidade que resulta da exclusão social”.

A publicação anteriormente mencionada aponta que “a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua - Tecnologia da Informação e Comunicação (Pnad Contínua TIC) 2018, divulgada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), mostra que uma em cada quatro pessoas no Brasil não tem acesso à internet. Em números totais, isso representa cerca de 46 milhões de brasileiros que não acessam a rede. Ao tentar entender os motivos para tanto, verificou-se que quase a metade das pessoas que não têm acesso à rede (41,6%) diz que o motivo para não acessar é não saber usar, enquanto uma a cada três (34,6%) diz não ter interesse e para 11,8% delas o serviço de acesso à internet é caro. Por fim, ainda se registrou que para 5,7% dos entrevistados o equipamento necessário para acessar a internet, como celular, laptop e tablet, é caro (Tokarnia, 2020).

A questão acima reveste-se de importância particular, já que demonstra que não basta que sejam adotadas iniciativas para melhoria da infraestrutru-

tura e diminuição de custos, sendo também necessário que se invista em capacitação de mulheres para o emprego de recursos que permitam não só a geração de emprego e renda, mas também acesso aos novos instrumentos de proteção disponibilizados.

De outro Norte, a possibilidade de retaliação é fator que deve ser levado em consideração quando se fala do emprego de mecanismos tecnológicos de proteção. Em alguns casos, os agressores podem monitorar os dispositivos das vítimas, o que significa que as elas podem não se sentir seguras ao usar aplicativos de segurança, pois isso pode resultar em retaliação pelo parceiro após perceber a utilização ou, às vezes, até mesmo a disponibilidade do recurso. Tais questões devem ser analisadas pelos responsáveis pelas iniciativas, que precisam adotar estratégias que garantam a possibilidade de dissimulação ou utilização não monitorada.

Por sua vez, a existência de recursos limitados de resposta de emergência é um importante desafio que precisa ser discutido. Infelizmente, nem sempre o acionamento de um alerta de emergência por meio de um aplicativo garante uma resposta rápida e eficaz das autoridades de segurança pública. A eficácia desses sistemas pode variar de acordo com a infraestrutura de resposta instalada em cada região, de modo que ainda não é possível garantir à mulher a necessária proteção, ainda que os avanços tecnológicos estejam disponíveis. Com efeito, em um País de dimensões continentais, não é fácil garantir que as políticas públicas desenvolvidas possuam a mesma estrutura e disponibilidade de recursos em Estados diferentes, considerando os aspectos culturais, sociais, orçamentários, dentre outros relacionados.

Além dos fatores já elencados, pode-se apontar eventuais limitações legais como fatores relevantes aos avanços de ferramentas de proteção. Sobre o assunto, sistemas de monitoramento e botão do pânico já são objeto de projetos de lei no Senado Federal (Projeto de Lei 10024/18) e na Câmara dos Deputados (Projeto de Lei 4827/19), todos voltados à implementação de mecanismos que permitam mais efetividade à proteção à mulher. Tais iniciativas pretendem apoiar plenamente o uso eficaz dessas ferramentas, já que a falta de previsão pode afetar questões relacionadas à coleta de evidências digitais por meio de aplicativos de segurança, com impacto direto na sorte dos processos relacionados.

Por fim, deve-se considerar que a manutenção adequada e a atualização constante dos aplicativos são essenciais para garantir que continuem funcionando de maneira eficaz e segura. A falta de recursos orçamentários especialmente destinados a tal finalidade pode levar à obsolescência dessas ferramentas.

É importante reconhecer esses desafios e limitações ao desenvolver e promover ferramentas tecnológicas de combate à violência contra a mulher. Para superar esses obstáculos, é crucial uma abordagem holística que combi-

ne tecnologia com políticas, legislação, educação e apoio às vítimas, a fim de garantir a segurança e o bem-estar das mulheres em situações de violência doméstica.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tais políticas e programas analisados levam a crer que existe um “limbo” entre a mulher sem voz, invisibilizada, desatendida nas suas demandas, direitos e dignidade, e as elaborações e ações do Estado. Este “limbo” é uma construção histórica que se desenvolve nesse tempo, em espaços específicos. É uma transformação importantíssima que inclui a busca pela erradicação da violência contra as mulheres.

A preocupação tanto a curto prazo como a longo prazo é essencial para um tema que envolve mudança de valores profundos como os estereótipos e as funções sociais de cada sexo. Isso requer, além da implementação de ferramentas com efeitos imediatos, uma perspectiva futura e elaborações e revisões contínuas, de acordo com os resultados que vão sendo obtidos.

Por outro lado, percebe-se que o emprego de recursos de tecnologia da informação e comunicação já é uma realidade no combate à violência doméstica e pode ser considerado uma importante ferramenta para proteção das mulheres vítimas de parceiros íntimos. Contudo, o desenvolvimento tecnológico não está infelizmente acompanhado do necessário desenvolvimento socioeconômico, de modo que nem todas as vítimas parecem ser capazes de desfrutar, com a mesma facilidade, das inovações tecnológicas apresentadas.

Assim, é preciso que se tenha em mente que os Estados e Instituições deverão adotar visão sistêmica e multidisciplinar, capaz de adequar o progresso tecnológico à realidade vivenciada pelo País, de todo que os benefícios possam ser compartilhados com o maior número de pessoas possível.

Pode-se perceber que ainda há muito trabalho pela frente. Entretanto, é importantíssimo ressaltar que ao entender a realidade do País é possível adequar as políticas públicas às possibilidades tecnológicas existentes, garantindo um combate mais efetivo à violência de gênero, de modo a permitir que progresso tecnológico também proteja a vida e a integridade das mulheres, independente de sua classe social.

REFERÊNCIAS

- BEIRAS, Adriano, *et al.* “Políticas e leis sobre violência de gênero – reflexões críticas”. **Psicologia & Sociedade**, n° 24 (1), 2012, p.36-45. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/psoc/v24n1/05.pdf>>. Acesso em: 05 junho 2023.

- BRASIL. **Compromisso e Atitude Lei Maria da Penha**. 03 dezembro 2014. Disponível em: <<http://www.compromissoeatitude.org.br/dados-e-estatisticas-sobre-violencia-contra-as-mulheres>>. Acesso em: 15 junho 2023
- BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania. *Conheça o Aplicativo Proteja Basil. Atualizado em 14 de maio de 2018*. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/sdh/noticias/2014/junho/conheca-o-aplicativo-proteja-brasil>>. Acesso em: 16 julho 2023.
- BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania. *Painel de Dados da Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos. Primeiro Semestre de 2023*. 04 abril 2023. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/ondh/painel-de-dados/primeiro-semester-de-2023>>. Acesso em: 05 junho 2023.
- BRASIL. Polícia Civil de Santa Catarina. Secretaria de Estado da Segurança Pública. *PC Por Elas*. 2021. Disponível em: <https://pcporelas.pc.sc.gov.br/index.php>. Acesso em: 03 set. 2023.
- BRASIL. Secretaria de Políticas para as Mulheres. **Plano Nacional de Políticas para as Mulheres. Brasília: Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2013**.
- DOMÍNGUEZ MATÉS, Rosario. “La presentación de comunicaciones individuales ante el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer como medio de tutela de la violencia de género a nivel internacional”. **Portularia: Revista de trabajo social**, n° 4, 2004, p.67-78. Disponível em: <<http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/226/b15130617.pdf?sequence=1>>. Acesso em 15 junho 2023.
- ESPAÑA. *Declaración del Consejo de Ministros con motivo del 25 de noviembre, día internacional de la eliminación de la violencia contra la mujer*. 21 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.upm.es/sfs/Rectorado/Gerencia/Igualdad/Violencia%20de%20Género/DECLARACION%20Consejo%20de%20Ministros%20sobre%20Violencia%20de%20Genero.pdf>>. Acesso em: 05 junho 2023.
- FARAH, Marta Ferreira S. “Gênero e políticas públicas”. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, 12 (1) jan./abr. 2004, p. 47- 71.
- FERRER-SAMA, Roberto Guimerá. *Cabe hablar de avances en la lucha contra la violencia de género?*. 25 set. 2012. Disponível em: <<http://blog.sepin.es/2012/09/cabe-hablar-de-avances-en-la-lucha-contra-la-violencia-de-genero/>>. Acesso em 10 junho 2023.
- GODINHO, Tatau; SILVEIRA, Maria Lúcia (Org.). **Políticas públicas e igualdade de gênero**. São Paulo: Coordenadoria Especial da Mulher, 2004.

5

A (DES)ORDEM DO DISCURSO EM MATÉRIA DE POLÍTICA PÚBLICA CRIMINAL NO BRASIL

*Thiago Alisson Cardoso de Jesus*⁵⁶

1 INTRODUÇÃO

O presente texto é fruto da pesquisa desenvolvida em sede de doutoramento no Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas da Universidade Federal do Maranhão (UFMA), um dos mais conceituados da América Latina (CAPES 6), que elegeu como unidade de análise relacional, o Estado Democrático de Direito, *locus* apropriado ao conflito das diversas ideologias (REALE, 2010), notadamente no pós-1988.

A Tese fora publicada, após devidos ajustes, pela Editora Tirant Lo Blanch em 2020 e foi lançada, nesses tempos de hiperconectividade potencializada pela pandemia. Trata-se, pois, da emblemática obra “A desordem do discurso em matéria de segurança pública no Brasil: uma análise da formulação do Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania no contexto pós-1988”.

A investigação, agora nessa obra coletiva também publicizada,⁵⁷ elegeu o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania, concebido em

⁵⁶ Advogado. Pós-Doutor em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Pós-Doutor pelo Programa Desigualdades Globais e Justiça Social (Capes/Programa de Internacionalização) com dupla certificação, pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília e pela Faculdade Latinoamericana de Estudos Sociais (FLACSo). Doutor e Mestre em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão. Doutorando em Estado de Derecho y Gobernanza Global (Universidad del Salamanca/Espanha). Professor Adjunto I na Graduação e Pós-Graduação em Direitos Humanos da Universidade Estadual do Maranhão e atual Diretor do Curso de Relações Internacionais da UEMA. Professor Permanente do Mestrado Profissional em Direito e Afirmação de Vulneráveis e da graduação em Direito da Universidade Ceuma. Orientador de Iniciação Científica. Ocupa a Cadeira 27 da Academia Atheniense de Letras e Artes/ATHEART com patrono Nauro Machado. Autor de “A (des) ordem do discurso em matéria de segurança pública” lançada em 2020 pela Editora Tirant Lo Blanch e de diversas outras obras. t_allisson@hotmail.com.

⁵⁷ O presente capítulo da Coletânea reitera, na íntegra, a publicação realizada nos Anais do Congresso de Pesquisa em Ciências Criminais, em sua primeira edição, organizado pelo Instituto

meados de 2006 como objeto de estudo; e como problema central: Quais os elementos que demarcam a natureza paradoxal do Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania e que medida reproduzem lógicas e ideologias conflitantes no Estado Brasileiro?

O percurso metodológico foi amparado pela *sociologia reflexiva* a partir de Pierre Bourdieu (2011) e Michel Foucault (2013), compreendendo as inúmeras relações no contexto da modernização reflexiva, da sociedade punitiva do risco e dos *microfocos* de poder (FOUCAULT, 2015; 2014) na contemporaneidade fluida brasileira. Pressupõe a avaliação de políticas sociais como uma modalidade de pesquisa social aplicada (SILVA, 2013) bem como delimitou-se a avaliação realizada na fase de formulação do Programa em comento.

Usou-se das técnicas de pesquisa bibliográfica a fim de levantamento acerca das categorias *Conflito, Violências, Segurança Pública, Seletividade e Cidadania* bem como de técnicas apuradas para pesquisa de documentos oficiais referentes ao Programa, a exemplo dos materiais originários usados quando da apresentação do Programa em 2007⁵⁸ e de obra peculiar que sistematizara diversos relatos orais de sujeitos atuantes no processo de elaboração do Programa a pedido do próprio Ministério da Justiça, levado a cabo pela Fundação Getúlio Vargas.

Os dados foram tratados a partir da análise de discurso nos moldes *foucaultianos* (FOUCAULT, 2012). Na primeira seção, em perspectiva relacional e reflexiva, abordam-se as relações entre a conflituosidade e o fenômeno das violências e da criminalidade e a justificativa da necessária intervenção na problemática por meio das políticas públicas de segurança, especificamente as com pretensões preventivistas e de repressão como o Programa em debate, a partir da base material brasileira da época por meio de dados que refletem a realidade de outrora, na ambiência do Estado Democrático de Direito Brasileiro.

Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) em 2017, na qual o autor fez uma Comunicação Oral e teve esse texto publicado, representativo de suas pesquisas no doutorado e que hoje compõem os escritos da obra “A desordem do discurso em matéria de segurança pública” pela Editora Tirant Lo Blanch em 2020.

58 O documento disponibilizado em arquivo formato *Portable Document Format* (PDF) é o produto das reuniões originárias para a elaboração do Pronasci no início de 2007. É rico em imagens e detalhes, sendo apropriado para análise de discurso realizada. Em virtude de sua própria natureza não possuía numeração; todavia, para facilitar as citações desse material no presente trabalho, os slides foram numerados considerando o primeiro *slide*, que contém o título do Programa, como a primeira página do material. No presente texto, usaremos alguns dos discursos em forma de imagens presentes na totalidade do material, que pode ser encontrado na íntegra em Disponível em: <<http://www.mpro.mp.br/documents/10180/580287/PRONASCI+-+Apresenta%C3%A7%C3%A3o.pdf/cc93e1e4-0cbc-4411-aa6e-eea4bac63893>>.

Na sequência, em *suspense*, foram investigados os interesses e racionalidades conflitantes na formulação de políticas públicas de segurança no Brasil e o desenho do *Modelo de Segurança Cidadã* para o país, considerando a multidimensionalidade das violências e suas repercussões e entraves na contemporaneidade.

Ao final, considerações representativas sobre o proposto e as constatações acerca de um *descompassado, excludente e paradoxal* processo de formulação do *dito* Programa de Segurança com Cidadania, demarcado por continuidades de um histórico tratamento repressivo, estigmatizante e centralizador, situado na ambiência de conflito de ideologias.

2 CONFLITUOSIDADE, O ISSUE DAS VIOLÊNCIAS E O PRONASCI COMO UMA PROPOSTA DE ENFRENTAMENTO NA AMBIÊNCIA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

Perscrutando a conflituosidade, para Coser (1956) e Simmel (1958), o conflito é positivo e funcional porque assegura a conservação e a integração da ordem social. Não são funcionais, todavia, os conflitos que colocam em questão os valores fundamentais de uma comunidade política⁵⁹ sobre os quais se apoia a legitimidade do sistema (BARATTA, 2002, p. 124).

A *disfuncionalidade* traduz, assim, as consequências das violências, oriundas dos conflitos mal gerenciados, em termos de *frustração, carências e defasagens* (GURR, 1970). Com efeito, constituem a frustração e a ingovernabilidade sintomas das crises geradas na arena de conflituosidade intensa, decorrendo, segundo Offe (1984, p. 239), “da diferença entre o volume de exigências e a capacidade de direcionamentos dados pelo Estado”.

A ordem social seria, nessa linha, um resultado da tensa coerção que os padrões comunitários exercem sobre os indivíduos. Consoante Bergalli e Ramirez (2015a, p. 209, grifo nosso):

[...] a sociedade não está baseada em um consenso, senão em um conflito originado pelos interesses dos diferentes grupos que lutam para impor suas pretensões. A ordem social é, então, resultado mais da coerção que do consentimento e assim a história das sociedades se converteu em uma coleção de triunfos e derrotas de facções particulares.

⁵⁹ Para Weber (2011, p. 313-314), “o termo comunidade política deve ser aplicado a uma comunidade cuja ação social tem como objetivo a subordinação à dominação ordenada pelos participantes de um território e a conduta das pessoas dentro dele. A dominação tem que ser exercida por meio da disposição de recorrer à força física, ou seja, às forças armadas. A qualquer momento, o território deve, de alguma forma, ser determinável, mas não necessita ser constante ou limitado de modo definitivo. Os habitantes são as pessoas que se encontram no território, seja de forma permanente ou não. Além disso, o objetivo dos participantes pode ser o de adquirir mais territórios para si mesmos.”

Considerando a escolha pelo referencial teórico-metodológico da sociologia reflexiva e a utilização de categorias dialógicas para a investigação científica do objeto de estudo desse artigo, pressupõe-se a construção histórica da ambiência do conflito em uma perspectiva plural, relacional, marcada por desigualdades de múltiplas manifestações. Corroborando, Baratta (2002, p. 125) entendeu o conflito como “uma luta que incide sobre os valores e pretensões a *status* sociais escassos, sobre poder e sobre recursos, uma luta na qual os objetivos das partes em conflito são os de neutralizar-se, ferir-se ou eliminar-se reciprocamente”.

Nessa esteira, sendo o Estado Democrático de Direito Brasileiro, inaugurado a partir da Constituição de 1988, como um *locus* apropriado para a manifestação das diversas ideologias, conflitantes e coexistentes nesse espaço relacional; tem-se como ponto de partida, para a elaboração de uma política pública, a base material do *issue*⁶⁰ gerador da necessária intervenção estatal aqui colocada em *suspense*.

Nesse contexto, uma política pública, decerto, afigura-se como “uma resposta decorrente de pressões sociais a partir de ações de diferentes sujeitos que sustentam interesses diversificados. Portanto, serve a interesses também contraditórios” (SILVA, 2008, p. 90). Assim, no Brasil pós-1988, de redemocratização tardia e *aparente*, a questão da (*in*)segurança,⁶¹ inevitavelmente, tornou-se pauta recorrente na agenda pública e política da nação ante os *incrementos* das violências e criminalidade no mundo real e a partir das *percepções sociais* sobre proteção, nitidamente manipuladas pela cultura do medo, do controle e da punição. Fortaleceu-se, assim, a necessidade de intervenção do Estado na situada problemática, além da expectativa de enfrentamento à histórica situação de *desgoverno* da segurança.

A primeira década do século vigente foi marcada por índices crescentes e alarmantes de violências, notadamente a homicida, com emprego de arma de fogo e contra jovens, em áreas consideradas de vulnerabilidade social. Concretamente, o *issue* da insegurança, das violências e da criminalidade clamava por uma intervenção. Segundo o *Mapa da Violência*, as taxas de homi-

60 Na literatura especializada nos estudos referentes às políticas públicas, *issue* remete ao problema, fato gerador e realidade social que atrai a intervenção estatal como necessária. No caso, o *issue* é a histórica problemática das violências, da criminalidade e baixa efetividade das políticas públicas de segurança no Brasil.

61 A palavra segurança vem do latim *securus*, significando ocupar de si mesmo, estado de não preocupação. Polissêmica, a segurança no âmbito jurídico, classicamente, remete-se ao conjunto de medidas destinadas à garantia e proteção da integridade das pessoas, comunidades, bens e instituições. Por seu turno, segundo Kasznar (2010, p. 141), “a insegurança abrange uma definição ampla, de incerteza geral em relação aos elementos que a compõem e é alimentada por inúmeros fatores, tais como a inadequação e não cumprimento das leis; a lentidão do Judiciário e os artifícios que podem ser usados para não julgar criminosos; a corrupção e a incompetência em saber lidar com recursos públicos; o crescimento do submundo que vê como viável nele viver e evoluir”.

cídios a cada 100 mil habitantes, no Brasil dos anos 2000 oscilavam de 26,7 a 28,9 – quase o triplo do início da década de 80 – como média nacional e já na metade da década referida (2005) apontavam os grandes centros urbanos como local de intensa vitimização homicida, a exemplo de Vitória (ES), Recife (PE) e Belo Horizonte (MG), respectivamente, com taxas de 78,3, 70 e 56,7 homicídios na amostra aqui referenciada. Destaca-se, ainda, que as taxas de homicídios que foram consumados com emprego de arma de fogo, entre os anos de 2000 a 2010, oscilaram entre 68% (no ano de 2000) e 71,6% (no ano de 2007) da totalidade desses crimes contra a vida perpetrados, conforme demonstrados no gráfico (WAISELFISZ, 2016).

Destarte, dos dados analisados, também eram altíssimas as taxas que se referiam à faixa etária entre 15 e 29 anos, homens, negros como população vitimizada e esses concentravam-se em 10% dos municípios analisados que, por sua vez, abarcavam mais da metade da população (WAISELFISZ, 2016), consagrando a base material para a focalização etária, gênero, racial e eleição de locais tidos como vulneráveis e mais violentos para o Programa. Frisa-se, por seu turno, que os índices não remetiam à realidade criminal que, alcançada pela *subnotificação*, não retrata o *real* Brasil de históricas desigualdades, violências e conflituosidade, tantas invisíveis e veladas, sérias expressões de uma complexa *questão social*.

Parametrizadas por teorias e ideologias conflitantes bem como marcadas por um passado de desgoverno ante às expectativas de mudanças e transformações em ambiências ditas democráticas, as políticas de segurança pública no Brasil caracterizaram-se historicamente por uma atuação predominantemente repressiva,⁶² regulamentada por marcos normativos que revestiram de legalidade, inclusive, as diversas práticas violentas e autoritárias em confronto direto a valores humanitários, criando um ambiente de oscilações, impasses e paradoxos em um país marcado por profundas desigualdades sociais, por violações às diferentes manifestações da vida e exclusão, por completo, de diversas vozes e formas de participação.

Na vigência do Plano Nacional de Segurança Pública, concebido no Brasil na metade da primeira década dos anos 2000, ante a necessidade de um *novo modelo* de enfrentamento para o problema da insegurança e consi-

62 O enfrentamento à criminalidade foi marcado nitidamente pela lógica de repressão, da contenção criminal seletiva e das práticas etiológicas arbitrárias em prol de um dito bem comum e ambiente de insegurança. Já no início do século XX, a célebre frase da “polícia sem política” proferida por Jorge Tibiriçá, presidente do Jornal *O Estado* em 1906 traduzia essa concepção. Entendendo que essa questão se encontra na formação da sociedade brasileira, ressalta-se, com Sousa Neto (2010), uma pesquisa que afirmou que já em 1850, 36,8% das pessoas detidas eram escravos, ex-escravos ou negros livres e que em 1875, apenas 37,9% das pessoas detidas pela polícia eram encaminhadas para a Casa de Correção. Desse número, 60,6% eram compostos por escravos. Segundo o autor, ratifica-se que naquele momento histórico os escravos e desordeiros (leia-se desempregados) foram colocados no centro da repressão policial.

derando as diversas ações já realizadas pelo Estado Brasileiro para tratar a criminalidade crescente e organizada – sem êxito e que apenas reforçaram a ambiência de *desconfiança* –, que o Governo Federal, sob a presidência de Luís Inácio Lula da Silva, lançou em agosto de 2007 o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (Pronasci), com a regência de Tarso Genro, então Ministro da Justiça. Regrado via Medida Provisória nº 384/2007, depois convertida na Lei 11.530 de 24 de outubro de 2007, posteriormente alterada pela Lei 11.707, de 19 de junho de 2008, o Pronasci foi, para o Brasil, uma tentativa de projeção interna de um *modelo de segurança cidadã* já gestado em âmbito internacional e que, conforme as diretrizes do Pnud/ONU, superaria a transitoriedade dos governos, além de pretender articular com as demais políticas públicas desenvolvidas pelos diversos setores governamentais, o enfrentamento das situações de violências e da criminalidade.

O Pronasci, para tanto, foi formulado para intervenção por duas grandes vertentes: a) a partir das denominadas *Ações Estruturais* cujo objetivo era a modernização do sistema prisional e das instituições de segurança pública; a valorização do profissional da segurança pública, dos agentes penitenciários; e o enfrentamento à corrupção nas instituições; b) também por meio da implementação de *Programas Locais*, cujo fito era o desenvolvimento de ações específicas para promoção da integração do jovem e da família; para a difusão da *cultura de paz* nas práticas rotineiras; ainda, para o envolvimento e engajamento das comunidades com o fortalecimento de ações sociais que promovessem especificamente o resgate, assim como a afirmação da cidadania em locais previamente *eleitos*.

Referido programa foi apresentado como plataforma política comprometida com o desenvolvimento humano e com as diretrizes de uma concepção de *justiça social* ao povo brasileiro, latente no contexto de desigualdades socioeconômicas e no estágio do processo civilizatório que o Brasil, ainda hoje, se encontra. Todavia, foi, sobretudo, para as limitações do processo de formulação o olhar da presente investigação: analisaram-se os discursos, declarados e velados, que influenciaram a *partidária* e *descompassada* elaboração do Programa em comento que ratificou a *mão forte* do Estado como excludente e estigmatizante.

3 INTERESSES E RACIONALIDADES CONFLITANTES NO PROCESSO DE ELABORAÇÃO DE UM MODELO DE SEGURANÇA CIDADÃ PARA O BRASIL ANTE À MULTIDIMENSIONALIDADE DAS VIOLÊNCIAS

Direcionando-se à segurança pública, o *Caderno de Gestão de Políticas Públicas Cidadãs*, elaborado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento da América Latina e Caribe (PNUD/ONU), parametrizou uma política pública de segurança como:

[...] um conjunto de intervenções públicas levadas a cabo por diferentes atores estatais e sociais (públicos e privados) com o fim específico de abordar e resolver aqueles riscos e conflitos (concretos ou previsíveis) de caráter violento e/ou delitivo que provoquem lesões aos direitos e liberdades das pessoas em um determinado âmbito espacial e temporal. Trata-se, pois, de uma política de controle de violência e do delito, mediante prevenção, repressão e investigação administrativa dos mesmos e/ou persecução penal dos responsáveis pelos delitos (PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO, 2006, p. 2).

Com efeito, o trato complexo dado à questão das violências e da criminalidade decorre da *multidimensionalidade* do fenômeno a ser enfrentado. Realça-se o necessário entrelaçamento, ainda que em *estado de tensão*, do Estado Social e do Estado Penal para a discussão e trato da problemática.

Decerto, sobre a complexidade da violência na pós-modernidade, diversas categorias textuais poderão ser apreendidas, corroborando essa como objeto a ser analisado “como um vasto conjunto de experiências que, cada uma à sua maneira, traduzem o risco de implosão pós-moderna, e mesmo seu esboço” (WIEVIORKA, 1997, p. 37).

Nesse ambiente de múltiplas relações e determinações, marcado pela tensão entre o mundo da razão e da cultura; entre o mundo objetivo e o mundo da subjetividade e entre os processos de racionalização e subjetivação, nos moldes de Touraine (1992), demarca-se o *campo social*⁶³ propício para a análise da violência. Entende-se, por seu turno, que essa análise:

[...] deve ser apreendida através de uma de suas novidades radicais: o fato de ser, ao mesmo tempo globalizada, posto que relativa a fenômenos planetários, e localizada; geral, e para utilizar o termo de Hans Magnus Enzensberger (1995), molecular: ela própria mundializada, e fragmentada ou eclodida. Ela não é forçosamente diferente segundo se considere o centro ou a periferia, noções que ela veio contribuir para enfraquecer [...] Esse caráter singular da violência contemporânea nos obriga a refletir ainda mais, indo de um extremo sociohistórico, a outro, centrado na pessoa. **A violência nos interroga, não porque, mais do que em outros momentos, caminharíamos para o caos generalizado, ou porque, mais do que em outros momentos estaríamos mergulhados na incerteza crescente do pós-Guerra Fria, mas porque devemos aprender a concebê-la de outra forma, com a mais viva consciência de uma nova situação histórica e política** (TOURAINÉ, 1992, p. 28, grifo nosso).

63 A categoria metodológica do *campo* demarcou as “relações de forças entre as posições sociais que garantem aos seus ocupantes um quantum suficiente de força social - ou de capital - de modo a que estes tenham a possibilidade de entrar nas lutas pelo monopólio do poder, entre as quais possuem uma dimensão capital as que têm por finalidade a definição da forma legítima do poder” (BOURDIEU, 2011, p. 28-29).

Como sabido, a violência é um fenômeno multifacetado, gerando, pois, consequências para os variados sujeitos e instituições na contemporaneidade, no plano interno e no cenário internacional; é um sério entrave para os governos democráticos (CENTRO INTERNACIONAL DE INVESTIGAÇÃO E INFORMAÇÃO PARA A PAZ, 2002; PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO, 2006); é um problema para a saúde pública (PERES, 2008) que repercute em altos custos no sistema sanitário; é indicativo de fragilização do processo civilizatório e dos arranjos democráticos (ELIAS, 2005; O'DONNELL, 1999); é causa para afastamento de investimentos (AZEVEDO, 2007).

Reflexivamente, afirma-se que a fórmula geral que está por trás da violência estrutural é a desigualdade (CENTRO INTERNACIONAL DE INVESTIGAÇÃO E INFORMAÇÃO PARA A PAZ, 2002). Essa desigualdade, todavia, não é necessariamente anormal. Conforme Baratta (2002, p. 63), “dentro de certo limites quantitativos, em que não atinge o nível crítico da anomia, [é] um elemento funcional ineliminável da estrutura social”. Frisa-se, com o mesmo autor, “a desproporção que pode existir entre os fins culturalmente reconhecidos como válidos e os meios legítimos, à disposição do indivíduo para alcançá-los, está na origem dos comportamentos desviantes”.

Assim, a violência estrutural, indica que a violência não pode ser entendida apenas em sede de comportamento agressivo; mas como fenômeno que decorre das *relações desiguais em sociedade*, locus situado sobretudo em democracias aparentes, formais, declaradora de direitos pifiamente efetivados. Para o Centro Internacional de Investigação e Informação para a Paz (2002, p. 104, grifo nosso):

Na medida em que uma sociedade possui elevados índices de distribuição negativa da riqueza e que limita a participação dos indivíduos nas decisões – principalmente mas não exclusivamente – no plano econômico, a violência estrutural é ainda maior. Iniquidade, marginalidade e exclusão são termos por meio dos quais a literatura especializada tem se referido ao fenômeno. Desde esse ponto de vista, a não realização dessas dimensões supõe que os indivíduos se encontram impossibilitados de obter níveis minimamente satisfatórios de qualidade de vida, daí ela fazer parte da problemática que envolve a paz e a violência [...] quando se observa a violência estrutural e se selecionam os indicadores, levam-se em consideração dimensões relativas ao acesso à educação, saúde, oportunidades de mobilidade social, outros fatores decorrentes da distribuição dos benefícios do desenvolvimento econômico relacionados à qualidade de vida e dimensões relativas à posse de ativos ou capital mobilizável pelos núcleos familiares ou pelos indivíduos [...]. Além desse aspecto é necessário enfatizar que ao mesmo tempo que a desigualdade econômica se constitui num determinado tipo de violência, ela também se relaciona com outros tipos. **Nesse sentido, pode-se afirmar que tal desigualdade**

pode incrementar a desintegração social, diminuir as forças de ação solidária ou cooperativas, aumentar a desconfiança mútua e dificultar os processos de governabilidade e os acordos políticos.

No bojo dos estudos sobre a paz, Galtung (1996, p. 28) destacou a invisibilidade da violência estrutural. Para ele, previsivelmente, não se estranha:

[...] que a atenção tenha sido centrada na violência pessoal e não na estrutural. A violência pessoal é visível. O objeto da violência pessoal com frequência sente a violência e pode se queixar, enquanto o objeto da violência estrutural pode ser persuadido a não vê-la de nenhum modo. A violência pessoal promove mudança e dinamismo; não apenas espuma sobre as ondas, mas ondas em águas que em outras circunstâncias seriam calmas. A violência estrutural é silenciosa, não se mostra; é essencialmente estática, é como água parada.

É nesse ambiente de tantas variáveis contextuais e condicionalidades que o Estado Brasileiro contemporâneo, em seu viés repressor e punitivo, intervém na seara do conflito por meio de agentes que compõem as mais diversas instituições do Sistema de Justiça Criminal⁶⁴ entendido como um subsistema de controle social. Pode-se entender esse *subsistema* como uma *produção simbólica* (BOURDIEU, 2011) e a partir da leitura de *mundo social* – punitivo e repressivo, marcado por ideologias de repressão – feita por Wacquant (2014, p. 17, grifo nosso), corrobora-se o *aparato penal*, com notas apropriadas para o Brasil, como:

[...] um órgão essencial do Estado, expressão da sua soberania e fundamental na imposição de categorias, na sustentação de divisões materiais e simbólicas e na modelagem de relações e comportamentos através da penetração seletiva do espaço físico e social. **A polícia, os tribunais e a prisão não são meros apêndices técnicos, destinados ao cumprimento da ordem legal (como a criminologia afirmaria), mas sim veículos para a produção política da realidade e para a vigilância das categorias sociais desfavorecidas e difamadas e dos territórios que lhes são reservados.** Estudiosos da formação do Estado Moderno em seus primeiros tempos, de Norbert Elias a Charles Tilly e a Gianfranco Poggi, reconheceram inteiramente que o monopólio da força – e, portanto, a construção de uma maquinaria burocrática para o policiamento, o julgamento e a punição de canalhas, capaz de pacificar minimamente a sociedade – era essencial para a edificação do Leviatã.

64 Corrobora-se com Baratta (1993) e Andrade (1994), ao entender que o sistema de justiça criminal é, na verdade, um (sub)sistema de controle social e engloba as formas pelas quais a sociedade responde formalmente a comportamentos e a pessoas que foram eleitas como desviantes, problemáticos, desviantes, inimigos e por meio dessa reação acaba por demarcar, selecionando, classificando e estigmatizando o desvio e a criminalidade como forma peculiar desse.

Bem, a intervenção na realidade social acontece por meio de uma política pública estruturada mediante complexo processo contextualmente situado. O processo dessas políticas públicas, conforme Silva (2001), parte do reconhecimento do problema (ascensão das violências e da criminalidade) e, *por conseguinte*, da adoção de alternativas políticas para enfrentamento da situação diagnosticada (a exemplo do Pronasci como plataforma para o enfrentamento). Por seu turno, verifica-se a implementação ou execução dos programas como a materialização daquilo que foi formulado a partir do problema e a avaliação dessa política a fim de verificar se foi suficiente para alteração da realidade que se propôs intervir.

Assim, indubitavelmente, também a construção de uma política criminal para o Brasil é produto desse movimento dialético – de contradições e refutações, redimensionamentos e desvirtuamentos – das influências de diversos sujeitos que, por sua vez, são movidos por interesses e distintas racionalidades em um *espaço relacional* multifacetado e pluralístico.

Valora-se, pois, o Estado como *estrutura-estruturante* (BOURDIEU, 2007) já que condiciona as diversas atuações dos sujeitos assim como permite ser condicionado pelos interesses e racionalidades daqueles, além de notadamente marcado pelos diversos aparelhos ideológicos que influenciam, sob diversas maneiras, suas intervenções, ratificando o histórico entendimento *althusseriano*⁶⁵ que “é indispensável ter em conta não somente a distinção entre poder de Estado e aparelho de Estado, mas também outra realidade que se manifesta junto ao aparelho (repressivo) do Estado mas que não se confunde com ele” (ALTHUSSER, 1985).

Na sequência, uma análise sistematizada sobre as concepções acerca dos sujeitos, interesses e racionalidades, valoradas como apropriadas ao presente estudo que foca no processo de construção de uma intervenção e no ambiente relacional aqui demarcado. A fase que ora se analisa é, pela literatura especializada, norteadada pela questão de *quem atua*, de *como se constrói o consenso* e *qual a medida dessa participação*, denotando a participação dos diversos sujeitos na formulação da política. Ademais, com Offe (1995, p. 22), “*quais grupos teriam o direito a que tipo de status*⁶⁶ e *por que razão*”. Em suma:

65 Os aparelhos a que se refere Althusser (1985, p. 68) (os aparelhos ideológicos do Estado - AIE) atuam, por vezes, sob o manto da ausência de reflexão como mecanismos incorporados às práticas e discursos que não são sequer percebidos. Diferenciam-se, pois, dos aparelhos repressivos que, pela teoria marxista, foram chamados de Aparelhos do Estado e compreendiam o governo, a administração, o exército, a polícia, os tribunais, as prisões. Para o autor, a qualificação como repressivo indica “que o aparelho do Estado em questão funciona através da violência – ao menos em situações limites (pois a repressão administrativa, por exemplo, pode revestir-se de formas não físicas)”.

66 Em diálogo com a literatura foucaultiana que discute as interdições nos discursos, com Offe (1995, p. 244), “entendemos por *status* o status formal especificamente atribuído ao grupo, em contraste com as relação de cooperação informal entre segmentos políticos e outros segmentos

A questão que se coloca nesse movimento é: Quem decide o que será considerado objeto de uma política? Há certo consenso de que, nas sociedades democráticas, a identificação de problemas ocorre quando indivíduos ou grupos colocam certas demandas para o Estado, a partir de situações que constituem necessidades e insatisfações. (SILVA, 2013, p. 23).

Configurados como *sujeitos* no processo de formulação os grupos de pressão, os movimentos sociais, as diversas organizações sociais, os partidos políticos, os burocratas em distintos níveis e instâncias, os técnicos e planejadores, os poderes constituídos e os meios de comunicação em massa; demarcaram-se as racionalidades administrativa, política, legal e de resultados como produtos da atuação interessada, induzida pela *pluralidade* ou pelo caráter *institucional* do *sujeito social* em questão. Por conseguinte:

As diversidades de sujeitos sociais e de racionalidades [...] conduzem, necessariamente, a desencontros, embates e conflitos, na medida em que se tem diferentes interesses, diferentes competências e papéis, produzindo diferenciação da perspectiva de tempo que orienta cada racionalidade, tornando difícil o estabelecimento de limites e consenso. Todavia, para que seja possível o desenvolvimento do processo das políticas públicas, é necessária a compreensão e compatibilização de funções e papéis, e indispensável a construção de consenso em aspectos centrais desse processo, principalmente no que se refere à aceitação das prioridades estabelecidas no plano político. (SILVA, 2013, p. 30-31, grifo nosso).

Os interesses, por sua vez, constituem o ânimo das condutas indissoluvelmente individuais e sociais; estão presentes em todas as condutas sociais, incluindo as que parecem ‘desinteressadas’; não estão ligados apenas a ganhos materiais; e podem ser simbólicos, relacionados a bens assim considerados, tão influentes quanto aos outros (MARX, 1999; BOURDIEU, 2011).

Os modelos *supra* referenciados apontam a atuação do poder público na premissa da realização da *vontade coletiva* (GRAMSCI, 1991) em ambientes democráticos, plurais, abertos e voltados à concretização de necessidades básicas da comunidade política.

O limite aparente, descortinador da *essência*, é rompido a partir da análise sobre a democracia experimentada. Não obstante a essa configuração apropriada a estados democráticos, registra-se o modelo explicativo voltado à máxima da eficiência que critica os padrões de análise orientados pela maximização da vontade coletiva, pressupondo que os:

da elite... o status formal é baseado na lei e em regras de procedimento formalmente adotadas que conferem ao grupo de interesse um determinado direito a um status específico [...] deixando de ter suas ações e realizações exclusivamente determinadas pelos interesses, ideologias, percepções de necessidades de seus membros [...].”

[...] interesses comuns, os quais em princípio, guiariam o processo decisório que afetam os indivíduos, não resultam necessariamente em ação coletiva [...] pois os interesses de poucos têm mais chances de se organizarem do que os interesses difusos de muitos. (SOUZA, 2006, p. 34).

A política de segurança pública, como faceta da política criminal, é informada por lógicas e antagonismos inerentes aos interesses no jogo da arena democrática situacional. Decerto, o próprio conceito de *ordem pública* adquire contornos imprecisos e fluidos; apresenta-se como vocábulo indeterminado e volúvel que gera incerteza ao ser aplicado no trato dado à segurança pública,⁶⁷ sendo “passível de incorporações autoritárias [...] mas também pode habitar o discurso democrático, ao ser concebida como ordem republicana do Estado Democrático de Direito” (SOUZA NETO, 2010, p. 54).

Sistematizam-se, nessa perspectiva, para o estudo das lógicas e dos paradigmas conflitantes na construção das políticas de segurança pública no Brasil e para a formulação, por conseguinte, do Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania, marco empírico desse trabalho, duas grandes matrizes: *uma* marcada pelo recrudescimento e por notas de punição para enfrentamento dos delitos e *outra* comprometida com os valores da pessoa humana e com um movimento crítico dos postulados da rigorosa intervenção estatal.

Com existência e influência devidamente admitida no âmbito do Estado Democrático de Direito, pautado na égide da coexistência de doutrinas plurais e razoáveis, a matriz do recrudescimento penal tem fundamentação ideológica no *Movimento de Lei e Ordem*. Como um dos paradigmas teóricos que influenciam a construção das políticas públicas de segurança no Brasil, esse movimento político-criminal possui um viés repressor em conformidade com os velhos parâmetros do regime e discurso punitivo-retributivo, voltados para a manutenção do *status* e predominantemente patrimonialista. Em Garapon, Gros e Pech (2000, p. 13), são os discursos político-econômico e psicopedagógico. Por ambos:

[...] Pretende regular-se pelos interesses imanentes de uma comunidade ameaçada. Punir é defender a sociedade; em que se trata de higiene ou de simbólicas sociais, de proteção da segurança ou das liberdades públicas, de

67 Corroborando, “[...] a noção de ordem pública já esteve no cerne dos discursos de legitimação das ditaduras. Para o pensamento autoritário, o fundamental é que tenha lugar uma decisão política capaz de estabelecer a ordem, de substituir o dissenso político pela adesão, ainda que imposta pela força, a um determinado conjunto de valores, subtraídos à esfera das divergências. Se a ordem está em confronto com a lei, a opção dos autoritários é sempre pela ordem. Legitimidade e legalidade são concebidas como eventualmente antagônicas, não dimensões vinculadas de um mesmo arcabouço jurídico-institucional: mais importante que preservar a lei é manter a ordem, ditada pela vontade de quem teve força para tomar a decisão soberana (SOUZA NETO, 2010, p.57, grifo nosso).

conservação da propriedade e de cálculo dos custos; em que o castigável assume as figuras mutáveis do monstro doente, do inimigo, do pequeno déspota, do enganador e do mau calculador [...] Pretende obter pela pena a transformação do condenado. Punir é educar um indivíduo: em que se trata de regeneração e de culpabilização, de condicionamento e de emenda; em que o castigável será um indivíduo educável.

Pinassi (2009, p. 86, grifo nosso) desmascarando, pois, o Movimento Lei e Ordem, além da *aparência* com a qual ele se manifesta, aduziu:

Sustentada num Estado crescentemente policial, declara abertamente seu comprometimento com a realização dos direitos relativos à propriedade privada. Ou seja, a história precisou de mais de 300 anos para cumprir na íntegra o que reza o artigo 8 da Constituição de 1793 e revelar a plena função da política burguesa: ‘A segurança consiste na proteção concedida pela sociedade, a cada um de seus membros para preservação de sua pessoa, dos seus direitos e da sua propriedade’. Nessa medida, adquirem ainda mais sentido as palavras de Marx: ‘A segurança constitui o supremo conceito social da sociedade civil, o conceito de polícia’. Pois bem, que outra relação pode haver entre os massacres do Oriente Médio e os que ocorrem no Brasil, além de materializarem a bestialidade das mercadorias que, aliás, realizam seu valor nos campos de extermínios em expansão?

Movimento de base estadunidense e que reitera a cultura do controle em seu viés institucionalizado através de recrudescimento penal mais gravoso e da vigilância mais invasiva e generalizada,⁶⁸ essa matriz pode ser configurada como o conjunto das diversas práticas e discursos que reforçam a lógica da contenção, da neutralização, da criminalização da miséria⁶⁹ e da seletividade. Coadunando com Baratta (2002, p. 165, grifo nosso), a seletividade:

68 Como disse Foucault (1997, p. 63), “*tenemos unas estructuras de vigilancia absolutamente generalizadas, de las que el sistema penal, el sistema judicial es una pieza, y de las que la prisión es a su vez una pieza, y de las que la psicología, la psiquiatria, la criminología, la sociología, la psicología social son los efectos. Es en este punto, en este panoptismo generalizado de la sociedad em donde debe situarse el nacimiento de la prisión*”.

69 Com Young (2002, p. 36-37), sobre a criminalização da miséria a partir do parâmetro sociológico da pobreza material e imaterial, assevera-se que “a contribuição da precariedade econômica e da insegurança ontológica é uma mistura extremamente inflamável em termos de resposta punitiva à criminalidade e da possibilidade de criar bodes expiatórios. Nós já vimos [...] que elas opõem sutilmente os que estão no mercado de trabalho aos que estão transparentemente fora dele. A insegurança ontológica acrescenta a esta situação explosiva a necessidade de reelaborar as definições menos tolerantes de desvio e de reafirmar as virtudes do grupo constituído. Contudo, é importante distinguir tendências de necessidades, bem como especificar o cenário social preciso em que tais dinâmicas se desdobrarão”.

[...] ocorre não somente com a escolha dos tipos de comportamentos descritos na lei e com a diversa intensidade da ameaça penal, que frequentemente está em relação inversa com a danosidade social dos comportamentos, mas com a própria formulação técnica dos tipos legais. **Quando se dirigem a comportamentos típicos dos indivíduos pertencentes às classes subalternas e que contradizem as relações de produção e de distribuição capitalistas, eles formam uma rede muito fina, enquanto a rede é frequentemente muito larga quando os tipos legais têm por objeto a criminalidade econômica e outras formas de criminalidade típica dos indivíduos pertencentes às classes no poder.**

Defendeu-se, por seu turno, categorias fluidas e conceitos indeterminados que abrem margem à discricionariedade dos distintos agentes que personificam o sistema de justiça criminal que podem ser depreendidas da engenharia do Programa como *encarceramento em massa, legislação penal do pânico e da emergência, exasperação da pena, armamentismo, enfrentamento, policiamento ostensivo, pacificação, criminalização da pobreza, áreas vulneráveis etiquetadas e Estado Penal* (YOUNG, 2002; CHOUKR, 2002; TEIXEIRA, 2006; WACQUANT, 2007; GARLAND, 2008; MALCOLM, 2014), marcada na imperfeição de um modelo de Estado voltado para a emancipação dos indivíduos dada a *hipertrofia distópica do Estado Penal e a atrofia deliberada do Estado Social* (WACQUANT, 2001).

Com efeito, o etiquetamento passa a ser nota que direciona a focalização de intervenções públicas, inclusive em Programas de Segurança Pública dito com *Cidadania*: Aos inimigos do Estado, a punição severa e a flexibilização dos direitos. Quem é o Outro? Quem pode ser o Outro a ser combatido, perseguido e estereotipado? Por essa inquietação política, o Estado Brasileiro manifesta seus compromissos ideológicos com o sistema capitalista e por ele é determinado, ao preconizar a necessidade de contenção, neutralização e estereotipagem dos eleitos *inimigos*⁷⁰ por meios das políticas criminais situadas na globalização do movimento de *zero tolerance*.

A ontologia do tratamento dado ao etiquetado como inimigo encontra guarida em uma racionalidade jurídica que legitima os fundamentos do isolamento do sujeito assim considerado. Nessa esteira, Zaffaroni (2007, p. 18, grifo nosso):

[...] a essência do tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo consiste em que o direito lhe nega sua condição de pessoa. Ele só é considerado sob o aspecto de ente perigoso ou daninho. Por mais, que a ideia seja matizada, quando se propõe estabelecer a distinção entre cida-

70 Discussão amparada em Jakobs (2010) e Zaffaroni (2012), coloca-se em *xeque* a atuação do Estado pautada em um funcionalismo normativo, em uma seletividade da clientela criminal e pela criminalização de estados de vida, de situações econômicas e pelo privilégio à criminalidade organizada e de colarinho branco.

dãos (pessoas) e inimigos (não-pessoas), faz-se referência a seres humanos que são privados de certos direitos individuais, motivo pelo qual deixaram de ser considerados pessoas, e esta é a primeira incompatibilidade que a aceitação do *hostis*, no direito, apresenta com relação ao princípio do Estado de Direito.

Reproduziu-se uma violência que vulnerabilizou direitos e legitimou uma atuação invasiva que descomprometeu-se com os valores da pessoa humana. Corroborou-se com Andrade (2003, p. 55) quando reflete que:

Enfim, o aprofundamento da relação entre Direito/Sistema Penal e desigualdade conduz, em certo sentido, a inverter os termos em que esta relação aparece na superfície do fenômeno descrito. Não apenas as normas penais se criam e se aplicam seletivamente, e o desigual tratamento de situações e de sujeitos iguais, no processo social de definição de criminalidade, responde a uma lógica de relações assimétricas de distribuição do poder e dos recursos na sociedade (estrutura vertical), mas o Direito e o sistema penal exercem, também, uma função ativa de conservação e reprodução das relações sociais de desigualdade. São, também, uma parte integrante do mecanismo através do qual se opera a legitimação dessas relações, isto é, a produção do consenso real ou artificial.

Reflexivamente, sobre o descompasso da *mão forte do Estado* com o acervo jurídico humanitário, garantista e emancipador, Machado (2005) apregoa que tal incompatibilidade dá-se em *reciprocidade*. A política de segurança, então, reproduz os ditames de uma política criminal axiologicamente concebida. Molina e Gomes (2006) assevera que intervenções estatais desenvolvidas em sociedades do medo e da insegurança relacionam-se aos movimentos que apregoam o *império da lei para manutenção da ordem*. Para Garland (2008), os grupos de pressão – entre os quais a mídia – e as diversas instituições de controle têm grande influência nas decisões dos poderes constituídos, no que toca à eleição das prioridades para a construção da agenda política. Sobre esse discurso, forjado com ares de democracia, o autor cita:

Considere-se isto uma cínica manipulação de emoções coletivas para obtenção de dividendos políticos ou uma bem-intencionada tentativa de dar expressão democrática ao sentimento público, o resultado é o mesmo. A formulação de políticas se torna uma forma de atuação simbólica que rebaixa as complexidades e o caráter duradouro do controle do crime efetivo, em favor das gratificações imediatas de uma alternativa mais expressiva. **A elaboração de leis se torna uma questão de gestos retaliadores, cujo objetivo é o de reconfortar um público preocupado com o tema e de se alinhar ao senso comum, por mais inadequados que sejam tais gestos para tratar o problema subjacente.** Uma mostra de força punitiva contra os indivíduos é exibida para reprimir qualquer reconhecimento da inabilidade estatal de controlar o crime em níveis aceitáveis. A

disposição de aplicar penas severas a criminosos condenados compensa, magicamente, o fracasso em prover segurança para a população em geral. (GARLAND, 2008, p. 283, grifo nosso).

Com propriedade, Molina e Gomes (2006) defendem que a política criminal deve ser respaldada na razão e não na paixão, e que o medo só gera medo, pânico e distorções na retórica e no pragmatismo em prover segurança, incitando inclusive *justiciamento popular*.

Nítida é a seletividade em comunidades acossadas nos morros e nas periferias, alvos de programas de pacificação – e de manutenção da ordem – em áreas dominadas pelo narcotráfico e onde a presença do Estado é mínima no que tange à efetivação de direitos declarados, habitadas em sua grande maioria por negros e pobres, selados pela histórica exclusão e que constituem alvo fácil do viés policial do Estado e que:

[...] sofrem toda sorte de violências por tropas de choque treinadas para constranger, torturar e eliminar qualquer dos alvos fáceis das favelas. Ações desse tipo têm sido muito frequentes também em outras situações, o que vem demonstrar, desde o ciclo das ditaduras militares na região, uma renovada disposição de repressão oficial/extraoficial no Brasil e na América Latina como um todo. Os exemplos são inúmeros, mas destacam-se as operações comandadas contra movimentos sociais e sindicais, rurais e urbanos que, a despeito das atrocidades sofridas, se multiplicam e cobram com disposição igualmente renovada as gigantescas dívidas históricas que essa parte do continente acumula com a classe trabalhadora. Agravam-se também as ameaças e os assassinatos cometidos contra as comunidades indígenas em luta por terras já titularizadas e por direitos já lavrados pela Constituição que os novos colonizadores vêm outra vez assaltar. É preciso lembrar ainda as investidas contra as populações carcerárias insurrectas e inconformadas com a brutalização sem limites do sistema prisional latino-americano (PINASSI, 2009, p. 84-85).

Para além da ideia reducionista da cidadania como mero exercício dos direitos políticos, entende-se que falar nessa categoria significa considerar as próprias mudanças ocorridas na sociedade, proporcionadas pelas inovações da realidade tecnológica e científica e o reconhecimento de novas demandas, que atraem, por seu turno, uma nova atuação do Estado. Tensionando a multidimensionalidade da cidadania com os postulados do sistema de classes e suas ingerências na realidade a partir do processo dialético da política pública em questão, notável guerra no presente século,⁷¹ delineiam-se os limites da violência no controle institucionalizado de molde penal. A cidadania

71 Por esse ângulo, Marshall (1990, p. 103) indicou que “[...] a cidadania e o sistema de classes capitalista tem estado em guerra no século XX. Talvez a frase seja um tanto exagerada, mas não há dúvida de que a cidadania impôs modificações no referido sistema de classes [...]. Os direitos sociais, em sua forma moderna, implicam uma invasão do contrato pelo *status*, na subordinação

como o *direito a ter direitos*⁷² (ARENDDT, 1993) passou a ser elemento de proteção dos distintos sujeitos face às arbitrariedades, a todo azar de opressão e formas históricas de exclusão. Nesse sentido, inclusive olhando para a base material brasileira, nas palavras de Andrade (2003, p. 74-75):

[...] enquanto o conceito liberal de cidadania tem por pressuposto um conceito limitado do poder, da política e da democracia, subestimados na sociedade civil, a percepção da cidadania aqui delineada implica a superação destes pressupostos, uma vez que aponta para a dimensão macro (não-estatal) do poder, da política e da democracia, na sociedade civil; enquanto o conceito liberal de cidadania tem por pressuposto um conceito individualista da sociedade, que somente vislumbra uma cidadania individual e conflitos interindividuais, a percepção aqui delineada busca apreendê-la, também, como construção coletiva que, expressando a coletivização dos conflitos, tem por protagonistas centrais categorias, classes, grupos e movimentos sociais, e não apenas os indivíduos atomizados; enfim, e correlativamente, para além da representação política, postulada pela matriz liberal como conteúdo da cidadania – no bojo de um modelo específico de democracia – a cidadania, tal como aqui concebida, aponta para a participação política e o conjunto dos direitos humanos em sentido amplo.

As notas e repercussões da cidadania constituem partes do fomento da segunda matriz relacionada ao movimento humanitário de proteção à pessoa em suas diversas manifestações e relações com a pluralidade da vida. Tal parâmetro serve, também, para a análise do contraditório processo de emancipação fomentado pelo Estado na contemporaneidade. Nas palavras de Andrade (2003, p. 22):

Enquanto a cidadania é dimensão de luta pela emancipação humana, em cujo centro radica(m) o(s) sujeito(s) e sua defesa intransigente (exercício de poder emancipatório), o sistema penal (exercício institucionalizado de poder punitivo) é dimensão de controle e regulação social, em cujo centro radica a reprodução de estruturas e instituições sociais, e não a proteção do sujeito, ainda que em nome dele fale e se legitime; enquanto a cidadania é dimensão da construção de direitos e necessidades, o sistema penal é dimensão de restrição e violação de direitos e necessidades; enquanto a cidadania é dimensão de luta pela afirmação da igualdade jurídica e da diferença das subjetividades; o sistema penal é dimensão de reprodução de desigualdades e de desconstrução das subjetividades; em de-

do preço de mercado à justiça social, na substituição da barganha livre por uma declaração de direitos”.

72 A discussão originária em Hannah Arendt levou ao reconhecimento do direito à pertença que o indivíduo possui face ao acervo jurídico posto por um Estado Nacional aos sujeitos. Entende-se aqui que esse é o ponto de partida: o reconhecimento da sujeição do indivíduo como alvo de um amplo sistema de proteção, pelo plano interno e no plano internacional humanitário, nas diversas manifestações da existencialidade concreta.

finitivo, enquanto a cidadania é dimensão de inclusão, o sistema penal é dimensão de exclusão social.

Nessa senda, o modelo epistemológico que nutriu a construção dessa segunda matriz de influências no Programa em questão é pautado nos pilares e fundamentos dos manifestos internacionais de afirmação dos direitos humanos;⁷³ no processo de racionalização da intervenção do Estado na questão das violências e da criminalidade otimizados pelos movimentos do garantismo penal e processual penal; além da permanente luta pela efetivação dos direitos e garantias e do movimento crítico e questionador do sistema de justiça criminal posto, da reprodução das violências e das funções desvirtuadas da pena.

Considerando o discurso que envolve o Estado Democrático de Direito, deontologicamente pautado na proteção à diversas manifestações da vida, não há porque coadunar com arbitrariedades e ingerências estatais indevidas e violentas.⁷⁴ Reflete Sousa Neto (2010, p. 58, grifo nosso) que:

Uma ordem pública democrática, em contraste, é aquela estruturada pela Constituição e pelas leis. Preservar a ordem pública significa, sobretudo, preservar o direito, a ordem juridicamente estruturada, garantir a legalidade. **Políticas públicas e ações policiais que desconsiderem direitos fundamentais transgredem, até não mais poder, a própria ordem pública que pretendem preservar.** A democracia política depende do exercício do poder em conformidade com o direito. Não é difícil constar que apenas essa orientação é compatível com a Constituição de 1988, e que, por essa razão, grande parte das políticas de segurança praticadas nas últimas duas décadas está em confronto, aberto ou velado, com a presente ordem constitucional.

Andrade (2012) anuncia um fundamento para essa condensação da lógica e da racionalidade de proteção à pessoa. Denominando como *humanismo*

73 Lafer (2015, p. 209) em diálogo com as obras de Hannah Arendt ratificou que a cidadania consiste no *direito a ter direitos*. Ratifica-se, pois, que “o que ela afirma é que os direitos humanos pressupõem a cidadania não apenas como um fato e um meio, mas sim como um princípio, pois a privação da cidadania afeta substantivamente a condição humana, uma vez que o ser humano privado de suas qualidades acidentais - o seu estatuto político - vê-se privado de sua substância, vale dizer: tornado pura substância, perde a sua qualidade substancial, que é de ser tratado pelos outros como um semelhante”.

74 Nas palavras de Ferrajolli (2002, p. 30), “[...] fato de que os diversos princípios garantistas se configuram, antes de tudo, como um esquema *epistemológico* de identificação do desvio penal, orientado a assegurar, a respeito de outros modelos de direito penal historicamente concebidos e realizados, o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade.”

emancipador,⁷⁵ a autora aponta o homem como *referencial*, *sentido* e como *ser histórico e social*:

[...] o homem deve ser entendido como referencial e sentido porque, evitando a tríplice atitude de tomá-lo como coisa (coisificando-o), abstração (universalizando-o) ou dado (imutável), é assumido em sua subjetividade, contextualização e devir. O homem é o ser humano de um tempo e lugar, e tem história. É o homem concreto, material e existencialmente situado e *ressituado* na dinâmica das relações humanas e sociais. Tanto é assim que, na obra de Baratta, o próprio sentido do sujeito está a se redefinir, holisticamente, na trama da vida e dos reencontros das unidades separadas (em classe, gênero, raça, etc.) pela violência socioepistêmica da modernidade. (ANDRADE, 2012, p. 55).

A partir desse pensamento que situa a ambivalência entre a mão forte⁷⁶ do Estado e o estado de fragilização dos direitos de cidadania em suas diversas facetas, demarca-se a política pública de segurança como expressão de um sistema de justiça criminal seletivo, estigmatizante, violento e pautado no recrudescimento penal, através de uma lógica apropriada ao sistema de produção (e de contenção e de neutralização) capitalista. Ante isso, ratifica-se que:

[...] o controle penal globalizado radicaliza a função simbólica do Direito Penal através de uma hiperinflação legislativa, ou seja, a promessa e a ilusão de resolução dos mais diversos problemas sociais através do penal, ao tempo em que redescobre, ao lado dos tradicionais, os novos inimigos contra os quais deve guerrear (terroristas, traficantes, sem-teto, sem-terra, etc.) não poupando, ainda que simbolicamente, a própria burguesia nacional (sonegadores, depredadores ambientais, corruptos, condutores de veículos, etc) que se toma também vulnerável face ao poder globalizado do capital. (ANDRADE, 2003, p. 25).

75 Nessa mesma perspectiva, Jakobs (2010, p. 40) refletiu o necessário reconhecimento da condição de sujeito das pessoas por parte de uma Constituição de base garantista e compromissória. Para ele, “como se tem mostrado, a personalidade, como construção normativa, é irreal. Só será real quando as expectativas que se dirigem a uma pessoa também se realizam no essencial. Certamente, uma pessoa também pode ser construída *contrafaticamente* como pessoa; porém, precisamente, não de modo permanente ou sequer preponderante. Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal não só não pode esperar ser tratado ainda, como pessoa, mas o Estado não *deve* tratá-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas. Portanto, seria completamente errôneo demonizar aquilo que aqui se tem denominado Direito Penal do inimigo. Com isso não se pode resolver o problema de como tratar os indivíduos que não permitem sua inclusão em uma constituição cidadã”.

76 Por seu turno, a *mão esquerda* do Estado, lado feminino do *Leviatã*, concretiza-se pelos ministérios dos desperdícios, incumbidos de provisões sociais diversas como educação pública, saúde, habitação, bem-estar social e legislação trabalhista favorável ao desenvolvimento das categorias sociais desprovidas de capital econômico e cultural (WACQUANT, 2014).

A defasagem social é, pois, compensada com excessos de criminalização, com a multiplicação de prisões, pelo simbolismo da Lei Penal e pelo controle penal da *subcidadania* (ANDRADE, 2003; CARVALHO, 2014), ratificando o Estado em seu viés punitivo e legitimando o discurso do pânico⁷⁷ e das práticas institucionais violentas, com o fito de prover segurança.

Configura-se, no Brasil, nos moldes *foucaultianos*, uma *sociedade punitiva* demarcada, paradoxalmente, pelos postulados democráticos e constitucionais e a axiologia que lhe é peculiar. Foi nesse cenário que se (re)desenhou o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania no bojo das políticas públicas de segurança na contemporaneidade: entre as distintas ambivalências e lógicas conflitantes e os discursos – que se complementam e dialogam – de *manutenção e transformação; prevenção e repressão; emancipação e reprodução; continuidade e ruptura; ser humano e coisificação; aniquilamento e garantismo*.

Repensando o próprio conceito de segurança, depreende-se como apropriada a construção de um modelo de segurança cidadã⁷⁸ para a contemporaneidade fluida, de riscos e incertezas e que tem nos embates das grandes matrizes ideológicas os elementos de construção da intervenção do Estado no problema das violências e da criminalidade. À vista disso, para além da dogmática sobre a segurança pública como intervenção repressiva, Mesquita Neto, (2011, p. 35-36), em *Ensaio sobre a Segurança Cidadã*:

Diante dessa confusão conceitual e ambiguidade constitucional, grupos e organizações comprometidos com a consolidação e aperfeiçoamento da democracia brasileira, [...], passaram a utilizar o conceito de segurança cidadã em substituição ao conceito de segurança pública [...]. O problema é que essa substituição de um conceito por outro não é suficiente nem necessária para promover mudanças no sistema e nas políticas de segurança pública [...], talvez a melhor estratégia para reformar sistemas e políticas e promover a segurança pública fosse resgatar o significado desse conceito em regimes democráticos.

77 Wacquant (2014, p. 12) apregoa que “a implementação agressiva do Estado Penal engendrou, na verdade, novas categorias e novos discursos, novos corpos administrativos e políticas de governo, tipos sociais novos e formas associadas de conhecimento no âmbito criminal e no da assistência social.”

78 A partir de dois eixos nítidos, pode-se conceituar as políticas comprometidas com o modelo de segurança cidadã. Essas são “entendidas como aquelas voltadas a prevenir e controlar ações violentas e delitivas (eixo substantivo), bem como aquelas que se voltam a reformar e modernizar as instituições do setor de segurança (eixo instrumental), contribuem diretamente para o alcance do paradigma de segurança humana e para o fortalecimento da cidadania civil” (PROGRAMA NACIONAL DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO, 2006, p. 9).

A *terceira margem*⁷⁹ poderia ser, pois, concebida a partir das diversas experiências, em âmbito nacional e internacional, que pensam a segurança pública como uma questão de política, marcada pela *intersectorialidade*, e comprometida com os valores de proteção da pessoa nessa ambiência democrática, multicultural e relacional, em que pese trazer em seu bojo aquilo que historicamente fora.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Pronasci afigurou-se proposta diferenciada apresentada como comprometida com o desenvolvimento humano e com as diretrizes de uma concepção de justiça social, latente no contexto de desigualdades socioeconômicas e no estágio do processo civilizatório que o Brasil ainda se encontra. Pelo marco normativo, a *intersectorialidade*, o olhar interdisciplinar e o atrelamento de ações preventivas e repressivas dado à problemática complexa e relacional aqui configurada desenvolveriam capacidades estatais em grau máximo de realização para um efetivo tratamento dado à questão, inovando, sem precedentes, na seara.

Problema visível para agentes sociais diversos e também para a gestão pública nas diversas esferas, a insegurança é bandeira permanentemente levantada pelos grupos de pressão. É necessidade básica para o bem-estar e feita, também, estratégia de campanha para eleição e permanência legítima no poder dos que exercem mandato eletivo em democracias representativas já que se trata de desafiadora finalidade protetiva constitutiva do sentido da política e do próprio Estado, facilmente manipulada nos discursos dos palanques eleitorais.

O Pronasci revelou-se como uma tentativa de enfrentamento à problemática complexa das violências e da criminalidade e, veladamente, como estratégia política e partidária de apresentar ao país um programa diferenciado, comprometido com as bases de justiça social do partido governista da época de sua formulação e que harmonizasse interesses hegemônicos, historicamente construídos e realçados, de recrudescimento com as notas da repercussão da cidadania, da inclusão e democracia racial, ideologias constitutivas da plataforma de governo petista, sob o comando do Presidente Lula e ratificada pela postura e intento de um novo *programa para a segurança pública* apresentado na gestão de seu segundo mandato.

O processo de formulação do Pronasci foi marcado por um *jeito* etiquetado como *brasileiro*: o produto, fruto do consenso, teve apelo notadamen-

79 Fazendo uso do poema *A Terceira Margem do Rio*, de Rosa (2012); metafóricamente a escolha é pela contemplação dos paradoxos e disparidades; e não de uma margem ou outra. Assim, ocupando um terceiro espaço, é possível compreender os dois lados, os paradigmas em conflito em perspectiva e avançar naquilo que exclui e pode incluir; que é novidade e é continuidade.

te institucional, não permitiu a participação das bases na sua elaboração, aflorando-se, pelos *discursos ditos*, a característica político-partidária que lhe transvestia. Simbolicamente, e certamente sem assim perceber-se, a equipe governista como *sujeito constituído formulador* reproduziu a interpelação que impede o reconhecimento da cidadania como o *direito a ter direitos*. Para além de formalmente oficializar como ações integrantes de um dito complexo Programa, em *jogo* os interesses de concretamente garantir *verba orçamentária* para projetos já desenvolvidos por diversos ministérios, ainda que materialmente pouco dialogassem com o conteúdo que o Pronasci demonstrava possuir.

Em *xequê* a própria noção de cidadania. Mais do que um *carimbo* ou rótulo que reconheça a ação como *cidadã ou pronasciana*, seu *subtractum* deveria ser voltado para o desenvolvimento multidimensional, em contexto constitucionalmente firmado.

Com base na hermenêutica concretizadora, o *auditório* do agente público ministerial, protagonista do processo de formulação, precisou ser convencido que se tratava de uma nova intervenção, de bases inovadores que poderia surtir excelentes resultados em curto prazo, atendendo as expectativas específicas imediatas, tanto da tessitura social brasileira marcada pelo medo e pela insegurança, iludida pela força da punição para o desiderato pretendido como também do programa de governo vigente que buscava no Pronasci uma saída urgente e efetiva para legitimar sua atuação como Estado Providência, ainda que com a essência – histórica e permanente – de *repressor*.

Foi nesse escopo, pois, que a nomenclatura gerou o *consenso* para a formulação: por uma racionalidade política – e partidária – com o desejo de imprimir inovação a um paradigma, já existente como modelo no plano internacional, que o Ministro da Justiça *batizou* o Programa ora em análise como *Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania*.

Revelou-se pelo título do Programa, na *desordem* do discurso, a intenção política de *agradar* interesses distintos do *auditório* brasileiro, de lógicas contrastantes, a saber: a histórica repressão que serve a uma matriz de recrudescimento, estigmatizante e rotulador, característica das políticas de segurança de base autoritária e legitimadas historicamente; e, por meio de um discurso de adequação constitucional, o respeito ao desenvolvimento humano, à democracia racial e inclusiva socialmente por meio da adição das notas de *cidadania*, pífias para a transformação de questão social tão complexa.

REFERÊNCIAS

ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos ideológicos de Estado**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985.

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática penal**: em busca da segurança jurídica prometida. 1994. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1994.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima**: códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1993.
- ARENDT, Hannah. **Sobre a violência**. Tradução André Duarte. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 2014.
- ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Anais da Assembleia Constituinte**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp>. Acesso em: 10 jun. 2016.
- AZEVEDO, Solange. **Cidades violentas perdem negócios**: para o economista de Harvard, a criminalidade afasta os empreendedores que impulsionam o progresso: entrevista com Edward L. Glaeser. **Revista Época**, São Paulo, 2007. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EDR78226-6009,00.html>>. Acesso em: 1º ago. 2014.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do Direito Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BARATTA, Alessandro. **Direitos humanos**: entre a violência estrutural e a violência penal. Saarbrücken: Sarlaand, 1993.
- BERGALLI, Roberto; RAMIREZ, Juan Bastos. **O pensamento criminológico II**: Estado e Controle. Rio de Janeiro: Revan, 2015b.
- BERGALLI, Roberto; RAMIREZ, Juan Bastos. **O pensamento criminológico I**: uma análise crítica. Rio de Janeiro: Revan, 2015a
- BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand, 2011.
- BOURDIEU, Pierre. **Sobre o Estado**. São Paulo: Cia das Letras, 2014.
- BRASIL. Constituição (1988). **Comissão Nacional da Verdade**: relatório final: conclusões e recomendações. Brasília, DF: MJ, 2014.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 mar. 2016.
- BRASIL. **Lei nº 11.530, de 24 de outubro de 2007**. Institui o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania - Pronasci e dá outras providências. Brasília, DF, 2007b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11530.htm>. Acesso em: 10 jun. 2014.
- BRASIL. **Lei nº 11.707, de 19 de junho de 2008**. Altera a Lei nº 11.530, de 24 de outubro de 2007, que institui o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania - Pronasci. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11707.htm>. Acesso em: 10 jun. 2014.

gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/Lei/L11707.htm>. Acesso em: 10 jun. 2014.

BRASIL. Ministério da Justiça. Coordenador-Geral de Planejamento Setorial. **Segurança pública com cidadania**. Brasília, DF, 2010.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania**: material da formulação. Brasília, DF, 2007a. Disponível em: <<http://www.mpro.mp.br/documents/10180/580287/PRONAS-CI+-+Apresenta%C3%A7%C3%A3o.pdf/cc93e1e4-0cbc-4411-aa6e-eea-4bac63893>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

CARVALHO, Thiago Fabres de. **Criminologia, (in)visibilidade, reconhecimento**: o controle penal da subcidadania no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

CENTRO INTERNACIONAL DE INVESTIGAÇÃO E INFORMAÇÃO PARA A PAZ. **Estado da paz e evolução da Violência**. Brasília, DF: CII-IP, 2002.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS E MINORIA. **Anais do Encontro Nacional de Direitos Humanos**: por uma segurança pública e uma justiça para garantia de direitos. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2007.

COSER, Lewis A. **The functions of social conflict**. New York: The Free Press, 1956.

COSTA, Yasmin Maria Rodrigues Madeira da. **O significado ideológico do sistema punitivo brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

CRUZ NETO, Otávio; MOREIRA, Marcelo Rasga. A concretização de políticas públicas em direção à prevenção da violência estrutural. **Ciência e Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 33-52, 1999.

ELIAS, Norbert. **O processo civilizador**. São Paulo: Editora Zahar, 2005.

FERRAJOLLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002.

FERREIRA, Marieta de Moraes; BRITTO, Ângela (Orgs.). **Segurança e Cidadania**: memórias do Pronasci: depoimentos ao CPDOC/FGV. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

FOUCAULT, Michel. **A arqueologia do saber**. São Paulo: GEN, 2012.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. São Paulo: Loyola, 2013.

FOUCAULT, Michel. **A sociedade punitiva**. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014a.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Petrópolis: Vozes, 2014b.

GALTUNG, Johan. Violencia, paz e investigacion sobre la paz. In: _____.

Investigaciones teóricas, sociedad y cultura contemporáneas. Alicante: Tecnos, 1996.

- GARAPON, Antoine; GROS, Frederic; PECH, Thierry. **Punir em democracia e a justiça será**. Lisboa: Instituto Piaget, 2000.
- GARLAND, David. **A cultura do controle**: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- GONÇALVES, Claudia Maria da Costa. **Direitos fundamentais sociais**: releitura de uma Constituição Dirigente. 2. ed. Lisboa: Juruá, 2011.
- GRAMSCI, Antonio. **Cadernos do cárcere**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.
- GURR, Ted Robert. **Why men rebel?** Princeton: Princeton University Press, 1970.
- JAKOBS, Gunther. **Direito penal do inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- JESUS, Thiago Allisson Cardoso de. **A desordem do discurso em matéria de segurança pública**. São Paulo: Tirant, 2020.
- KASZNAR, Istvan. A leitura econômica da violência e segurança. In: OLIVEIRA, Fátima Bayma et al. (Orgs.). **Desafios da gestão pública de segurança**. Rio de Janeiro: FGV, 2010.
- LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília, DF: Editora da UNB, 1980.
- MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal**: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005.
- MALCOLM, Joyce Lee. **Violência e armas**: a experiência inglesa. São Paulo: Vide Editorial, 2014.
- MARSHALL, Thomas H. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1990.
- MARTINS, José de Sousa. **Linchamentos**: a justiça popular no Brasil. São Paulo: Contexto, 2015.
- MARX, Karl. **Contribuição à crítica da economia política**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- MESQUITA NETO, Paulo de. **Ensaio sobre segurança cidadã**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.
- MESQUITA NETO, Paulo de. Políticas municipais de segurança cidadã: problemas e soluções. **Análises e Propostas**, São Paulo, n. 33, p. 6-26, dez. 2006.
- MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 5. ed. São Paulo: Editora RT, 2006.
- O'DONNELL, Guillermo. Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina. Tradução Otacílio Nunes. **Revista Novos Estudos**, São Paulo, n. 51, p. 37-61, jul. 1998.
- O'DONNELL, Guillermo. **Teoria democrática e política comparada**. Rio de Janeiro, 1999.

- OFFE, Claus. **Capitalismo desorganizado**: as transformações contemporâneas do trabalho e da política. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1995.
- OFFE, Claus. **Problemas estruturais do Estado capitalista**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.
- PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PERES, Maria Fernanda Tourinho. Violência: um problema de saúde pública. In: LIMA, Renato Sérgio; PAULA, Liana de (Orgs.). **Segurança pública e violência**: o Estado está cumprindo seu papel? São Paulo: Contexto, 2008.
- PINASSI, Maria Orlanda. A ideologia da crise e o surto incontrolável da irrazão. In: SAMPAIO JÚNIOR, Plínio de Arruda. **Capitalismo em crise**: a natureza e dinâmica da crise econômica mundial. São Paulo: Editora Instituto José Luís e Rosa Sundermann, 2009.
- PINHEIRO, Paulo Sérgio. State: sponsored violence in Brazil. In: CHALMERS, Douglas A. et al. **The new politics of inequality in Latin America**: rethinking participation and representation. New York: Oxford Studies in Democratization, Oxford University Press, 1997.
- PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. **Gestão de Políticas Públicas de Segurança Cidadã**: caderno de trabalho. Brasília, DF: Secretaria Nacional de Segurança Pública, 2006.
- PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. **Informe sobre desenvolvimento humano de 1994**. Informe Human Security Now. Lisboa: Comissão de Segurança Humana, 1994.
- PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. Segurança cidadã, desenvolvimento humano e governabilidade democrática: ferramentas para a formulação de políticas em segurança cidadã. In: _____. **Gestão de Políticas Públicas de Segurança Cidadã**: caderno de trabalho. Brasília, DF: Secretaria Nacional de Segurança Pública, 2005.
- REALE, Miguel. **O Estado democrático de direito e o conflito das ideologias**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ROSA, João Guimarães. **A terceira margem do rio**. São Paulo: Nova Fronteira, 2012.
- SILVA, Maria Ozanira da Silva e (Org.). **Pesquisa avaliativa**: aspectos teóricos-metodológicos. São Paulo: Veras, 2013.
- SILVA, Maria Ozanira da Silva e (Org.). **Pesquisa avaliativa**: aspectos teóricos-metodológicos. São Paulo: Veras, 2008.
- SILVEIRA, Andrea Maria et al. Projetos Protejo e Mulheres da Paz: a percepção dos participantes em Minas Gerais e Rio de Janeiro. In: SECRETARIA NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Pensando a segurança pública**: avaliações, diagnósticos e análises de ações, programas e projetos em segurança pública. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2014.

- SIMMEL, Georg. **Questões fundamentais da sociologia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 1958.
- SOUSA NETO, Cláudio Pereira de. Parâmetros para a conceituação constitucionalmente adequada da segurança pública. In: OLIVEIRA, Fátima Bayma et al. (Orgs.). **Desafios da gestão pública de segurança**. Rio de Janeiro: FGV, 2010.
- SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão de literatura. **Revista Sociologia**, Porto Alegre, ano 8, n. 16, p. 20-45, jul./dez. 2006.
- TEIXEIRA, Alessandra. **Do sujeito de direito ao Estado de exceção**: o percurso contemporâneo do sistema penitenciário brasileiro. 2006. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.
- TELLES, Vera da Silva. **Direitos sociais**: afinal do que se trata? São Paulo: Cortez, 1999.
- TOURAINÉ, Alain. **Crítica da modernidade**. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 1992.
- WACQUANT, Loïc. Bourdieu, Foucault e o Estado penal na era neoliberal. In: ZAMORA, Daniel (Org.). **Critiquer Foucault**. Bruxelas: Editions Aden, 2014.
- WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2001.
- WASELFISZ, Julio Jacobo (Org.). **Mapa da Violência 2011**: Os Jovens do Brasil. Brasília: Ministério da Justiça, Instituto
- WASELFISZ, Julio Jacobo (Org.). **Mapa da Violência 2012**: os novos padrões da violência homicida no Brasil. São Paulo: Instituto Sangari, 2012.
- WASELFISZ, Julio Jacobo (Org.). **Mapa da Violência 2016**: os novos padrões da violência homicida no Brasil. São Paulo: Instituto Sangari, 2016.
- WEBER, Max. **O direito na economia e na sociedade**. Brasília, DF: Editora da UNB, 2011.
- WIEVIORKA, Michel. O novo paradigma da violência. **Tempo Social: Revista de Sociologia da USP**, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 5-41, maio 1997.
- YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**. Florianópolis: Revan, 2012.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no direito penal**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

6

O PAPEL DA TELEMEDICINA E A CONTRIBUIÇÃO DA LEI DE PROTEÇÃO DE DADOS EM MATÉRIA DE SAÚDE

*Ana Clara da Cunha Peixoto Reis*⁸⁰

*Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão*⁸¹

*Teresa Cristina da Cunha Peixoto*⁸²

1 INTRODUÇÃO

A saúde consta como um dos direitos sociais previstos no art. 6º, que abre o Capítulo II ('Dos Direitos Sociais') do Título II ('Dos Direitos Fundamentais') da Constituição de 1988.

As garantias constitucionais à saúde estão estabelecidas nos artigos 196 a 200 da Constituição Federal.

De acordo com o disposto no art. 196 da Constituição Federal, a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e outros agravos, e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988)

Nota-se que, o caput do art. 196, acima referido, define a saúde como direito de todos e dever do Estado.

O termo telemedicina vem da palavra grega tele, que quer dizer distância, de modo que se torna possível compreender que a telemedicina se presta a encurtar as distâncias na promoção dos serviços de saúde.

80 Aluna participante do mestrado em disciplinas isoladas de Direito Civil da PUC Minas. Membro da Comissão de Telecomunicações da OAB/MG. Pós-Graduada em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUCMINAS. Advogada no escritório Machado Mendes Sociedade de Advogados. E-mail: anaclara@machadomendes.com.

81 Pós-doutora em Direitos Humanos pela Universidade Salamanca. Doutora em Direito Público (PUCMinas/Belo Horizonte). Mestre em Direito das relações econômico-empresariais (Unifran/São Paulo). Professora Universitária. Membro do Colegiado de Gestores em Saúde de Minas Gerais. Assessora Judiciária – TJMG. E-mail: simoneleticia77@gmail.com.

82 Desembargadora lotada na 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Dessa forma, pode-se definir a telemedicina como a prática médica realizada por atendimento remoto, em que médico e paciente encontram-se em locais diversos, sendo utilizada para fins de assistência, diagnóstico, prevenção de doenças e lesões e promoção de saúde.

A utilização da telemedicina começou de forma tímida, limitando-se, basicamente, à análise de exames de diagnóstico e consultas online.

Demonstrar-se-á que no Brasil, a introdução da Telemedicina veio recentemente, nos anos 90, sendo que em 1994, iniciou-se sua utilização pela empresa Telecardio para realização de exames de eletrocardiograma.

Atualmente, o Brasil conta com mais de 25 instituições focadas em telemedicina, além de incentivo à pesquisa e fomento a diversos projetos na área da medicina remota.

A telemedicina configura uma realidade, tendo intensificada a sua implementação, como a finalidade de evitar a exposição de pacientes ao risco de infecção, oferecendo, à distância, a assistência aos mesmos.

A telemedicina representa a evolução, sem que haja possibilidade de regresso, sob pena caracterizar verdadeiro retrocesso. Está presente em hospitais, clínicas, consultórios, ambulâncias, bem como em cidades e vilarejos do interior em que falta profissionais da saúde e, ainda, no auxílio a bases humanitárias ou de guerra.

Seja no Brasil ou no mundo, a telemedicina é uma área que tem rompido barreiras, eliminando distâncias geográficas e conectando especialistas a outros profissionais de saúde, administradores de unidades de saúde e pacientes.

Com a assistência de recursos inteligentes e tecnologia de ponta, a telemedicina melhora significativamente os processos utilizados na área da saúde, reduzindo seu tempo de operacionalização, custos e até riscos.

Para a adequada compreensão do tema, a pesquisa pautar-se-á na análise do problema, visando principalmente discutir e analisar a evolução da telemedicina, seu conceito, modalidades e legislação afeta à matéria.

Questionar-se-á: O dever de informação é sempre necessário? A Lei Geral de Proteção de Dados oferece contribuição na matéria? O consentimento é sempre necessário? A telemedicina oferece uma maior contribuição na atual conjuntura de pandemia? Como vêm se posicionando os Tribunais pátrios quanto ao tema em debate?

No estudo, ver-se-á que o dever à informação e transparência é fator primordial e o tratamento de dados pessoais só pode ser realizado mediante o fornecimento de consentimento pelo seu titular.

No último item, tratar-se-á acerca da responsabilidade civil no uso da telemedicina, destacando que o médico tem a obrigação legal e ética de garantir a segurança de dados dos seus pacientes no ambiente virtual.

Verificar-se-á que a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/18), com vigência a partir de 2020, intensificou a proteção.

A temática em questão se justifica diante da constante busca da efetividade do Direito à Saúde, inclusive com a necessidade de medidas voltadas para a prevenção da doença e não somente para a cura, principalmente levando-se em conta a dificuldade de atendimento hospitalar, inclusive consultas médicas, agravada pela desigualdade socioeconômica da população e pela atual circunstância pandêmica.

Utilizar-se-á nessa pesquisa, a metodologia do tipo exploratória, de cunho qualitativa, com análise jurisprudencial, conjugada com revisão bibliográfica através da consulta em teses, dissertações, artigos científicos e doutrinas de autores que debatem direta ou indiretamente as questões teóricas que integram o objeto do presente estudo.

2 EVOLUÇÃO DA TELEMEDICINA

O surgimento da telemedicina apresenta-se recente, apesar já ter sinais de aplicação da tecnologia nos idos de 1910 em Londres com a invenção do estetoscópio eletrônico.

Tem-se, contudo, que, somente no século XIX, com a criação do telégrafo e da telegrafia, o uso da medicina à distância aumentou de maneira significativa, propiciando o envio de laudos de exames de radiografia.

A introdução da telefonia permitiu, em seguida, não só a comunicação entre diversos lugares, como a criação de redes de transferência de dados, permitindo, assim, a transmissão dos exames de ECG (eletrocardiograma).

A utilização do rádio também teve a sua participação para o desenvolvimento da telemedicina, inicialmente, pelo código Morse, tendo registro que relatam o seu uso para conectar médicos durante a 2ª Guerra Mundial.

Mas o impulso significativo chegou com o uso da videoconferência para assistência aos astronautas que estavam em órbita, sendo eles monitorados pelos médicos da NASA, na Terra.

A Europa, na década de 70, desenvolveu um sistema de transmissão de dados para atender locais em que de comprometida locomoção em decorrência do inverno rigoroso.

A concretização da Telemedicina veio, a bem da verdade, com a criação da ATA – *American Telemedicine Association*, em 1993, responsável por promover estudos sobre o tema.

No Brasil, a introdução da Telemedicina deu-se tardiamente, nos anos 90, tendo por pioneira a empresa Telecardio que, em 1994, dela vale-se para a realização de exames de eletrocardiograma.

No ano de 1995 foi iniciado um programa de videoconferência pela rede Sarah de modo a unir a sua rede de hospitais para troca de informações. No ano seguinte, o Incor ampliou o chamado serviço de ECG-FAZ, que oferecia a análise desses exames por médicos da rede, a partir do monitoramento de pacientes em domicílio, sendo que, em 1997, a Unicamp criou o Hospital

Virtual Brasileiro e a USP criou a disciplina Telemedicina, de forma pioneira no país.

Uma vez mundialmente consolidada a prática da Telemedicina, urgiu-se por estabelecer-se um regramento para sua utilização global, o que se deu na 51ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial, sendo firmada a Declaração de Tel Aviv para dispor sobre a responsabilidade e normas éticas na utilização da Telemedicina.

Entre 1998 e 2008, houve avanço expressivo no setor da telemedicina, sendo inauguradas salas de teleconferências, laboratórios, aumentando o número de teleconsultas, teleassistência domiciliar e telecirurgias.

Registre-se que, em outubro de 2007, por ocasião da 58ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial (realizada em Copenhague, Dinamarca) aprovou-se nova declaração sobre Ética da Telemedicina (*A Statement on the Ethics of Telemedicine*), sendo o documento alterado quando da realização da 69ª Assembleia que aconteceu em Reykiavik, Islândia, em outubro de 2018, documento que buscou definir a telemedicina, os princípios éticos gerais, a privacidade, responsabilidades e deveres do médico, enfatizando três recomendações: (i) a adaptação da telemedicina às estruturas regulatórias locais, que, inclusive, podem incluir plataformas de navegação; (ii) que a Associação Médica Mundial (*World Medical Association* ou “WMA”), em conjunto com as associações médicas nacionais priorizem o desenvolvimento de normas éticas, de modo a proteger a relação médico paciente, confidencialidade e qualidade dos cuidados médicos; (iii) a não equiparação da telemedicina aos cuidados presenciais, sendo que aquela não deve ser instituída para diminuir gastos ou como forma de minimizar a sobrecarga de serviço, possibilitando, exclusivamente, um proveito econômico aos médicos; dentre outras.

Hoje, o Brasil conta com mais de 25 instituições focadas em telemedicina, além de incentivo à pesquisa e fomento a diversos projetos na área da medicina remota.

Feito um breve histórico sobre o surgimento da telemedicina passa-se a sua conceituação dando sequência a análise jurídica.

3 CONCEITO

Telemedicina, a exemplo de muitas áreas com influência da tecnologia, não tem uma definição universalmente estabelecida, diante do dinamismo com que vem evoluindo.

O termo telemedicina vem da palavra grega *tele*, que quer dizer distância, o que ajuda a entender que o princípio básico de todos os processos que envolvem a telemedicina e também seu grande propósito concentra-se em encurtar as distâncias na promoção dos serviços de saúde.

A Organização Mundial de Saúde define Telemedicina como: “a oferta de serviços ligados aos cuidados com a saúde, nos casos em que a distância é

um fator crítico. Tais serviços são providos por profissionais da área de saúde, usando tecnologias de informação e de comunicação para o intercâmbio de informações válidas para diagnósticos, prevenção e tratamento de doenças e a contínua educação de provedores de cuidados com a saúde, assim como para fins de pesquisa e avaliações. O objetivo primeiro é melhorar a saúde das pessoas e de suas comunidades”. (URTIGA, 2004, p. 01)

Sem tentar esgotar o tema, tem-se que a telemedicina nada mais é senão o uso das tecnologias de telecomunicação para a interação entre profissionais da saúde e pacientes, ou mesmo entre os profissionais da saúde, com a finalidade de realizar intervenções médicas à distância.

José Manuel Santos de Varge Maldonado em artigo publicado sob sua coordenação definiu a telemedicina como “o uso de tecnologias de informação e comunicação na saúde, viabilizando a oferta de serviços ligados aos cuidados com a saúde (ampliação da atenção e da cobertura), especialmente nos casos em que a distância é um fator crítico”. (Maldonado, 2016, p. S2)

E acrescenta que acesso, equidade, qualidade e custo são os principais problemas enfrentados pelos sistemas universais de saúde em todo o mundo, em uma realidade na qual a população se apresenta crescentemente longe e de mudanças nas características de saúde e doença, com particular prevalência de doenças crônicas. Nesse contexto, a telemedicina vem sendo vista como uma ferramenta importante para o enfrentamento dos desafios contemporâneos dos sistemas de saúde universais. (Maldonado, 2016, p. S2)

Desmembrando o conceito de telemedicina possível aferir as seguintes características:

- Distanciamento físico entre paciente e médico;
- Uso da tecnologia para romper a ausência do contato físico;
- Disponibilidade de equipe médica e profissionais da saúde para realização do atendimento;
 - Disponibilidade de profissionais das áreas de tecnologia responsáveis pelo desenvolvimento e manutenção da infraestrutura de telemedicina;
 - Sistematização do processo de teleassistência com o desenvolvimento de protocolos de dados clínicos;
 - Estruturação de segurança, qualidade e sigilo de dados e serviços oferecidos pela telemedicina.

Em um conceito mais amplo, que abrange a telemedicina, tem-se a *telessaúde*, expressão frequentemente utilizada em julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo, que abarca, não só as relações entre médicos e pacientes e pacientes, mas o armazenamento, transmissão, disponibilização e interação de tudo que se refira à saúde.

Inevitável a adoção da expressão e-saúde, traduzido do inglês – *e-health*, traduzindo as aplicações de tecnologias de informação e comunicação na área de saúde (TICS), em todos seus níveis, organizações e protagonistas, integradamente através da rede; abrangendo registros de saúde, sistemas de gestão organizacional, de intercâmbio de informações, redes comunitárias de saúde, sistemas de apoio a decisão, etc.

Possível perceber, portanto, que a telemedicina representa uma sinergia entre profissionais da saúde e de tecnologia, que, em uma atividade interdisciplinar de gestão, planejamento e pesquisa, desenvolvem soluções para o exercício da medicina à distância, com obediência aos preceitos éticos e legais.

4 MODALIDADES

A telemedicina teve o seu início de uma maneira tímida, conforme inclusive já fora trazido, limitando-se, basicamente, à análise de exames de diagnóstico e consultas online, com maior utilização na área da cardiologia.

Contudo, dada à consolidação da sua prática, a partir do advento da pandemia do Covid-19, com significativa expansão, Marcel Zeferino delimitou as modalidades, certamente baseando-se na revogada resolução n.º 2.227/18, do Conselho Federal de Medicina: (ZEFERINO, 2020, p. 1):

- **“Teleconsulta:** trata-se de uma consulta realizada online, ou seja, o paciente e o médico não se encontram fisicamente, mas através de videoconferência.

- **Teleinterconsulta:** é um método em que médicos trocam informações e opinião para o auxílio diagnóstico e terapêutico, clínico ou cirúrgico. A troca de informações pode ser feita com ou sem a presença do paciente.

- **Telediagnóstico:** o telediagnóstico utiliza de tecnologia moderna para a transmissão de gráficos, de imagens e pareceres médicos, a fim de agilizar a emissão de um laudo médico.

- **Telecirurgia:** trata-se de um procedimento que tem como objetivo a realização de procedimento cirúrgico à distância, através de equipamentos robóticos guiado pelo médico executor, em espaços físicos diferentes, devendo a cirurgia ser acompanhada por outro cirurgião local.

- **Teletriagem médica:** é um procedimento à distância que visa avaliar os sintomas apresentados pelo paciente para que o mesmo seja direcionado a uma assistência ou especialista adequado.

- **Telemonitoramento:** trata-se de um monitoramento realizado à distância por meio de imagens, sinais e dados transmitidos de equipamentos implantados em pacientes que estão internados em hospital ou em seu pró-

prio domicílio. Esse tipo de monitoramento é muito utilizado em idosos ou no traslado de pacientes em percurso para um estabelecimento de saúde.

- **Teleorientação:** é o ato médico à distância para preenchimento de declaração de saúde e/ou para adesão a plano privado de saúde.

- **Teleconsultoria:** é um ato realizado de consultoria realizado entre médicos e gestores, profissionais e trabalhadores de saúde a fim de esclarecimento de dúvidas relacionadas a ações de saúde e questões de processo de trabalho.”

Vale registrar, atualmente, o Conselho Federal de Medicina (CFM), diante de um cenário pandêmico, passou a reconhecer a prática, em caráter excepcional, das seguintes modalidades: (i) teleorientação, a fim de permitir que a orientação médica e encaminhamento de pacientes em isolamento; (ii) telemonitoramento, consistente na supervisão e orientação médicas a partir do monitoramento de pacientes à distância; e (iii) teleinterconsulta, que permite a troca de informações, exclusivamente entre médicos, para assessoramento diagnóstico ou terapêutico.

Aproveita-se, então, a introdução do tema afeto ao poder regulatório do Conselho Federal de Medicina para trazer a legislação pertinente à matéria.

5 DA LEGISLAÇÃO AFETA À MATÉRIA

Não há que se olvidar que a telemedicina vem contribuindo como verdadeiro suporte técnico e científico para a consolidação da universalidade da saúde, princípio este que se encontra consagrado no art. 196, da Constituição Federal, ao estabelecer que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Do ponto de vista federativo, a Constituição atribuiu competência para legislar sobre proteção e defesa da saúde *concorrentemente* à União, aos Estados e aos Municípios (CF-88, art. 23, XII e 30, II), sendo que a União edita normas gerais, a serem observadas pelos Estados e Municípios, que, valendo-se da competência suplementar, regulamentam a matéria no âmbito regional e local, respectivamente. No que tange ao aspecto administrativo (i.e., à possibilidade de formular e executar políticas públicas de saúde), a Constituição atribuiu competência *comum* à União, aos Estados e aos Municípios (art. 23, II). Os três entes que compõem a federação brasileira podem formular e executar políticas de saúde.¹ (DALLARI, 1989, p. 173).

Tem-se, então, que o regramento afeto à telemedicina partiu da União, quando o Conselho Nacional de Medicina regulamentou a matéria, a partir da resolução n.º 1.643, de 2002, definindo-a, no art. 1º como “o exercício da

Medicina através da utilização de metodologias interativas de comunicação audiovisual e de dados, com o objetivo de assistência, educação e pesquisa em Saúde”.

A Resolução de 2002 nasceu, portanto, antes do advento de todas as ferramentas que viabilizam a aplicação da telemedicina, atualmente. Nesta resolução, há um balanceamento entre as consequências positivas da telemedicina com os chamados “muitos problemas éticos e legais decorrentes de sua utilização”. Uma das preocupações do CFM, com relação à telemedicina, seria que o médico “só pode emitir opiniões e recomendações ou tomar decisões médicas se a qualidade da informação recebida for suficiente e pertinente para o cerne da questão” (CARVALHO, 2020, p. 2).

Aliás, apesar de apresentar-se como verdadeiro avanço na disciplina normativa da telemedicina, prevendo, inclusive, as modalidades de serviços médicos a serem autorizada e reconhecida a sua realização à distância, a preocupação do Conselho Federal de Medicina acerca da possível instabilidade que poderia ocasionar à relação médico paciente levou a não entrada em vigor da Resolução n.º 2.227/18.

Destaque-se que, existem mais dois regramentos do Conselho Federal de Medicina acerca do exercício da telemedicina: (i) Resolução n.º 2.107/2014, que regulamentou a telerradiografia; e (ii) Resolução n. 2.264/2019, para tratar da telepatologia.

O Ministério da Saúde em 29 de dezembro de 2014 publicou a portaria n.º 2.859, onde estabeleceu o incentivo financeiro a implantação da telessaúde estaduais e intermunicipais. Portanto, esse incentivo teve como finalidade melhorar a qualidade dos serviços da atenção básica, principalmente as Equipes de Saúde da Família, e oferecer meios de igualdade na distribuição dos serviços de saúde, especialmente as regiões mais necessitadas, onde o número de profissionais de saúde não é eficaz para atender a demanda populacional (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2014).

O Conselho Federal de Medicina passou a aceitar a possibilidade de atendimento médico à distância, reconhecendo, por meio do Ofício CFM n.º 1.756 de 2020-COJUR, “em caráter de excepcionalidade e enquanto durar a batalha de combate ao COVID-19, a possibilidade e a eticidade da utilização da telemedicina.”

Já o Ministério da Saúde posicionou-se para enfrentamento da crise, a partir da Portaria n. 467 de 20 de março de 2020, que dispôs, em caráter excepcional e temporário, sobre as ações de telemedicina, com o objetivo de regulamentar e operacionalizar as medidas de enfrentamento da emergência da saúde pública, previstas no art. 3º da Lei n. 13.979 de 2020, decorrentes da pandemia COVID-19.⁸³

⁸³ Antes da Portaria n. 467 de 20 de março de 2020, havia a Resolução 2.227/18 (publicada em fevereiro de 2018) que aprovava a realização de teleconsultas, porém a mesma foi revogada após alguns dias para revisão.

De acordo com o art. 5º da Portaria n. 467 do Ministério da Saúde, os médicos poderão, no âmbito do atendimento da telemedicina, emitir atestados ou receitas médicas, que serão válidos em meio eletrônico, mediante: I – uso da assinatura eletrônica digital, por meio de certificados e chaves (emitidos pelo ICP-Brasil); II – uso de dados associados à assinatura do médico ou; III – identificação do médico, anexo de dados, emitida pelas partes como válida ou aceita pela pessoa a quem for oposta o documento.

A bem da verdade, com a pandemia da COVID-19, o contexto da telemedicina configurou mudanças com o Projeto de Lei nº 696/2020, que permitiu o uso da telemedicina em todo ambiente da área da saúde no Brasil, e a Lei nº 13.989/2020, que fala da regulamentação da telemedicina depois do término da pandemia e também passou a validar receitas digitais que possuem certificação digital. (LEITE, 2020, p. 08).

A Lei n. 13.989, de 15 de abril de 2020, autoriza o uso da telemedicina enquanto durar a crise ocasionada pelo coronavírus, estabelecendo em seu art. 2º que, “Durante a crise ocasionada pelo coronavírus, fica autorizado, em caráter emergencial, o uso da telemedicina”.

Nos termos do art. 3º da lei supracitada, entende-se por telemedicina, o exercício da medicina mediado por tecnologias para fins de assistência, pesquisa, prevenção de doenças e lesões e promoção de saúde. Enquanto o art. 4º, por sua vez, dispõe que o médico deverá informar ao paciente todas as limitações ao uso da telemedicina (em virtude da impossibilidade de exame físico na consulta).⁸⁴

Convém destacar que, a prestação de serviços de telemedicina seguirá os padrões normativos e éticos usuais no atendimento presencial, inclusive a contraprestação financeira do serviço prestado, não cabendo ao Poder Público custear ou pagar por tais atividades, quando o serviço não for exclusivamente prestado pelo SUS (conforme determina o art. 5º da Lei n. 13.989 de 15 de abril de 2020).

Observa-se que o principal objetivo da avaliação à distância, inclusive no período de pandemia – como a COVID-19, é evitar a exposição de pacientes ao risco de infecção, oferecendo a devida assistência aos mesmos.

A Resolução RE 1.635 da ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), a partir das Declarações da Associação Médica Mundial, em dia 25 de maio de 2020, aprovou dois aplicativos para viabilizar o monitoramento da saúde: (i) o Recurso de Notificação de Ritmo Irregular (RNRI), que analisa dados da frequência do pulso para identificar episódios de ritmos cardíacos irregulares e mais rápidos, sugestivos de fibrilação atrial (FA), sendo o usuário notificado pelo *Apple Watch*; (ii) ECG, um aplicativo capaz de criar,

84 Destaque-se que todo atendimento à distância deve ser consentido pelo paciente (aconselhável o uso de termo de consentimento). Logo, os direitos dos pacientes são os mesmos que aqueles ocorrentes nas modalidades presenciais (inclusive direito a retorno).

gravar, armazenar, transferir e exibir um eletrocardiograma similar ao exame tradicional de avaliação de batimentos cardíacos. Dessa forma, é possível identificar a ocorrência de uma arritmia como a fibrilação atrial.⁸⁵

Por sua vez, as operadoras de plano de saúde têm inovado no intuito de atender as demandas de seus beneficiários com maior eficiência nesse contexto da pandemia COVID-19. Muitas empresas e operadoras de saúde tem oferecido serviço de telemedicina para seus funcionários e beneficiários, respectivamente.

Exemplo arrojado foi o da Unimed Grande Florianópolis que desenvolveu um projeto revolucionário visando maior atenção com a saúde, trazendo uma novidade que são as cápsulas de pronto atendimento e telemedicina Doctor-U, que foram Instaladas em locais distintos de cidades como Florianópolis e Tijucas, destacando que a cápsula de telemedicina tem as ferramentas para promover o contato imediato com o médico. Para o beneficiário, a consulta *online* ocorre dentro da própria cápsula, enquanto o médico encontra-se em seu consultório, conectados via telemedicina. Caso o profissional de saúde identifique a necessidade de consulta presencial, o mesmo é providenciado.⁸⁶

Acerca do tema, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de decidir:

EMENTA: AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. DELIBERAÇÃO CAUTELAR DO PLENÁRIO DO TCU QUE DETERMINOU AO INSS E AO MINISTÉRIO DA ECONOMIA A ELABORAÇÃO DE PROTOCOLO PARA A IMEDIATA REALIZAÇÃO DE PERÍCIAS MÉDICAS COM USO DA *TELEMEDICINA*, CONFORME AUTORIZADO PELA LEI Nº 13.989/2020. AUSÊNCIA DE COMANDO SUSCETÍVEL DE IMPACTAR, DE MODO DIRETO

85 A ANVISA explicou que o ECG do *Apple Watch* não substitui o eletrocardiograma hospitalar, uma vez que tem caráter apenas informativo. Além disso, o órgão também alerta aos usuários que o recurso consegue identificar apenas a fibrilação atrial, não sendo capaz de detectar outros tipos de arritmia. (*In Aplicativos que medem a frequência cardíaca são aprovados pela ANVISA*. Disponível em <https://pebmed.com.br/> Acesso em 29 de abril de 2021)

86 No período em que a pandemia COVID-19 assovalava o mundo, de acordo com um dos idealizadores do projeto, Tomás Schnorr Rios, “se a pessoa apresentar sintomas de Covid-19, por exemplo, não precisa esperar o agendamento no ambulatório. O médico é acionado da cabine e já providencia o atestado médico para liberação do funcionário, bem como o pedido do teste PCR que detecta o vírus.” Pondera que a ideia de projetar as cabines começou junto com a pandemia, em março do ano passado, após analisar modelos na China e nos Estados Unidos, razão pela qual a empresa desenvolveu as próprias cabines chamadas Doctor-U. Salienta que a prevenção contra contaminações é um dos grandes diferenciais da cápsula. Por meio de uma nanotecnologia antiviral da empresa paulistana Chroma-Líquido, as paredes, o banco, a porta, a tela do tablet, além de outros pontos de contato contam com a proteção de adesivos e películas que anulam a ação do novo Coronavírus e de qualquer espécie de bactéria e vírus. (Disponível em <https://medicinasa.com.br/doctor-u-telemedicina/#> Acesso em 28 de abril de 2021)

E IMEDIATO, A ESFERA DOS SUBSTITUÍDOS DA IMPETRANTE OU DA CATEGORIA OU GRUPO EM QUE INSERIDOS. ASSOCIAÇÃO DE AGENTES PÚBLICOS QUE NÃO TEM LEGITIMIDADE PARA A DEFESA DE PRERROGATIVAS INSTITUCIONAIS DE ÓRGÃO OU ENTE PÚBLICO. OBSERVÂNCIA DE CRITÉRIOS TÉCNICOS E CIENTÍFICOS. CONTROVÉRSIA OBJETIVA. DILAÇÃO PROBATÓRIA QUE NÃO SE HARMONIZA COM O RITO ESPECIAL DA IMPETRAÇÃO. PRECEDENTES. 1. A associação impetrante carece de legitimidade para figurar no polo ativo do mandado de segurança coletivo, uma vez que a deliberação impugnada, restrita a comando, endereçado ao Ministério da Economia e ao Instituto Nacional do Seguro Social, de elaboração de “protocolo para a imediata realização de perícias médicas com uso da *telemedicina*, conforme autoriza a Lei 13.989, de 15 de abril de 2020”, não tem aptidão para impactar, de modo direto e imediato, a esfera jurídica dos substituídos, quer sob a perspectiva de direitos individuais homogêneos por eles titularizados, quer sob a de direitos coletivos, em sentido estrito, do grupo ou da categoria em que inseridos. 2. Associação de agentes públicos não tem legitimidade para defender, em mandado de segurança coletivo, prerrogativa institucional titularizada por órgão ou ente público. Precedentes. 3. O receio de que a realização de perícias com uso de *telemedicina*, a partir de protocolo cuja elaboração foi determinada pelo Tribunal de Contas da União, possa ensejar responsabilização dos filiados da impetrante perante conselho profissional, além de consistir em mera conjectura, incompatível com a via do mandado de segurança, que demanda liquidez e certeza dos pressupostos de fato embaixadores da pretensão, configura, de todo modo, hipótese implausível, mormente quando se tem em conta que a vedação estatuída no art. 92 do Código de Ética Médica (Resolução/CFM nº 1.931/2009) está voltada a período de normalidade, em absoluto abarcando a excepcionalidade da crise ocasionada pela pandemia de coronavírus (SARS-CoV-2), cuja disciplina, específica, está na Lei nº 13.989/2020, cronologicamente posterior ao referido Código de Ética e à Lei nº 13.846/2019, esta última a incluir o § 12 no art. 30 da Lei nº 11.907/2009. 4. Inviável, em mandado de segurança, remédio cujo rito não se harmoniza com a necessidade de dilação probatória, dirimir controvérsia objetiva a respeito da observância de critérios técnicos e científicos pela autoridade impetrada. Precedentes. 5. Agravo interno conhecido e não provido. (MS 37465 AgR / DF - DISTRITO FEDERAL AG.REG. EM MANDADO DE SEGURANÇA. Relator(a): Min. ROSA WEBER. Julgamento: 22/03/2021. Publicação: 24/03/2021. Órgão julgador: Primeira Turma)

De acordo com o entendimento da Relatora Ministra Rosa Weber, a “excepcionalidade” da crise provocada pela pandemia COVID-19 justificou a mudança, para se acatar o uso da telemedicina no INSS.

Cumprе ressaltar, que a permissão do uso da telemedicina (para concessão de auxílio-doença do INSS) somente foi possível devido à pandemia COVID-19 e só foi válida enquanto durou o período de calamidade pública.

6 DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO USO DA TELEMEDICINA E A CONTRIBUIÇÃO DE LEI DE PROTEÇÃO DE DADOS EM MATÉRIA DE SAÚDE

Compete iniciar a análise do tema com uma crítica: atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro não há uma legislação apta a tratar o uso da telemedicina, seja em âmbito dos Conselhos, seja através do Poder Legislativo.

A bem da verdade, trata-se de uma realidade, tendo intensificada a sua implementação em meio à crise da pandemia do Coronavírus, sem que haja possibilidade de regresso, sob pena caracterizar verdadeiro retrocesso.

A resolução 1.643/02, do Conselho Federal de Medicina, já previa, no seu art. 2º que:

Art. 2º - Os serviços prestados através da Telemedicina deverão ter a infraestrutura tecnológica apropriada, pertinentes e obedecer as normas técnicas do CFM pertinentes à guarda, manuseio, transmissão de dados, confidencialidade, privacidade e garantia do sigilo profissional.

No que tange especificamente à responsabilidade, estabelecia: “Art. 4º - A responsabilidade profissional do atendimento cabe ao médico assistente do paciente. Os demais envolvidos responderão solidariamente na proporção em que contribuirão por eventual dano ao mesmo”.

Salienta-se, ainda, que a resolução impunha que tanto as pessoas físicas quanto as jurídicas deverão estar inscritas no Conselho Regional de Medicina, de modo que possam ser fiscalizadas e avaliadas no que concerne à aplicação das técnicas de telemedicina no que concerne à qualidade da atenção, relação médico-paciente e preservação do sigilo profissional:

Art. 5º - As pessoas jurídicas que prestarem serviços de Telemedicina deverão inscrever-se no Cadastro de Pessoa Jurídica do Conselho Regional de Medicina do estado onde estão situadas, com a respectiva responsabilidade técnica de um médico regularmente inscrito no Conselho e a apresentação da relação dos médicos que componentes de seus quadros funcionais.

Parágrafo único - No caso de o prestador for pessoa física, o mesmo deverá ser médico e devidamente inscrito no Conselho Regional de Medicina.

Art. 6º - O Conselho Regional de Medicina deverá estabelecer constante vigilância e avaliação das técnicas de Telemedicina no que concerne à qualidade da atenção, relação médico-paciente e preservação do sigilo profissional.

Nesse contexto, sobrelevam os seguintes dispositivos que já, antes mesmo da entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados, já alertavam para a necessidade de proteger os tráfegos de informações pela rede mundial

de computadores, trazendo inclusive aspectos afetos ao consentimento. Vide dispositivos:

Art. 3º Nos serviços prestados por telemedicina, os dados e imagens dos pacientes devem trafegar na rede mundial de computadores (internet) com infraestrutura, gerenciamento de riscos e requisitos obrigatórios para assegurar o registro digital apropriado e seguro, obedecendo às normas do CFM pertinentes a guarda, manuseio, integridade, veracidade, confidencialidade, privacidade e garantia do sigilo profissional das informações.

§ 1º Os sistemas informacionais para teleassistência médica devem atender aos padrões de representação, terminologia e interoperabilidade de informações de forma a possibilitar o Sistema de Registro Eletrônico/Digital unificado do paciente.

O Consentimento e Confidencialidade do Paciente

Art. 17. As regras correntes do consentimento e confidencialidade do paciente também se aplicam às situações da telemedicina. A informação sobre o paciente só pode ser transmitida ao médico ou a outro profissional de saúde se isso for permitido pelo paciente com seu consentimento esclarecido. A informação transmitida deve ser pertinente ao problema em questão. Devido aos riscos de filtração de informações inerentes a certos tipos de comunicação eletrônica, o médico tem a obrigação de assegurar que sejam aplicadas todas as normas de medidas de segurança estabelecidas para proteger a confidencialidade do paciente.

E aproveitando o gancho, registre-se que, independente do regramento que venha a ser observado, incontestemente que o médico tem a obrigação legal e ética de garantir a segurança de dados dos seus pacientes no ambiente virtual.

Decerto com a introdução da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/18), com vigência a partir de 2020, intensificou-se a proteção.

Na lei brasileira de proteção de dados, parte-se da ideia de que não existe dado pessoal insignificante. Por essa razão adotou-se conceito amplo de dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável. Dados que pareçam não relevantes em determinado momento ou que não façam referência a alguém diretamente, uma vez transferidos, cruzados e/ou organizados podem resultar em dados bastante específicos sobre determinada pessoa, trazendo informações inclusive de caráter sensível sobre ela. Diante do cuidado com o tema, foi estabelecido como regra geral (art. 1º) que qualquer pessoa que trata dados, seja ela natural ou jurídica, de direito público ou privado, inclusive na atividade realizada nos meios digitais, deverá ter uma base legal para fundamentar sua atividade. (TEPEDINO, Gustavo, 2019, p.294/295).

Perceba-se que a LGPD resguarda os dados das pessoas físicas, protegendo os direitos fundamentais de liberdade e privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. E, nesse contexto, dedicou especial atenção à proteção dos dados pessoais sensíveis, dentre os quais incluiu aqueles relacionados à saúde, conforme conceito trazido no art. 5º, inciso II, da LGPD:

Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: [...]

II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.

Fernanda Schaefer e Glenda Gonçalves Gondim (Schaefer, Fernanda; e Gondim, Glenda Goncalves, Gondim; 2021. p. 209) bem abordaram a matéria acerca da definição e elementos dos dados pessoais sensíveis em artigo que trata da telemedicina e da lei de proteção de dados não merece reparos:

Os dados médicos, são dados pessoais, que se referem ao estado de uma pessoa identificada ou identificável e que possuem por objeto um sujeito de direitos (por isso, a informado como atributo da personalidade). No entanto, para que sejam considerados como dados pessoais sensíveis, é necessário que se refiram a uma pessoa determinada ou determinável, sendo capazes de revelar algum aspecto objetivo deste indivíduo, como o estado (passado, presente e/ou futuro) de saúde física e psíquica de seu titular, bem como, sua divulgação pode fazer surgir uma condição físico-psíquica capaz de conduzir à discriminação ou causa prejuízo ao seu titular, familiares ou pessoas próximas.

Então, dados médicos são aqueles que abarcam dois elementos: o elemento material (é a sua base física, tudo que dá suporte físico à informação, como o histórico e documentos clínicos); e o elemento imaterial (formado pelo conjunto de informações basicamente obtido da história clínica do paciente e de documentos médicos diversos e que pode assumir diferentes funções – inclusive política e econômica – dependendo do destino que se pretende dar a eles). Esses elementos que devem ser igualmente considerados bens da personalidade (pois detentores de informação pessoal – atributo da personalidade), uma vez que compõem parte do indivíduo, e, por isso, protegidos pelo direito à privacidade e pela autodeterminação informativa, observadas as singularidades de seu objeto. Dessa forma, a dimensão informativa, encarada quanto aos elementos materiais e imateriais dos dados médicos, pode ser vista sob três aspectos: a coleta de dados; sua gestão e tratamento e seu acesso.

Não se discute que a utilização dos dados médicos deve estar vinculada à persecução de um determinado fim, que, por sua vez, encontrar-se-á vinculado à dignidade da pessoa humana.

A LGPD, no art. 11, estabeleceu o regramento para o tratamento dos dados pessoais sensíveis:

Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:

I - quando o titular ou seu responsável legal consentir, de forma específica e destacada, para finalidades específicas;

II - sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para:

- a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;
- b) tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos;
- c) realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis;
- d) exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral, este último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem);
- e) proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;
- f) tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; ou (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019) Vigência
- g) garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos, resguardados os direitos mencionados no art. 9º desta Lei e exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais.

De forma geral, a LGPD define que haja transparência entre médico e paciente em relação ao manejo desses dados, incluindo informações sobre compartilhamento, registro e acesso a esse material. Além disso, recomenda-se aos médicos a utilização de aplicativos com certificações de segurança (VILARINÕ, 2021, p. 1).

Os médicos, assim como outros profissionais da área da saúde, no exercício de sua atividade e nos limites da relação com o paciente, estarão durante todo o tempo em contato com dados pessoais de alto risco e criticidade, os

dados sensíveis relativos à saúde e, ainda que a LGPD não esteja em plena vigência, em atendimento ao Princípio da Legalidade é fundamental que o médico (e demais atores do setor) conheçam o ecossistema legal da proteção de dados pessoais, arcabouço legal de trânsito livre com a Constituição Federal, Código de Defesa do Consumidor, Marco Civil da Internet, dentre outras normas setoriais (SOUZA, 2021, p. 2).

Destaca-se, então, a importância do consentimento do titular, sendo-lhe franqueada toda a informação necessária para ser dado via Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (“TCLE”) do paciente, para a realização do atendimento médico via Telemedicina, devendo o tratamento ser realizado em ambiente virtual seguro, criptografado, de modo a assegurar o sigilo das informações trocadas entre médico e paciente.

O tratamento de dados pessoais só pode ser realizado mediante o fornecimento de consentimento pelo seu titular, o que põe em destaque a necessidade e o dever de informação e transparência pelo médico.

Retome-se, contudo, que, apenas o termo de consentimento não se apresenta suficiente, precisando o profissional resguardar o manejo zeloso dos dados do paciente, de modo a não violar o Código de Ética médica, sobretudo os arts. 73, 85, que proíbem ao médico que pessoas não obrigadas ao sigilo profissional manuseiem os prontuários, estando sob sua responsabilidade ou da instituição a que pertence a sua guarda (art. 87).

A Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS definiu como padrão de troca de informações a Troca de Informação em Saúde Suplementar conhecido como Padrão TISS, que visa a comunicação transparente, a segurança, privacidade e confidencialidade dos dados sensíveis relacionados ao paciente.

O Código de Ética Médica, no seu art. 22, veda ao médico “deixar de obter o consentimento do paciente ou seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte”, no que vem complementado pelo art. 34, que impõe ao médico informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento.

Registre-se, no entanto, que a própria LGPD estabeleceu exceções para utilização dos dados clínicos sem o consentimento do titular que, adiante-se, devem ser interpretadas restritivamente, a exemplo do tratamento de dados para a prevenção de doenças, estudos de saúde ou epidemias, pesquisas científicas (art. 13, da LGPD), sendo que, sempre que possível, deve-se resguardar o anonimato ou pseudoanonimato, restringindo ao máximo o que realmente precisa ser tratado.

Contudo, no Brasil, o mais próximo que se chegou da regulamentação da responsabilidade do médico no uso da telemedicina foi a Resolução n.º 1.643/02, responsável por recepcionar a Declaração de Tel Aviv de 1999,

destacando-se os seguintes dispositivos que tratam da responsabilidade tanto do médico quando do paciente, já que o atendimento à distância pressupõe uma atuação conjunta no que tange às informações fornecidas:

16. Em algumas situações, o assume a responsabilidade da coleta e transmissão de dados ao médico, como nos casos de televigilância. É obrigação do médico assegurar que o paciente tenha uma formação apropriada dos procedimentos necessários, que é fisicamente capaz e que entende bem a importância de sua responsabilidade no processo. O mesmo princípio se deve aplicar a um membro da família ou a outra pessoa que ajude o paciente a utilizar a telemedicina.

Importante registrar que, dada à complexidade da matéria afeta a telemedicina, a resolução n.º 1.643/02, urgia por uma regulamentação mais acurada, que viria com a Resolução 2.227/18.

No Brasil, merece destaque a robustez da Resolução CFM n.º 2.227/18. Foi sem dúvida um avanço na disciplina normativa da telemedicina. Entretanto, a sua vigência foi breve. (...) Como medida de importante no processo de prevenção de danos (em cumprimento à *função preventiva da responsabilidade civil*), a resolução impôs, dentre outras medidas, a necessidade de criar-se a adequada infraestrutura tecnológica de tratamento e troca de informações, exigindo a formação e capacitação de profissionais habilitados para o controle e tratamento de dados sensíveis (tais como os dados contidos no *Prontuário Digital dos Pacientes*). A resolução afirmou a necessidade e delimitou os contornos mínimos do regime jurídico do termo de consentimento livre e esclarecido do paciente em relação a tratamentos, procedimentos, riscos, e às consequências assumidas (assim incrementando um processo de criação digital). A Resolução primou pela ética, pela responsabilidade e pela segurança digital (como relevante é tratar-se da bioética digital). (GUERRA, ALEXANDRE. 2021, p. 162)

Sob este aspecto, há que se destacar que a responsabilidade do médico é subjetiva. Resta tentar desvelar a responsabilização da instituição de saúde, no cenário do perdimento ou vazamento dos dados sensíveis do paciente, no contexto da telemedicina.

A resposta mais acertada aponta para a responsabilidade objetiva. No julgado AREsp 1.543.143/SP, ainda que, no caso concreto, o erro médico haja sido estabelecido, o relator ministro Paulo de Tarso Sanseverino reconheceu a violação do dever de guarda do prontuário, pelo extravio de documentos (CONDE, 2020, p. 2).

O vazamento de dados em incidentes de segurança tem ganhado cada vez mais evidência, destacando os episódios ocorridos no âmbito do Ministério da Saúde, que expuseram mais de 250 milhões de brasileiros, incluindo pessoas falecidas, todas cadastradas no Sistema Único de Saúde (SUS), e da

Unimed, em 2019, em que se deu o acesso indevido aos seus cadastros de dados pessoais gerais, bem como a histórico de consultas e exames, *logins* de médicos, certidões de nascimento e óbito, dentre outros.

A LGPD tem como uma de suas premissas a proteção ao vazamento de dados pessoais, impondo, no art. 47, tanto ao operador como ao controlador (agentes de tratamento), a obrigação de adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas de proteção dos dados, evitando tanto os acessos não autorizados como situações incidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito.

O tratamento de dados é entendido como atividade de risco, tratando-se de tipo de perigo abstrato por não exigir propriamente a lesão concreta, de modo que, ainda que a atividade seja terceirizada, o estabelecimento de saúde ou médico continuará responsável pelos danos ocasionados ao titular dos dados (art. 42, §1º, I, da LGPD).

As sanções administrativas encontram-se previstas a partir do art. 52, da LGPD, com destaque para a possibilidade de arbitramento de multa simples, de até 2% (dois por cento) do faturamento da pessoa jurídica de direito privado, grupo ou conglomerado, considerando o seu último exercício financeiro, excluídos tributos, que podem atingir até R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais), sem prejuízo da aplicação de multa diária, publicização da infração e bloqueio ou eliminação dos dados pessoais a que se refere à infração, dependendo a sua aplicação de procedimento administrativo que assegure ao agente de dados o contraditório, a ampla defesa e o direito de recorrer.

Portanto, incontestemente que, no contexto da telemedicina e, sobretudo, na Telemedicina, os profissionais da saúde precisam adequar-se às premissas da LGPD e às diretrizes traçadas pela ANS, a fim de que não haja o “vazamento” dos dados dos pacientes, estes, repise-se, classificados como dados sensíveis, merecendo proteção destacada na legislação e sujeitando o infrator às sanções administrativas.

6 CONCLUSÃO

São inúmeros os desafios para a telemedicina, principalmente por causa da dificuldade de aceitação, tanto por parte dos pacientes (embora não haja necessidade de locomoção dos mesmos, sendo que alguns têm dificuldade de locomoção, destacando, inclusive, a diminuição de gastos com viagens), quanto por parte dos profissionais (principalmente por causa dos meios de remuneração), bem como devido aos questionamentos no que tange à segurança de dados.

Seja no Brasil ou no mundo, a telemedicina é uma área que tem rompido barreiras, eliminando distâncias geográficas e conectando especialistas a

outros profissionais de saúde, administradores de unidades de saúde e pacientes. Com a assistência de recursos inteligentes e tecnologia de ponta, a Telemedicina melhora significativamente os processos utilizados na área da saúde, reduzindo seu tempo de operacionalização, custos e até riscos.

Contudo, o regramento ainda se apresenta insuficiente, sobretudo considerando que a Resolução do CFM 1.643/2002, que até hoje rege a matéria, entrou em vigor em momento anterior aos próprios softwares utilizados para a prática da telemedicina, a exemplo do Skype, em 2003, plataforma de vídeos Youtube, em 2005, WhatsApp em 2009 e, dos próprios smartphones introduzidos no mercado em 2007, a partir do lançamento do iPhone.

Existe um Projeto de Lei 1.998/2020, para a regulamentação da Telemedicina em todo o território nacional, para além do período da pandemia, abrangendo não só as questões afetas ao poder de polícia atribuído aos Conselhos de Medicina, como atinentes à relação médico-paciente, quanto à “preservação do sigilo profissional, registro, guarda e proteção de dados do atendimento”.

A telemedicina impõe aos profissionais da área médica a adequação aos preceitos da LGPD, respeitando o dever de confidencialidade, com o intuito de garantir a integridade, segurança e sigilo das informações dos pacientes, sendo primordial o consentimento deles.

Há um longo caminho a percorrer, na constante busca de melhoria da qualidade de saúde, porém, os primeiros passos foram dados e, evidenciou-se que a telemedicina tem desempenhado um papel de suma importância no atual contexto da pandemia.

REFERÊNCIAS

- BRASIL **Aplicativos que medem a frequência cardíaca são aprovados pela ANVISA**. Disponível em <https://pebmed.com.br/> Acesso em 29 de abril de 2021.
- BRASIL. Decreto nº 7.616/2011. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7616.htm
- BRASIL. Lei n. 13.989 de 15.04.2020. <http://www.planalto.gov.br>
- BRASIL. Portaria MS 467/2020. <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-467-de-20-de-marco-de-2020-249312996>
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Coletânea Temática de Jurisprudência: Direitos Humanos**, Brasília: STF, 2017.
- BRITO, Bruno de Oliveira; LEITÃO, Luciana Pereira Colares. Telemedicina no Brasil: uma estratégia possível para o cuidado da saúde em tempos de pandemia? **Revista Saúde em Redes**. V. 6. Marabá, 2020.
- CABRAL, Felipe Cezar, **Telemedicina na prática: principais barreiras e facilitadores**. Disponível em www.hospitalmoinhos.org.br Acesso em 12 set. 2021.

- CAETANO, Rosângela et al. Desafios e oportunidades para telessaúde em tempos de pandemia pela COVID-19: uma reflexão sobre espaços e iniciativas no contexto brasileiro. **Cadernos de Saúde Pública** n. 5. Rio de Janeiro: maio 2020.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos, LEÃO, Simone Letícia Severo e Sousa Dabés, A concretização do Direito à Saúde pela Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, *In Revista de Direito Sociais e Política Públicas*, v. 5. n. 2, Belém, jul-dez. 2019, p. 23-42.
- CARVALHO, Luiz Felipe Conde e Abner Brandão. **A responsabilidade civil do médico no uso da telemedicina**. Disponível em www.jurishealth.com.br Acesso em 12 set. 2021.
- CONDE, Luiz Felipe; CARVALHO, Abner Brandão. **A responsabilidade civil do médico no uso da telemedicina**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-set-01/responsabilidade-civil-medico-uso-telemedicina> Publicado em 01 de set. de 2020. Acesso em 11 de dez. 2021.
- COTS, Marcio, OLIVEIRA, RICARDO, **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais Comentada**, 3. ed. Thomson Reuters Revista dos Tribunais, São Paulo, 2019.
- FLUMIGNAN, Wévertton Gabriel Gomes; FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. **Telemedicina vai mudar a maneira de pensar saúde no Brasil**. Disponível em www.conjur.com Publicado em 05 maio 2020. Acesso em 10 set. 2021.
- FRAZÃO, Ana, TEPEDINO, Gustavo, OLIVA, Milena Donato, **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas Repercussões no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 7. ed. São Paulo: RT, 2010.
- LEITE, Sílvia Cristina Marreiros de Carvalho et al. A relação médico-paciente frente à telemedicina. **Revista Eletrônica Acervo Saúde**. V. 13. São Paulo. Fev. 2021.
- LUCHESE, Patrícia. **Introdução: Políticas Públicas em Saúde**, Disponível em: <<http://www.ppge.ufrgs.br.htm>> Acesso em 18 jan. 2020.
- MALDONADO, José Manuel Santos de Varge; MARQUES, Alexandre Barbosa; CRUZ, Antônio. Telemedicina: desafios à sua difusão no Brasil. **Caderno de Saúde Pública**. Rio de Janeiro, n. 32, 2016.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 10. ed., São Paulo, Saraiva, 2015.
- MORSCH, José Adair. **O que é a telemedicina, como funciona e para que serve**. Disponível em <https://telemedicinamorsch.com.br/> Acesso em 28 de abril de 2021.
- SABBATINI, Renato M. E. **A telemedicina no Brasil: evolução e perspectivas**. In: **Informática em Saúde**, São Bernardo do Campo: Yendis, 2012.

Disponível em <https://www.renato.sabbatini.com/>. Acesso em 11 set. 2021.

SHAEFER, Fernanda, **Responsabilidade civil e medicina**. Coord. ROSEN-VALD, Nelson, et al. São Paulo: Foco, 2021.

SOUSA, Simone Letícia Severo e, **Direito à saúde e políticas públicas: do ressarcimento entre os gestores públicos e privados de saúde**. Belo Horizonte, Del Rey, 2015.

ZEFERINO, Marcel. **Modalidades da Telemedicina**: Teleconsulta, Teleinterconsulta, Telediagnóstico, Telecirurgia, Teletriagem médica, Telemonitoramento, Teleorientação, Teleconsultoria. <http://direitodasaudem medico.com.br/modalidades-da-telemedicina/> Acesso em 08 dez.2021.

7

PROCESSOS COLETIVOS ESTRUTURAIS COMO MEIO ADEQUADO DE EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: UM ESTUDO ACERCA DAS ASSESSORIAS TÉCNICAS INDEPENDENTES À LUZ DA PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA DO PROCESSO

*Sabrina Nunes Borges⁸⁷
Célio Marcos Lopes Machado⁸⁸*

I CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O tratamento processual dado aos litígios de elevada complexidade que envolve, principalmente, a efetivação de políticas públicas se revela inquietante e há muito vem sendo objeto de inúmeras pesquisas e debates no meio jurídico e na academia.

São problemas que se relacionam com a própria estrutura do sistema, comprometendo seu funcionamento. Os campos são os mais diversos: saúde, educação, segurança, moradia, meio ambiente, bem como os direitos das minorias, que muitas vezes acabam se entrelaçando.

87 Doutoranda e Mestre em Processo Coletivo pela Universidade de Itaúna (UIT). Especialista em Direito Público pelo Centro Universitário Newton Paiva. Professora titular do curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas (UNIPAM). Membro da Comissão de Processo Civil da OAB/MG e da Associação Brasileira Elas no Processo (ABEP). Advogada. sabrinanunes@hotmail.com.

88 Advogado e Economista. Mestre em Administração Pública com Gestão Econômica pela Fundação João Pinheiro. Professor Associado à Fundação Dom Cabral (FDC). Doutorando em Direito pela PUCMINAS. celio@machadomendes.com.

A presente pesquisa situa-se no campo dos litígios coletivos, com especial atenção para as Assessorias Técnicas Independentes como instrumento de efetivação do direito à participação nos processos estruturais.

Um dos maiores desafios para o processo coletivo brasileiro é a abertura ao diálogo e à deliberação, por meio da introdução de mecanismos efetivamente participativos. O rol de legitimados para a propositura das ações coletivas está previsto na legislação e é atribuído a determinados entes, sendo tal legitimidade classificada como concorrente e disjuntiva.

Diante desse cenário, o modo e a qualidade da representação serão sempre questionados. Ou seja, em que medida ou até que ponto tal representatividade (por mais adequada que seja) é suficiente para a construção de uma tutela coletiva que corresponda às necessidades dos representados? Se tal fato já gera um receio nos processos coletivos, pode-se afirmar que é ainda mais preocupante nos processos estruturais, que envolvem litígios complexos, com multiplicidade de interesses e, muitas vezes, antagônicos. Seria possível pensar em participação direta instrumental do titular do direito material no processo coletivo?

Desse modo, o problema da pesquisa é analisar a possibilidade da participação direta, informada e instrumental da sociedade titular dos direitos nos processos estruturais. As denominadas Assessorias Técnicas Independentes (ATIs) podem ser consideradas uma ferramenta para viabilizar esta participação e, ao fim e ao cabo, ser um importante condutor para efetivação de políticas públicas?

A hipótese da pesquisa é de que tais assessorias são mecanismos essenciais para a garantia da participação informada de grupos e indivíduos vulnerabilizados, em processos coletivos estruturais (complexos), na arena extrajudicial e judicial, sendo tais processos capazes de produzir, portanto, expressivas mudanças sociais pela via do processo.

A seleção do tema se justifica na medida em que se trata de um assunto atual, inovador e ainda muito pouco debatido na academia. Ademais, a matéria vem despertando o interesse dos acadêmicos de Direito, acreditando-se, assim, que produções científicas correlatas possam complementar e aprofundar o estudo proposto.

Como metodologia de pesquisa, utilizou-se o método dedutivo-bibliográfico, com análise de textos doutrinários, normas, periódicos, artigos científicos nacionais e estrangeiros, bem como exame de casos do Direito brasileiro e do direito estadunidense.

2 PROPOSIÇÕES TEÓRICO-CONCEITUAIS ACERCA DO PROCESSO ESTRUTURAL

No presente capítulo, serão analisadas as premissas básicas e necessárias para o entendimento do que vem a ser o processo estrutural. Para tanto,

será feita uma breve abordagem sobre o surgimento dos chamados *novos direitos* e, conseqüentemente, do processo coletivo, com ênfase na teoria dos litígios coletivos, de Edilson Vitorelli. Serão tratados, ainda, os aspectos relevantes acerca dos litígios estruturais.

Por fim, em item próprio, serão traçados os contornos necessários para a compreensão do denominado processo estrutural. Para uma melhor consecução do tema, será feita uma brevíssima incursão histórica, tecendo apontamentos sobre os litígios estruturais nos Estados Unidos⁸⁹ – conhecido como o “berço” da atuação jurisdicional estrutural, com a ideia das *structural injunctions*⁹⁰ (decisões estruturais).

2.1 TUTELA COLETIVA NO BRASIL: LITÍGIOS COLETIVOS E LITÍGIOS ESTRUTURAIS

Inúmeras foram as transformações ocorridas na seara jurídica, dentre elas a evolução dos direitos fundamentais com aptidão para tutelar as relações jurídicas não mais de natureza individual, mas transindividuais. Classificados pela doutrina como direitos de terceira dimensão esses direitos são fortemente informados por um caráter de solidariedade, capazes de alcançar interesses de toda uma coletividade.

Luiz Manoel Gomes Júnior afirma que, com efeito, cuida-se de reflexo dos conflitos sociais que se instauraram no último século. “Cada vez mais, preza-se a tutela de direitos como saúde, educação, cultura, segurança, meio ambiente sadio, direitos esses de natureza fluida, atribuindo-se sua titularidade a todo e qualquer cidadão” (Gomes Júnior, 2008, p. 3).

Questões complexas exigem conduções apropriadas, diferentes daquela arquitetada para solucionar litígios tradicionais, pois tal complexidade excederia os limites do processo civil tradicional. Era hora, então, de se começar a pensar em uma solução/resposta mais adequada e efetiva para essas diferentes circunstâncias materiais.

Para isso, estudiosos, há décadas, vêm estudando, debatendo e desenvolvendo instrumentos aptos à adequada efetivação de tais direitos pela via do processo.

A teoria tradicional do direito coletivo pressupõe que existem direitos individuais (que pertencem a pessoas), e direitos coletivos (que pertencem a grupos). Esses direitos coletivos (em sentido amplo), de acordo com o art.

89 Sobre o tema, merece destaque a obra: JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes na Jurisdição Constitucional**: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. 2. Ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

90 O estudo de direito comparado não permite a perfeita tradução de todos os institutos. O termo *structural injunction*, por exemplo, pode ser traduzido por “ordem estrutural”, “medida estruturante”, “injunção institucional” e outras variáveis.

81, parágrafo único da Lei nº 8.078-1990 (Brasil, 1990), são divididos entre: difusos, coletivos (em sentido estrito) e individuais homogêneos.

No entanto, nos últimos tempos, vem ocorrendo uma virada metodológica na compreensão da tutela coletiva. Essa mudança de paradigma se deve ao tirocínio de Edilson Vitorelli (2019, p. 156) que, na clássica obra “O Devido Processo Legal Coletivo” defende o abandono do eixo da tutela coletiva em torno da classificação abstrata dos direitos e propõe o estudo sob um novo eixo: a partir do litígio coletivo empiricamente verificado. Ou seja, a partir do mapeamento do conflito e do estudo aprofundado do litígio coletivo⁹¹.

O autor apresenta uma tipologia dos litígios coletivos que vai variar em complexidade e em conflituosidade, em razão das características do grupo que são por eles afetados.

Na referida teoria, o autor fixa três categorias de litígios coletivos, às quais correspondem distintas atribuições de titularidades, de acordo com a natureza da lesão. São elas: global, local e irradiado. Para fins de interesse do presente estudo, a pesquisa analisará melhor apenas a última categoria, qual seja: os litígios irradiados, que são aqueles cuja lesão afeta diferentes grupos, cada qual em um modo e intensidade, tendo natureza policêntrica” (Cambí; Wrubel, 2016, p. 61).

De acordo com o autor da teoria, são *megaconflitos*, pois tais litígios produzem lesões relevantes (dano coletivo importante), bem como interessam muito aos vários subgrupos atingidos (dano individual também importante), os quais são afetados de modo e em intensidade diferentes, não tendo a mesma perspectiva sobre o litígio - não há solidariedade social que uma os atingidos (Vitorelli, 2023, p. 45-51).

Diversos são os exemplos de casos complexos que envolvem questões constitucionais socialmente relevantes e que se encaixam nesses litígios: sistema carcerário, escolar, vagas em creches, sistema de saúde, entre outros. Como quer que seja, o litígio estrutural se configura a partir de um estado de desconformidade estruturada que necessita de reorganização (ou de reestruturação).

Assim, resumidamente, de acordo com Arenhart, Osna e Jobim (2021, p. 59-94), os litígios estruturais podem ser classificados, como complexos, multipolares, advindos de uma lesão ou ameaça a um direito fundamental coletivo não concretizado que, para a sua implementação, necessita de reformas na

91 Porém, é inegável o valor histórico da classificação tradicional, afirma Vitorelli. Assim, um ponto importante merece ser destacado. Ao tratar dessa nova tipologia, o autor faz questão de reconhecer o quão importante foi (e, para a pesquisa, sempre será!) a inserção dos conceitos previstos pelo Código de Defesa do Consumidor, na medida em que afirma ter sido um resultado de um esforço importante, realizado em um momento em que ainda não havia nenhuma experiência na judicialização de conflitos coletivos.

estrutura burocrática (recomposição institucional), em caráter prospectivo e, normalmente, em etapas que se prolongam no tempo (Daher, 2019, p. 49).

Feitas as considerações sobre o que é, de fato, um litígio estrutural, passa-se a análise do Processo Estrutural. Assim, nas próximas linhas, serão traçadas as linhas gerais imprescindíveis para a compreensão do tema, incluindo a sua origem, no direito estadunidense.

2.2 PROCESSO ESTRUTURAL: BREVÍSSIMA INCURSÃO HISTÓRICA

Antes de se adentrar nas linhas gerais acerca dos processos estruturais, será feita uma brevíssima incursão histórica acerca da gênese de tais processos, que remonta à década de 50/60 nos Estados Unidos, com o emblemático julgamento do caso *Brown v. Board of Education of Topeka*,⁹² que consagrou o período histórico denominado *civil rights era*.

O caso tinha por objetivo colocar fim à segregação étnica nas escolas públicas do país. Nesse contexto, foram judicializadas ações questionando a impossibilidade de igualitário acesso a escolas por negros e brancos, sendo que a Suprema Corte dos Estados Unidos escolheu para julgamento o emblemático caso de *Linda Brown*, que era uma criança negra e que todos os dias precisava atravessar a cidade (*Topeka*, no *Kansas*) a pé para chegar até a sua escola, sendo que havia muitas outras perto de sua casa, porém, não a aceitavam, em razão da sua etnia.

Assim, a Suprema Corte estadunidense, com base 14^a Emenda, assegurou seu direito e declarou a inconstitucionalidade da doutrina *separate but equal* (separados, mas iguais).

Embora a decisão tenha sido muito festejada, ela não especificava as medidas para seu devido cumprimento. Nas palavras de Edilson Vitorelli (2023, p. 86), “a Suprema Corte disse ‘o que’, mas não disse ‘como’”. Ora, como reformar estas estruturas de modo a readequá-las ao mandamento constitucional? Se a tutela do direito material é o fim último do processo, não bastaria a declaração. Era necessário tornar concreta a medida (Pinho; Cortês, 2014).

Um ano após a primeira decisão e depois de inúmeras reclamações quanto à dificuldade de implementação, houve um segundo momento que ficou conhecido como: *Brown II*.⁹³ Nele, a questão foi novamente discutida, quando

92 *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

93 *Brown v. Board of Education of Topeka*, 349 U.S. 294, (1955). Para maiores detalhes do caso, conferir: PUGA, Mariela. *La Litis estructural em el caso Brown V. Board of Education*. In: **Processos Estruturais**. ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix, OSNA, Gustavo (org.). Salvador: Juspodivm, 2022, pág. 87-134.

se analisou a aplicação de técnicas mais eficazes, para executar tais medidas.⁹⁴ Os juízes, portanto, fizeram uso das *injunctions*, que são ordens judiciais que estabelecem obrigações de fazer ou não fazer. Tais medidas se tornariam, a partir de então, o principal instrumento para determinar que os servidores cumprissem e adotassem as ações necessárias para a dessegregação.

Sobre o caso, Marco Félix Jobim (2021, p. 109) afirma: “Não é de estranhar que a decisão *Brown v. Board of Education of Topeka* é considerada por alguns como a mais importante e efetiva da Suprema Corte dos Estados Unidos em matéria de direitos civis, tendo, inclusive, o condão de modificar o próprio comportamento do cidadão estadunidense”.

Essa decisão se tornou o marco para o processo estrutural, sendo considerada a primeira a adotar as chamadas medidas estruturantes. Não por acaso, Woodward chama o período pós-julgamento de Brown de “segunda Reconstrução” (Woodward, 2002, p. 134-135).⁹⁵

Feitas tais considerações, passa-se à análise geral do processo estrutural.

2.3 PROCESSOS ESTRUTURAIS E A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A atuação do Judiciário em matéria de concretização de direitos sociais é permeada por complexidades e críticas. Contudo, em cenários em que a inércia administrativa frustra a realização de direitos fundamentais, não há como negar ao Poder Judiciário algum grau de interferência para a implementação de políticas públicas. Negar a possibilidade de atuação jurisdicional nessa matéria equivaleria a negar a própria efetividade do direito social constitucionalmente assegurado, retornando à ultrapassada ideia de que tais direitos seriam normas meramente programáticas ou principiológicas.⁹⁶

O processo estrutural, de acordo com conceito formulado por Vitorelli (2023, p. 73): “é aquele que busca resolver, por intermédio da atuação da

94 Delegou aos juízos locais o acompanhamento da execução. A descentralização permitiu aos juízos de primeiro grau a adoção de medidas individualizadas para cada caso. A forma, a velocidade e os meios de imposição variaram de acordo com as peculiaridades locais. Se *Brown I* é paradigmático por seu conteúdo, *Brown II* o é pela forma. Pela primeira vez, o Judiciário assumiu o papel de agente de transformação social.

95 Em poucos anos, a Corte declararia inconstitucionais também a segregação em ônibus, campos de golfe, praias públicas, entre outros.

96 O Supremo Tribunal Federal tem admitido a intervenção do Judiciário para a implementação de políticas públicas, em situações excepcionais, quando comprovada a inércia ou morosidade do ente público, como medida assecuratória de direitos fundamentais. ARE 1.230.668 AgR-EDv-AgR, Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. em 16.08.2022; ARE 1.408.531 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, j. em 07.02.2023; ARE 1.289.323 AgR, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, j. em 04.10.2021, dentre outros.

jurisdição, um litígio estrutural, mediante reformulação de uma estrutura (entendida como instituição, política ou programa) cujo mau funcionamento é a causa do litígio”.

Para Didier Junior e Zaneti Junior (2018), os processos estruturais são, na verdade, espécie do gênero processos coletivos ou um sub-ramo, porquanto se verifica a presença do grupo (ou grupos) e a presença de uma situação jurídica coletiva (o que define um processo de natureza coletiva e determina uma forma de tutela diferenciada).

A fase de implementação, sem dúvida, é a mais complexa de um processo estrutural. É natural (e democraticamente recomendável) que se busque fazer a execução de forma negociada, com a participação e colaboração do réu, bem como que envolva a participação de variados atores com base em sistema participativo.

Não há como negar que se trata de um processo *diferente*. Esse processo certamente será longo e, por sua alta carga de complexidade, pode vir a ser temido e evitado (tanto pelos juízes quanto pelos legitimados coletivos). Porém, na visão de Vitorelli, é preciso mudar essa concepção, pois pensar dessa forma gera apenas uma “ilusão de solução”, vez que não produz resultados sociais significativos, pois, as causas dos problemas permanecem!

Nesse contexto, é válido citar o *recentíssimo* voto proferido no Recurso Extraordinário 684612, com repercussão geral, em que se discute a intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas (direito social à saúde), o Ministro Luís Roberto Barroso, divergindo do Relator, proferiu irretocável voto enfrentando a questão à luz do processo estrutural.⁹⁷ O recurso discute os limites do Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes na realização de concursos públicos, contratação de servidores e execução de obras que atendam o direito social da saúde. No caso concreto, busca-se a condenação do Município à realização de concurso público para provimento de cargos em hospital específico, além da correção de irregularidades apontadas em relatório do Conselho Regional de Medicina. No voto prolatado, o Min. Barroso afirma:

28. Nesse cenário, o que se necessita nessa matéria é estabelecer parâmetros para que a atuação do Judiciário possa se pautar por critérios de racionalidade e de eficiência. É a falta de critérios universais que tem tornado o sistema disfuncional e desigual. [...]

97 O recurso ao Supremo foi apresentado pelo Município do Rio de Janeiro contra decisão do Tribunal de Justiça estadual (TJ-RJ) que havia determinado a realização de concurso público para médicos e funcionários técnicos do Hospital Municipal Salgado Filho e a correção de irregularidades apontadas pelo Conselho Regional de Medicina, com a fixação de prazo e multa pelo descumprimento. A determinação foi imposta no âmbito de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público estadual contra o município.

36. Desse modo, o órgão julgador deve privilegiar medidas estruturais de resolução do conflito. Para atingir o “estado de coisas ideal” – o resultado a ser alcançado –, o Judiciário deverá identificar o problema estrutural. Caberá à Administração Pública apresentar um plano adequado que estabeleça o programa ou projeto de reestruturação a ser seguido, com o respectivo cronograma. A avaliação e fiscalização das providências a serem adotadas podem ser realizadas diretamente pelo Judiciário ou por órgão delegado. Deve-se prestigiar a resolução consensual da demanda e o diálogo institucional com as autoridades públicas responsáveis.

37. No caso dos autos, por exemplo, pode-se pensar em um plano para correção das irregularidades no Hospital Municipal Salgado Filho, que garanta um mínimo existencial para o atendimento da população, respeitando, assim, o direito à saúde e à dignidade humana e, ao mesmo tempo, considere a situação das demais unidades de saúde sob responsabilidade do Município, para as quais os recursos orçamentários e esforços administrativos também devem ser orientados. O plano poderia ser elaborado diretamente pela Administração Pública Municipal – e, posteriormente, homologado pelo Tribunal de Justiça local – ou desenvolvido em conjunto entre os dois Poderes (Brasil, 2023).

Assim, de acordo com a decisão, a atuação judicial deve se pautar por critérios de razoabilidade e eficiência, respeitando o espaço de discricionariedade do administrador público.

Para Barroso, a atuação judicial deve ser pautada por critérios de razoabilidade e eficiência, respeitado o espaço de discricionariedade do administrador público. No caso, as providências determinadas pelo TJ-RJ não se limitam a indicar a finalidade a ser atingida. Ao contrário, interferem no mérito administrativo, ao determinar a forma de contratação de pessoal e sua lotação em hospital específico da rede municipal de saúde. A intervenção casuística do Judiciário, a seu ver, coloca em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, já que desorganiza a atividade administrativa e compromete a alocação racional dos escassos recursos públicos. Com o provimento parcial do recurso da prefeitura, o TJ-RJ deverá fazer novo exame da controvérsia, de acordo com a realidade atual do hospital (uma vez que a decisão foi proferida em 2006) e com os parâmetros fixados pelo STF.⁹⁸

Nesse contexto de incertezas e de boas perspectivas, o estudo do processo estrutural, como nova tipologia de processual no direito brasileiro, pode ser altamente positivo para o tratamento adequado de litígios complexos e multipolares e, ainda, estimular a transformação do papel do Poder Judiciário e demais sujeitos do processo.

98 Ficaram vencidos o relator, ministro Ricardo Lewandowski (aposentado), e o ministro Edson Fachin, que votaram pelo desprovimento do recurso do município, e os ministros Alexandre de Moraes e André Mendonça, que votaram pelo provimento do recurso extraordinário para restabelecer a sentença de improcedência da ação civil pública.

A seguir, serão analisados os institutos da participação e representação no Processo Coletivo Estrutural (foco da presente pesquisa).

3 PROCESSO COLETIVO ESTRUTURAL E SISTEMA PARTICIPATIVO

Um dos maiores desafios para o processo coletivo brasileiro é a abertura ao diálogo e à deliberação, por meio da introdução de mecanismos efetivamente participativos.

Sempre que possível, o órgão julgador deverá abrir o processo à participação de terceiros, com a admissão de *amici curiae* e designação de audiências públicas, permitindo a oitiva dos destinatários da ordem e de outras instituições e entidades da sociedade civil. Tais providências contribuem para a legitimidade democrática da ordem judicial e auxiliam a tomada de decisões, pois permitem que o órgão julgador seja informado por diferentes pontos de vista sobre determinada matéria, contribuindo para uma visão global do problema.

Além disso, uma construção dialógica da decisão favorece a sua própria efetividade, uma vez que são maiores as chances de cumprimento, pelo Poder Público, de determinações que ele próprio ajudou a construir.

A legitimidade ativa utilizada no processo coletivo, no Brasil, é classificada como concorrente e disjuntiva, ou seja, não há qualquer relação de predominância ou subordinação entre eles. Segundo Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Junior (2018, p.182), o Brasil possui uma legitimação plúrima – por serem vários os entes legitimados, e mista – por serem legitimados entes da sociedade civil e do Estado (Mendes *et al.*, 2023).⁹⁹ Por meio de tais legitimados,¹⁰⁰ espera-se que a defesa dos direitos da coletividade atingida pela ameaça ou dano coletivo seja realizada de forma adequada, restando às pessoas e às coletividades a participação indireta no processo. Diante desse modelo, o modo e a qualidade da representação serão sempre questionados, pois essa é a própria razão de ser dos processos coletivos.

Deve-se lembrar, ainda, da importante função das audiências públicas e até mesmo de reuniões comuns com representantes de grupos (que não demandam tanta formalidade como as audiências) e até mesmo visitas *in loco*. De acordo com Vitorelli e Barros (2022, p. 186), todas essas técnicas são positivas desde que calibradas, pois, para ele “nenhuma delas será eficaz se não se permitir a interação”. Afinal, participação é isso: “interação, informa-

99 Destaca-se, na oportunidade, que embora tenha sido o modelo misto o adotado pela nossa legislação, ainda se nota a baixa utilização das ações coletivas pelos setores da sociedade civil, havendo uma preponderância por parte do Ministério Público.

100 No rol dos legitimados ativos do processo coletivo brasileiro, encontram-se, em suma, entes públicos e associações civis (arts. 5º da LACP e 82 do CDC). No processo coletivo trabalhista, os sindicatos também são dotados de legitimidade ativa (art. 8º, III, da CF).

ção e procedimento”, afirma o autor em obra intitulada: *Processo Coletivo e Direito à Participação: técnicas de atuação interativa em litígios complexos*.

Levando em consideração a experiência do autor no órgão do Ministério Público Federal, este afirmou que as limitações inerentes às audiências públicas sejam minoradas com a realização de reuniões setoriais. “Da mesma forma que mediadores realizam sessões privadas com cada uma das partes, é interessante a busca pela compreensão dos anseios de cada subgrupo, em um ambiente que não seja de confrontação” (Vitorelli, 2023, p. 272). Mas, quem seriam os representantes de cada grupo? Qual a certeza de que eles, de fato, representariam seus grupos ou estariam apenas se valendo da posição para alavancar pautas próprias?

Uma solução possível seria perguntar para a comunidade “como e por intermédio de quem ela deseja ser ouvida” (*Ibidem*), afirma o autor que, na oportunidade, ressalta a utilização de meios tecnológicos como “a elaboração de um formulário eletrônico (estilo Google Forms), encaminhando via grupo de mensagens instantâneas (WhatsApp)” (*Ibidem*, p. 273).

Certamente tal ferramenta constitui importante meio de diálogo, porém, a preocupação se agrava quando se trata da incidência de múltiplos interesses na demanda, ou seja, no processo estrutural, como será visto a seguir.

Para Edilson Vitorelli (*Ibidem*, p. 163), “não basta a simples oportunidade de contradizer, mas o direito de participar de todo o processo, para influir no seu resultado final, de modo significativo, não apenas como cumprimento de uma formalidade”.

As preocupações acerca das limitações da participação da coletividade no modelo de processo coletivo ganham contornos ainda mais expressivos em casos complexos.

Se a participação e a influência são características inerentes a todo processo, pela via da cooperação, que é inerente ao princípio do contraditório, nos processos estruturais elas se potencializam, “em razão da natureza do objeto do processo e da indispensável construção dialogada e progressiva das medidas judiciais aplicáveis ao caso”, afirma Zufelato (2018, p. 93).

Desse modo, impõe-se pensar melhor acerca da participação das pessoas atingidas no processo estrutural. Seria viável a participação direta dos grupos – ou mesmo dos entes despersonalizados? Tal opção, embora desejável, acabaria sendo, na grande maioria dos casos, inviabilizada por problemas práticos, já que causaria um tumulto processual.

Na visão de Edilson Vitorelli (2019, p. 256), a representação é necessária, tanto na esfera democrática, quanto no âmbito jurisdicional. Nas palavras do autor: “No mundo contemporâneo, em que a vida dos indivíduos está vinculada a condutas múltiplas e simultâneas de variados atores sociais, é ingênuo imaginar que alguém possa participar de todos os processos e decisões que o afetem.”.

Na visão do autor (*Ibidem*, p. 256-257), “a única solução que parece viável para a construção de uma teoria do processo representativo é embasá-la não na oposição, mas na complementaridade entre participação e representação”. Para o autor, ela é compatível com a Constituição, de modo que a representação não seja um mecanismo de exclusão dos representados, mas proporcione a obtenção da tutela efetiva dos direitos materiais violados, “restringindo a participação apenas na medida necessária para tanto” (*Ibidem*, p. 266).

Um princípio de extrema importância trazido por Vitorelli (2023, p. 328) é o da complementaridade entre representação e participação, na medida em que demanda a percepção de que o processo precisa contemplar momentos participativos, antes, durante e depois da atuação do representante, tendo os representados a efetiva oportunidade de questionar a atuação do representante, ouvir suas explicações e, em situações extremas, demandar sua substituição ou a divisão do grupo, pluralizando a representação. Desse modo, representação, para o autor, pressupõe juízo de valores por parte do representante.

Diante disso, e enfrentando a problemática central da presente pesquisa, será tratado, no próximo item, de uma importante ferramenta participativa denominada: Assessoria Técnica Independente (ATI).

4 ASSESSORIA TÉCNICA INDEPENDENTE (ATI) E O PROCESSO ESTRUTURAL PARTICIPATIVO: PARÂMETROS PROPEDÊUTICOS

O direito à Assessoria Técnica Independente (ATI) é uma importante ferramenta para a construção de sociedades justas e democráticas. Esse direito assegura que os cidadãos tenham acesso a informações e conhecimentos especializados, além de possibilitar sua participação ativa nas decisões que afetam suas vidas e comunidades.

Nas próximas linhas serão delineadas as noções introdutórias acerca de tal direito, sintetizando seus princípios, seu objeto, suas finalidades e seus fundamentos legais. Será analisado, ainda, dois casos em que foram utilizadas as ATIs e, por fim, o capítulo será concluído com o estudo das ATIs como forma de participação direta no processo estrutural.

4.1 FUNDAMENTOS LEGAIS E REGIME JURÍDICO DAS ASSESSORIAS TÉCNICAS INDEPENDENTES

O direito à Assessoria Técnica Independente (ATI) surgiu no contexto da instalação de barragens hidrelétricas no Brasil e acabou ganhando novos contornos nos casos emblemáticos de rompimentos das barragens de rejeitos (Mariana, em 2015 e Brumadinho, em 2018). Comunidades atingidas por empreendimentos minerários e/ou riscos de novos rompimentos de barra-

gens também efetivaram o direito à ATI, como Itatiaiuçu-MG (ArcelorMittal), Conceição do Mato Dentro-MG (Anglo American) (Aleixo; Arcangelo, 2022).¹⁰¹

Esse assessoramento técnico nasce em razão da sociedade titular dos direitos não deter as condições necessárias para acessar as arenas de decisão ou interagir com os demais atores, especialmente com o causador do dano, sobretudo quando se trata dos litígios irradiados (ou de difusão irradiada) que, como já visto, são litígios que envolvem a lesão a direitos transindividuais que interessam, de um modo desigual e variável, a distintos seguimentos sociais, em alto grau de conflituosidade. O direito material subjacente deve ser considerado, nesse caso, titularizado pela sociedade elástica composta pelas pessoas que são atingidas pela lesão.

Mas, afinal, o que vem a ser uma Assessoria Técnica Independente? De acordo com Vitorelli e Barros (2022, p.192), a Assessoria Técnica Independente “é uma equipe profissional contratada, posta à disposição dos grupos titulares dos direitos, para que se permita a participação qualificada por parte destes”. Dentre seus objetos estão o de assessorar os titulares dos direitos na compreensão das informações técnicas, confeccionar dados técnicos ou analisar tais dados já existentes à luz dos interesses da sociedade, promover a organização coletiva desta sociedade e viabilizar/auxiliar os titulares nas atividades de participação existentes (*Ibidem*, p.231). Assim:

[...] a assessoria técnica tem por missão: (1) corrigir a assimetria técnica e informacional entre as partes; (2) estabelecer uma necessária dialeticidade antecedente às decisões, introduzindo outras áreas do saber; (3) colocar os interesses, opiniões e perspectivas da sociedade titular dos direitos no centro decisório; (4) diminuir a deficiência estrutural do sistema de Justiça em relação aos litígios coletivos de complexidade e conflituosidade média e alta; (5) colocar em linguagem técnica os interesses, opiniões e perspectivas da sociedade titular dos direitos (*Ibidem*, p. 222-223).

Porém, há um ponto importante que precisa ser esclarecido. As pessoas que executam - e fazem parte da equipe - da ATI, não são representantes dos titulares dos direitos. Não há qualquer relação de representação (ou mandato). O que ocorre é um assessoramento. A ATI subsidia a atuação das pessoas que sofreram danos perante os atores processuais (principalmente os legitimados ativos) que devem estar vinculados aos interesses dessas pessoas (ou até mesmo perante as autoridades administrativas).

Assim, para que a participação seja informada e de qualidade, é importante que tanto o grupo quanto o membro estejam assessorados por uma

101 Infelizmente nas comunidades do médio e baixo Rio Doce, Macacos (Nova Lima-MG), Barão de Cocais-MG, Itabirito-MG e Antônio Pereira (Ouro Preto-MG), esse direito ainda não foi efetivado (sequer saiu do papel).

ATI, e que esta já tenha sido integrada à comunidade e tenha conhecimento do conflito. Para tanto, um dos primeiros acordos a ser firmado após o dano, seja ele local ou irradiado, é a contratação de tais assessorias e o início de suas atividades em campo (Garcia, 2022).

As ATIs (ainda) não possuem previsão normativa em lei federal, apenas estadual. Mas, antes mesmo de tal previsão, em 2006, o Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana criou a Comissão Especial “Atingidos por Barragens” que submeteu relatório sobre denúncias de violações de direitos humanos no processo de implantação de barragens no Brasil e apresentou, como uma de suas recomendações, no que diz respeito à informação e participação, que seja “necessário que os atingidos, seja em negociações coletivas ou individuais, tenham acesso a assessoria técnica e jurídica, de modo a contrabalançar o desequilíbrio de poder e meios que, via de regra, marca estes processos (Brasília, 2007)”.

Ressalta-se que a ideia desta assessoria não pode ser reduzida à assessoria jurídica, já que possui natureza interdisciplinar, de modo a viabilizar compreensão de todos os pontos em jogo (processos judiciais e/ou negociações).

Já em 2020, foi publicada Resolução n. 5, de 5 de março de 2020 pelo Conselho Nacional de Direitos Humanos que dispõe sobre Diretrizes Nacionais para uma Política Pública sobre Direitos Humanos e Empresas. Dentre os fatores que a justificam estão os vários casos de litígios coletivos que podem ser caracterizados como litígios irradiados. O art. 6º da referida Resolução, consta que no tratamento e prevenção de violações de Direitos Humanos cometidos por empresas deve-se garantir o direito à assessoria técnica independente, escolhida pelos atingidos e custeada pelos empreendimentos violadores.

Um ponto importante: tal documento se refere a situações de conflitos entre direitos humanos e empresas, não havendo que se falar que o direito às ATIs seria específico somente para os casos de das pessoas atingidas por barragens.

No âmbito federal, há um Projeto de Lei (PL n. 2788/2019) que prevê a Política Nacional de Direitos das Populações Atingidas por Barragens (PNAB) e em seu art. 3º assegura o direito às ATIs, que serão de caráter multidisciplinar e que deverão ser escolhidas pelas comunidades atingidas, às expensas do empreendedor (princípio do poluidor pagador) “com o objetivo de orientá-las no processo de participação (Brasil, 2019)”.

Em Minas Gerais, há uma importante Lei n. 23795, de 15 de janeiro de 2021, que institui a Política Estadual dos Atingidos por Barragens. Dentre

os direitos dos atingidos por barragens, preconizados no art. 3º, está o direito à assessoria técnica independente.¹⁰²

O Brasil tem um passivo histórico enorme com a população atingida por barragens. Segundo relatório do Conselho Nacional de Direitos Humanos, a ausência de uma lei que assegurasse os direitos desse grupo é um dos problemas de suas violações (Fernandes, 2020).

Em capítulo especial dedicado ao tema “ATI”, na obra *Processo Coletivo e Direito à Participação*, Vitorelli e Barros (2022, p. 186) fixam pilares fundamentais os quais se sustentam o direito à ATI e sobre os quais se constrói todo um regime jurídico. Na oportunidade, os autores ressaltam que o objetivo “é deixar claro que esse direito se ergue com base em premissas sólidas e capazes de vencer os desafios de reconhecimento que surgirão”. Ou seja, o direito à ATI já é um direito constituído que clama por reconhecimento.¹⁰³

Assim, “à assessoria técnica é dada a missão de produzir dados técnicos de interesse de seus assessorados com o fim de influir nas decisões sobre os direitos que lhes digam respeito”, já que, somente com isso, se efetivará a sua independência em relação ao causador dos danos, pois, segundo Vitorelli (2022, p. 264), “poderá produzir dados técnicos próprios, vinculados aos interesses dos assessorados, bem como se concretizará a relação de confiança e, finalmente, se justificará a necessidade da multidisciplinariedade”.

Marco Aurélio Souza Lara (2022), em pesquisa específica sobre o tema, afirma:

Para assegurar a defesa dos direitos das populações atingidas, a ATI é composta por uma equipe técnica multiprofissional que trabalha em favor dos interesses e direitos delas, transformando suas demandas e contribuições em linguagem técnica - a ser apresentada às instituições de justiça e à empresa - e, inversamente, traduzindo a linguagem técnica em linguagem acessível, permitindo que as pessoas atingidas participem ativamente das negociações e dos processos decisórios.

A participação ativa da população é extremamente importante para assegurar que os processos decisórios reflitam seus interesses e levem em conta seus conhecimentos e modos de vida. Para tanto, a participação ampla e informada das pessoas atingidas é essencial em todas as etapas do processo, desde o planejamento até a implementação do plano de reparação integral, evitando que terceiros - empresas e instituições de justiça - tomem decisões no lugar das comunidades.

102 Art. 3º, VIII - direito a assessoria técnica independente, escolhida pelos atingidos por barragem e a ser custeada pelo empreendedor, para orientá-los no processo de reparação integral, nos termos de regulamento.

103 Como dito, embora tenha reconhecimento no âmbito estadual (que já é uma grande vitória), não possui, ainda, legislação federal que trate sobre o tema.

Para garantir o acesso à informação e à participação popular, os assessores técnicos independentes trabalham com metodologias participativas baseadas na educação popular, abrangendo diferentes faixas etárias, estilos de vida, especificidades territoriais e filiações étnicas e raciais. A contribuição da ATI para a mobilização e articulação das comunidades atingidas é tão importante quanto a parte técnica. “O MAB argumenta que a assessoria deve abordar estes dois eixos fundamentais: a assessoria técnica e a mobilização das bases. Sem participação e pressão popular, não haverá resultado técnico que atenda às necessidades do povo” (MAB, 2018).

Por fim, uma consideração merece destaque. Tais assessorias se diferem das funções de um perito e até mesmo do legitimado e representante processual. Até porque, as ATIs atuam *para* os atingidos, sendo a parcialidade uma característica inerente a essa assessoria, não havendo que se falar em neutralidade (e muito menos em relação de representação).

4.2 CASOS PRÁTICOS

O desastre ambiental de Mariana-MG, ocorrido em 5 de novembro de 2015, foi desencadeado pelo rompimento da barragem de rejeitos de mineração Fundão, pertencente à empresa Samarco Mineração S.A., uma *joint-venture* entre a brasileira Vale S.A. e a anglo-australiana BHP Billiton (Milanez; Losekann, 2016), criada para desresponsabilizar operacionalmente o grupo minerário em questão (Zonta; Trocate, 2016, p. 54). A barragem, localizada no distrito de Bento Rodrigues, liberou uma enorme quantidade de lama tóxica que devastou comunidades, rios e ecossistemas ao longo de sua trajetória (Ministério Público Federal, *s.d.*)¹⁰⁴

O evento desencadeou uma série de ações judiciais (Lara, 2022)¹⁰⁵ e investigações para apurar as responsabilidades e buscar justiça para as vítimas e as comunidades afetadas. Assim, nessa luta pela garantia de direitos, estão de um lado todos os atingidos (a maioria dispersos e desinformados) e, do

104 A barragem liberou mais de 50 milhões de metros cúbicos de rejeitos de minério de ferro e sílica, que causaram destruição ao longo de sua rota. Foram 41 cidades afetadas em Minas Gerais e Espírito Santo. A onda atingiu o subdistrito de Bento Rodrigues, resultando na morte de 19 pessoas e o desalojamento de várias famílias. A lama percorreu 55 km até atingir o rio do Carmo, afetando comunidades rurais e municípios, incluindo Barra Longa, Rio Doce e Santa Cruz do Escalvado. A passagem violenta da onda de rejeitos resultou na destruição de vegetação e habitats tendo alcançado até mesmo o Oceano Atlântico em Linhares (ES). O fenômeno causou poluição hídrica, mortandade de animais (14 toneladas de peixes mortos) e interrupção do abastecimento de água em vários municípios, como Governador Valadares, Baixo Guandu e Colatina.

105 As principais Ações Cíveis Públicas propostas ligadas à tragédia de Mariana-MG foram: ACP da União (ACP n. 0069758-61.2015.4.01.3400); ACP do MPMG (ACP n. 0400.15.004335-6) e ACP do MPF (ACP n. 0023863-07-2016.4.01.3800).

outro, a Vale e a BHP Billiton – as maiores mineradoras globais no minério de ferro que controlam a Samarco Mineração.

Em 2016, no bojo de uma Ação Civil Pública, foi firmado um termo de transação de ajustamento de conduta (TTAC), para criação de uma fundação privada responsável por recuperar, mitigar, remediar, reparar, inclusive indenizar, e nos casos que não houver possibilidade de reparação, compensar os impactos nos âmbitos socioambiental e socioeconômicos (Fundação Renova, 2023).

Já em 2017, também no contexto de uma – das várias – Ações Cíveis Públicas ajuizadas, foi assinado o termo de acordo preliminar (TAP), que definiu a contratação de organizações para trabalharem com perícia e para dar assistência ao MPF na realização do diagnóstico socioeconômico e socioambiental. Em novembro do mesmo ano, foi firmado um aditivo ao TAP, que previu, dentre outros pontos, a contratação de *assessorias técnicas* aos atingidos (Zufelato; Asperti; Garcia, 2022, p.202-232).

Ainda assim, de acordo com estes autores, em 2018, foi assinado o TAC-Governança, ou TAC-GOV, pelo MPF, MPMG, MPES, DPU, DPMG e DPES, a União, o estado de Minas Gerais, o estado do Espírito Santo, a Samarco, BHP Billiton, Vale e a Fundação Renova, documentando-se o reconhecimento da legitimidade das comissões locais formadas por atingidos, segundo regras próprias de auto-organização e auxiliadas por assessorias técnicas, para a tratativa das questões atinentes ao processo de reparação integral dos danos.

Assim, as associações ligadas aos movimentos das comunidades atingidas vêm lutando por acesso a uma informação de confiança e à autonomia organizativa, já que são direitos fundamentais das famílias atingidas, defendendo, portanto, a utilização das Assessorias Técnicas Independentes (ATIS's) como instrumento necessário para garantir a efetivação de tais direitos.

Nesse contexto, e atendendo às intensas reivindicações dos povos atingidos, foram realizados diversos acordos, especialmente no tocante ao direito às Assessorias Técnicas Independentes (ATIs) das pessoas atingidas ao longo da Bacia do Rio Doce, figurando, de um lado, as responsáveis pelo desastre, (Samarco Mineração S.A., Vale S.A., BHP Billiton Brasil Ltda.) e, de outro, governos, órgãos e Ministérios Públicos, Defensorias, sociedade civil organizada e redes de pesquisas acadêmicas.¹⁰⁶

As ATIs atuam de forma multidisciplinar e têm por objetivo garantir às pessoas atingidas o direito à informação, inclusive técnica, em linguagem adequada às características socioculturais locais. Os estudos conduzidos de-

106 Até o momento, as ATIs contratadas são: Cáritas (Mariana), Rosa Fortini (Rio Doce, Santa Cruz do Escalvado e Chopotó), ASPERQD (Território Quilombola de Degredo) e a AEDAS (município de Barra Longa). Referidas assessorias vêm desempenhando um papel de extrema importância na efetivação da participação das pessoas atingidas.

vem também possibilitar a participação informada dos atingidos nos processos de reparação integral dos danos decorrentes do rompimento.¹⁰⁷

Sobre o tema, e já partindo para a parte final do estudo, ressalta-se o posicionamento do Min. Luís Roberto Barroso, no recente voto do Recurso Extraordinário 684.612 - julgado com repercussão geral - afirmando que:

[...] uma das principais críticas à atuação judicial na implementação de política pública diz respeito à ausência de expertise e capacidade institucional. Essa ideia se apoia na percepção de que o Judiciário não domina o conhecimento específico necessário para instituir políticas de saúde. Para atenuar esse problema, **a decisão judicial deverá estar apoiada em documentos ou manifestações de órgãos técnicos, que podem acompanhar a petição inicial ou compor a instrução processual** (destaque nosso).

Diante do exposto, resta inquestionável que a ATI se constitui como um direito imprescindível no apoio às comunidades atingidas na busca por decisões informadas no contexto da reparação integral pelos danos sofridos e, sem dúvida, na sentinela para que se cumpram as garantias previstas na Política Estadual dos Atingidos por Barragens.

Ao fim e ao cabo, ressalta-se que, muito embora esse direito tenha surgido na seara dos desastres ambientais, ele poderá também ser aplicado em qualquer outra área.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há tempos vem se discutindo os novos horizontes da tutela coletiva no Brasil, sobretudo por ainda ser muito polêmica a questão da (in)suficiência dos processos civil e coletivo para recepcionar o processo estrutural e lidar com os desafios dos litígios estruturais, que são caracterizados pela sua complexidade, multipolaridade, mutabilidade, caráter prospectivo e a necessidade de intervenção continuada.

A compreensão da origem dos litígios e, conseqüentemente, do processo estrutural contribui sobremaneira para melhor identificação desses litígios e das chamadas *injunctions*.

No Brasil, esse processo já é uma realidade e vem sendo desenvolvido perante o sistema processual civil que é dotado da plasticidade necessária para se conformar, caso a caso, com as peculiaridades dos litígios estruturais.

107 Pode-se citar, ainda, outros exemplos de utilização das ATIs, como a tragédia ambiental de Brumadinho (Córrego do Feijão). Um outro acordo que garantiu o direito à ATI, em 2019, foi para as pessoas atingidas pelo acionamento do plano de emergência por risco de rompimento da barragem Serra Azul, em Itatiaiuçu/MG, cuja propriedade é da empresa ArcelorMittal.

Assim, a presente pesquisa buscou apresentar os contornos dos processos estruturais, especialmente no que tange a sua multipolaridade, e demonstrar o quão difícil é, em razão da multiplicidade de posições e interesses, a questão da legitimação ativa nesses processos. Ou seja, um legitimado que represente adequadamente os interesses dos representados se valendo dos diversos instrumentos voltados à democratização do processo, a fim de garantir a maior participação da sociedade e dos grupos atingidos.

Em resposta a uma das problemáticas do estudo, conclui-se que, nos conflitos irradiados de média e alta complexidade, a representatividade adequada, por si só, não seja suficiente para a construção de uma tutela coletiva que corresponda às necessidades de seus representados. Até porque, os legitimados, na maior parte das vezes, não possuem infraestrutura para, sozinhos, compreenderem e equacionarem inúmeras variáveis e viabilizarem formas de levantamento de informações, diagnósticos socioeconômicos e estudos técnicos, que se fizerem necessários. Imprescindível, portanto, o uso de outros instrumentos capacitados para os auxiliarem (Zufelanato; Asperti; Garcia, 2021, p.120).

Assim, a representatividade adequada deve ser defendida juntamente com a participação direta e informada da sociedade titular dos direitos violados.

Como solução viável, a pesquisa traz a proposta de Vitorelli, em que apresenta o princípio da complementaridade entre representação e participação. Ou seja, o direito de participação existirá, mesmo em processos representativos, exigindo, para tanto, que a representação seja desempenhada por meio de uma relação em constante reconstrução, com momentos dialógicos e avaliativos, tendo os representados efetiva oportunidade de questionar sua atuação, ouvir suas explicações e, em situações extremas, demandar até mesmo sua substituição (ou a fragmentação do grupo), pluralizando, assim, a representação (Vitorelli; Barros, 2022).

Portanto, como possível (e efetiva) ferramenta para esse modelo de complementaridade entre representação-participação, o estudo trouxe para análise as Assessorias Técnicas Independentes (ATIs). Um (novo) direito que surgiu no contexto dos desastres ambientais ocorridos no Brasil, na última década. Como visto, são organizações a serem contratadas pelos agentes causadores do dano para atuação em conjunto com os grupos atingidos, fornecendo-lhes apoio para defesa de suas demandas e assegurando o acesso a informações e conhecimentos especializados, além de possibilitar a participação ativa desses grupos nas decisões que afetam suas vidas e comunidades.

Ademais, viu-se que a tecnologia deve ser empregada pelas ATIs como ferramentas para ampliar ainda mais o espaço de diálogo sobre os pontos controversos das demandas coletivas e estruturais, tendo como exemplo audiências públicas virtuais, a consulta feita por meio de aplicativos (ou formu-

lários/questionários feitos via GoogleForm), a facilidade de apresentação de um tema em debate por meio de *lives* (ou vídeos explicativos), entre outras ferramentas demonstradas neste estudo. Todos esses meios são facilitadores da implementação de um procedimento de exercício de um contraditório efetivamente participativo.

Como forma de contextualizar as ATIs, na prática, foi analisado o caso emblemático de Mariana/MG. Do estudo, pôde-se aferir que a ausência das ATIs às pessoas atingidas acaba deixando-as em situação de gravíssimo desequilíbrio em relação a outra parte.

Diante de todo o exposto, é possível concluir que o direito às Assessorias Técnicas Independentes é um meio fundamental para a garantia de uma participação direta, eficaz e informada das pessoas afetadas cujos direitos foram violados, sendo capaz de deslocar essas pessoas para o centro do processo, permitindo-lhes assumir o controle de suas próprias vidas após a ocorrência do fato danoso, sendo, ao fim e ao cabo, um importante condutor para posterior efetivação de políticas públicas.

De toda sorte, é sempre bom ressaltar que, seja qual for o método – desde que legitimamente democrático à luz do devido processo legal e da garantia de participação – a prioridade será sempre solucionar os litígios estruturais e produzir significativas mudanças sociais pela via do processo.

REFERÊNCIAS

- ALEIXO, Letícia. ARCANGELO, Wigde. **O direito das comunidades atingidas pela mineração à Assessoria Técnica Independente**. Belo Horizonte, MG: Cáritas Brasileira Regional Minas Gerais, 2022.
- ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 684612**. Recorrente: Município do Rio de Janeiro. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator Min. Ricardo Lewandowski, 07 de agosto de 2023. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4237089>>. Acesso em: 16 de ago. de 2023.
- BRASIL. Lei n. 8.078 - 1990. Art. 81. Dispõe sobre o Código de defesa do consumidor. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 19 de ago. de 2023.
- CAMBI, Eduardo; WRUBEL, Virgínia Telles Schiavo. Litígios complexos e processo estrutural. *In: Revista de Processo (RePro)*. São Paulo, v. 295, p.56-84, set. 2016.
- DAHER, Lenna Luciana Nunes. **Ministério Público resolutivo e o tratamento adequado dos litígios estruturais**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**: Processo Coletivo. 11^a ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

FERNANDES, Leonardo. **MAB exige aprovação urgente da Política Nacional dos atingidos por barragens**. Disponível em: <<https://www.rede-brasilatual.com.br/cidadania/mab-exige-aprovacao-urgente-da-politica-nacional-dos-atingidos-por-barragens/>>. Acesso em: 19 de ago. de 2023.

FUNDAÇÃO RENOVA. Disponível em: <<https://www.fundacaorenova.org/a-fundacao/>>. Acesso em: 25 de jul. de 2023.

GARCIA, CAROLINA TREVILINI. **Estudo das assessorias técnicas independentes como ferramenta de garantia da participação direta, informada e instrumental dos titulares do direito material, no processo coletivo**. Dissertação de mestrado. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/107/107131/tde-09082022-144422/pt-br.php>>. Acesso em: 25 de jul. de 2023.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Curso de Direito Processual Civil Coletivo**. 2. Ed. São Paulo: SRS, 2008.

LARA, Marco Aurélio Souza. **O direito à assessoria técnica independente às pessoas atingidas pelo desastre-crime de Fundão na bacia do Rio Doce**: percursos e percalços. Dissertação de mestrado. UFOP. Disponível em: <<https://www.repositorio.ufop.br/handle/123456789/15496>>. Acesso em 25 de jul. de 2023.

MAB- Movimento dos Atingidos por Barragem. **Assessoria técnica: um direito dos atingidos pela Samarco**. MAB. 2018. Disponível em: <<https://mab.org.br/2018/02/19/assessoria-t-cnica-um-direito-dos-atingidos-pela-samarco-0/>>. Acesso em: 25 de jul. de 2023.

MENDES, Conrado Hubner et al. **Ações Coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva**. Relatório Analítico Propositivo – Justiça Pesquisa. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2018.

MILANEZ, Bruno; LOSEKANN, Cristiana (org.). **Desastre no Vale do Rio Doce: antecedentes, impactos e ações sobre a destruição. Rio de Janeiro**: Letra e Imagem, 2016. Disponível em: <<https://ftp.medicina.ufmg.br/osat/ebook/2017/desastre-no-valedorio-doce-16-03-2017.pdf>>. Acesso em: 21 de jul. de 2023.

MINAS GERAIS. **Lei nº 23795, de 15 de janeiro de 2021**, Art. 3º, VIII. Disponível em: <<https://www.almg.gov.br/legislacao-mineira/texto/LEI/23795/2021/>>. Acesso em: 19 de ago. de 2023.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **O Desastre**. Disponível em: <<https://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco/o-desastre>>. Acesso em: 25 de ago. de 2023.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. CÔRTEZ, Victor Augusto Passos Villani. As medidas estruturantes e a efetividade das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processu-**

- al – REDP. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Volume XIII, 2014.
- Processos Estruturais.** ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix, OSNA, Gustavo (org.). Salvador: Juspodivm, 2022, pág. 87-134.
- Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix, OSNA, Gustavo (org.). Processos Estruturais. 4. Ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Juspodivm, 2022, p.649-692.
- VIOLIN, Jordão. **Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas** *apud* ARENHART,
- VITORELLI, Edilson. **O Devido Processo Legal Coletivo:** dos direitos aos litígios coletivos. 2. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural:** teoria e prática. 4. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Juspodivm, 2023.
- VITORELLI, Edilson; BARROS, José Ourismar. **Processo Coletivo e Direito à Participação:** técnicas de atuação interativa em litígios complexos. São Paulo: Juspodivm, 2022.
- WOODWARD, C. Van. *The Strange Career of Jim Crow*. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 134-135.
- ZONTA, Márcio; TROCATE, Charles (org.). **Antes fosse mais leve a carga: reflexões sobre o desastre da Samarco/Vale/BHP Billiton.** Marabá: Editorial iGuana, 2016. 2 v. (Coleção A questão Mineral), p. 54.
- ZUFELATO, Camilo. **Contraditório e vedação às decisões-surpresa no processo civil brasileiro.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 93.
- ZUFELATO, Camilo; ASPERTI, Maria Cecília de Araújo; GARCIA, Carolina Trevilini. Acesso à Justiça e Desastres: as Assessorias Técnicas Independentes e a Participação Direta das Pessoas Atingidas em Conflitos Coletivos Complexos. **Revista de Direito Público**, Brasília, Volume 19, n. 102, 202-232, abr./jun. 2022, DOI: 10.11117/rdp.v19i102.6330.

8

A DISPENSA DE AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA NA CONCESSÃO DE USO COMUM DE BEM PÚBLICO PARA SERVIÇOS PÚBLICOS

*Carlos Eduardo Cancherini*¹⁰⁸

*Vanessa Verdolim Hudson Andrade*¹⁰⁹

*Estevão Grill Pontone*¹¹⁰

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente capítulo, sinteticamente, aborda os pontos que serão abordados e sobre qual perspectiva, convidando a uma leitura mais atenta.

Tem-se, aqui, a pretensão de mostrar que nosso sistema administrativo legal não exige autorização legislativa para a Concessão, pela Administração Pública, de uso de bem público para o exercício de serviços públicos, como é exigido para a concessão de Direito Real de Uso.

Trata-se de tema altamente atual e importante, tendo em vista o surgimento de grande número de Hospitais na atualidade, seja em razão da recém crise proveniente da pandemia da COVID, seja em razão da importância

108 Advogado. Pós-graduado em Direito Público pelo IEC-Pucminas. Pós-graduado em Direito da Medicina pela Universidade de Coimbra, Portugal. Mestrando em Direito das Relações Econômicas e Sociais pela Faculdade Milton Campos.

109 Desembargadora Aposentada do TJMG. Advogada especializada em Direito Público, Saúde e outros. Diretora do COGESMIG – Colegiado de Gestores em Saúde do Estado de Minas Gerais. Presidente Fórum Permanente de Saúde MG. Membro Academia de Ciências e Letras de Conselheiro Lafaiete. Pós-Graduada em Direito do Trabalho pela UFMG e Pós-Graduada em Direito à Saúde – Regulação de Saúde Pública e Suplementar – pela Universidade de Coimbra (Portugal). Foi Vice-Corregedora-Geral de Justiça e Professora Universitária em Minas Gerais e São Paulo. vverdolima@gmail.com.

110 Advogado. Doutorando em Ciências Jurídicas pela UMSA (Universidade Del Museo Social Argentino). Pós-Graduado em Direito Empresarial pela FGV (Fundação Getúlio Vargas). Pós-Graduado em Advocacia Cível pela FMP (Fundação Superior do Ministério Público). Membro da Comissão de Direito Empresarial da OAB/MG. Membro da Comissão de Liberdade Religiosa da OAB/MG. Associado do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI). estevaiconosco@gmail.com.

econômica que passou a ser dada a essa atividade e, em especial, em razão da alta de investimentos, até de organismos estrangeiros, nessa área da saúde. A conclusão aqui exposta, porém, não se limita à abordada área de saúde, mas a todas as concessões de uso comum de bem público. Quando aqui se diz uso comum, refere-se ao uso de bem público para a realização de serviços públicos, que não envolva o Direito Real de Uso.

A dispensa de autorização legislativa tem, ainda, importância, por motivos técnicos, tendo em vista que o processo legislativo é, em regra, extremamente longo, oneroso e complexo e, além disso, essa exigência iria, além de atrasar, também onerar o processo de concessão. Essa dispensa se justifica, ainda, pelo fato de que o direito simples ou comum de uso de bem público não envolve o direito real, pelo que não põe em risco o bem público, que é o que se visa proteger, com a exigência de autorização legislativa.

2 DESENVOLVIMENTO

O presente capítulo debruça sobre as aplicações, diferenças, regramentos e decisões judiciais a respeito da Concessão de Uso Comum e o Direito Real de Uso.

Tem se afirmado que a obrigatoriedade de lei autorizativa decorre da interpretação do art. 175, caput, da Constituição (BRASIL, 1988), no sentido de que a expressão “na forma da lei” significa exigência de autorização legislativa prévia, ao anunciar que “incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos».

No entanto, a expressão lei, principalmente a constitucional, não pode ser interpretada de forma ampliativa, sendo seus termos adequados aos limites do que ali se expôs. Quisesse, ali, a Constituição (BRASIL, 1988) exigir lei autorizativa, assim o diria. “na forma da lei” significa que a prestação de serviços públicos, seja direto, seja por concessão ou permissão, deve ser orientada por lei que sobre o tema disponha, quanto ao modo, meios, requisitos e exigências, a serem expostas em lei, bem como a sua abrangência. Não significa que é exigida lei autorizativa para toda e qualquer concessão ou permissão, pois tal exigência não decorre dos termos expressos do referido artigo e nem ali é citada.

O que a Constituição da República exige é que a concessão ou permissão a terceiros, ou a prestação direta, pela Administração Pública, de obras ou serviços públicos, sejam feitas na forma que a lei o exigir.

Assim, a interpretação jurídica mais consentânea com a Constituição é no sentido da não necessidade de lei autorizativa para a delegação de serviços públicos em bem público e da impossibilidade jurídica do estabelecimento dessa obrigatoriedade, que não decorre expressamente desse artigo.

Para alguns, porém, a necessidade de lei autorizativa para a prestação de serviços públicos, por meio da delegação contratual, a prestadores de serviços privados, decorreria do princípio da legalidade.

Ocorre que a expressão “na forma da lei”, prevista no referido dispositivo constitucional, é entendida, na realidade – e acertadamente – como a exigência de uma disciplina normativa geral e abstrata, imposta por meio de lei formal, que disponha sobre a prestação de serviços públicos pelo poder público – seja de forma direta ou indiretamente, tratando-se de exigência de lei que disponha sobre a forma de delegação, concessão ou permissão, para preservar a licitude do processo. A Constituição não prevê, em nenhum dispositivo, a obrigatoriedade de lei autorizativa para toda e qualquer tipo de delegação a terceiros de prestação de serviços públicos, não se podendo presumir o que nela não é expresso.

Aqui se parte, portanto, do princípio de inexistência de lei que exija autorização legislativa para a Concessão, pela Administração Pública, de uso de bem público para a consecução de serviços públicos, a não ser quando expressamente prevista constitucionalmente essa autorização, como ocorre na delegação de direito real de uso.

Para muitos, a obrigatoriedade de autorização legislativa para a delegação de serviços público decorreria do princípio constitucional de se tratar de atividade peculiar do Estado e a ele devida. Realmente, sabe-se que a prestação de um serviço público é uma atividade peculiar de Estado, decorrendo das obrigações que lhe são impostas, sobretudo, pelos incisos I a IV do Art. 3º da CR/88, que prevê que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988).

No entanto, a própria Constituição (BRASIL, 1988), quando exige lei autorizativa para determinada atividade ou para a delegação pelo Poder Público, o diz expressamente, razão pela qual não é ela exigida em outros casos, senão os nela expressos.

Exemplo se tem no art. 16 da CR/88, que exige lei para alteração do processo eleitoral, Art. 165, que exige Leis de iniciativa do Poder Executivo para estabelecer o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais, e o art. 167, I, que veda o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual (BRASIL, 1988).

Parte-se, assim, mediante a mais legítima interpretação da Constituição da República de 1988 – CR/88, que a exigência de lei autorizativa deve sempre decorrer da disposição constitucional, não se exigindo lei autorizativa nela não expressamente exigida. É que a Constituição, quando exige lei au-

torizativa, assim o diz expressamente, como no art. 37, XIX, que exige autorização por lei específica para a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de Fundação e em seu inciso XX, que exige autorização legislativa para a criação de subsidiárias das entidades mencionadas bem como sua participação em empresa privada (BRASIL, 1988).

Essa interpretação é reforçada pelo art. 37 da CR/88 (BRASIL, 1988), que em seu inciso XXI, ressaltando os casos especificados na legislação, dispõe que as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento. Ao final desse dispositivo, expressa de forma clara que as obrigações de pagamento serão “*mantidas*” consoante “*as condições efetivas da proposta, nos termos da lei*”, ali exigindo que seja obedecida a lei que estabelecer sobre tais condições e determinando que somente se permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica que sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Como se vê, a exigência de lei aí se refere às condições efetivas da proposta, que estão previstas nas leis de licitação.

Ultrapassada fica, assim, a orientação de que a obrigatoriedade de autorização legislativa para a delegação de serviços público com o uso de bem público decorreria meramente de princípio constitucional, por se tratar de atividade peculiar do Estado.

Dizem, ainda, alguns, embora poucos, que deve ser exigida lei autorizativa por simetria ao art. 37, da Lei n.º 8987/95 (BRASIL, 1995a), que conceitua a encampação como modo de extinção dos contratos de concessão pelo Poder Público, definindo-a como a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, o que se faz, nos termos daquela lei, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização.

No entanto, em Direito Público, a interpretação deve ser estrita, não podendo ser extensiva ou ampliativa. O art. 22 da Lei [9.784/99](#), que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, dispõe que “Os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir” (BRASIL, 1999). *Não se admite extensão por simetria, nem a maximização na interpretação pelo exegeta.*

Não se pode ver, portanto, a possibilidade de estender a necessidade de lei autorizativa exigida para a encampação, que extingue o contrato, para a sua constituição, a um porque a lei assim não estabelece, apenas se dirigindo à encampação, em virtude de suas consequências e para estabelecer a segurança jurídica dos atos públicos e, a dois, porque em nenhum momento, quando fala da instituição de contrato ou constituição de serviço público através de licitação, ou delegação de serviços público, nem a lei nem a Constituição (BRASIL, 1988) faz tal exigência.

Ou seja, o fato de lei exigir autorização legislativa apenas para a encampação de serviço público demonstra precisamente que apenas para a retomada da concessão se exigiu a autorização legislativa, sendo dispensada para a sua delegação ou constituição. É que a retomada constitui exceção, que pode quebrar a relação de confiança e segurança que o Poder Público deve assegurar.

Essa conclusão decorre, até, não só da exegese que norteia o tema legislante, como da própria lógica político-jurídica, tendo conotação inclusive social, para resguardar o particular de boa-fé que assumiu o serviço público através de concessão, evitando-se que interesses políticos escusos venham, posteriormente à contratação, retirar do concessionário a concessão para entregá-la a terceiro ou, mesmo, para extinguir uma concessão por perseguição política ou, mesmo, sem motivos determinantes legítimos. Na lição sempre atual de Carlos Maximiliano (2011, p. 182): “As disposições não preceptivas – apenas indicativas, reguladoras, organizadoras, embora de ordem pública, admitem exegese extensiva”

É pacífico entre os exegetas que se dedicam ao Direito Público que que não se aplica a simetria na exegese de textos constitucionais, que merece atenção especial, mormente quanto às disposições imperativas, até porque cada ramo de direito merece uma forma de interpretação específica. Em especial o Direito Público, que em geral contém regras que encerram verdadeiros preceitos e impõem obrigações e sequer admite a simetria com outro ramo de direito. Assim, as disposições de Direito Público, que são imperativas ou obrigatórias, não se interpretam do mesmo modo que as de Direito Privado e nem se submetem à exegese extensiva, devendo ser lidas em seu conteúdo específico, aplicando-se apenas ao que no texto é estipulado de forma direta e clara, sem que possa suscitar dúvidas. Nos contratos públicos, por consequência, do mesmo modo não se submetem às mesmas regras atinentes aos contratos privados, o que leva a uma exegese própria, adequada e especial.

Portanto, em Direito Público a hermenêutica deve ser estrita e nunca extensiva. Caso haja omissão, obscuridade ou o texto comporte dúvidas, deve ser observada a finalidade da lei ou do contesto em que se insere, podendo se socorrer dos fatores políticos em seu sentido social ou institucional, visando, sempre, atender à eficácia de suas disposições, sem incorrer em confronto com o seu sentido teleológico ou dificultar a sua efetividade e os fins a que se destina.

É regra conhecida e consagrada nos meios jurídicos que a exegese nessa área não deve modificar nem dar nuances diversas a disposições que sejam claras. Segue-se a máxima: Disposições claras não comportam interpretação. O que é claro não se interpreta, aplica-se na sua clareza, sem estender a outros entes ali não expressos ou a situações ali não inseridas de forma clara, e

sem reduzir a sua eficácia. Sequer a vontade do legislador, muito utilizada na interpretação autêntica, deve ser inquirida, se ali não estiver clara, até porque esse elemento que norteou o legislador muda de acordo com o tempo, com a política e com a evolução cultural, social e econômica.

Carlos Maximiliano, assim, traz em suas lições essas conclusões, que nos servem de norte:

O Direito Constitucional, o Administrativo e o Processual oferecem margem para todos os métodos, recursos e efeitos da Hermenêutica. As leis especiais limitadoras da liberdade, e do domínio sobre as coisas, isto é, as de impostos, higiene, polícia e segurança, e as punitivas bem como as disposições de Direito Privado, porém de ordem pública e imperativas ou proibitivas, interpretam-se estritamente (MAXIMILIANO, 2011, p. 182).

O Direito Constitucional apoia-se no elemento político, essencialmente instável, a esta particularidade atende, com especial e constante cuidado, o exegeta. Naquele departamento da ciência de Papiniano preponderam os valores jurídico-sociais. Devem as instituições ser entendidas e postas em função de modo que correspondam às necessidades políticas, às tendências gerais da nacionalidade, à coordenação dos anelos elevados e justas aspirações do povo (MAXIMILIANO, 2011, p. 248).

Efetivamente, a Constituição de um país, pela sua própria natureza e em virtude do objetivo colimado, é redigida de modo sintético e em termos gerais. Por isso, quando desce a hipóteses especiais e casuísticas, não se aplica além daqueles casos, pois ali já exceptuou o que pretendia exceptuar. Assim, uma exigência de um requisito para uma determinada hipótese, apenas a ela se aplica, não comportando exegese ampliativa, nem mesmo por critério de simetria, como já enunciava Maximiliano (2011, p. 254).

Só as leis podem criar obrigações, porque só através das leis (no sentido formal) surge a obrigação de fazer ou não fazer. Portanto, na ausência de leis proibitivas ou leis equivalentes, emanadas pelo Poder Legislativo, os atos ou ações decretadas pelo poder executivo, tais como leis delegadas e medidas provisórias são permitidas em hipóteses excepcionais.

Note-se que o art. 2º, caput, da Lei nº 9.074 (BRASIL, 1995b), assimilou posição aparentemente favorável à tese de necessidade de autorização legislativa para toda e qualquer concessão, ao prever a necessidade de lei que autorize e fixe os termos de concessão e permissão de serviço público.

Note-se, porém, que essa norma se refere expressamente a obras e serviços públicos, não se dirigindo à concessão de uso de bem público para efetivação de serviços públicos que não são exclusivos do Poder Público, a serem executados por particular. Na saúde, área em que prepondera essa atuação, o Art. 196 da Constituição da República (BRASIL, 1988) dispõe que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e

econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

O artigo Art. 197 da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), por sua vez, dispõe que são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado, excluindo, portanto, a ideia de exclusividade do Poder Público na sua consecução.

Assim, da mesma forma que é prevista constitucionalmente a possibilidade de prestação de serviços de saúde à população por pessoas privadas, conclui-se que a mera utilização de bem público para essa atividade, sem transmissão do domínio, não requer a autorização legislativa, já outorgada pela Constituição (BRASIL, 1988). A forma de regulamentação, fiscalização e controle do uso de bem público, já é prevista em lei.

Outra observação a ser feita, sobre a inexistência de autorização legislativa, é que a obrigatoriedade de aprovação legislativa só pode decorrer diretamente da Constituição, não podendo decorrer originariamente de norma infraconstitucional. A segunda é que esse dispositivo, art. 197 CR/88, se refere apenas à execução de obras e serviços públicos, o que não se aplica à simples concessão ou permissão de uso de bem público para a prestação de relevante serviço público à população, o que apenas traria entraves e atrasos a serviços de relevância e em geral urgentes.

O uso de bem público, que não envolve a transmissão de direito real, não configura, pois, transferência, aquisição ou alienação de bens, nem mesmo contratação de serviços, mas mera aquiescência no uso de bem público, por terceiro, para atividade relevante e necessária, que o Poder Público não pode ou não considera possível ou conveniente realizar por seus próprios órgãos, o que dispensa a autorização legislativa.

No AgInt no AREsp 1362261/RJ (BRASIL, 2020), o Ministro Napoleão Nunes fundamentou que é saudável, positiva, lícita e desejável toda atividade que aperfeiçoa o funcionamento interno dos entes federados, não se confundindo com os serviços públicos que cada um deles presta e não configura aquisição ou alienação de bens e contratação de serviços, inexistindo danos ao erário, ao contrário, existindo só benefício.

No caso de serviços na área da saúde, ainda mais se avulta esse entendimento, por se tratar de relevante prestação de serviços ao público (e não ao órgão público) e, mais, por se tratar de questão que envolve o controle e a cura de doenças, em que se deve tomar todas as medidas possíveis para propiciar a sua maior abrangência aos municípios, em face da reconhecida ineficácia do Poder Estatal, o que deve levar à maior facilitação àquele que deseja assumir tal ônus, em vez de prejudicá-lo ou impor-lhe restrições desnecessárias, que só emperram o serviço público.

Resta, ademais, a constatação de que, para a concessão de direito real de uso, a própria Constituição exige a autorização legislativa (BRASIL, 1988), por envolver precisamente o Direito real, mormente o domínio, que se dá com a relação de poder do sujeito ativo diretamente sobre a coisa.

Há que se distinguir, para este estudo, a diferença entre Concessão de Uso Administrativo e Concessão de Direito Real de Uso, para fins de exigência ou não de autorização legislativa.

Cumpra salientar que a Concessão de uso é gênero, que se subdivide em duas espécies: a) Concessão de Uso Administrativo e; b) Concessão de Direito real de Uso. Passa-se a fazer a distinção entre esses dois institutos.

A concessão de Uso Administrativo é uma espécie de Contrato Administrativo, que é submetido ao regramento de Direito Público, firmado pela Administração Pública Direta ou Indireta com um particular, destinado à utilização privada de bem público. Com a pandemia, constatou-se sobretudo a sua utilidade, sendo muito utilizada para possibilitar a assistência na área hospitalar.

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 175, caput (BRASIL, 1988), não estabelece autorização legislativa para a espécie, mas simplesmente observa que a concessão deve ser feita “na forma da lei” – sendo disciplinada, dessa forma, pela lei das licitações (BRASIL, 1993). Não se prevê, na normativa licitatória (BRASIL, 1993), a exigência de autorização legislativa para a concessão, mas, apenas que haja a licitação.

A exemplo da Constituição, a Lei de Concessões (BRASIL, 1995b) em nenhum momento exige a autorização legislativa. Apenas no seu art. 17 estabelece que considerar-se-á desclassificada a proposta que, para sua viabilização, necessite de vantagens ou subsídios que não estejam previamente autorizados em lei e à disposição de todos os concorrentes, o que não influi ao caso (BRASIL, 1995b). É que não se trata, nesta normativa, de autorização para o uso de bem público, mas para vantagens e subsídios públicos que sejam colocados à disposição dos concorrentes.

A expressão “na forma da lei”, constante desse dispositivo, tem sido entendida como a necessidade daquela normativa que não precisa ser concreta, mas formal, geral e abstrata, que disponha sobre a modalidade de prestação de serviços públicos pelo poder público e sua outorga a terceiro – a qual poderá ser executada direta ou indiretamente. Essa forma de lei tem sido interpretada como a antiga, mas ainda vigente, Lei de Licitações (BRASIL, 1993), que não é exclusiva, podendo haver outras nesse sentido, mas que atendam à exigência.

Esse entendimento é reforçado pelo art. 7º, inc. I, da Lei de Parceria Público Privado (BRASIL, 2004), Lei nº 13.334 (BRASIL, 2016), onde se estabelece que cabe ao Presidente da República, na condição de chefe do Poder Executivo, deliberar quanto às matérias previstas no art. 4º da referida lei.

O Art. 13 da Lei do PPI (BRASIL, 2004) também foi taxativo ao dispensar na licitação e celebração de parcerias dos empreendimentos públicos do PPI (Programa de Parcerias de Investimentos) qualquer exigência de lei autorizativa geral ou específica.

Ademais, a Lei nº 11.079, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública, estabelece, em seu art. 10, 3º, que apenas “As concessões patrocinadas em que mais de 70% (setenta por cento) da remuneração do parceiro privado for paga pela Administração Pública dependerão de autorização legislativa específica” (BRASIL, 2004). Esse artigo apenas se aplica às concessões patrocinadas e não se aplicam às concessões de direito de uso de bem público, que não envolva transferência de direito real nem o referido patrocínio.

A Constituição não diferencia quando a utilização por terceiro for predominantemente pública. Parte da doutrina, minoritária, entende que, em razão do Art. 49, XVII da CR/88 (BRASIL, 1988), a aprovação legislativa só é exigida em terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares (leia-se aprovação e não autorização).

Contudo, a antiga Lei de Licitações, no Art. 17 (BRASIL, 1993), e a Nova Lei de Licitações no Art. 76 (BRASIL, 2021), deixaram clara a necessidade de autorização legislativa e licitação apenas para: alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação e permissão de uso de bens imóveis. Não se fala, aí, em concessão nem em uso de bem público para fins de utilidade pública, mas apenas em permissão de direito real de uso, para a exigência de autorização legislativa.

A Lei nº 8.987, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), e dá outras providências, em seu art. 14 (BRASIL, 1995a) também não coloca a exigência de autorização legislativa como requisito obrigatório.

A expressão “na forma da lei”, “nos termos da legislação própria” e, mesmo, a previsão de que “A lei disporá sobre...” foi atendida com o advento da lei (BRASIL, 1995b), que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) e leis de cunho geral e abstrato que regem a licitação pública.

Neste sentido o Parecer nº 00014/2015/DEPCONSU/PGF/AGU (ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO, 2015), que destaca as características da concessão de uso e a diferença com o direito real de uso.

A concessão de direito real de uso, portanto, é uma espécie qualificada de concessão de uso de bem público, diferindo da simples concessão de uso administrativo, que não inclua o direito real de uso.

Deste modo, a Concessão de Uso é utilizada quando a atividade de interesse público a ser prestada pelo Cessionário for mais onerosa ou de menor

eficácia para a concedente, o que exige, por sua natureza, previsibilidade temporal para investimentos e utilização integral do bem. O cessionário deve observar na concessão de uso a destinação do bem, não podendo alterar as características do bem, nem modificar a finalidade para outra utilização.

A cessão de Uso Administrativo será gratuita quando o cessionário for ente da Administração Pública, modalidade de Dispensa de Licitação, nos termos do Art. 17, I, alínea b e §2 da Lei 8666/93 (BRASIL, 1993). Em geral, as despesas com a prestação dos serviços correm por conta do licitante e dos subsídios e subvenções que recebe, como os advindos de programas do Sistema Único de Saúde (SUS).

A Concessão de Uso Administrativo é a modalidade em que a Administração Pública faculta ao particular a utilização privativa de bem público, para que o exerça conforme a destinação previamente estabelecida.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG), através de seu órgão Especial, em Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 1.0000.18.035158-7/000, já firmou que a concessão de serviços públicos é atividade tipicamente administrativa, sendo que a norma que a condiciona à necessidade de autorização legislativa ofende o princípio constitucional da separação harmônica entre os poderes, visto que permite ao Legislativo imiscuir-se sem fundamento legal na função do Poder Executivo municipal (MINAS GERAIS, 2020).

Em diversos outros relevantes precedentes sobre a questão, o Órgão Especial do TJMG considerou inconstitucional, à unanimidade, norma de lei orgânica municipal que condicionava a concessão de serviços públicos à autorização legislativa, vide nº 1.0000.18.122405-6/000 (MINAS GERAIS, 2020), 1.0000.17.071535-3-000 (MINAS GERAIS, 2018), 1.0000.15.101470-1/000 (MINAS GERAIS, 2017), 1.0000.06.440339-7/000 (MINAS GERAIS, 2008), 1.0000.06.438564-4/000 (MINAS GERAIS, 2007), 1.0000.00.193483-5/000 (MINAS GERAIS, 2001), 1.0000.18.122405-6/000 (MINAS GERAIS, 2019).

Nesse último acórdão, por exemplo, constou que:

Nos termos da Súmula n.º 18 do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, é inconstitucional a lei municipal que prevê necessidade de autorização legislativa para a celebração de contrato de concessão ou outorga de permissão de serviço público pelo Poder Executivo Municipal, por configurar ingerência na gestão administrativa dos contratos, ferimento do princípio da separação dos poderes e invasão da reserva da administração (MINAS GERAIS, 2019, s.n)

É do voto do eminente relator:

Entretanto, ao afirmar que a concessão ou a permissão de serviço público dependerá de autorização legislativa acaba por avocar para si decisão afeta à competência do Poder Executivo Municipal, em infringência ao princípio da separação de Poderes - como já decidiu o Col. Supremo Tribunal Federal na ADI n.º 165/97 -, também tangenciado pela Lei objurgada ao invadir a chamada reserva da administração, na medida em que os contratos de concessão são atos tipicamente administrativos cujo conteúdo, ainda que com observância das normas sobre concessão, licitação e o princípio da legalidade, é definido pelo Poder Executivo sob a sua ótica de conveniência e oportunidade.

Assim, iniciativas legislativas do Poder Legislativo que condicionam diretamente os contratos de concessão e as permissões de serviço público municipal ou afetam seu equilíbrio econômico-financeiro invadem atribuições típicas do Poder Executivo, incluídas na chamada reserva da administração, em ferimento ao art. 173, § 1º, da CEMG, “in verbis” (MINAS GERAIS, 2019, s.n)

No âmbito municipal, efetivamente, há, súmula a respeito, no Tribunal de Justiça de Minas Gerais: Enunciado 18: É inconstitucional lei municipal que exige prévia autorização legislativa para a celebração de convênios e contratos, pelo Poder Executivo (MINAS GERAIS, 2006).

Cabe registrar, para não incorrer em omissão, que o julgamento da ADI 331/PB, no Supremo Tribunal Federal, pelo Min. Gilmar Mendes (BRASIL, 2014), é no sentido de ser constitucional o normativo similar ao de aqui se trata, em Lei Orgânica Municipal. Contudo, a matéria discutida no referido precedente do E. Supremo Tribunal Federal trata de hipótese diferente, qual seja, a de autorização de convênios e consórcios, sendo diverso do uso de bem público aqui tratada. Note-se, ainda, que o precedente trata de convênios e consórcios que possam gerar encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio estadual. O cerne da questão é essa: o intuito de evitar lesão ao erário pi ao patrimônio público.

E, mais, correta a exegese de que apenas quando se trate de alienação é necessária autorização legislativa, nos termos da ADI nº 234 (BRASIL, 1997). No resto, só se admite a exigência de autorização legislativa para a atividade administrativa do Executivo quando a Constituição (BRASIL, 1988) assim o exige expressamente. Quando a Constituição o quer, o diz destacadamente, nos casos especiais. Em outros casos, assim também tem sido decidido pelo STF, como por exemplo, a ADI nº 4272 (BRASIL, 2019).

Ou seja, conforme precedentes judiciais, é inconstitucional a exigência de autorização legislativa na concessão de serviços públicos com o uso administrativo de bem público, não podendo haver exigência de autorização legislativa que limite o Executivo em seu juízo administrativo e discricionário, sobre a conveniência de conceder serviços públicos a particulares, por meio de contrato administrativo precedido do devido certame licitatório.

Mediante as mais puras regras de hermenêutica de Direito Público, portanto, não se pode, pois, interpretar a Constituição ou a norma infra-constitucional sobre a Concessão de Direito Real de Uso para possibilitar a sua aplicação a uma concessão comum ou que atinja apenas o Direito de uso em prol da sociedade ou de prestação de serviços públicos, que não inclua a transferência de direito real.

Como se vê, a concessão do serviço público e, também, a de uso administrativo de bem público, é atribuição do Poder Executivo, tratando-se de matéria de competência, inclusive legislativa, privativa do Chefe do Poder Executivo, porque a delegação de serviço público, por meio de concessão ou permissão, é ato próprio do Poder Executivo, que onera e afeta diretamente a gestão dos contratos administrativos firmados entre o ente público concedente a suas concessionárias, sendo portanto de responsabilidade do chefe do Executivo, pelo que, sendo ato de concessão uma decisão do Poder Executivo, que envolve eficiência e, até, responsabilidade fiscal, não pode se sujeitar à autorização específica do Poder Legislativo.

Diferente do uso administrativo é a concessão de Direito Real de Uso, que é uma espécie de Contrato Administrativo, submetido ao regramento de Direito Público, firmado pela Administração Pública Direta ou Indireta, que confere ao particular o direito real resolúvel de uso de terreno público, estando regulado pelo Decreto-lei nº 271/67 (BRASIL, 1967). A RESOLUÇÃO Nº 102, DE 30 DE JUNHO DE 2021, define a Concessão de Direito Real de Uso no Art. 1, VIII : “Consiste em contrato administrativo por meio do qual é conferido o direito real de uso resolúvel de lote para fins de aproveitamento econômico, observadas as disposições dos artigos 7º do Decreto-Lei nº 271/1967 e dos artigos 1.225, XII, e 1.473, IX, do Código Civil” (BRASIL, 2021)

Neste sentido, a própria dicção do texto, Decreto-lei nº 271/67, deixa evidente que o direito real tem como condição para sua aplicação a existência de terreno não edificado:

Art. 7º É instituída a concessão de uso de **terrenos públicos ou particulares** remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como **direito real resolúvel**, para **fins específicos** de regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social em áreas urbanas. [...]

§ 2º Desde a inscrição da concessão de uso, o concessionário fruirá **plenamente do terreno** para os fins estabelecidos no contrato e responderá por todos os encargos civis, administrativos e tributários que venham a incidir sobre o imóvel e suas rendas.

§ 3º Resolve-se a concessão antes de seu termo, desde que o concessionário dê ao imóvel destinação diversa da estabelecida no contrato ou termo, ou descumpra cláusula resolutória do ajuste, perdendo, neste caso, as benfeitorias de qualquer natureza (BRASIL, 1967).

O Código Civil de 2002, define nos Artigos 1359 e 1360 a propriedade resolúvel (BRASIL, 2002). Contudo, a doutrina, de forma mais didática, define Propriedade Resolúvel como condicionada ou limitada:

Como vimos, a situação da propriedade é, em princípio, perpétua. Em outras palavras, só termina se o dono desejar, quando poderá alienar a coisa, abandoná-la, renunciar ao direito etc. Morrendo o dono, o direito se transmite imediatamente a seus herdeiros. Existe, entretanto, a possibilidade de a propriedade sofrer limitação no tempo, seja desde o momento em que se constitua, seja por fato posterior e estranho ao título constitutivo. Essas duas possibilidades acham-se previstas nos arts. 1.359 e 1.360 do CC. É a chamada propriedade resolúvel (propriedade que sofra limitação no tempo, seja desde sua constituição, seja por fato posterior). (...) Implementando-se a condição ou advindo o termo, resolve-se o domínio (FIUZA, 2019, p.1088).

Sobre o direito real de uso assim ensina Venosa (2013, p. 504): “Trata-se, portanto, de modalidade de usufruto de menor âmbito (...) Enquanto o usufrutuário tem o *ius utendi et fruendi*, o usuário tem apenas o *ius utendi*, ou seja, o simples direito de usar da coisa alheia.”

Do mesmo modo, o professor Carlos Roberto Gonçalves, assim conceitua o direito de uso simples (não se referindo à concessão de serviço público), distinguindo-o do direito real:

O uso é considerado um usufruto restrito, porque ostenta as mesmas características de direito real, temporário e resultante do desmembramento da propriedade, distinguindo-se, entretanto, pelo fato de o usufrutuário auferir o uso e a fruição da coisa, enquanto ao usuário não é concedida senão a utilização restrita aos limites das necessidades suas e de sua família (GONÇALVES, 2012, p. 352).

Em todos os sentidos o Direito Real de Uso de bem público difere da Concessão de simples Uso de bem público, pelo seu caráter resolúvel e vinculado a um terreno pré-definido com finalidades específicas (regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social em áreas urbanas).

Em análise do texto legal, observa-se que a maior parte das hipóteses que permite o direito real de uso encontra-se em áreas rurais ou próximo destas e de comunidades tradicionais, sendo que em apenas duas hipóteses

(interesse social e industrialização) são excepcionadas em áreas urbanas. Outro ponto interessante é que o direito real de uso está vinculado à autorização das forças armadas, em seus territórios, ou da presidência da república, nos demais casos, como define o art. 7, § 5º da Lei (BRASIL, 1967).

Neste ponto, a doutrina traz importantes ponderações:

d) Concessão de direito real de uso - Essa figura foi criada no ordenamento brasileiro pelo Dec.-lei 271/67, arts. 7.º e 8.º. Durante muito tempo pouco se cogitou a respeito; em anos recentes, no entanto, passou a ser objeto de atenção e a ser invocada no tema da moradia da população de baixa renda. Segundo o art. 7.º do referido texto, a concessão de direito real de uso, remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, incide sobre terrenos públicos, como direito real resolúvel. Seus fins são específicos, aí indicados: urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra ou outra utilização de interesse social. O art. 17, § 2.º, da Lei 8.666/93 prevê a possibilidade de concessão de direito real de uso de bens públicos imóveis, dispensada a licitação, quando o uso se destina a outro órgão ou entidade da Administração Pública (MEDAUAR, 2006, p. 246).

Um dos benefícios do Direito Real de Uso é que se trata de um direito protegido por direito real, sendo oponível *erga omnes* (para todos), transformando a obrigação como real (da coisa para com o sujeito), o que facilita o detentor de conseguir mais crédito que o titular do direito pessoal (concessão comum) porque pode oferecer o seu próprio direito real em garantia de pagamento de empréstimo.

Ou seja, o Direito Real de uso de bem público é mais amplo que o Direito de Uso Administrativo, sendo este limitado quanto à sua abrangência. Por ser um direito real, o direito real de uso é averbado na matrícula do imóvel, subordinando-se aos princípios do direito civil (prescrição) e direito público (licitação), em uma obrigação real híbrida (*bligatio in rem scriptae ou propter rem*). O caráter resolúvel terá aplicação em duas hipóteses: concessionário desvirtuar a destinação contratualmente estabelecida ou descumprir cláusula resolutória do ajuste, o que atrairia a reversão do bem para o ente concedente.

Enfim, a Concessão de Direito Real de Uso (CDRU) foi introduzida no âmbito civil pela Lei 11.481/2007 (BRASIL, 2007), ao introduzir o inciso XII ao rol de Direitos Reais previsto no Código Civil em seu art. 1225 (BRASIL, 2002), embora já existente na área de Direito Público. Este novo direito real versa sobre a concessão de direito real de uso.

A Concessão de Direito Real de Uso (CDRU), de modo específico, como instituto do âmbito do direito administrativo, foi criado pelo Decreto -Lei Nº 271/1967 (BRASIL, 1967), que estabelece que a CDRU pode ser determinada ou indeterminada (Art. 7º), contudo a Lei de Licitações – Lei 8666/93, no Art. 57, §3 (BRASIL, 1993), veda a celebração de contratos administrativos indeterminados. Contudo, a *praxe*, é o contrato administrativo

de direito real de uso por tempo determinado, evitando questionamentos judiciais e administrativos.

Outro ponto é que o Direito Real de Uso obriga o cessionário a utilizar o bem, que, por ser propriedade resolúvel, poderá retornar à administração na hipótese de descumprimento da finalidade de concessão. A distinção se dá em razão do interesse social da destinação do loteamento ao particular.

Apesar do Decreto-lei nº 271/67 (BRASIL, 1967) estabelecer, no Art. 7º, §3, que o cessionário responderá pelos tributos inerentes ao bem, esta regra tem sido relativizada pela jurisprudência do C. STJ e STF (Tema 437), conforme se observa no REsp n. 1.091.198/PR (BRASIL, 2019).

Interessante ainda é que, inexistindo Lei local, não é possível tributar com ITCMD (Imposto de transmissão causa mortis e doação) o Contrato Administrativo de Direito Real de Uso, pois é diferente da doação, conforme decidido no AgInt no REsp n. 1.576.169/DF (BRASIL, 2016). Em outro caso, o C. STJ entendeu ser ilegal a concessão de direito real de uso a associação sem fins lucrativos, por não se encontrar nos objetivos descritos no Decreto-lei nº 271/67 (BRASIL, 1967), em caso em que inexistia autorização legal e, ainda que houvesse, seria necessária a licitação, vide REsp n. 1.435.594/MA (BRASIL, 2015).

O C.STJ, no REsp n. 1.169.109/DF (BRASIL, 2010) também estabeleceu que, em se tratando de concessão de direito real de uso e desde que previamente previsto em contrato, não serão indenizadas as construções e benfeitorias realizadas no imóvel, mais uma vez fazendo distinção.

Outro diferencial é que a Concessão de Direito Real de Uso pode abarcar o espaço aéreo que o recobre, conforme previsão do Art. 8 do Decreto-lei nº 271/67 (BRASIL, 1967), o que é inviável em outras espécies de concessão.

O art. 1.225, XII, do Código Civil (BRASIL, 2002), assim, hoje elenca a Concessão de Direito Real de Uso (CDRU) entre as espécies de direitos reais, o que estabelece uma formalidade e um conceito que excedem o mero uso do bem. E, ainda, o Código Civil, no art. 1473, IX prevê que a CDRU pode ser objeto de hipoteca, sob a condição de que seja limitada ao prazo fixado para duração da concessão (art. 1473, § 2º, CC). A mesma Lei nº 11.481/2007 (BRASIL, 2007), incluiu no art. 22 da Lei 9.514/1997 (BRASIL, 1997), que o direito real de uso pode ser objeto de alienação fiduciária, limitada esta ao tempo de duração da concessão. De todo modo, havendo vedação no edital licitatório ou no contrato, não poderá ser oferecido o direito real de uso como garantia comercial.

Como se vê, o direito real de uso tem limites e conceitos normativos próprios, que o distinguem do mero direito de uso. É que a Concessão de Direito Real de Uso tem finalidades específicas, em que o concessionário possui uma garantia real do bem a fim de utilizá-lo para as finalidades determinadas

pela Administração Pública, sob pena de se resolver e o bem retornar ao Poder Concedente.

Em suma, estas as principais diferenças, no uso de bem público por terceiro, entre a Concessão de Uso Administrativo e a Concessão de Direito Real de Uso:

	Concessão de Uso Administrativo	Concessão de Direito Real de Uso
Natureza	Pessoal	Real
Inclui Espaço Aéreo	Não	Sim
Tipo de Terreno	Urbano ou Rural, regra geral edificado	Predominantemente terreno sem edificação
Necessidade de autorização legislativa	Em regra, não.	Sim, por incluir o direito real.
Finalidade	Interesse Público, mormente como meio de eficiência na implementação de políticas públicas de serviços públicos	Fins específicos descritos no Art. 7 do Decreto-lei nº 271/67
Concessionário pode oferecer a Concessão como Garantia	Não	Sim, se não vedado no edital ou lei
Exige Licitação	Regra geral, sim	Sim, com exceções, Vide Art. 17, I, alíneas “f”, “g”, “h”, “i” e §2, II da Lei 8666/93.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo conclui-se pela necessária autorização legislativa para Concessão do Direito Real de Uso e a desnecessidade para Concessão de Uso Comum Administrativo

Pelo exposto, conclui-se que a autorização legislativa é necessária para a alienação ou para a Concessão de Direito Real de Uso de bem público, não o sendo para a Concessão de Uso Administrativo que não inclua o Direito Real.

Não há a exigência, em nossa Constituição Federal (BRASIL, 1993), nem na Lei de Licitações (BRASIL, 1993), nem na de Concessões (BRASIL, 1995b), de lei autorizativa para que o Poder Executivo conceda a particular ou a entidades beneficentes a realização de serviços públicos com o uso de bem público.

O estabelecimento de exigência de lei autorizativa para a concessão comum de uso de bem público por legislação de qualquer ente federativo seria considerada inconstitucional, pois a Constituição Federal (BRASIL, 1988), nos casos que assim o exigiu, o declarou expressamente, fazendo exceção ao princípio da separação dos poderes.

A separação dos Poderes constitui cláusula pétrea na Constituição da República (BRASIL, 1988), não podendo ser objeto de lei infraconstitucional norma que a afronte.

Considerar necessária uma lei autorizativa para a prestação indireta de serviços públicos ou para a concessão de serviços públicos a terceiros, a serem realizados em imóvel público, significaria, para todo e qualquer efeito, a configuração e o reconhecimento de uma impossível ascendência hierárquica do Poder Legislativo sobre o Poder Executivo em matéria de prestação de serviços públicos, o que, por óbvio, não condiz com os princípios básicos da Constituição da República (BRASIL, 1988), mormente com o princípio da separação dos poderes, que obsta a ingerência de um sobre o outro.

Por fim, conclui-se que a limitação da Administração Pública no exercício da Concessão estabelece o caráter de Concessão Comum e não possibilita a interpretação de que seja um Direito Real de Uso, mantendo, *in totum*, as regras da Concessão Comum, dispensando a espécie a autorização legislativa.

REFERÊNCIAS

- ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO (BRASIL). **PARECER n. 00014/2015/DEPCONSU/PGF/AGU**. Brasília, 2015. Disponível em: <https://edisiplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=2201299>. Acesso em: 12 ago. 2023.
- BRASIL (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2010). **REsp n. 1.169.109/DF**. Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 22/6/2010, DJe de 1/7/2010.
- BRASIL (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2015). **REsp n. 1.435.594/MA**. Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 27/10/2015, DJe de 11/11/2015.
- BRASIL (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2016). **AgInt no REsp n. 1.576.169/DF**. Relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 15/9/2016, DJe de 24/10/2016.
- BRASIL (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2019). **REsp n. 1.091.198/PR**. Relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 6/8/2019, DJe de 12/8/2019.

- BRASIL (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2020). **AgInt no AREsp 1362261/RJ**. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, Julgamento em 17/11/2020. Publicação DJE 30/11/2020.
- BRASIL (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1997). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 234/RJ**. Relator Ministro Néri da Silveira. Julgado em 04/10/1995, Publicado DJ 09/05/1997.
- BRASIL (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2014). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 331/PB**. Relator Ministro Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 03/04/2014. Publicado DJE 02/05/2014.
- BRASIL (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4272/MA**. Relator Ministro Luiz Fux, Julgado em 30/08/2019, Publicado DJE 16/09/2019.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 ago. 2023.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 271, de 28 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre loteamento urbano, responsabilidade do Ioteador concessão de uso e espaço aéreo e dá outras providências. Brasília, 1967.
- BRASIL. **Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, 2002.
- BRASIL. **Lei nº 13334, de 13 de setembro de 2016**. Cria o Programa de Parcerias de Investimentos - PPI; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, e dá outras providências. Brasília, 2016.
- BRASIL. **Lei nº 9074, de 7 de julho de 1995**. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Brasília, 1995b.
- BRASIL. **Lei nº 9784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, 1999.
- BRASIL. **SUPERINTENDENTE DA SUPERINTENDÊNCIA DA ZONA FRANCA DE MANAUS. RESOLUÇÃO Nº 102, DE 30 DE JUNHO DE 2021**. Dispõe sobre a caracterização, destinação e a utilização dos lotes de propriedade da Superintendenciada Zona Franca de Manaus - SUFRAMA, localizados no Distrito Industrial. Manaus, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/suframa/pt-br/aceso-a-informacao/legislacao/Resolucoesde30.06.2021.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2023.
- BRASIL. **Lei nº 11079, de 30 de dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília, 2004.
- BRASIL. **Lei nº 11481, de 31 de maio de 2007**. Dá nova redação a dispositivos das Leis nos 9.636, de 15 de maio de 1998, 8.666, de 21 de junho de 1993, 11.124, de 16 de junho de 2005, 10.406, de 10 de janeiro de 2002

- Código Civil, 9.514, de 20 de novembro de 1997, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973, e dos Decretos-Leis nos 9.760, de 5 de setembro de 1946, 271, de 28 de fevereiro de 1967, 1.876, de 15 de julho de 1981, e 2.398, de 21 de dezembro de 1987; prevê medidas voltadas à regularização fundiária de interesse social em imóveis da União; e dá outras providências. Brasília, 2007.

BRASIL. **Lei nº 14133, de 1 de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, 2021.

BRASIL. **Lei nº 8666, 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, 1993.

BRASIL. **Lei nº 8987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, 1995a.

BRASIL. **Lei nº 9514, de 20 de novembro de 1997**. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Brasília, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. rev. e atual. Coimbra: Imprensa, 1993.

FIUZA, Cezar. **Direito Civil – Curso Completo**. 19. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: D'plácido, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: JusPODIVM, 2021. ISBN 9786558600206.

MINAS GERAIS (TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2001). **Ação Direta Inconstitucionalidade nº 1.0000.00.193483-5/000**. Relator Desembargador Bady Curi, Data de Julgamento: 12/09/2001, Data da publicação da súmula: 28/09/2001.

MINAS GERAIS (TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2006). **Enunciado nº 18**. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/jurisprudencia/consulta-de-jurisprudencia/enunciado-18.htm>. Acesso em: 12 ago. 2023.

MINAS GERAIS (TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2007). **Ação Direta Inconstitucionalidade nº 1.0000.06.438564-4/000**. Relator Desembargador Almeida Melo, Data de Julgamento: 28/02/2007, Data da publicação da súmula: 11/04/2007.

MINAS GERAIS (TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2008). **Ação Direta Inconstitucionalidade nº 1.0000.06.440339-7/000**. Relator Desembargador Célio

César Paduan, Data de Julgamento: 23/01/2008 - Data da publicação da súmula: 28/03/2008.

MINAS GERAIS (TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2017). **Ação Direta Inconstitucionalidade nº 1.0000.15.101470-1/000**. Relator Desembargador Paulo César Dias, Data de Julgamento: 08/11/2017, Data da publicação da súmula: 24/11/2017.

MINAS GERAIS (TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2018). **Ação Direta Inconstitucionalidade nº 1.0000.17.071535-3-000**. Relator Desembargador Alberto Vilas Boas, Data de Julgamento: 11/04/2018, Data da publicação da súmula: 18/04/2018.

MINAS GERAIS (TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2019). **Ação Direta Inconstitucionalidade nº 1.0000.18.122405-6/000**. Relator Desembargador Edgard Penna Amorim, Data de Julgamento: 28/08/2019, Data da publicação da súmula: 03/09/2019.

MINAS GERAIS (TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2020). **Ação Direta Inconstitucionalidade nº 1.0000.18.035158-7/000**. Relatora Desembargadora Márcia Milanez, órgão especial, julgamento em 13/02/2020, publicação da súmula em 19/02/2020.

VASCONCELOS, Clever. **Curso de Direito Constitucional**. 4. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direitos Reais**. 13. Ed. rev. e atual. São Paulo: Athas, 2013.

9

A POLÍTICA JUDICIÁRIA DE TRATAMENTO ADEQUADO DE CONFLITOS DE INTERESSES: A COMPLEXA TRAJETÓRIA DA MEDIAÇÃO DIGITAL NA ÚLTIMA DÉCADA

*Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa Aquino*¹¹¹

*Flávia Thaise Santos Maranhão*¹¹²

*Danielle Flora Costa Borralho*¹¹³

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No presente estudo, cumpre inicialmente destacar que a sociedade contemporânea, diante da globalização, necessitou de formas para dinamizar o tempo para solução de conflitos. Nesse sentido, o acesso à justiça no Brasil sofreu modificações desde a Constituição de 1988, pois foi verificada a carência da promoção de adequações, devido às barreiras econômicas e geográficas, bem como pela falta de informação dos direitos, fatores estes, que impediam um amplo e adequado acesso à justiça no território brasileiro. No

111 Advogada. Docente do Departamento de Direito e da Pós-graduação *latu sensu* em Direito da UFMA. Pós Doutora em Direito na USAL. Mestre e Doutora em Políticas Públicas pela UFMA. Investigadora do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito, da Universidade de Coimbra (PT) e do Grupo de Investigação JusGov, da Faculdade de Direito, da Universidade do Minho (PT). Curriculum Lattes (Disponível em: <<http://lattes.cnpq.br/4731161235240508>>. E-mail: mgcgn@email.iis.com.br

112 Advogada. Docente da Facem/Imec-MA. Pós-graduada em Direito Tributário, Direito Constitucional, Educação Ambiental e Docência do ensino superior. Mestranda em Direito pela Universidade de Marília-UNIMAR. Curriculum Lattes (Disponível em: <<http://lattes.cnpq.br/2233184555383846>>. E-mail: flaviathaise@gmail.com.

113 Advogada. Docente do Instituto Florence de Ensino Superior e IEMA/MA. Pós-Graduada em Direito Processual Civil, Previdenciário e Civil. Mestranda em Direito pela Universidade de Marília - UNIMAR. Curriculum Lattes (Disponível em: <<https://lattes.cnpq.br/7262050604391254>>. E-mail: danielleborralho@gmail.com.

contexto de acessibilidade à justiça, a legislação reconheceu e adotou mecanismos eletrônicos, surgindo o processo eletrônico como meio de acesso virtual à justiça.

À vista desse problema, buscou-se instrumentos que potencializassem o tempo e suas relações, abrindo a mediação, espaço para que as partes tenham maior conforto, rapidez e simplicidade na condução do processo.

Dessa forma, o Sistema de Mediação Digital foi criado através da Resolução CNJ nº 125/2010 para resolução demandas judiciais existentes.

Nesse sentido, a mediação digital foi reconhecida como ferramenta para o cumprimento da a celeridade, a economia de custos e a diminuição de espaços geográficos, com a finalidade de dar acesso à justiça virtual com qualidade.

Na sociedade digital, a Mediação Digital proporcionou aos cidadãos e as empresas, um diálogo para resolução de controvérsias, sem a propositura de ação judicial, ponto primordial, já que a sociedade digital busca celeridade.

Ademais, a mediação desenvolve um ambiente de confiança e diálogo entre os envolvidos a fim de alcançar uma saída consensual. Como modalidades de mediação tem-se a mediação física e a mediação via *internet*, quando assim optarem as partes, *prevista* pela legislação brasileira.

Nessa lógica, a mediação é um meio alternativo de resolução de conflitos, do mesmo modo que a arbitragem e a conciliação, e visa a pacificação social. Auxilia na diminuição do número de demandas que vão para o judiciário, por ser célere. Na modalidade digital, prevista no artigo 46 da Lei de Mediação, Lei nº 13.140/2015, as partes discutem a matéria litigiosa via transações que são realizadas à distância, através da *internet*, possibilitando a discussão.

Para auxiliar na análise, será abordada a Resolução nº125/10 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que trata dos mecanismos de solução de conflitos como forma preventiva de litígios, contribuindo para a construção de política judiciária tendente a dar efetividade ao tratamento adequado dos conflitos, por decorrência da litigiosidade e morosidade da prestação jurisdicional, que tem provocado o congestionamento de processos nos tribunais de nosso país.

Assim, destaca-se como escopo desta pesquisa, a análise dos avanços e dos desafios da política judiciária de tratamento adequado de conflitos de interesses, de modo a identificar no último discurso os principais avanços, vantagens e desvantagens da utilização da mediação digital no âmbito do judiciário brasileiro. Também, de forma específica, visa conceituar a mediação e, em específico, a mediação digital; apresentar a forma de implementação do instituto no contexto nacional; analisar os avanços e os desafios; abordar as vantagens e desvantagens da utilização como método de resolução alternativa de conflitos.

O Poder Judiciário brasileiro, buscou viabilizar e incentivar a utilização das plataformas públicas de mediação e conciliação *on-line*. Contudo, é imperioso o cuidado, quanto à tecnologia, quando se abrange políticas públicas de grande relevância, como o acesso à justiça, no que diz respeito, a acessibilidade diante da virtualização atual, principalmente também diante da trajetória complexa da mediação digital. Muitos são os fatores hoje, que impedem uma maior eficiência na utilização da tecnologia, como a interação social, a atuação no campo econômico, social, político, educacional e outros, e dessa forma, o cuidado com a inclusão, deve ser em sua máxima, caso contrário, aumentar-se-á, muito mais a desigualdade.

2 A MEDIAÇÃO DIGITAL NA POLÍTICA PÚBLICA DE DESJUDICIALIZAÇÃO DE CONFLITOS: UMA BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO

Na década de 2000, especificamente em 2010, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), decididamente, estabeleceu o sistema multiportas através da edição da Resolução nº 125, sob uma perspectiva mais amadurecida acerca da mediação digital, fundada nos pressupostos do direito ao acesso à Justiça, levando o Judiciário a estabelecer política pública de tratamento adequado aos conflitos. Isso foi concretizado com a organização dos serviços em processos judiciais, e ainda com a consolidação de política pública efetiva de incentivo e aperfeiçoamento de instrumentos amigáveis de solução de litígios.

Após a implementação da Res. n. 125/10 do CNJ, uma nova trajetória foi feita para evitar que os processos se prolongassem no judiciário, com o incentivo ao uso de meios consensuais, em especial a implantação dos Centros judiciários de solução de conflitos e cidadania, sendo um longo caminho com auxílio de sujeitos para atingir a desjudicialização dos conflitos com vistas à pacificação social (AQUINO, 2017).

Salienta-se que, após 2015, a mediação digital passou a ser reconhecida como meio de tratar conflitos com fundamento na Resolução n. 125/2010 do CNJ, na Lei 13.140/2015 e no CPC/15, proporcionando o acesso virtual à justiça e o uso da mediação digital como forma de diminuir custos, distâncias e gerar celeridade no tratamento dos conflitos.

Nesse sentido, para amenizar a litigiosidade, diminuindo o número de processos, a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), veio estabelecer diretrizes para estimular o tratamento de conflitos através do consenso entre as partes para o alcance da pacificação social, criando a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário (JACQUES; SPENGLER, 2018, p. 228).

É relevante mencionar que em 2016 ocorreram aprimoramentos e modificações para adequação ao Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/15, bem como à Lei de Mediação, Lei nº 13.140/15.

As adequações dizem respeito a alterações e acréscimos ao art. 6º da referida resolução, na parte que versa sobre as atribuições do CNJ. Este foi modificado, passando o inciso X a dispor sobre a criação de um Sistema de Mediação e Conciliação Digital ou a distância para atuação pré-processual de conflitos. Por sua vez, o art. 18-A apresenta entendimento que o sistema deveria estar disponível ao público desde o início da vigência da Lei de Mediação.

Os dados do CNJ publicados em 2022, expõem que o Judiciário não consegue julgar muitas ações judiciais existentes e a adoção de métodos adequados de resolução de conflitos, tanto extra quanto judicial, traz vantagens para as partes e para o sistema jurídico. Observa-se isso, pois o aumento de litigiosidade traz efeitos negativos para o cumprimento do direito ao acesso à justiça, levando a máquina judiciária Estatal ter dificuldades para solucionar adequadamente as demandas por causa do número elevado de litígios (CNJ, 2022).

Cumprir apresentar ainda que o Código de Processo Civil vigente possui capítulo próprio acerca do rito de realização da audiência de conciliação ou de mediação, pode ser feita através de meio eletrônico, previsto no art. 334, § 7º (BRASIL, 2015).

Não se pode esquecer que a Lei de Mediação, no art. 46 dispõe que a mediação poderá ser feita pela internet ou por outra forma de comunicação que possa utilizar transação a distância, mediante anuência das partes envolvidas.

Nesse sentido, a Lei nº 13.140/2015 preceitua as modalidades judicial e extrajudicial de mediação, onde verifica-se que o art. 46 trata sobre o uso da mediação pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que ambas as partes estejam de acordo. Ressalta-se ainda, o art. 18-A da Resolução 125 do CNJ que trata do Sistema de Mediação Digital ou a distância e do Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores.

Diante desse contexto, a mediação digital nasceu a partir das audiências por videoconferência realizadas em diversas comarcas pelo país e que se mostraram bem-sucedidas.

Diante de experiências bem-sucedidas e baseada no arcabouço legislativo vigente, no ano de 2016 o CNJ criou um portal de livre acesso ao cidadão chamado Mediação Digital: a justiça a um clique – <http://www.cnj.jus.br/mediacaodigital/>. Através deste portal, o usuário, mediante prévio cadastramento, retrata o conflito, sendo aberto o canal de diálogo com a outra parte com o propósito de buscarem um acordo.

Além disso, a Resolução n. 125 do CNJ que previu a implementação de política judiciária nacional para o tratamento adequado dos conflitos de interesses, está embasada em três pilares de estruturação de práticas concili-

liatórias. O primeiro é o abandono da ideia de resolução das contendas unicamente por meio da jurisdição estatal. O segundo a garantia de qualidade dos serviços prestados pelo Estado e por último a criação dos Cejuscs - Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (SIQUEIRA; KASSEM, 2021, p. 327).

Segundo os autores acima, a exposição de motivos do Código de Processo Civil preceitua a possibilidade das partes encerrarem o conflito através da mediação ou da conciliação, considerando que satisfação efetiva das partes pode ocorrer de modo mais intenso quando estas criam a solução e não apenas aceitam a imposta pelo magistrado.

Com a mediação digital, alguns avanços foram observados, como a redução de despesas e o ganho de tempo, por facilitar a administração dos conflitos diretamente pelas partes, através do uso de novas tecnologias, promovendo maior rapidez e a eficácia na resposta e soluções alcançadas. Com isso, a mediação passou a ser uma aliada na concretização do acesso à justiça e efetivação à tutela do direito material lesado, ao lado da Resolução 125/2010 do CNJ e da Lei nº 13.140/2015.

Através da Mediação Digital, as partes podem dialogar para solucionar o conflito existente, analisando-se as propostas ofertadas e à posteriori ocorrer a homologação de acordo, sem necessidade de deslocamento, apenas através de um computador com acesso à Internet, para realizar o procedimento inicial fase com cadastro no site www.cnj.jus.br/mediacaodigital/, detalhando o conflito existente, dialogando on-line com a parte contrária a fim de avaliar possíveis propostas quanto à resolução do conflito para se chegar a um acordo a ser homologado posteriormente pelo juiz competente (RODRIGUES; LORENZI; ROSA, 2017, p. 12).

Os autores acima enfatizam que o sistema de Mediação Digital permite a comunicação entre os envolvidos, via troca de mensagens, onde os acordos poderão ser homologados pela Justiça no término das tratativas, e, em caso negativo, uma mediação presencial será realizada nos Cejuscs.

O que se percebe é que a mediação é uma política judiciária, uma verdadeira arte de compartilhar espaços, conflitos e resoluções para conduzir à justiça por meio digital e restabelecer a comunicação sem a imposição de regras, buscando acordo entre as partes.

Ademais, a Lei nº 13.979/2020, trouxe medidas para enfrentamento da Covid-19 no Brasil com uso das plataformas digitais para realização de audiências de conciliação e mediação confinamento e diminuição de mobilidade pela pandemia.

Segundo Silva (2021), durante a pandemia ocorreu a realização da mediação por videoconferência, que foi importante aliada para o diálogo entre as partes, permanecendo após para em conjunto com as plataformas virtuais ser mais uma opção para restauração de diálogo e da solução de conflitos.

Cumprе esclarecer que conforme o Relatório justiça em números do CNJ, a mediação é uma boa opção à jurisdição, pois o grande número de processos existentes no Judiciário representa um prejuízo para a população (CNJ, 2022).

Oportuno mencionar as vantagens da mediação digital que são os ganhos, em razão da informalidade, simplicidade, facilidade de acesso, aproximação das partes geograficamente distantes.

Tais plataformas ampliam o acesso à Justiça, evitando que demandas simples abarrotem o Judiciário e dificultem seu funcionamento, principalmente quando é preciso realizar economia de recursos naturais, com benefícios ao meio ambiente (NASCIMENTO, 2017, p. 331).

Contudo, também existem desafios, pois o Brasil possui taxas de desigualdade social elevadas, onde somente metade da população acessa a internet e boa parte vive na zona rural. Com isso, há a limitação do uso da plataforma por quem tem acesso à internet, sendo necessário investir em políticas públicas de inclusão digital e de redução da desigualdade social, viabilizando o acesso à Internet a todos os cidadãos, bem como a garantia de direitos fundamentais.

2.1 O USO DA TECNOLOGIA PARA ACESSO À JUSTIÇA NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS *ON LINE* (ODR'S)

A *online dispute resolution* (ODR), teve seu movimento inicial na década de 1990, enquanto uma subárea das modalidades adequadas de resolução de conflitos, sendo influenciada pela criação da internet (LIMA; FEITOSA, 2016, p. 54).

Cumprе esclarecer, inicialmente, que ODR significa “Resolução de Disputas *Online*”, não sendo confundida com as ADR'S, que são meios alternativos de resolução de conflito (fora do Judiciário). As ODR's são tecnologias utilizadas em meios jurisdicionais e o grande diferencial oferecido por estas, é o fator “deslocamento”, pois como se trata de meio digital, basta o uso da internet, e plataformas digitais, para as tratativas, ou seja, não há aqui a necessidade de sair de casa, as pessoas podem se utilizar, do celular, do computador, para participarem de audiências de conciliação ou de mediação por exemplo, tudo de forma virtual.

A evolução da tecnologia, tem consagrado, esse mercado de atuação das ODR's, mercado este que se encontra em grande expansão, pois vem com uma proposta abrangente de acessibilidade, desobstrução judiciária, e desburocratização judicial. E não é à toa que Tribunais, ONG's, empresas (startups), órgão públicos, tem buscado cada vez mais investir em novas tecnologias, para resolução de conflitos extrajudiciais, e isso tem tido alguns resultados bem positivos.

É de grande relevância os métodos de ODR'S, pois acabam abrindo possibilidades para revitalizar as promessas da 3ª onda de acesso à justiça. Com isso, estas conseguiram compreender que cada tipo de controvérsia necessita, por sua vez de um meio adequado de resolução de conflito, e não unicamente, o caminho da judicialização. Com essa modalidade digital, acaba-se oportunizando, um novo canal de acesso à justiça. Mas, ainda precisa-se ter cautela, justamente por que, ao passo que esses novos caminhos tecnológicos, podem determinar o futuro da solução de controvérsias, é por sua vez, também necessário avaliar e fiscalizar a oferta desses serviços, justamente para que se possa garantir as melhores práticas (VIEIRA; DOI, 2018, p. 4).

No âmbito prático, grande parte das ODR's servem para solucionar conflitos não judicializados, mas existem plataformas que buscam resolver contendas que já tramitam no meio judicial, em meio a processos que se estendem por mais de uma década até finalizarem, sendo isso considerado um avanço (SIQUEIRA; KASSEM; BALDASI, 2021, p. 327).

A tramitação dos processos pelo meio digital, faz com que o Estado necessite de um modelo gerencial que diminua os custos e as ODR's estão incluídas na política judiciária, seja para conflitos judicializados ou não (NASCIMENTO, 2017, p. 330).

O Poder Judiciário tem se mostrado ativo na utilização de ODR, a exemplo, tem-se o CNJ – Conselho Nacional de Justiça, destacando aqui a “plataforma de mediação digital”, que é disponibilizada por 35% dos sites, logo em seguida, também a título de exemplo, tem-se o “consumidor.gov.br”, que acaba sendo um serviço, também, de resolução de conflito digital, e que é mantido pelo Governo Federal. Interessante dizer, por exemplo, que este último, ganhou bastante visibilidade, e acaba sendo bem mais ofertado pelos Tribunais, do que as startups com plataformas privadas, que por sua vez, não foram tão aderidas pelo Judiciário (VIEIRA & DOI, 2018, p. 4). O mesmo foi desenvolvido pela Secretaria Nacional do Consumidor – Semacon, do Ministério da Justiça, e é monitorado em conjunto com os Procons, Defensorias Públicas, Ministérios Públicos, Agências Reguladoras, entre outros órgãos públicos, e também por toda a sociedade (BRASIL, 2015).

Quando se conhece a finalidade primordial do “Consumidor.gov.”, é possível entender o objetivo das ODR's, isso porque especificamente, no caso dessa plataforma, a mesma é pública e gratuita e o objetivo principal é justamente essa comunicação entre os consumidores, e as empresas na tentativa de resolverem pela modalidade virtual/digital, os conflitos existentes entre eles.

Outro ponto importante, é que a ODR é uma alternativa a mais para resolver conflitos, mas não irá substituir o modelo tradicional, ou outros métodos existentes, e muito menos impede o acesso a eles, o que a população acaba tendo, mais um mecanismo à disposição. Ao passo que, fomentando esse tipo de tratativa mais pública, acaba gerando credibilidade às empresas,

ao demonstrarem abertura para tentar resolver conflitos, até porque há um monitoramento público da atuação delas.

Um ponto que contribuiu bastante para a evolução e crescimento desses sistemas digitais de resolução de conflito, principalmente no direito brasileiro, e no sistema judiciário brasileiro, foi o novo Código de Processo Civil, que contribuiu nitidamente ao prever como política pública de Estado, a solução consensual por meio da mediação e da conciliação, bem como também, a possibilidade de se realizar audiências por meio eletrônico, conforme visão de Bragança e Bragança:

Dentre as principais vantagens do uso desses sistemas estão: a desnecessidade de deslocamento de um representante da organização para participar das negociações, a rapidez na identificação de eventuais falhas no serviço, a possibilidade de uma reconstrução efetiva da relação com um cliente insatisfeito e a redução nos custos com ações judiciais (BRAGANÇA; BRAGANÇA, 2019, p. 52).

Aplicar a mediação, utilizando dos canais virtuais de atendimento, é mais positivo ainda, visto que, esses métodos de disputas *online*, acabam gerando a promoção e a interação, entre as partes envolvidas, e o intermediário. Tais ferramentas são incorporadas aos meios adequados de tratamento de controvérsias (a mediação, a conciliação, a negociação e a arbitragem), e permite que se desenvolvam virtualmente, e com auxílio de certos recursos que de forma ágil e célere, resolvem as demandas.

Os recursos que são utilizados pelas ODR's, são a comunicação à distância, e a utilização da inteligência da máquina, e os dois juntos, geram eficiência, flexibilidade, conhecimento e capacidade, e quanto as vantagens que elas podem trazer, tem-se a acessibilidade, o custo que será menor e uma celeridade na interlocução.

Frisa-se que durante o período da pandemia, o sistema judiciário brasileiro fez um enorme uso das ODR's, principalmente por conta das regras de distanciamentos. Contudo, elas não foram criadas, durante esse período, pelo contrário, surgiram com a criação da internet, na década de 90, e acabaram se desenvolvendo com o avanço das tecnologias, sendo que a pandemia apenas impulsionou seu uso. A Lei nº 13.140/2015, em seu artigo 46, determina que a mediação *online*, será aquela feita pela internet ou então, por outro meio de comunicação que seja possível a transação à distância, e que as partes estejam de acordo, justamente para que se possa garantir a isonomia entre as partes envolvidas.

Conflitos individuais sempre irão existir, mas os métodos alternativos de resolução de conflito surgem em meio ao sistema tradicional dos tribunais, com uma política de acessibilidade, custos menores e maiores flexibilidade, bem como essa relação mais direta entre as partes envolvidas.

Como visto, a ODR envolve a aplicação de tecnologia, incluindo a internet, para processos de resolução de disputas. Quando se fala de tutela estatal, a sua prestação jurisdicional precisa ser justa e também adequada. Entretanto, é sempre bom entender, que não cabe ao Estado, ser o único agente capaz de resolver conflitos, tanto que existem outras formas alternativas, de resolução de conflitos. E a existência destas, acaba tirando um pouco o monopólio do Estado quanto a tutela jurisdicional destes, bem como a descentralização das decisões estatais.

Ao longo dos anos, o Judiciário brasileiro tem demonstrado uma sobrecarga processual enorme. Isso tem gerado um grande impacto na eficiência do Poder Judiciário, justamente por conta da morosidade processual. Processos menores, que poderiam ser resolvidos de outras formas como por exemplo, uma simples conciliação, ou mediação, vão parar no Judiciário e aguardam anos para serem julgados. Não se trata de desmerecer uma ação em relação a outra, mas existem conflitos de complexidades menores, que poderiam ser resolvidos de outra forma que não fosse, a judicialização da ação (FERREIRA; ZANFERDINI; PEREIRA, 2021, p. 182).

O poder judiciário faz uso das tecnologias para resolver conflitos, como dito antes, desde a década de 90, justamente as ODR's, que à época já eram utilizadas pelos Estados Unidos. A internet, nem era tão popular como hoje, o método a ser utilizado, era o trabalho de uma pessoa que funcionava como facilitadora, e fazia uso do computador como uma ferramenta sem tanta relevância.

O cenário brasileiro diversificou-se ao longo dos últimos anos, apesar de possuir a cultura da judicialização das ações e credibilizar mais uma decisão judicial do que modalidades alternativas de composição. Os métodos alternativos de resolução de conflitos, tem, portanto, diminuído mais esse monopólio de resolução de conflitos por parte do Estado, e umas das razões também, decorre da própria mudança de postura dos profissionais de Direito, que tem feito uso da conciliação, da mediação e da arbitragem, nas tratativas conflituosas.

Mesmo com as vantagens trazidas pela ODR, ainda existem fatores que atrapalham uma melhor atuação, como por exemplo a questão do acesso à internet, e esse foi um dos grandes problemas durante a pandemia, pois tudo precisou ser feito de forma virtualizada, mas o acesso à internet não chegou a todas as casas e famílias. E como estas fazem uso de plataformas digitais, a ausência de uma internet, ou dos recursos necessários, podem de fato complicar a atuação e o objetivo das mediações *online* pelas ODR's.

No Brasil, isso ainda é uma falha constante do Governo, principalmente pela falta de políticas públicas. Faz-se necessário o incentivo às práticas alternativas de resolução de conflito, principalmente desmistificando o estereótipo criado a respeito das práticas de conciliação e mediação no judiciário brasileiro, ou seja, eliminar a ideia, de que somente decisões, sentenças, con-

seguem resolver conflitos, e que acordos conciliativos, se utilizando dessas plataformas, não serão eficientes.

O CPC tem tentado, até impositivamente, se utilizar da mediação para resolver questões que estão sendo iniciadas, e inclusive as que estão em curso, integralmente e de forma *online*, mas é preciso cautela, com relação a competência da mediação, bem como a formação dos mediadores, e qual o método a ser utilizado, pois como dito, a mediação, não irá servir para todos os casos, e isso pode portanto, ao invés de ser uma ferramenta de ajuda e vantagens, pode ter o efeito contrário, prejudicando as partes envolvidas.

Conforme enfatiza Ricardo Granat quanto à mediação *online*, a mesma se torna interessante, pois permite que cada parte possa escolher qual o momento mais ideal para que ela possa responder ou então participar, isso faz inclusive com que a parte ganhe tempo de analisar a situação, raciocinar e poder explicar de forma cuidadosa a razão daquele conflito, bem como o que poderia ser feito para findá-lo, isolando cada parte em seu próprio ambiente, sem impactar no estado emocional da outra parte, reduzindo inclusive a hostilidade emocional entres os envolvidos, algo que de forma presencial, seria completamente diferente (GRANAT, 1996).

3 OS INSTRUMENTOS UTILIZADOS NA MEDIAÇÃO DIGITAL E A SUA APLICAÇÃO NO ÂMBITO DA POLÍTICA JUDICIÁRIA DE DESJUDICIALIZAÇÃO DE CONFLITOS, IMPLEMENTADA PELA RESOLUÇÃO CNJ nº 125/2010

O direito de acesso à justiça foi reconhecido constitucionalmente, oportunizando ao indivíduo o direito de poder ingressar em juízo, tendo acesso à tutela estatal. Nesse sentido, ao garantir o direito de acesso, passou-se a ter a preocupação de criar políticas públicas que garantissem esse acesso, haja vista que com o avanço tecnológico, esta tornou-se umas das principais ferramentas utilizadas, inclusive pelos Tribunais. Frisa-se que, tais ferramentas já eram utilizadas antes da pandemia de Covid-19, de forma mais tímida, após o período conturbado, em que se primou pelo distanciamento social, a internet, a tecnologia, os ambientes virtuais, ganharam maiores destaques, permanecendo assim até os dias atuais, principalmente pelas vantagens ofertadas.

A tecnologia, em decorrência do seu grande avanço e desenvolvimento, passou a mediar as interações entre as pessoas, bem como as dimensões nas esferas privadas e públicas.

Quanto a essa possibilidade, algumas normas foram editadas, como a Resolução 125/2010 do CNJ, a Lei 13.140/2015, a Resolução 174/2016 do CSJT e o Código de Processo Civil, que apresentaram como hipóteses para tanto, a mediação e a conciliação, como métodos de resolução de conflito, através do meio eletrônico, devido aos benefícios da celeridade, da economia

de custos e da comodidade, passando a ser muito utilizada a ferramenta da mediação digital.

Ocorre que a tecnologia, ao passo que apresenta suas vantagens, também desencadeia desvantagens, quando não há políticas públicas de investimento. A Lei nº 11.419/2006, que trata sobre a informatização do processo judicial, alterou o antigo CPC, e regulamentou o acesso à justiça, principalmente quanto aos Tribunais, para o formato eletrônico. Contudo para a concretização dessa acessibilidade, alguns equipamentos são necessários, como o computador, o telefone celular, o *ipad*, o *tablet* e outros (SPENGLER; PINHO, 2018, p. 229).

O avanço da tecnologia, faz com que muitas pessoas, comunidades, possam se comunicar, de forma bem mais rápida, através de um simples computador, ou um celular, por exemplo. Apesar das vantagens ofertadas pela tecnologia, é preciso que se tome um certo cuidado, isso porque, nem todos tem acesso a essa tecnologia. Inclusive, a inclusão digital no território brasileiro, foi instituída pelo Programa Nacional de Apoio à Inclusão Digital nas Comunidades pelo Decreto nº 6.991/2009, dentro da política de inclusão digital do Governo Federal.

O cenário de vulnerabilidade social, diante da nova era tecnológica e digital, está sendo um dos maiores entraves. De fato, o avanço da tecnologia, ao longo dos anos, trouxe, vantagens e desvantagens, quando se analisa os aspectos, econômicos, sociais e políticos. O acesso a todo tipo de comunicação, a possibilidade de se comunicar e interagir com pessoas que estão em outros espaços em questão de segundo, são vantagens. Todavia, esse avanço não significa dizer que foi aproveitado por todos, pois a questão da internet, ainda é uma problemática, bem como a acessibilidade de recursos. Portanto, até que ponto, a tecnologia está sendo proveitosa, para garantir o acesso à justiça, diante da virtualização destas, para resolução de conflitos *online* (RODRIGUES MOREIRA; GOETTEMS DOS SANTOS, 2020).

Diante desse contexto, consideram-se analfabetos digitais, ou analfabetos de cidadania, as pessoas que são excluídos digitais, ou seja, que não possuem acesso à internet, bem como não possuem acesso à informação, e muitas das vezes não conhecem nem os seus direitos. Dessa forma, além de não terem os recursos de acesso digital, e não saberem os seus direitos, não conseguirão, sequer reclamar de direitos, pelas razões anteriores (SPENGLER; PINHO, 2018, p. 229).

Assim, as mediações digitais, além de outras formas de resolução de conflitos, ganharam muito mais destaques e tiveram a sua implantação acelerada após a pandemia. O judiciário brasileiro, tem feito uso das tecnologias, justamente pelas vantagens que as mesmas possuem, e que também já foram citadas. Todavia, essa vulnerabilidade social, decorrente da ausência de recursos ou da alfabetização digital, impede até mesmo um avanço social, e não haverá eficiência quanto a proteção da população e a tutela dos seus direitos.

A tendência atual é virtualizar muitas das práticas sociais, econômicas, educacionais, políticas, trabalhistas, por exemplo, todavia, esse tipo de mudança não está alcançando a todos, sendo elevado o risco de gerar desigualdade e exclusão. Observou-se que durante a pandemia, as pessoas que não possuíam acesso à internet, ou não tinham aparelhos para que pudessem se conectar, viveram tempos difíceis, até por conta da política de distanciamento.

Quando se fala em acesso à justiça, não se deve unicamente pensar apenas na população, deve-se incluir também os profissionais, inclusive os da área jurídica. Por isso, o advogado, também precisa dos recursos necessários, como certificado digital, computador, internet, o básico para o exercício de sua atividade.

Tratando-se de profissionais, como o advogado, autônomo e iniciante, comparado, aos escritórios grandes, ou advogados de empresa, estes, terão facilmente o acesso a todos os recursos, enquanto aquele, será mais um número, dentre os que não conseguem ter acesso. Hoje, na justiça, a virtualização dos processos, é a base de tudo, por conta dos processos eletrônicos.

Portanto, o acesso à justiça, é um direito constitucional, ou seja, é um direito fundamental, o mais básico dos direitos humanos, dessa forma, quanto ao Estado, este deve garantir tal direito e não somente proclamá-lo. Assim, a tecnologia tende a se desenvolver mais, e ser incluída mais e mais na vida social, econômica e política. Dessa forma, o Estado, precisa, melhorar as políticas de acesso a ela, caso contrário, abrirá um abismo de desigualdades e injustiça.

Faz-se necessário, com isso, promover a inclusão digital para que a população tenha acesso a informação, bem como a comunicação sem barreiras. Ao colocar a inclusão em prática se estará, portanto, promovendo a igualdade da jurisdição, a tutela estatal, e a garantia dos direitos sociais, e assim garantido o acesso à justiça.

4 MEDIAÇÃO DIGITAL: UMA ALTERNATIVA AUTOCOMPOSITIVA VIÁVEL À RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Desde o século passado, o Poder Judiciário brasileiro vem enfrentando dificuldades para fornecer prestação jurisdicional em um tempo coerente, pelo quantitativo elevado de processos ativos existentes.

Segundo Oliveira, Oliveira e Carmo (2020), para facilitar a resolução de conflitos, o sistema multiportas expandiu o entendimento sobre o papel do Poder Judiciário. Referido termo faz alusão a um direcionamento adequado para solução de conflitos, gerando assim, a necessidade de existir um tribunal multiportas, *multi-door courthouse* (AQUINO; BEZERRA, 2021, p. 70).

De acordo com Leonardo Carneiro da Cunha (2020), com a Resolução nº 125 do CNJ e também com o CPC/15 o direito brasileiro passou a contar

com um sistema multiportas, onde é utilizado um método ou técnica mais adequada para cada caso, como se fossem disponibilizadas várias portas para solução de cada tipo de demanda, onde as partes envolvidas seriam direcionadas. Na visão do referido autor:

O direito brasileiro, a partir da Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça e com o Código de processo Civil de 2015, construiu um sistema de justiça multiportas, com cada caso sendo indicado para o método ou técnica mais adequada para a solução do conflito. O judiciário deixa de ser um lugar de julgamento apenas para ser um local de resolução de disputas. Trata-se de uma importante mudança paradigmática. Não basta que o caso seja julgado; é preciso que seja conferida uma solução adequada que faça com que as partes saiam satisfeitas com o resultado (CUNHA, 2020, p. 698).

Com isso, o poder judiciário deixa de ser o único responsável pela resolução de conflitos, e passa a agir ativamente para resolver os conflitos propriamente ditos.

Oportuno relembrar, de acordo com Muniz e Silva (2018), que por muito tempo, a mediação, a conciliação e a arbitragem foram chamadas de meios alternativos de resolução de conflitos, mas com a implantação da justiça multiportas, foi modificada a denominação para meios adequados e integrados de resolução de conflitos.

Na visão de Leonardo Carneiro da Cunha:

Para cada tipo de controvérsia, seria adequada uma forma de solução, de modo que há casos em que a melhor solução há de ser obtida pela mediação, enquanto outros, pela conciliação, outros, pela arbitragem e, os que se resolveriam pela decisão do juiz estatal (CUNHA, 2020, p. 715).

Não obstante, com os avanços tecnológicos, identificou-se a necessidade de se promover a solução de conflitos no âmbito virtual e na mediação digital os debates ocorrem no espaço cibernético, diminuindo distâncias e gastos e proporcionando ganho de tempo ao facilitar a administração dos conflitos diretamente pelas partes. Assim, é reconhecida como um avanço por utilizar novas tecnologias e oferecer mais rapidez e eficácia na resposta.

Vale ressaltar, entretanto, que existem plataformas que buscam resolver demandas já ajuizadas e solucioná-las. Essas plataformas solucionariam os conflitos de maneira ágil e desburocratizada, ampliando o sentido do princípio do acesso à Justiça, de modo a evitar que demandas sejam submetidas à prestação jurisdicional.

Nesse sentido, a Lei nº 13.140/2015 que dispõe sobre a mediação, conceitua-a como atividade técnica exercida por terceiro imparcial que é escolhido pelas partes, mas auxilia a identificar e a chegar a possíveis soluções para a controvérsia existente.

Outro ponto relevante diz respeito ao Código de Processo Civil (CPC/15), que dispõe no art. 165, parágrafo 3º que o mediador atuará preferencialmente em casos em que ocorra vínculo anterior das partes, auxiliando os interessados a entender o caso e dirimir dúvidas, restabelecer a comunicação e que as próprias partes possam identificar soluções benéficas para ambos (BRASIL, 2015).

Nesse sentido, a mediação pode ocorrer em câmaras públicas institucionais, de tribunal ou a entes como Defensoria Pública (art. 43 da Lei n. 13.140/2015), serventias extrajudiciais, associação de moradores, escolas (art. 42 da Lei n. 13.140/2015), bem como a Ordem dos Advogados do Brasil. Também em ambiente privado, em câmaras privadas, em escritórios de advocacia, em câmaras administrativas, ligadas à Administração Pública (arts. 167, 174 e 175, CPC).

Ademais, segundo Brito (2021), o mediador é reconhecido como o terceiro que ajuda as partes que já se conhecem, sendo um verdadeiro facilitador do diálogo, contudo, não propõe soluções, somente age para a melhor comunicação e para que as partes conversem e cheguem à melhor solução. A mediação vem sendo muito utilizada em conflitos societários e familiares.

Ainda é satisfatório salientar que as sessões de mediação, nos tribunais, são realizadas em centros de solução de conflitos, responsáveis também pelo desenvolvimento de programas para estimular a autocomposição.

Nessa lógica, é possível também realizar mediação em juizados especiais, segundo previsão do Enunciado nº 327 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): A estrutura para autocomposição, nos Juizados Especiais, deverá contar com a conciliação e a mediação.

Nesse sentido, a mediação, segundo Almeida (2016) e fundamentado no CPC/15, art. 166, tem como base o princípio da independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e decisão informada.

Cumprir frisar, na visão de Siqueira, Kassen e Baldasi (2021), que mediação digital é uma alternativa para as partes discutirem matéria litigiosa, via transações à distância, através da internet. A mediação é assim, uma hipótese de acesso à justiça qualificada para resolver conflitos consensualmente, através de acordos realizados, objetivando a pacificação social.

É relevante mencionar, segundo Spengler e Pinho (2018), para que as transações à distância ocorressem e pudessem ter também validação jurídica, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), através da Resolução 125, desenvolveu a plataforma digital, chamada mediação digital com o intuito de fornecer um ambiente de diálogo virtual entre as partes, mas com ligação ao Poder Judiciário. Inclusive, diante deste cenário, foram ressignificados limites e distâncias, pois os canais de comunicação foram alargados e com isso, houve a necessidade do Poder Judiciário investir mais em tecnologia.

Conforme Aquino (2017), a Resolução n. 125 do CNJ que previu a implementação de política judiciária nacional para o tratamento adequado dos conflitos de interesses, traz no seu preâmbulo o objetivo principal da política, que é a ampliação do acesso à justiça de forma célere e efetiva.

Nessa lógica, segundo Nascimento (2017), o Judiciário admitiu não ter mais capacidade para resolução de tantos processos e passou a adotar a ideia de que a decisão oriunda das partes é mais apropriada.

Nesse sentido, destaca-se a possibilidade dos envolvidos darem fim ao conflito, pois a satisfação efetiva das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz.

O que se percebe, segundo Jaques e Spengler (2018) é que a mediação digital busca a utilização dos meios eletrônicos, por causa da celeridade, da diminuição de custos e entraves com distâncias, principalmente. Por isso, tornou-se ferramenta eficiente para atingir esses objetivos, proporcionando acesso à justiça virtual qualitativo e superior aos utilizados convencionalmente.

Menciona-se ainda a Lei n° 13.979, de 06/02/2020, que inaugurou as medidas para enfrentamento da Covid-19 no Brasil, surgidas no contexto do uso potencial das plataformas digitais para realização de audiências de conciliação e mediação durante o período de confinamento e redução de mobilidade em razão da pandemia.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme sucessão de ideias justapostas, percebe-se que não cabe ao Estado, ser o único agente capaz de sanar demandas, controvérsias, litígios, existindo outras formas, também adequadas, para resolver conflitos.

Durante os últimos anos, diversas foram as legislações, a exemplo do Código de Processo Civil de 2015, da Lei de Mediação e a da Resolução n° 125 do CNJ contribuíram para o desenvolvimento de sistemas digitais objetivando a resolução de conflitos. A legislação processual muito contribuiu no fortalecimento da política judiciária, sobretudo ao prever a possibilidade da utilização da mediação e conciliação, inclusive por meio eletrônico.

Foi possível compreender que a mediação digital é um meio de acesso à justiça, sendo um procedimento realizado através da plataforma de Mediação Digital que disponibiliza de maior espaço de resolução de conflitos, com economia de recursos. A facilidade da desburocratização, trazidas pelas *online dispute resolution*, que é gênero, da qual a mediação digital é espécie, ajudam na ampliação do acesso à justiça, e mesmo com desafios, conseguem diminuir os obstáculos para a pacificação social.

Verificou-se, mesmo com a presença de vantagens, ainda existem obstáculos, como o acesso à *internet*, diante da segregação socioeconômica que

impacta o Brasil, podem de fato complicar a atuação e o objetivo das mediações *online*.

Nessa linha, conclui-se que, os métodos alternativos de resolução de conflitos surgem em meio ao sistema tradicional, trazendo uma política de acessibilidade, custos menores e flexibilidade, pois o uso das plataformas digitais proporciona mais dinâmica e a acesso pela população.

Evidenciou-se também que, numa visão econômica, foi destacado que o método digital passou a ser um aliado comercial, gerando investimento, não havendo nenhuma desvantagem para as partes, pois o objetivo da mediação é abarcar os interesses dos participantes, onde a mediação é vista como meio de desobstruir o grande número de processos a serem julgados.

A mediação *online*, para a resolução das disputas, é uma grande ferramenta, considerando que o uso tecnológico, dentre as políticas públicas de acessibilidade, acaba trazendo resultados positivos, principalmente econômicos. Todavia, é necessário cuidado, caso contrário, pode-se estar culminando para uma grande desigualdade social, pois, nem toda a população acaba tendo acesso, a essa tecnologia, ou os instrumentos necessários para tê-la, ou são considerados analfabetos digitais, por não saberem usar essa ferramenta.

Portanto, o papel do Estado é desenvolver políticas públicas que possam dar um maior acesso à justiça para a população, promovendo a inclusão digital, até mesmo para que a tutela dos direitos da população seja garantido.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Tania. **Mediação de Conflitos:** para iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.
- AQUINO, Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa. **Considerações sobre a Resolução CNJ n° 125/2010:** uma avaliação política da política judiciária brasileira – a solução dos conflitos de interesses? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- AQUINO, Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa; BEZERRA, Nathália Chaves. A administração pública e a utilização da mediação na resolução de controvérsias. In: VADELL, Lorenzo-Mateo Bujosa; AQUINO, Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa; JACQUES, Marcelo Dias (Organizadores). **Observatório do Futuro: a mediação na vanguarda da composição de conflitos.** Blumenau/SC: Editora Dom Modesto, 2021. p.65-88.
- BRASIL. **Decreto n° 8.573, de 19 de novembro de 2015.** Dispõe sobre o Consumidor.gov.br, sistema alternativo de solução de conflitos de consumo, e dá outras providências. Brasília, 19 de novembro de 2015; 194° da Independência e 127° da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/D8573.htm>. Acesso em: 08 fev. 2023.

BRASIL. Decreto 6.991 de 27 de outubro de 2009. Institui o Programa Nacional de Apoio à Inclusão Digital nas Comunidades - Telecentros.BR, no âmbito da política de inclusão digital do Governo Federal, e dá outras providências. Brasília, 27 de outubro de 2009, 188º da Independência e 121º da República. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/D6991.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%206.991%2C%20DE%2027,Federal%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAncias>. Acesso em: 01 fev. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Dispõe sobre o Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10 fev. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>. Acesso em: 02 fev. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.979, de 6 de 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. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm#view>. Acesso em: 08 fev. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução CNJ n.º 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. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2014/04/resolucao_125_29112010_23042014190818.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2023.

BRASIL. Mediação Digital. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/cnj-apresenta-nova-plataforma-de-mediacao-digital-no-sistema-financeiro/>>. Acesso em: 09 fev. 2023.

BRASIL. Justiça em números 2022. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>>. Acesso em: 08 fev. 2023.

BRAGANÇA, Fernanda; BRAGANÇA, Laurinda Fátima da F. P. G. Mediação e o sistema digital de solução de controvérsias na conjuntura das relações empresariais. **Revista em Tempo**, [S.l.], v. 18, n. 01, dec. 2019. p. 50 – 66. ISSN 1984-7858. Disponível em: <<https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/3205>>. Acesso em: 08 fev. 2023.

BRITO, Felipe Peixoto de. A mediação e o princípio da busca do consenso: uma análise da efetividade da resolução dos conflitos sob a perspectiva da Lei n.º

- 13.140/15. In: VADELL, Lorenzo-Mateo Bujosa; AQUINO, Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa; JACQUES, Marcelo Dias (Organizadores). **Observatório do Futuro: a mediação na vanguarda da composição de conflitos**. Blumenau/SC: Editora Dom Modesto, 2021. p.17-30.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Fazenda Pública em juízo**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Enunciados aprovados em Belo Horizonte (05 a 07 de dezembro de 2014). Enunciado n.º 327. Disponível em: <<https://www.novocpcbrasileiro.com.br/enunciados-interpretativos-sobre-o-novo-cpc-do-fppc/>>. Acesso em: 10 fev. 2023.
- FERREIRA, Adegmar; ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli; PEREIRA, Andrea Figueiredo. A resolução virtual de conflitos e os “invisíveis digitais” em meio à pandemia covid-19: a experiência do Tribunal de Justiça de Goiás. In: VADELL, Lorenzo-Mateo Bujosa; AQUINO, Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa; JACQUES, Marcelo Dias (Organizadores). **Observatório do Futuro: a mediação na vanguarda da composição de conflitos**. Blumenau/SC: Editora Dom Modesto, 2021. p.179-203.
- GRANAT, Richard S. *Online Mediation Project. NCAIR Conference on Online Dispute Resolution*. University of Maryland School of Law. Washington D.C., May 22, 1996. Disponível em: <<http://www.umass.edu/dispute/ncair/granat.htm>>. Acesso em: 09 fev. 2023.
- JACQUES, Marcelo Dias; SPENGLER, Fabiana Marion. Políticas públicas para o tratamento de conflitos no Brasil e novas tecnologias: perspectivas de utilização da mediação digital em uma sociedade (semi)digital. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 23, n. 1, 2018. p. 208-239. Acesso em: 10 fev. 2023.
- LIMA, G. V.; FEITOSA, G. R. P. *Online dispute resolution (ODR): a solução de conflitos e as novas tecnologias*. **Revista do Direito**, n. 50, 5 set. 2016. p. 53-70. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/8360>>. Acesso em: 09 fev. 2023.
- MUNIZ, Tânia Lobo; SILVA, Marcos Claro da. O modelo de tribunal multiportas americano e o sistema brasileiro de solução de conflitos. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 39, vol. esp., dez. 2018. p. 288-311. Disponível em: <<https://www.seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/77524>>. Acesso em: 2 fev. 2023.
- NASCIMENTO, Meire Rocha do. Mediação como método de solução consensual de conflitos. **Revista FONAMEC**. Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, maio 2017. p. 321-337. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistas/fonamec/volumes/volumeI/revistafonamec_numero1volume1_321.pdf> cesso em: 01 fev. 2023.
- OLIVEIRA, Bruno Bastos de; OLIVEIRA, Maria das Graças Macena Dias de; CARMO, Valter Moura do. A eficiência do sistema multiportas de justiça e

a aplicação nos conflitos envolvendo a Fazenda Pública. **Revista Faculdade de Direito da UFG**, v. 43, 2019. p.01-15. DOI: <<https://doi.org/10.5216/rfd.v43.60014>>. Disponível em: <<https://revistas.ufg.br/revfd/article/view/60014>>. Acesso em: 05 fev. 2023.

RODRIGUES MOREIRA, Tássia; GOETTEMS DOS SANTOS, Karinne Emanoela. Acesso à justiça e tecnologia: reflexões necessárias para o contexto brasileiro. **Revista em Tempo**, [S.l.], v. 20, n. 1, nov. 2020. ISSN 1984-7858. DOI: <<https://doi.org/10.26729/et.v20i1.3259>>. Disponível em: <<https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/3259>>. Acesso em: 20 fev. 2023.

RODRIGUES, Alessandra Gato; LORENZI, Bianca Cassina; ROSA, Felipe Luiz da. Mediação digital: a sociedade moderna a um clique da justiça. **Anais do 4º Congresso Internacional de Direito e contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede**. Edição 2017. 8 a 10 de novembro de 2017 - Santa Maria / RS UFSM - Universidade Federal de Santa Maria. Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2017/2-5.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2023.

SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Do presencial ao virtual: “a contribuição da mediação telepresencial para o acesso à justiça durante a pandemia da COVID-19”. In: VADELL, Lorenzo-Mateo Bujosa; AQUINO, Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa; JACQUES, Marcelo Dias (Organizadores). **Observatório do Futuro: a mediação na vanguarda da composição de conflitos**. Blumenau/SC: Editora Dom Modesto, 2021. p.167-178.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; KASSEM, Jamile Sumaia Serea; BALDASI, Marcos Vinicius Soler. Mediação digital como proteção dos direitos da personalidade. **Revista Argumentum-Argumentum Journal of Law**, v. 22, n. 1, 2021. p. 321-341. Disponível em: <<http://ojs.unimar.br/index.php/revista-argumentum/article/view/1461>>. Acesso em: 12 fev. 2023.

SPENGLER, Fabiana Marion; PINHO, Humberto Dalla Bernardinha de. A mediação digital de conflitos como política judiciária de acesso à justiça no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*. Belo Horizonte, n. 72, jan./jun. 2018. p. 219-258. ISSN 0304-2340. e-ISSN 1984-1841. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1923>>. Acesso em: 18 fev. 2023.

VIEIRA, Laís Fernanda Alves; DOI, Lina Tieco. *Online dispute resolution* (ODR) e regulamentação nos tribunais brasileiros. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**. Ano 3 - Número 3 - Dezembro de 2018. Disponível em: <http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2018/12/revista_esa_8_12.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2023.

10

AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE EDUCAÇÃO NO BRASIL E O DESAFIO DE AMPLIAR O ACESSO E GARANTIR A QUALIDADE: UMA REVISÃO DAS ÚLTIMAS TRÊS DÉCADAS

Henrique Carivaldo de Miranda Neto¹¹⁴

Adriene Sttéfane Silva¹¹⁵

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As políticas públicas de educação no Brasil têm sido objeto de intensos debates e de transformações, ao longo das últimas três décadas. Assim, faz-se importante realizar uma revisão abrangente dessas políticas, analisando seus principais desafios e avanços no que diz respeito à ampliação do acesso e garantia da qualidade no sistema educacional brasileiro.

Considerando o contexto atual, marcado por uma sociedade cada vez mais complexa e globalizada, a educação desempenha um papel crucial na formação de cidadãos capazes de enfrentar os desafios do século XXI. Nesse sentido, é essencial compreender como as políticas públicas têm buscado responder a essa demanda, promovendo a inclusão de grupos historicamente excluídos e assegurando um ensino de qualidade em todos os níveis de ensino.

Ao longo das últimas três décadas, o Brasil implementou uma série de reformas e programas educacionais que visavam melhorar o acesso à educação e elevar seus padrões de qualidade. No entanto, essas políticas nem

114 Pós-doutor em Psicologia. Doutor e mestre em Educação. Pós-graduado em Docência da educação superior, em A moderna educação e em Gestão empresarial. Licenciado em Pedagogia, em Letras e em Filosofia. Gestor educacional. Docente em cursos de graduação e de pós-graduação. Palestrante. E-mail: prof.henriquecmn@gmail.com.

115 Doutora em Educação. Mestre em Tecnologias, Mídias e Educação. Pós-graduada em Docência da Educação Superior e em Gestão Escolar. Licenciada em Pedagogia e em História. Gestora educacional. Docente em cursos de graduação e de pós-graduação. Consultora. E-mail: adrienesttefane@gmail.com.

sempre atingiram os resultados esperados, e muitos desafios persistem. É importante examinar criticamente essas políticas, identificar suas limitações e propor possíveis soluções para superar os obstáculos que ainda impedem o pleno desenvolvimento do sistema educacional brasileiro.

Neste contexto, aqui, abordam-se temas como a expansão da educação infantil, o acesso ao ensino fundamental e médio, a universalização do ensino superior, as políticas de inclusão de pessoas com deficiência e a valorização dos profissionais da educação. Além disso, será discutido o impacto das mudanças políticas e econômicas nas políticas educacionais, bem como a influência de organismos internacionais na definição da agenda educacional do país.

Por meio desta revisão das políticas públicas de educação no Brasil nas últimas três décadas, busca-se contribuir para um entendimento mais profundo dos desafios enfrentados pelo sistema educacional e propor reflexões sobre caminhos futuros que possam garantir um acesso mais amplo e uma qualidade superior na educação brasileira.

2 AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE EDUCAÇÃO: GARANTIA AO ACESSO E À QUALIDADE

A educação é considerada pela Constituição Federal Brasileira, de 1988, como um direito da pessoa e um dever do Estado e, portanto, deve estar no centro das políticas públicas, garantindo-se, de alguma forma, a sua qualidade social, consolidando-se, assim, a garantia constitucional que preconiza a educação como direito e como dever de todos. Nesse sentido, afirma-se que “[...] o Estado e a família serão promovidos e estimulados com a colaboração da sociedade, visando o pleno exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho” (BRASIL, 1988, p. 63). Portanto, o Estado é responsável por implementar políticas que apoiem o desenvolvimento da sociedade.

Por ser considerada uma das áreas mais importantes para o desenvolvimento geral de uma nação, a educação deve ser tratada como uma prioridade e concebida como a essência principal para o equilíbrio cultural e social. Porém, para que isto seja eficaz, é necessário assegurar políticas públicas que permitam a construção e a oferta todas as condições necessárias à educação de qualidade.

Sob essa égide, é importante destacar que as políticas públicas educacionais no Brasil surgiram desde os primeiros anos da República, quando se defendia a educação primária gratuita para todas as pessoas e a Constituição, à aquela época, permitia sua laicidade. Nesse contexto, foi criada a Associação Nacional de Educação (ANE), cujo objetivo era favorecer a educação pública obrigatória fundamental. Durante esse período, foram realizadas várias reformas que proporcionaram o estabelecimento, a estrutura e o funcionamen-

to do ensino secundário. Assim, no início da República, começou-se a abrir as portas para o surgimento de uma política educativa pública, configurando o sistema educativo brasileiro.

Apesar dos grandes avanços educacionais ocorridos ao longo dos anos, nosso país necessita de políticas mais fortes e eficazes, que, de fato, operacionalizem estratégias seguras que permitam enfrentar o desafio do combate às desigualdades sociais, com oferta de educação de qualidade (lembrando que, nos últimos anos, o acesso à educação foi consideravelmente ampliado, mas sem paridade com o aumento da qualidade) e com investimentos que atendam todas as carências existentes na área, além de uma rigorosa fiscalização sobre a aplicabilidade dos recursos destinados. Isso aponta para o fato de que o que já foi feito pela educação brasileira não é suficiente, pois ainda nos deparamos com profissionais sem qualificação, analfabetos, analfabetos funcionais, desvios acentuados das funções, instituições educativas sem estruturas adequadas para funcionar, excesso de alunos por turma e exclusão social em diversas centros e regiões do país.

É reconhecível que o contexto social brasileiro apresenta uma grande necessidade de políticas públicas que garantam mecanismos para superar as desigualdades que permeiam a sociedade e colocam em xeque os fundamentos da democracia, ferindo os princípios constitucionais e ameaçando a dignidade humana. Lembremo-nos de que os países que possuem políticas públicas educacionais efetivas, ou seja, eficientes e eficazes, garantindo os devidos investimentos nesta área, apresentam altos níveis de escolaridade e de qualificação e são considerados países desenvolvidos.

A educação, como dever do Estado, da família e da sociedade no seu conjunto, deve estar balizada por políticas que garantam os mecanismos que permitam a democratização e o acesso a processos educacionais de qualidade. Para isso, há que se contar com o comprometimento tanto dos poderes públicos como da sociedade, visto que a essência da educação depende dos esforços coletivos. É esse comprometimento que torna possível a oferta de uma educação que efetivamente promova o desenvolvimento individual e social do homem, facilitando a construção e o exercício da cidadania.

Assim posto, observa-se que os programas educacionais implementados pelos governos, no Brasil, nas últimas décadas, geralmente, em sua ideação parecem plausíveis, no entanto, o que se viu operar na prática não condiz com as proposições teóricas. A falta de políticas públicas educacionais que garantam a continuidade das inúmeras reformas e dos incontáveis programas na área da educação acaba confluindo para a inadequada utilização dos recursos financeiros e humanos, configurando prejuízos e perdas dos mais diversos matizes: pedagógicos, econômicos, sociais etc.

Com efeito, todos os que creem e reconhecem o direito à educação devem exigir a aplicação de políticas cujos objetivos se centrem na qualidade

e não somente em estatísticas muitas vezes tendenciosas e falaciosas, que servem apenas para uma amostragem fictícia. Na verdade, a qualificação da educação brasileira depende de programas e da harmonia entre as entidades formadoras e a sociedade, balizados por políticas públicas educacionais efetivas.

Essas políticas são ações que o Estado, que preconizam compromissos e mecanismos que possibilitam o desenvolvimento cultural e social de uma nação. É um conjunto de ações sociais que dependem não só do governo, mas do conjunto da sociedade e das instituições educativas, com a intenção de garantir os direitos de cidadania de todos. Portanto, deve existir uma relação harmoniosa entre o Estado, as entidades formadoras e a sociedade, para além da definição de algumas atividades de avaliação para a planificação de políticas, para a posterior procura de novas ações.

Como sabemos, a educação é uma área que requer especial atenção por parte do Estado, com políticas que favoreçam o fortalecimento das capacidades intelectuais, éticas e afetivas do cidadão. Os objetivos traçados nas ações dessas políticas só serão concretizados quando for permitida uma análise para eventuais reorientações. São essas análises que, uma vez realizadas, evidenciam os desafios e as possibilidades dos sistemas educacionais, possibilitando o planejamento de estratégias para superar as lacunas e maximizar as oportunidades.

Dessa feita, existe uma necessidade premente de reordenamento nas políticas públicas brasileiras, em todas as áreas, e, especialmente, na educação, já que essa área afeta todas as demais, isto é,

[...] os problemas educacionais não têm origem exclusivamente na educação, mas busca-se resolvê-los apenas com reformas educacionais. O tema do abandono precoce da escola é um exemplo paradigmático desta situação, um alto percentual de fracasso escolar tem sua origem direta nas carências econômicas, sociais e culturais que sofrem determinados grupos da população (CARNOY, 2002, p. 102).

Os objetivos advindos das políticas educativas devem determinar a implementação de ações que orientem a redistribuição dos benefícios sociais, visando a redução das desigualdades e o desenvolvimento socioeconômico. Neste contexto, cabe, principalmente, às autoridades responsáveis pelos sistemas educativos analisarem e refletirem sobre os investimentos realizados e os respectivos resultados, evitando que as prioridades educativas colocadas em segundo plano.

A esse respeito, nos últimos anos, o nosso país avançou muito com as políticas públicas, compreendendo que a educação é o principal motor responsável pela promoção do desenvolvimento. No entanto, como sabemos, para isso, não basta o esforço específico do governo, é necessário que todos

estejam envolvidos nesse processo, em sinergia com as mesmas metas, com as mesmas perspectivas e, sobretudo, com as mesmas esperanças. Sem dúvida, é este conjunto de esforços, especialmente educativos, que permitirá consolidar a equidade e os valores humanos para todos.

Para Comenius, no século XVII, já afirmava que “[...] o sistema educativo deve articular-se, reconhecendo o igual direito de todos os homens ao conhecimento, desenvolvido por meio da educação permanente, ao longo da vida humana” (COMENIUS, 2011, p. 12). Portanto, é fundamental estarmos atentos ao fato de que as políticas educativas definem que cada pessoa tem direito a frequentar a escola, que deve oferecer uma educação de qualidade.

Desse modo, as políticas que regem a educação no Brasil precisam refletir profundamente sobre o tema, descartando a importância quantitativa, mas enfatizando a qualidade que possibilitará o pleno exercício da cidadania do indivíduo. A experiência de países mais desenvolvidos aponta para a certeza de que investir no setor da educação é, ao mesmo tempo, apostar no desenvolvimento sociocultural de um povo e no futuro promissor de uma nação. Assim,

[...] democratizar a educação seria a condição necessária para a democratização social. Depois da Segunda Guerra Mundial, a expansão educativa foi considerada como uma necessidade para o crescimento econômico. Gastar em educação seria investir, tanto ao nível individual quanto social. Dessa forma, a democratização e o desenvolvimento econômico apareceram com os objetivos básicos da política educacional, e foi a partir dessa perspectiva que o funcionamento real dos sistemas educacionais existentes foi avaliado (TEDESCO, 1995, p. 92).

É inegável que, nas últimas décadas, tem havido uma queda na taxa de analfabetismo no Brasil, graças aos investimentos econômicos na área da educação, à preparação dos profissionais e à consciência da própria sociedade, que gradualmente começou a perceber a importância incomensurável dos esforços aplicados na educação das crianças. Ainda assim, a reflexão sobre a educação que a sociedade brasileira espera apresenta-se como um desafio. No entanto, muito importante e salutar entender que a cada desafio correspondem inúmeras possibilidades.

3 AS ÚLTIMAS TRÊS DÉCADAS: DESAFIOS QUE PRECONIZAM POSSIBILIDADES

Nos últimos trinta anos, o Brasil passou por uma série de transformações em suas políticas públicas de educação. Apesar de entraves, de diversas naturezas e em diferentes estamentos, essas mudanças refletem o esforço e uma busca contínua por melhorias na qualidade do ensino e na ampliação do acesso à educação em todos os níveis.

A Constituição Federal de 1988 definiu a educação como um direito de todos e dever do Estado, estabelecendo as bases para uma série de reformas e políticas educacionais subsequentes. Na década posterior, em 1996, a promulgação da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDBEN) n.º 9.394 foi um marco importante ao estabelecer as diretrizes gerais para a educação brasileira, consolidando princípios como a descentralização, a gestão democrática e a valorização dos profissionais da educação. A partir de então, houve a expansão do ensino fundamental, com esforços para garantir que todas as crianças tenham acesso à educação básica. Também, foram implementados programas de transferência de renda, como o Bolsa Família, por exemplo, que tiveram impacto positivo na frequência escolar, ajudando a reduzir a evasão escolar e aumentar o acesso à educação.

Na esteira dessas transformações, encontra-se, também, a ampliação considerável do acesso ao ensino superior, com a criação de novas universidades e a expansão das vagas em instituições públicas e privadas. Programas como o Programa Universidade para Todos (ProUni) e o Fundo de Financiamento Estudantil (FIES) foram criados para facilitar o acesso ao ensino superior por meio de bolsas de estudo e financiamentos.

Em relação à avaliação e à qualidade da educação, foram implementados sistemas de avaliação da qualidade da educação, como o Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) e o Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (IDEB), que ajudaram a monitorar o desempenho das escolas e dos alunos.

Há que se destacar, também que o país adotou, nos últimos anos, políticas de inclusão, como a educação inclusiva de alunos com deficiência, visando garantir que todos tenham acesso a uma educação de qualidade, independentemente de suas condições. E, em se tratando de inclusão, faz-se pertinente evidenciar que as políticas públicas de educação no Brasil têm evoluído, ao longo dos anos, para promover a inclusão de diversos grupos sociais historicamente marginalizados, incluindo a comunidade LGBTQIAPN+ (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais, Queer, Intersexuais, Assexuais, Pansexuais e Não-binários), pessoas negras, indígenas e quilombolas. A inclusão desses grupos é fundamental para a promoção da equidade e da diversidade no sistema educacional brasileiro.

Em relação à inclusão da comunidade LGBTQIAPN+, políticas públicas têm sido desenvolvidas para combater a homofobia e a transfobia nas escolas, promovendo um ambiente educacional mais seguro e inclusivo. Uma das ações, nesse sentido, é a inclusão de temas relacionados à diversidade sexual e de gênero, na formação de professores, capacitando os educadores a lidarem com questões LGBTQIAPN+ de maneira sensível e inclusiva, além da criação de materiais didáticos que representem positivamente a diversidade de orientações sexuais e identidades de gênero.

Quanto à inclusão de pessoas negras na educação, a Lei n.º 10.639/03 tornou obrigatório o ensino da história e cultura afro-brasileira e africana

nas escolas, contribuindo para a valorização da herança cultural afrodescendente. Ademais, houve a adoção de políticas de cotas raciais em universidades públicas e instituições de ensino técnico visando aumentar o acesso de pessoas negras ao ensino superior. Foram estabelecidas, também, políticas específicas para a educação quilombola, que reconhecem a importância da preservação da cultura e da história dessas comunidades, visto que a educação quilombola visa a um currículo diferenciado, que leve em consideração as particularidades culturais e históricas dessas comunidades. E, nessa mesma direção, as políticas reconheceram a importância da educação escolar indígena, que deve respeitar e valorizar as línguas e culturas indígenas, promovendo a inclusão de comunidades indígenas no sistema educacional e contribuindo para a preservação das tradições.

No entanto, é importante reconhecer que, apesar dos avanços, os desafios persistem na implementação efetiva dessas políticas. A desigualdade de acesso à educação de qualidade ainda é uma realidade para muitos indivíduos pertencentes a esses grupos. A discriminação, o preconceito e a falta de recursos adequados continuam sendo barreiras significativas para a inclusão plena. Além disso, a educação inclusiva deve ir além da inclusão de grupos específicos e abranger a diversidade em todas as suas formas, como pessoas com deficiência, imigrantes, refugiados e outros grupos minoritários.

As políticas públicas de educação no Brasil têm se esforçado para promover a inclusão de LGBTQIAPN+, pessoas negras, indígenas e quilombolas, reconhecendo a importância da diversidade e da equidade no sistema educacional. Porém, este é um processo contínuo que requer compromisso, recursos e esforços para superar desafios persistentes e garantir que todos tenham igualdade de acesso à educação de qualidade.

Desse modo, percebe-se que muitos desafios são persistentes e devem ser enfrentados. Ademais, não podemos nos esquecer que a pandemia de COVID-19 teve um impacto significativo na educação brasileira, evidenciando ainda mais questões como relacionadas à educação a distância, incluindo a falta de acesso à tecnologia e a desigualdade digital. Isso destacou a necessidade de investimentos em infraestrutura de TIC e capacitação de professores.

Portanto, uma análise crítica das políticas públicas de educação no Brasil revela uma série de desafios e pontos de preocupação, apesar dos avanços que ocorreram ao longo dos anos. A desigualdade educacional persiste como um dos problemas mais sérios no sistema educacional brasileiro. As disparidades regionais, socioeconômicas e étnico-raciais continuam a ser obstáculos significativos para o acesso igualitário à educação de qualidade.

A qualidade da educação no Brasil é frequentemente questionada. Ainda há problemas sérios em relação à formação de professores, às condições das escolas, aos materiais didáticos e à infraestrutura. Isso afeta negativamente a capacidade de oferecer um ensino de alto padrão. Além disso, a taxa de eva-

são escolar no Brasil é preocupante. Muitos alunos não conseguem concluir seu ciclo educacional, especialmente no ensino médio. Isso é um reflexo da falta de qualidade do ensino e de fatores socioeconômicos que levam os alunos a abandonar a escola.

Muitas escolas públicas brasileiras enfrentam carências sérias de infraestrutura e recursos. Falta de laboratórios, bibliotecas, acesso à internet e até mesmo de material básico de ensino são problemas comuns. E, também, os professores, muitas vezes, enfrentam condições de trabalho desafiadoras, baixos salários e falta de apoio profissional. Isso resulta na desmotivação e na dificuldade de atrair e reter profissionais talentosos na área da educação.

Apesar dos avanços na legislação de inclusão, ainda há desafios significativos na garantia de educação de qualidade para alunos com deficiência. A falta de acessibilidade nas escolas e a capacitação insuficiente de professores são questões que precisam ser enfrentadas. Somado a isso, o financiamento da educação no Brasil é frequentemente considerado insuficiente para atender às necessidades do sistema. Isso afeta a qualidade do ensino e a disponibilidade de recursos para infraestrutura, materiais e formação de professores.

A gestão das políticas educacionais no Brasil pode ser ineficiente e burocrática. Isso muitas vezes leva a uma falta de coordenação entre os diferentes níveis de governo e dificulta a implementação eficaz das políticas. Embora exista um reconhecimento da importância da participação da sociedade civil na formulação e implementação de políticas educacionais, essa participação ainda pode ser limitada em muitos casos.

Em síntese, as políticas públicas de educação no Brasil enfrentam uma série de desafios complexos que vão desde a desigualdade de acesso e qualidade até questões de financiamento, de infraestrutura e de valorização dos profissionais da educação. Melhorar o sistema educacional brasileiro requer um compromisso contínuo com a equidade, a qualidade e a eficiência, além de investimentos significativos e reformas estruturais em todos os níveis do sistema educacional. Esse compromisso teve suas bases assentadas na promulgação da LDBEN de 1996, questão merece ser melhor discutida.

4 OS DISPOSITIVOS LEGAIS PARA O ESTABELECIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE EDUCAÇÃO: AVANÇOS E PERCALÇOS

Percebe-se, portanto, que o governo federal, por meio do Ministério da Educação e Cultura (MEC), nos últimos anos, buscou promover programas educacionais para resgatar a qualidade da educação brasileira. Esses programas demonstram as melhores intenções possíveis, mas, por vezes, tornam-se ineficazes devido à falta de interesse no seu cumprimento, à falta de supervisão dos recursos atribuídos, a sua má aplicação e a uma série de outros fatores.

Neste esforço para o estabelecimento de políticas públicas educacionais, encontramos, entre vários mecanismos, a implementação da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDBEN), Lei n.º 9.394/96, que tem como objetivo disciplinar e estruturar o funcionamento do sistema educativo brasileiro, a criação do Fundo para a Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e Valorização de Profissionais em Educação (FUNDEB), por meio da Lei n.º 11.494/07, vigente entre 2007/2020, que orienta a aplicação de recursos na área, com aspirações de desenvolvimento social, a instituição do Piso Salarial Nacional para o Ensino (PSNM), por meio da Lei n.º 11.738/08, que regulamentou o salário nacional dos profissionais da educação básica, e a elaboração do Plano Nacional de Educação (PNE).

Com regulações robustas e laboradas, essas leis têm como objetivo avançar no desenvolvimento educacional básico do Brasil, mas seus efeitos práticos, muitas vezes não alcançaram o que efetivamente era desejado, sobretudo, devido à política partidária e à ausência de fiscalização.

Um exemplo da dissonância entre o que preconizam as leis e o que, na prática, acontece pode ser visto, por exemplo, na LDBEN. Em seu artigo 2º, garante-se que a educação, dever da família e do Estado, tem por objeto o pleno desenvolvimento do aluno, a sua preparação para o exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho e, no artigo 32º, parágrafo I, menciona-se a Escola Primária, com o objetivo de desenvolver a habilidade, com pleno domínio da leitura, escrita e cálculo. No entanto, é necessário fazer a seguinte reflexão: os nossos alunos, no final da escola primária, correspondem a estas perspectivas? E quando terminam o secundário, estão realmente preparados para o pleno exercício da cidadania?

Outro exemplo. No que diz respeito ao FUNDEB, os recursos alocados parecem ser suficientes, porém, com frequência, o que se vê é a má gestão desses recursos, resultando em aplicações ineficientes e em desperdício do erário público. Entre os recursos federais, o orçamento de educação é um dos maiores destinados aos municípios que, muitas vezes, utilizam-no para fins que, supostamente, não fazem parte do orçamento, proporcionando, de alguma forma, um déficit na área.

Outra questão tem a ver com o Piso Salarial Docente, criado em julho de 2008, que abarca os profissionais que exercem a atividade docente, pedagogos, diretores, supervisores, assessores, inspetores. O piso tornou-se referência dos planos de parreira, pargos e salários, criados por estados e municípios, com o objetivo de valorizar os profissionais da educação, além de incentivá-los a melhorar e a permanecer na área. No entanto, em muitos estados e municípios não há respeito ao Piso.

O novo Plano Nacional de Educação (PNE), por sua vez, reavivou muitas expectativas da sociedade brasileira, que sempre desejou maiores investimentos no setor. As estratégias estabelecidas trouxeram credibilidade e

otimismo ao sinalizar mudanças positivas. A partir do PNE, os estados e os municípios criaram seus Planos Estaduais de Educação (PEE) e Planos Municipais de Educação (PME), ajustados ou condicionados a suas realidades. Porém, muitas vezes, o que se vê é apenas a elaboração e a divulgação de planos, sem efetiva aplicabilidade e impacto nas práticas educacionais.

Em meio a toda turbulência socioeconômica que o Brasil atravessa nos últimos anos, têm sido observadas políticas que são utilizadas como meros paliativos na educação. São programas de caráter político que não desenvolvem o espírito crítico e o pensamento reflexivo, nem estimulam a criação cultural do indivíduo. A expansão dos programas educativos é claramente visível, mas os resultados esperados são obscuros.

A reforma do Ensino Médio, por exemplo, pode ser interpretada, por muitos, como uma dessas medidas paliativas no sector educativo, já que apresenta um aumento progressivo da carga horária, o controverso argumento da educação integral e a formação técnica e profissional, tendo como conseqüências, a redução do conhecimento para aqueles que o têm por direito, conforme o previsto pela lei.

Portanto, são muitas as leis que geraram expectativas na população brasileira, que ainda acredita em dias melhores e espera uma educação que atenda às necessidades reais dos indivíduos, transformando-os em verdadeiros cidadãos. São estas políticas educativas públicas que podem fazer a diferença, permitindo a superação das desigualdades sociais, da exclusão e do racismo.

O Estado brasileiro está encarregado de implementar políticas energéticas que reparem supostas ineficiências e ofereçam possibilidades para os avanços orientadores de uma verdadeira cidadania. Acredita-se que o financiamento da educação, refletido de antemão e consultado previamente com a sociedade, seja determinante para se alcançar uma educação de nível qualitativo. Os recursos previstos para a educação, especialmente a dos municípios, são essenciais e significativos para a realização dos benefícios comuns de que a sociedade necessita.

Portanto, considera-se missão do Estado, desenvolver projetos que estabeleçam as metas e as estratégias para a execução das ações preconizadas pelas diversas políticas educacionais. Porém, o que se tem notado é a frequente criação de projetos consideráveis, mas que, ao fim tornam-se fictícios ou são desprezados ao longo caminho.

Sabe-se que nenhum país progride se a sua educação não for uma prioridade. A precariedade da educação traz danos irreversíveis. Por isso, todos precisam e devem ter acesso a uma educação de qualidade, garantida pelas políticas públicas, com base na regulamentação das leis que as regulam. Portanto, as políticas públicas são necessárias, pois fazem parte da vida social cotidiana, sendo decisivas para orientar projetos que, se bem desenvolvidos, podem levar a resultados satisfatórios. Pelo contrário, o que se tem é a perda

de trabalho e de recursos. Desse modo, investir bem na área da educação, por meio de projetos adaptados às necessidades da sociedade, significa economizar gastos futuros em outras áreas, como a saúde e a segurança. Uma sociedade que tem a educação consolidada nos preceitos constitucionais, certamente, está preparada para contribuir para o desenvolvimento de sua pátria.

Investir bem, isto é, de forma adequada, eficaz e eficiente, na educação, é acreditar e trabalhar efetivamente para um futuro melhor, com vista a uma sociedade mais justa e igualitária. A construção da cidadania, dúvida, está atrelada à oferta de uma educação de qualidade que, por sua vez, depende da implementação de recursos provenientes das políticas públicas. Assim, é necessário democratizar a construção dos processos educativos, realizando diagnósticos, discutindo os problemas com a sociedade e flexibilizando as estratégias de acordo com as necessidades reais.

Infelizmente, no nosso país, ainda, persistem obstáculos à escolarização e ao sucesso acadêmico, que permeia por numerosas variáveis, desde a falta de preparação dos docentes até às insuficiências de espaços físicos, recursos mal administrados, deficientes condições econômicas, entre outros aspectos. Por conseguinte, é necessário dispor de políticas educativas que priorizem todas essas exigências para combater a exclusão e avançar o desenvolvimento social.

As políticas públicas devem dar prioridade à qualidade da educação, a fim de melhorar o desempenho acadêmico dos estudantes e estabilizar o nível socioeconômico. Nesse sentido, destaca-se que o financiamento dessas políticas é um fator decisivo para que a educação atinja o melhor nível qualitativo, oferecendo ao estudante subsídios para a realização dos objetivos desejados.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A educação é um campo social, responsável pela transformação positiva da sociedade, e, portanto, necessita ser vista e considerada como um direito fundamental da pessoa e um dever do Estado, que tem a responsabilidade de implementar políticas públicas capazes de garantir com qualidade. Nesse sentido, a educação configura-se como um caminho promissor para a melhoria das condições socioeconômicas de uma nação.

No entanto, é necessário pensar as políticas educativas como essenciais para orientar a cidadania e para a formação de uma base nacional igualitária e verdadeiramente ativa. Não basta a criação de reformas educativas, simplesmente para cumprir as convicções políticas ou alinhar-se aos modismos. O que se espera, de fato, é o estabelecimento de um sistema que possa atender as necessidades reais da nação, atenuando as desigualdades sociais, fortalecendo o sentido crítico dos indivíduos.

Nesse sentido, as políticas públicas têm o objetivo de possibilitar a construção do bem comum de todos os cidadãos que integram a sociedade. Cabe, então, ao Estado, juntamente com os demais entes sociais, refletir sobre o compromisso que a ação governamental e civil tem com suas implementações, para que contribuam à transformação, em virtude dos direitos previstos na Constituição Federal.

Sem dúvidas, as políticas educativas no Brasil têm avançado muito nos últimos anos, mas também, percebe-se que seus efeitos não têm alcançado a maioria das metas desejadas. Essas políticas refletem uma busca constante por melhorias no acesso e na qualidade da educação. Embora tenham sido feitos progressos significativos, os desafios persistem, e a educação continua sendo uma questão central para o desenvolvimento do país. A busca por soluções eficazes deve considerar tanto a inclusão quanto a qualidade, bem como a necessidade de recursos adequados e uma gestão eficiente para alcançar metas educacionais mais ambiciosas no futuro.

Assim considerado, é possível destacar alguns pontos cruciais que emergem, a partir da revisão das políticas públicas de educação no Brasil ao longo das últimas três décadas. Esses pontos podem ajudar a sintetizar as principais questões ligadas a essas políticas, oferecendo *insights* valiosos sobre os desafios e perspectivas futuras na área educacional.

Em relação aos avanços e desafios, é possível identificar que o Brasil registrou avanços significativos em termos de ampliação do acesso à educação, especialmente no que diz respeito à universalização do ensino fundamental e ao aumento do acesso ao ensino superior. No entanto, persistem desafios consideráveis na garantia da qualidade do ensino em todos os níveis.

Quanto à questão das desigualdades sociais, elas continuam sendo um dos maiores obstáculos para a efetivação das políticas públicas de educação. As disparidades regionais, socioeconômicas e étnico-raciais têm um impacto substancial no acesso e na qualidade da educação no Brasil.

No que diz respeito à valorização dos profissionais da educação, é crucial reconhecer a importância desses profissionais, desde professores até gestores e demais envolvidos na área. Investir na formação e valorização desses profissionais é essencial para garantir a qualidade da educação.

Sobre a inclusão e a diversidade, nota-se que a inclusão de grupos historicamente marginalizados, como pessoas com deficiência e minorias étnicas, é um princípio fundamental das políticas educacionais modernas. Nesse sentido, garantir a igualdade de oportunidades e a diversidade no ambiente educacional é um desafio e uma responsabilidade inegável.

Há que se destacar, também, a importância do financiamento, atentando-se ao fato de que a disponibilidade de recursos financeiros adequados é um elemento-chave para o sucesso das políticas públicas de educação. O Brasil enfrenta desafios relacionados ao financiamento sustentável da educação,

exigindo um debate contínuo sobre o investimento necessário para alcançar as metas educacionais.

Outro aspecto importante, refere-se à participação da sociedade civil, visto que o envolvimento ativo da sociedade civil, incluindo pais, alunos, organizações não governamentais e comunidades locais, desempenha um papel fundamental na construção e monitoramento das políticas educacionais.

A internacionalização da educação, também, é uma questão relevante. As políticas educacionais do Brasil são influenciadas por tendências globais e acordos internacionais. É importante equilibrar a busca por padrões internacionais de qualidade com a preservação das especificidades culturais e sociais do país.

Por fim, não se pode esquecer dos desafios futuros, pois a trajetória das políticas públicas de educação no Brasil é marcada por avanços, mas também por retrocessos e discontinuidades. Olhar para o futuro requer um compromisso contínuo com a melhoria da qualidade da educação e a superação das desigualdades.

Em resumo, a revisão das políticas públicas de educação no Brasil, ao longo das últimas três décadas, revela um cenário complexo e dinâmico, onde há muito a ser feito. Garantir o acesso equitativo à educação de qualidade é um desafio constante que demanda ações coordenadas em diferentes níveis de governo, bem como o envolvimento da sociedade como um todo. É imperativo que o Brasil continue a buscar soluções inovadoras e a promover políticas educacionais baseadas em evidências para enfrentar os desafios do século XXI e oferecer um futuro mais promissor para suas gerações futuras.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 02 fev. 2021.
- BRASIL. Ministério de Educação e Cultura. **LDBEN**, Lei nº 9394/96, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as Diretrizes e Bases da Educação Nacional.
- CARNOY, Martins. **Mundialização e reforma na educação**. Brasília: UNESCO, 2002.
- COMENIUS. **Didática Magna**. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2011.
- TEDESCO, Juan Carlos. **Sociologia da Educação**. 4. ed. Campinas, São Paulo: Autores Associados, 1995.

11

EDUCACIÓN EN DERECHOS HUMANOS, MEMORIA Y VERDAD: REFLEXIONES SOBRE LAS POLÍTICAS EN LATINOAMÉRICA

Celma Tavares¹¹⁶

1 INTRODUCCIÓN

La educación en derechos humanos (EDH), comprendida como un “proceso sistemático y multidimensional que orienta la formación del sujeto de derecho” (BRASIL, 2006, p.25) está presente en los documentos internacionales de Naciones Unidas desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. A partir de ese marco la EDH ha ido ganando relevancia en los foros internacionales, en especial en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993. Inmediatamente después se estableció el Decenio de Naciones Unidas para la Educación en la Esfera de los Derechos Humanos, entre 1995–2004, y se elaboró el Programa Mundial de Educación en Derechos Humanos, que se inició en 2004.

En el ámbito latinoamericano este tipo de educación surge en el contexto de las luchas y movimientos sociales de resistencia frente al terrorismo de Estado¹¹⁷ de las dictaduras. Las primeras experiencias, según los registros del Consejo de Educación en Derechos Humanos de Latinoamérica, se materializaron mediante experiencias de educación popular y de educación no formal.

116 Pedagoga. Experta en educación en derechos humanos. Doctorado Pasado y Presente de los Derechos Humanos (Universidad de Salamanca/España). Postdoctorado en Derechos Humanos y Derechos Sociales (CEB/USAL). Miembro del GIR Historia de los Derechos Humanos de la Universidad de Salamanca. Miembro de la Red Latinoamericana y Caribeña de Educación en Derechos Humanos. celmatav@usal.es.

117 Entendido como “un sistema político cuya regla de reconocimiento permite e/o impone la aplicación clandestina, imprevisible, y difusa de medidas coercitivas prohibidas por el ordenamiento jurídico proclamado, que obstaculiza o anula la actividad judicial y convierte al gobierno en agente activo de la lucha por el poder” (VALDES, 1989, p.39). Esas medidas coercitivas prohibidas son, por ejemplo, ejecuciones, torturas, desaparecimientos forzados, etc.

Magendzo (2010) explica que la EDH se hizo presente en los años ochenta del siglo pasado cuando se convirtió en un pilar fundamental en los procesos de (re)democratización, siendo sus principales actores las organizaciones no gubernamentales. En términos normativos dentro del sistema interamericano se redactaron documentos como el Protocolo de San Salvador, de 1988, y el Pacto Interamericano de Educación en Derechos Humanos, de 2010. De acuerdo con el Protocolo, “la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz”. (ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, 1988, art. 13, inc. 2). Específicamente en el ámbito del Mercosur se elaboraron, en 2016, las Directrices para una Política de Educación y Cultura en Derechos Humanos.

Por lo que se percibe mucho de la trayectoria de la EDH se encuentra delimitada por su estructura normativa internacional e interamericana. Sin embargo, hay dos cuestiones importantes que se debe añadir. La primera es comprender las concepciones de la educación en derechos humanos más utilizadas. De acuerdo con Candau (2013, p. 62-63), hay actualmente dos tipos hegemónicos: un abordaje que concibe los derechos humanos como “una estrategia para mejorar la sociedad dentro del modelo vigente, sin cuestionarlo en su estructura básica”, y otra que percibe esos derechos como “mediaciones para la construcción de un proyecto de sociedad igualitario, sostenible y plural”. En este trabajo se adopta este último abordaje. La segunda es señalar que este tipo de educación se compone de tres elementos: la formación del sujeto de derecho, el empoderamiento individual y colectivo, y el educar para nunca más;¹¹⁸ este último aspecto está relacionado con el derecho la memoria y verdad.

En esta perspectiva, la memoria democrática se puede comprender como resultado de procesos en los cuales se construyen sentidos sobre el pasado en relación a las necesidades del presente y a las expectativas de futuro. Puesto que uno de los elementos fundamentales de la memoria y verdad es la búsqueda por garantizar que las experiencias traumáticas de graves violaciones a los derechos humanos nunca más puedan repetirse.

En el ámbito del derecho a la memoria y verdad Naciones Unidas presenta mecanismos para su realización que provienen del derecho humanitario internacional, como las Convenciones de Ginebra, de 1949, que ya destacan la importancia de que los familiares de las víctimas tengan sus demandas atendidas, y el Protocolo Adicional a las Convenciones, de 1977, que hace expresa referencia al derecho de las familias a conocer el destino de

118 Según Sacavino (2015, p.71) “el nunca más alude a las consignas utilizadas por los movimientos de derechos humanos en el Cono Sur. (...) Esta expresión fue reafirmada y comenzó a ser incorporada a la lucha contra los horrores de la dictadura por los grupos de derechos humanos”.

sus familiares muertos o desaparecidos. Pero también provienen del derecho internacional de los derechos humanos, como la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 2006, que se ve fortalecida por documentos como los Principios Joinet, el Conjunto actualizado de principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, y el Comentario-General n. 20 y el Comentario General n. 31, del Comité de Derechos Humanos.

A la vez, además del aspecto normativo, es fundamental conocer las políticas que orientan el campo de la EDH y especialmente de la memoria y verdad. Aquí es necesario señalar que se comprende, de acuerdo con Texeira (2002), que las políticas públicas son directrices y principios orientadores cuya realización es responsabilidad del Estado, en mediación con los diferentes segmentos de la sociedad, de forma participativa y como guías de las acciones de gobierno.

Por ello, el objetivo de este texto es reflexionar sobre las políticas de educación en derechos humanos, memoria y verdad en Latinoamérica; lógicamente sin la pretensión de establecer un cuadro exhaustivo sobre ellas. Así, el presente trabajo es el resultado de una investigación cualitativa, de carácter exploratorio, que busca trazar un panorama sobre los temas en cuestión a partir del análisis de datos documentales y bibliográficos, informes y legislación (GHEDIN; FRANCO, 2008).

El texto está estructurado en tres partes, además de las consideraciones finales. En la primera parte se presenta, de forma breve, los procesos de democratización, en su relación con la EDH. En la segunda parte se discuten las acciones de educación en derechos humanos. En la tercera parte se analiza la importancia del derecho a la memoria y verdad en el trabajo de educar para el nunca más, apuntando los avances en la región.

2 LA URGENTE TAREA DE CONSTRUIR DEMOCRACIA ARTICULADA A LA EDUCACION EN DERECHOS HUMANOS

Antes de iniciar las reflexiones sobre las políticas de EDH, memoria y verdad es necesario situar el contexto¹¹⁹ en el cual estas se desarrollan. Es importante señalar, por un lado, la existencia de diversos grados de demo-

119 Aquí cabe añadir el escenario de intersección entre varias crisis concomitantes a la pandemia del Covid-19: crisis climática y ambiental, crisis social – con la desarticulación de los derechos y servicios públicos – y crisis política, marcada por una crisis de representación, de retroceso en las democracias liberales y de emergencia de la extrema derecha. Crisis estas que gravitan alrededor de la profundización de la crisis estructural del capitalismo, cuyos desdoblamientos resultaron de la ruina financiera de 2008, lo que ha permitido en los últimos años desvelar las profundas desigualdades, especialmente las de clase, raza y género.

cratización en los países latinoamericanos, y por otro, que el ejercicio del poder político debe estar sujeto al estado de derecho (FERRAJOLI, 1995) y a los derechos humanos (HERRERA FLORES, 2008).

Así, la concepción de democracia utilizada en este texto no se restringe a su campo dominante, es decir, la idea puramente formal de democracia, ni al ámbito de la democracia liberal. Al revés, entiende que para considerar la democracia como condición necesaria al ejercicio de los derechos humanos se requiere emprender el modelo de democracia sustantiva (FERRAJOLI, 2008), compartiendo de la propuesta de Sánchez Rubio (2011, p.32) de que “es necesario expandir la mirada e incorporar más elementos que forman parte de la acción democrática en todas las esferas de lo social”.

Desde esta perspectiva y dirigiendo la mirada al ámbito latinoamericano, es posible identificar que los procesos de democratización en esta parte del mundo son complejos. O'Donnell (2008) los sitúa en una segunda transición, que avanza desde la institución de un gobierno democrático hasta la consolidación de la democracia. Pero este no es un camino lineal, sino que está marcado por avances y retrocesos y demanda una transformación más profunda, con el desmontaje de las estructuras de poder y de las culturas de dominación, algo que la EDH tiene mucho que aportar.

Así, O'Donnell (2008) califica la mayoría de los países latinoamericanos con el concepto de Estado angosto, es decir, Estados que tienen una acción reducida, presentando muchas fragilidades en sus procesos de democratización. Estos países, según el autor, poseen “escasa capacidad para democratizar sociedades afectadas por una larga y pesada historia de desigualdad y heterogeneidad social” (O'Donnell, 2008, p. 37). Este Estado angosto, a su vez, produce lo que el autor califica de ciudadanía de baja intensidad.

Aunque hayan transcurrido dos décadas desde la publicación de la Carta Democrática Interamericana, la realidad, como explica O'Donnell, es que “en Latinoamérica aprendimos que un Estado de baja eficacia, efectividad y credibilidad puede convivir con un régimen de elecciones razonablemente competitivas y con la vigencia de ciertas libertades”.¹²⁰

Esta cuestión de la baja calidad de las democracias latinoamericanas no es nueva, en especial la baja adhesión de la población a este régimen. Los datos de las series producidas por Latinobarómetro desde 1995, que analiza 18 países, ya apuntaba la trayectoria que ha conducido al retroceso actual, de emergencia de la extrema derecha y de golpes contra gobiernos legítimamente elegidos.

¹²⁰ Aquí es importante señalar que actualmente sigue habiendo la subordinación de la política a los intereses económicos dominantes, y que estos vienen vaciando la fuerza del voto y fomentando una descreencia respecto a la experiencia de la democracia.

Dicha problemática es igualmente señalada en el último Informe de Oxfam Internacional, divulgado en 2021, sobre crisis y captura¹²¹ de la democracia en América Latina y Caribe. Según el informe “el estrecho vínculo que existe entre desigualdad, poder y dinero es central para entender cómo países con tanta riqueza generan a la vez pobreza y privilegios”. En este sentido, el resultado de este vínculo “es una elevada desigualdad que deslegitima el sistema democrático al permitir que aquellos que más poder tienen ejerzan una mayor influencia política” (OXFAM, 2021, p. 3). Así, la captura de la democracia genera “el proceso de alejar las decisiones de política pública del interés público hacia los intereses de un grupo o persona específica de forma repetida y consistente” (OXFAM, 2021, p. 3) y acaba por reducir el apoyo a la democracia por parte de la población. A ese panorama es importante añadir la ofensiva conservadora y neoliberal contra los gobiernos de la región por medio de la sistemática práctica de *lawfare* y de guerra híbrida.

De ese modo, un proceso de EDH que busque contribuir a la formación de una conciencia política consonante con la construcción de las democracias latinoamericanas no puede prescindir de comprender y abordar todos esos aspectos, principalmente porque es en ese campo donde su eje del educar para el nunca más puede colaborar en la ampliación de los procesos de democratización y memoria.

3 LOS AVANCES Y FRAGILIDADES DE LA EDUCACIÓN EN DERECHOS HUMANOS EN EL CONTINENTE

El desarrollo de la EDH en la región ha pasado por fases distintas, desde su inicio en los años ochenta del siglo pasado. Si en sus comienzos el foco ha sido la educación no formal, las iniciativas de EDH en el ámbito de la educación formal, según Vargas (2011), se realizaron desde los años noventa en el marco de reformas educativas y de modernización curricular.

En este sentido, análisis del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) junto a los países que firmaron y/o ratificaron el Protocolo de San Salvador, identifica entre los años 1990 y 2000 avances normativos considerables en casi todos los países. Sin embargo, respecto a los currículos y a los textos utilizados en las escuelas, los contenidos de derechos humanos eran pocos, dispersos y desiguales. La EDH en la formación inicial de los y las docentes era inexistente, mientras que en la formación en servicio variaba según cada país, a pesar de que era mínima, irregular y de baja cobertura. Los contenidos también eran escasos e incompletos. Varias iniciativas

121 La captura es entendida como “el mecanismo por el que se crean y perpetúan la desigualdad y los privilegios, además de una de las causas principales detrás del descontento social y la desafección democrática” (OXFAM, 2021, p. 3.)

empezaron a desarrollarse en ese decenio para mejorar la situación, pero la mayoría no llegó a ser completamente efectivada (RODINO, 2010, p. 15-17).

Para el período de 2000 a 2010, también conforme el análisis del IIDH, sigue habiendo importante expansión de la presencia de la EDH en los documentos normativos en todos los países. Los conocimientos básicos de derechos humanos en los currículos y en los textos estaban presentes en los diversos niveles del sistema escolar. Pero, se han identificado lagunas respecto a: i) profundidad del abordaje de los contenidos; ii) incorporación de la historia de los derechos humanos, de forma insuficiente; iii) consideración de personas destacadas por el trabajo en la defensa de dichos derechos; iv) abordaje de situaciones contemporáneas de violaciones en masa de derechos humanos v) poco contenido sobre las instituciones de protección (RODINO, 2010, p. 18-20).

Otro análisis del IIDH (2013), del segundo decenio de los años 2000, ha constatado “la validez con la que la EDH continúa afirmándose y siendo realizada em prácticamente todos los países de la región” y hace hincapié de que “el progreso en la incorporación de la EDH en los sistemas educativos se mantiene y continúa siendo profundizado” (IIDH, 2013, pp. 15 e 28). A la vez reconoce las diferencias entre los países respecto al desarrollo de la EDH e identifica entre los retos “la necesidad de velar por la calidad y el ahondamiento de los derechos humanos en los programas educativos, pues existe el riesgo de que estos se aborden de manera puramente declarativa y superficial” (IIDH, 2013, p. 16). Así, necesitan atención especial, según el informe, las siguientes cuestiones: a) una adecuada armonización y coordinación entre las diferentes leyes que abordan el tema; b) la consolidación de las organizaciones estudiantiles; c) el avance en el desarrollo curricular, en particular los conocimientos específicos de derechos humanos; d) la aproximación entre lo indicado en los documentos oficiales y las prácticas educativas; e) la consolidación de la educación en derechos humanos como política pública; f) monitoreo y evaluación de los programas existentes (IIDH, 2013, p. 45-47).

En resumen, el IIDH señala que la situación de la EDH en la región ha avanzado, si bien sus pasos han sido en ocasiones muy lentos. Los aspectos normativos, en general, han sido los que más se han ampliado. Mientras la presencia en los currículos, materiales y en la formación inicial aún muestra desequilibrios y lagunas en el campo educacional. Sin embargo, la institución resalta que la EDH continúa estando presente en los diecinueve países analizados¹²² (RODINO, 2015).

¹²² Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Uruguay y Venezuela.

En esta dirección cabe aún destacar la elaboración de planes de derechos humanos y de educación en derechos humanos en algunos de estos países. Los planes de derechos humanos constituyen una herramienta de política pública recomendada a los Estados Parte de Naciones Unidas en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993. Así, en Latinoamérica los países que han elaborado sus planes de derechos humanos, y el respectivo periodo, son los siguientes: Argentina (2017-2020); Bolivia (1999; 2009-2013), Brasil (1996; 2006; 2009),¹²³ Chile (2017); Colombia (2006; 2018-2022); Ecuador (1998),¹²⁴ Guatemala (2007-2017), México (1998; 2004-2006; 2008-2012), Paraguay (2011); Perú (2005; 2014-2016; 2018-2021), Venezuela (1999) (KANDEL, GOTTERO, JARAMILLO, 2021). Respecto a los planes de educación en derechos humanos se han aprobado documentos en Bolivia (2012), Brasil (2006), Colombia (2021), Paraguay (2011) y Uruguay (2016). Además, en Brasil se destacan en la educación formal las Directrices Nacionales para la Educación en Derechos Humanos, de 2012, en el ámbito del Ministerio de Educación, que orienta tanto la educación básica como la educación superior.

Por fin, es necesario señalar el escenario de los últimos años, en muchos países de la región, de retracción de derechos y en materia de institucionalidad democrática, lo que impacta negativamente el desarrollo de políticas públicas en este campo.¹²⁵

4 EDUCACIÓN, MEMORIA Y VERDAD: ALGUNAS POLITICAS EN DESARROLLO

Los países latinoamericanos que experimentaron periodos autoritarios, con regímenes dictatoriales, han recorrido distintos caminos para el restablecimiento de la democracia, en un panorama en que unos han avanzado

123 En Brasil tanto el Plan Nacional de Derechos Humanos de 2009 como el Plan Nacional de Educación en Derechos Humanos de 2006 siguen vigentes, aunque en el periodo de 2016 a 2022, con el golpe que quitó del poder la presidenta Dilma Rousseff y con la emergencia de un “gobierno” de extrema derecha, las acciones de ambos planes no se han desarrollado.

124 Después del Plan de Derechos Humanos de 1998, se elaboraron el Plan Nacional de Desarrollo 2007-2010 y 2017-2021 que estuvieron basados en un enfoque de derechos. De la misma forma que el Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013 y 2013-2017.

125 Las situaciones que la pandemia del Covid-19, por ejemplo, ha descubierto de forma contundente, con la mayor visibilidad de la desigualdad de género, raza/etnia y clase social, indica que la matriz protectora de los derechos humanos, basada en un sistema internacional e interamericano, no se ha efectivizado de manera plena en la institucionalidad pública.

más que de otros¹²⁶ en el proceso de justicia de transición,¹²⁷ como es el caso de Argentina. De forma general, esta trayectoria, que no ha finalizado en ninguno de los países, incluyó, por un lado, leyes de caducidad y de amnistía e indultos, y, por otro lado, la creación de comisiones de la verdad; políticas de reparación; políticas vinculadas a archivos, búsqueda e identificación de víctimas; creación de sitios de memoria; educación para el nunca más, reformas normativas e institucionales, algunas sentencias y condenas, etc.

Asimismo, hay obstáculos a la aplicación de la justicia de transición que se estructuran en cuatro categorías: a) los normativos; b) los organizacionales; c) los políticos-institucionales; d) los sociales. Entre ellos, por ejemplo, delitos y conductas no tipificadas con anterioridad; dificultades para investigar; falta de infraestructura y de recursos físicos, técnicos y humanos; ausencia de coordinación entre las instituciones judiciales; resistencia de sectores de la sociedad en afrontar el pasado de violaciones, etc (VARGAS, 2014).

Ante este escenario se percibe que las políticas de memoria y verdad indican cómo se disputa la construcción o la reconstrucción de la democracia hoy, revelando que la forma de viabilizar el derecho colectivo de conocer ese pasado marca la diferencia entre la preservación de la memoria y verdad o la opción por el olvido.

Así, uno de los aspectos centrales de la memoria y verdad es tratar de garantizar que las experiencias traumáticas nunca más puedan repetirse; lo que indica como el sentido de la memoria va más allá del recuerdo y la reparación simbólica para situarse en el ámbito de la prevención. Aquí se señala cómo la articulación entre memoria y educación es central, en especial cuando esta relación se construye desde los sitios de memoria, que se convierten en espacios de enseñanza y aprendizaje y donde la memoria colectiva se materializa y es resignificada por las personas que transitan en estos lugares.

En esta perspectiva, se identifica en los países latinoamericanos que estuvieron bajo dictaduras una infinidad de sitios de memoria.¹²⁸ Muchos de

126 Por ejemplo, en Latinoamérica “de los 19 países que han pasado por transición, 16 han usado leyes de amnistía. Sin embargo, apenas en un país el Judiciario ha interpretado la ley de manera a barrar juicios: Brasil” (MARQUES, 2018, p.175).

127 Este incluye el derecho a la memoria y verdad; reformas institucionales; reparaciones simbólicas y económicas y la responsabilidad penal de los crímenes practicados por los agentes del Estado autoritario (MEYER, 2013). Es importante señalar que el derecho a la memoria y verdad posee dos dimensiones, una individual que protege el derecho de las víctimas y familiares, y una dimensión colectiva que protege el derecho de la sociedad a conocer la verdad y reconstruir la memoria colectiva, existiendo, por los tanto, vinculación directa entre el derecho a la memoria y verdad y la dimensión de justicia (CORTE INTERAMERICANA, 2018, p.85).

128 Según el Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del Mercosur, sitios de memoria son: a) todos aquellos que resulten significativos para una comunidad y que permiten impulsar procesos de construcción de memorias vinculadas a determinados eventos traumáticos o dolorosos; b) sitios construidos específicamente para realizar trabajos de memoria (museos,

ellos integran la Red de Sitios de Memoria Latinoamericanos y Caribeños, que reúne 40 instituciones de 12 países. Unos han conseguido más que otros conservar o crear y mantener esos espacios no solamente como de preservación de la memoria, pero también como de educación para el nunca más. Por ejemplo, en Argentina se encuentra el Espacio para la Memoria y para la Promoción y Defensa de los Derechos Humanos, situado en la antigua Escuela de la Armada, uno de los mayores centros clandestinos de tortura y exterminio del país. En Brasil se destaca el Museo de la Resistencia, que funciona en la antigua sede del Departamento de Orden Política y Social de São Paulo, otro centro clandestino de tortura y exterminio. En Chile está el Parque por la Paz Villa Grimaldi, también un centro clandestino de tortura y exterminio, y el Museo de la Memoria y de los Derechos Humanos, con un importante acervo sobre el golpe y los años de la dictadura chilena. Todos estos espacios desarrollan acciones educativas.

Algunas de estas experiencias se han analizado y con base en los datos Tavares (2022) ha concluido que el trabajo desarrollado en sitios de memoria en Argentina, Brasil y Chile, en mayor o menor medida, sigue los ejes pedagógicos del educar para el nunca más propuestos por Sacavino (2015), a saber: vínculo pasado-presente; desarrollo de una memoria crítica, construcción del pensamiento reflexivo crítico y promoción de una cultura de derechos humanos. Además, según Tavares (2022, p.112) la riqueza de los modos de desarrollar cada una de las experiencias, con visitas guiadas, formación, producción cultural, investigación, documentación, recolección de testimonios, producción de materiales, entre otros, “ha permitido aprehender la relevancia del trabajo para la reconstrucción de la memoria colectiva y reflexión sobre situaciones actuales de violaciones a los derechos humanos”. Eso contribuye, conforme la autora, “en la lucha por memoria, verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición y en la construcción de una cultura de derechos humanos”.

Igualmente se identifican acciones más específicas en el ámbito del Mercosur. Por ejemplo, la Reunión de las Altas Autoridades en Derechos Humanos (RAADH), ha organizado en 2006, el seminario regional Memoria, Verdad y Justicia: nuestro pasado reciente. Dos años después se ha realizado la primera reunión del Grupo de Trabajo sobre Derecho a la Memoria, Verdad y Justicia. Y en 2009 dicho grupo se ha convertido en Comisión Permanente, con el objetivo de consolidar la cooperación regional respecto a políticas de combate a las violaciones de derechos humanos.

También hay acciones en el ámbito del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del Mercosur (IPPDH): en 2015 se ha realizado una

monumentos en las calles, etc), pero que no tienen necesariamente un vínculo físico, emocional o simbólico con los acontecimientos que se buscan evocar; c) sitios físicos donde se han cometido graves violaciones a los derechos humanos (IPPDH, 2012, p.19).

consulta pública, con la participación de 52 organizaciones de la sociedad civil, para contribuir en la revisión de los instrumentos regionales de memoria, verdad, justicia y reparación, y definir estrategias de actuación conjunta y propuestas de acción concretas a la RAADH. Se han elaborado dos publicaciones, los “Principios Fundamentales para las Políticas Públicas em materia de Sitios de Memoria, en 2013, y el documento “A 40 años del Condor”, de 2015, que trata sobre la Operación Condor, que fue la acción coordinada entre las dictaduras del Cono Sur para exterminar a los opositores políticos. Igualmente se ha creado el Acervo Condor, que reúne 219 fondos de archivos depositados en instituciones públicas, en organizaciones de la sociedad civil y en colecciones privadas en los seis países que, originalmente, formaron parte de la operación: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay.

A finales de 2022 el IPPDH ha divulgado un documento que hace balance de las políticas públicas de memoria, verdad y justicia en el Cono Sur.¹²⁹ En líneas generales, en el campo de la educación, memoria y derechos humanos, el balance de las políticas indica que las experiencias son heterogéneas y apuntan a acciones tanto en la educación formal como en la educación no formal.

En Argentina la publicación ha destacado: a) la institución del 24 de marzo como Día Nacional de la Memoria por la Verdad y Justicia, por medio de la Ley n.25.633 de 2002; b) las acciones de educación y capacitación en derechos humanos de la Dirección Nacional de Cultura Cívica en Derechos Humanos, dirigidas a la ciudadanía en general y a funcionarios públicos; c) el programa “Educación y Memoria: entre el pasado y el futuro” del Ministerio de Educación; d) la Red Nacional de Educación y Memoria, creada por la Resolución n. 269/2015 del Consejo Federal de Educación; e) el programa “La escuela va a los juicios”, del Espacio Memoria y Derechos Humanos (IPPDH, 2022, p. 134-137).

En Bolivia el análisis se ha centrado en dos documentos: a) el Plan Nacional de Acción de Derechos Humanos (2009-2013), que busca garantizar la EDH como política de Estado, y que tiene como objetivo la implementación de una política integral de EDH en todos los niveles educativos y de la Administración Pública; b) el Plan Plurinacional de Educación en Derechos Humanos, aprobado por la Resolución 1/2012 del Consejo Nacional de Derechos Humanos, constituyendo política que anhela “garantizar desde los procesos educativos el respeto, la protección y la realización de los derechos

129 El documento incorpora los siguientes ámbitos: Comisiones de la Verdad; Búsqueda e Identificación de Personas Detenidas-Desaparecidas; Procesos Judiciales; Reparaciones y Asistencia a Víctimas y sus Familiares; Archivos; Sitios de Memoria; Educación, Memoria y Derechos Humanos; Construcción de Institucionalidad en Derechos Humanos. Para este texto hemos abordado el ámbito de la Educación, Memoria y Derechos Humanos.

humanos en el marco de descolonización, despatriarcalización e interculturalidad” (IPPDH, 2022, p. 137-138).

En Brasil el énfasis se ha puesto en el Programa Nacional de Derechos Humanos 3, de 2009, en su eje Educación y Cultura en Derechos Humanos¹³⁰ y también en el Pacto Federal Universitario para la Promoción del Respeto a la Diversidad, Cultura de Paz y los Derechos Humanos, de 2016 (IPPDH, 2022, p. 139). Sin embargo, el país desarrolló una serie de acciones de formación en este ámbito a partir del Plan Nacional de Educación en Derechos Humanos de 2006. También se ha incluido entre las acciones la Muestra de Cine sobre Derechos Humanos, las Caravanas de Derechos Humanos y las Caravanas de Amnistía (IPPDH, 2022, p. 140).

En Chile, el balance enumera las siguientes iniciativas: a) el Plan Nacional de Derechos Humanos (2017), que prevé la educación y la formación en derechos humanos en la enseñanza básica y en la superior y programas de capacitación para funcionarios públicos; b) la Política de Derechos Humanos del Ministerio de Defensa, de 2016; c) la creación del Museo de la Memoria y los Derechos Humanos; d) la Ley de Formación Ciudadana (IPPDH, 2022, p. 141-144).

En Paraguay el foco se ha dirigido al Plan Nacional de Derechos Humanos y al Plan Nacional de Educación en Derechos Humanos, ambos del 2011. Este último establece la EDH transversal en los niveles y modalidades del sistema educativo, con el desarrollo de planes de formación docente en derechos humanos. También ha citado el proyecto “Iniciativas de Inclusión y Exigibilidad de Educación en Derechos Humanos”; el proyecto “Por los Derechos Humanos, Dictaduras Nunca Más”, y el programa de estudio “El Autoritarismo en la Historia reciente de Paraguay”, que es materia optativa del currículo del Ministerio de Educación (IPPDH, 2022, p. 144-147).

En Uruguay el balance ha aludido al Plan Nacional de Educación en Derechos Humanos de 2016; al tema de la dictadura y el terrorismo de Estado que está incluido en las mallas curriculares de distintos niveles educativos; a las estancias de capacitación y los talleres para docentes del Museo de la Memoria de Montevideo; y al curso “Enfoque de derechos humanos en políticas públicas, dirigido a funcionarios (IPPDH, 2022, p. 147-148).

Por fin, cabe añadir, como conclusiones del documento, que:

[...] los avances que se han registrado desde el punto de vista de la normativa, institucionalidad y las políticas públicas han sido posibles gracias al trabajo comprometido de las organizaciones sociales y el movimiento de derechos humanos, así como del incipiente sector académico, en este campo, conformado por investigadores, docentes y centros universitarios,

130 Hay un eje específico de la temática en el PNDH-3 que el documento no cita, que es el eje Derecho a la Memoria y Verdad.

que activan debates y reflexiones, al tiempo que generan conocimiento técnico, investigación aplicada y capacitación profesional. (...) El respeto a los derechos humanos ha sido un tema central en las agendas de los países del Cono Sur y se encuentra íntimamente ligado con la idea de democracia en la región (IPPDH, 2022, p. 196).

5 CONSIDERACIONES FINALES

La educación en derechos humanos en cuanto “proceso sistemático y multidimensional que orienta la formación del sujeto de derecho” (Brasil, 2006, p. 25), establece las bases para el respeto del ser humano y las condiciones de la práctica ciudadana en la realidad diaria. Su objetivo es, de esta forma, posibilitar la construcción de una cultura de derechos humanos.

En este sentido, la EDH se compone de tres elementos: la formación del sujeto de derecho, el empoderamiento individual y colectivo, y el educar para nunca más; este último aspecto está relacionado con el derecho a la memoria y verdad.

Por ello, además de la importancia de las normativas que orientan la trayectoria de la EDH, especialmente en Latinoamérica, es fundamental conocer las políticas que también orientan el campo de la EDH, la memoria y verdad. De ese modo, este texto ha buscado reflexionar sobre dichas políticas en la región.

El primer paso ha sido el de situar el contexto en el cual estas políticas se desarrollan, que es el de existencia de diversos grados de democratización, con los Estados presentando muchas fragilidades en sus procesos. Lo que resulta en la baja calidad de las democracias latinoamericanas.

El segundo paso ha sido el de conocer la situación de la EDH en el conjunto de países latinoamericanos y para ello el análisis del IIDH ha apuntado a que este tipo de educación ha progresado, a pesar de haberlo hecho de forma lenta. Pero la EDH continua presente y reivindicándose en la región, aunque es necesario destacar el escenario actual de retracción de derechos y en materia de institucionalidad democrática, lo que inevitablemente impacta negativamente en el desarrollo de políticas públicas en este campo.

El tercer y último paso ha sido analizar las políticas en desarrollo en el campo de la educación, memoria y verdad. En líneas generales, y siguiendo el balance del IPPDH, ha sido posible verificar que las experiencias son heterogéneas y apuntan a acciones tanto en la educación formal como en la educación no formal. Finalmente, además del eje de la formación están presentes documentos institucionales orientadores de las políticas y el trabajo realizado desde los sitios de memoria.

REFERENCIAS

- BRASIL. **Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos**. Brasília, MEC/SEDH, 2006.
- CANAU, Vera. **Educação em direitos humanos e formação de professores(as)**. São Paulo, Cortez, 2013.
- CORTE INTERAMERICANA. **Caso Herzog y Otros vs. Brasil**. Sentencia de 15 de marzo de 2018. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr> (consulta 16 de septiembre de 2019).
- FERRAJOLI, Luigi. Democracia constitucional y derechos fundamentales: la rigidez de la constitución y sus garantías. En: FERRAJOLI, L.; MORESO, J. y RODRÍGUEZ, M. (Eds). **La teoría del derecho en el paradigma constitucional**. Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008, pp. 71-116.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Madrid, Editorial Trotta, 1995.
- GHEDIN, Evandro.; FRANCO, Maria. Amélia. **Questões de método na construção da pesquisa em educação**. São Paulo, Cortez, 2008.
- HERRERA FLORES, Joaquín. **La reinención de los Derechos Humanos**. Valencia, Atrapasueños, Colección Ensayando 1, 2008.
- IIDH. **Informe el derecho a la educación en derechos humanos en las Américas 2000-2013**. San José, Costa Rica, IIDH, 2013.
- IPPDH. **Políticas públicas en memoria, verdad y justicia en el Cono Sur hasta el año 2018**. Buenos Aires, IPPDH, 2022.
- IPPDH. **Principios Fundamentales para las Políticas Públicas sobre Sittos de Memoria**. Buenos Aires, IPPDH, 2012.
- KANDEL, Victoria; GOTTERO, Laura; JARAMILLO, Verónica (Comp.). **Planes Nacionales en Derechos Humanos**. Debates y reflexiones sobre experiencias latinoamericanas. Buenos Aires, CLACSO, mayo de 2021.
- MAGENDZO, Abraham. **Pensamiento e ideas-fuerza de la educación en derechos humanos en Iberoamérica**. Santiago, Chile: OIE/Orealc/Unesco, 2010.
- MARQUES, Marcelo. A evolução do direito à memória e à verdade na administração pública brasileira. In: BRASIL. Ministério Público Federal. **Justiça de transição, direito à memória e à verdade: boas práticas**. Brasília, MPF, 2018, pp. 170-185.
- MEYER, Emílio. O debate atual sobre a Lei de Anistia no Brasil. **Revista Coletiva**. Recife, Fundaj, n.12, set-dez, 2013.
- O'DONNELL, Guillermo. Hacia un Estado de y para la Democracia. En: PNUD. **Democracia, Estado, Ciudadanía**. Hacia un Estado de y para la Democracia en América Latina. Lima, Ed. FIMART SAC, 2008, p. 25-64.

- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais: **Protocolo de San Salvador**. Assinado na Assembleia Geral da OEA, 18.º Período Ordinário de Sessões. El Salvador, 1988.
- OXFAM. **Crisis y Captura: el descontento social en tiempos de pandemia en América Latina y el Caribe**. 2021. Disponible en: <https://oxfamlibrary.openrepository.com/handle/10546/621200> (consulta 20 de diciembre de 2021).
- RODINO, Ana María. La educación con enfoque de derechos humanos como práctica constructora de inclusión social. **Revista IIDH**. San José, Costa Rica, 2015, n. 61, pp. 201-224.
- RODINO, Ana María. Progresos de la educación en derechos humanos en América Latina: balance de dos décadas (1990-2010). En: **Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos: la educación en derechos humanos**, 28., 2010, San José, Costa Rica. San José, Costa Rica: IIDH, 2010, pp. 10-30.
- SACAVINO, Suzana. Pedagogía de la memoria y educación para el nunca más para la construcción de la democracia. **FOLIOS**, Segunda época, Número 41, 2015, pp. 69-85.
- SÁNCHEZ RUBIO, David. Democracia y derechos humanos: una perspectiva crítica. En: **Proyecto Socialización Digital del Conocimiento**. Documentos de Estudio, n.1, Heredia, Costa Rica, Idela, 2011, pp. 7-61.
- TAVARES, Celma. Educar para el nunca más: experiencias educativas en lugares de memoria en Argentina, Brasil y Chile. **Momento: Diálogos em Educação**. Universidade Federal do Rio Grande, Editora FURG, Vol. 31, n. 1, jan./abr. 2022, pp. 95-115
- TEIXEIRA, Elenaldo Celso. Políticas públicas: o papel das políticas públicas no desenvolvimento local e na transformação da realidade. **Revista da AA-TR-BA**, p. 1-11, 2002.
- VALDES, Ernesto. Terrorismo de Estado. **Revista de Estudios Políticos** (Nueva Época), n. 65, jul-sep de 1989, pp. 35-55.
- VARGAS, Jorge. Educación en Derechos Humanos en América Latina: pedagogía del campo político y aprendizaje de la ciudadanía democrática. **Paulo Freire. Revista de Pedagogía Crítica**, Año 10, N° 10, Diciembre 2011, pp. 23-34.
- VARGAS, Nadia. **Medidas de Memoria para la Construcción de Paz**. El caso del Informe Basta Ya del Centro de Memoria Histórica. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2014.

12

A PAZ INVADIU A EDUCAÇÃO: POLÍTICAS PÚBLICAS EM NOME DE UMA CULTURA NÃO VIOLENTA PARA A EFETIVAÇÃO DOS OBJETIVOS SUSTENTÁVEIS DA AGENDA 2030 DA ONU

*Michelle Asato Junqueira*¹³¹

*Ana Claudia Pompeu Torezan Andreucci*¹³²

“Quando escutamos os sentimentos e necessidades da outra pessoa, reconhecemos nossa humanidade em comum.”

Marshall B. Rosenberg

131 Doutora e Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie - UPM. Especialista em Direito Constitucional com extensão em Didática do Ensino Superior. Coordenadora de Pesquisa da Faculdade de Direito da UPM. Coordenadora do Comitê de Ética em Pesquisa envolvendo seres humanos da UPM. Líder do Grupo de Pesquisa CNPq “CriadirMack : o direito à vez e à voz de crianças e adolescentes”. Vice-líder do Grupo de Pesquisa CNPq “Políticas Públicas como Instrumento de Efetivação da Cidadania”. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa CNPq “Estado e Economia no Brasil”. Membro do Instituto Brasileiro de Direito da Criança e do Adolescente (IBDCRIA). Professora dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito.

132 Pós-Doutoranda em Novas Narrativas pela Escola de Comunicações e Artes da Universidade de São Paulo (ECA/USP). Possui Pós-Doutoramento em Direitos Humanos pelo Centro de Estudos Avançados da Universidade Nacional de Córdoba, Argentina; em Novas Narrativas pela ECA/USP e em Direitos Humanos e Democracia pelo Instituto Ius Gentium, Portugal. Doutora e Mestre pela PUC/SP Professora do Curso de Graduação em Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Professora Convidada do Pós-Graduação Lato Sensu da ECA/USP. Vice-Líder do Grupo de Pesquisa CNPq Criadirmack: direito à vez e à voz de crianças e adolescentes da Faculdade de Direito da UPM. Pesquisadora no Grupo de Estudos de Novas Narrativas (GENN- ECA/USP). Jornalista na Agência Andreucci Comunicação. Membro do Instituto Brasileiro de Direito da Criança e do Adolescente (IBDCRIA). Conselheira Curadora da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção São Paulo.

“A dialogicidade verdadeira, em que os sujeitos dialógicos aprendem e crescem na diferença, sobretudo, no respeito a ela, é a forma de estar sendo coerentemente exigida por seres que, inacabados, assumindo-se como tais, se tornam radicalmente éticos”.

Paulo Freire

1 INTRODUÇÃO

Comunicação, comunidade, comunhão e compaixão são as palavras nucleares para a escrita desse artigo. O radical “com” etimologicamente presente nos quatro vocábulos citados marca presença e sua centralidade se perfaz para indagarmos sobre a convivência voltada para uma cultura de paz, alicerçada no diálogo e uma linguagem compassiva e não violenta.

Para esta análise, apresenta-se ao leitor as visões de dois grandes estudiosos, cada um a seu tempo, lugar e maneira, se debruçaram para compreender e reverberar a paz, como expressão máxima do bem viver em harmonia e que pode estar mais próxima de nós do que ousamos imaginar. Requer manejo atento e cuidadoso, escuta ativa e inteligência madura de que os conflitos serão recorrentes, mas a forma racional e sensível de lidar com eles pode ser aprendida e apreendida, ensinada e disseminação em uma cultura vinculada umbilicalmente aos direitos humanos e que nos fazem tão humanos.

Neste artigo, Marshall Rosenberg e Paulo Freire dialogam e nos mostram que é a educação a chave motriz para se alcançar a paz, de forma ética e afetiva. E é pelo caminho da comunicação e da paz que convidamos o leitor a nos seguir.

2 POR UMA CULTURA DE PAZ QUE SE CONJUGUE PLANETARIAMENTE

Inicia-se o presente item com uma indagação feita por Ana Araújo Freire e que conduz ao pensamento coletivo sobre o tema:

Como obteremos a Paz? Como deve ser essa educação para a Paz? A Paz só pode se instaurar como consequência de alguma educação crítico conscientizadora, como a que Paulo propôs: não creio em nenhum esforço chamado de educação para a Paz que, em lugar de desvelar o mundo das injustiças o torna opaco e tenta miopizar as suas vítimas.”, repetindo o que ele disse em Paris, 1986. Fica claro que para Paulo a Paz não é um dado dado, um fato intrinsecamente humano comum a todos os povos, de quaisquer culturas. Precisamos desde a mais tenra idade formar as crianças na “Cultura da Paz”, que necessita desvelar e não esconder, com criticidade ética, as práticas sociais injustas, incentivando a colaboração, a tolerância com o diferente, o espírito de justiça e da solidariedade.

A Paz tem sua grande possibilidade de concretização através do diálogo freireano porque ele inscreveu na sua epistemologia crítica a intenção de atingi-la. O diálogo que busca o saber fazer a Paz na relação entre subjetividades entre si e com o mundo e a objetividade do mundo, isto é, entre os cidadãos e a possibilidade da convivência pacífica, é a que autentica este inédito-viável². A educação pelo diálogo que forma homens e mulheres na e voltada para cultura da Paz, da solidariedade, da fraternidade, e da libertação humana (FREIRE, 2006, p. 387).

A cultura de paz é essencial em uma era de interconexão planetária na qual as gerações devem se entrelaçar de forma harmônica a unir, presente e futuro, tendo as palavras comprometimento e diálogo como núcleos estruturais fundantes. Como uma jornada coletiva, a cultura de paz clama por uma união dos setores da sociedade em uma exigência de alteridade para a paz comum. Na cultura de paz não se nega o conflito, muito pelo contrário, o enxerga como forma de ser transposto, revisitado, ressignificado a partir da lupa do equilíbrio, da gestão e da resolução.

A cultura da paz deve ser pensada a partir da efetivação de uma educação pelo e para os Direitos Humanos, estabelecendo-se em um tripé que busca informar, formar e transformar, arquitetando uma nova cultura, sonhada desde os tempos mais antigos e integrada de forma transversal em diversas reformas educacionais pelo mundo (TUVILLA RAYO, 2004) e não há dúvidas que a Educação em Direitos Humanos leva a uma Educação para a Paz, a qual não está voltada a ignorar o fenômeno da violência ou do conflito, muito pelo contrário, é a forma de lidar com o conflito à luz do diálogo, da mediação, do discurso da diversidade. Encarar o problema, saber que ele está lá é o primeiro passo resolvê-lo.

Nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 anuncia em seu Art. 26, 2 que a Educação será “orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz” restando aqui o núcleo para a efetivação de um conceito de Educação de fortalecimento dos Direitos Humanos.

Também oportuno citar que no ano de 1974 a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) por meio da *“Recomendación sobre la educación para la comprensión, la cooperación y la paz internacionales y la educación relativa a los derechos humanos y las libertades fundamentales”* institui do ponto de vista global e em escala internacional a necessidade de capacitações e práticas de formação para a cidadania.

Em 1986 temos como destaque o “Prêmio UNESCO da Educação para a Paz” na qual se contempla um brasileiro, Paulo Freire, que em sua máxima

expressão para uma educação dialógica e firmada na libertação como caminho afirmou:

De anônimas gentes, sofridas gentes, exploradas gentes aprendi sobretudo que a Paz é fundamental, indispensável, mas que a Paz implica lutar por ela. A Paz se cria, se constrói na e pela superação de realidades sociais perversas. A Paz se cria, se constrói na construção incessante da justiça social. Por isso, não creio em nenhum esforço chamado de educação para a Paz que, em lugar de desvelar o mundo das injustiças o torna opaco e tenta miopizar as suas vítimas.

No ano de 1993, por ocasião da II Conferência Mundial de Direitos Humanos sediada em Viena, Áustria, ratificou-se a urgência na adoção pelos Estados de políticas públicas de Direitos Humanos.

No mesmo sentido, a cultura de paz se vincula à agenda de Haia, Holanda, quando ativistas pela paz e a não violência constataram, em 1999, que “[...] seus esforços só teriam sentido caso assegurassem às futuras gerações uma educação radicalmente diferente daquela oferecida: uma educação que em vez de glorificar a guerra, contribuísse para a paz, os direitos humanos e a cooperação internacional. Lançaram então a “Campanha Global de Educação para a paz” na firme convicção de que não haverá paz no mundo sem educação para paz, assumindo um duplo objetivo de criar reconhecimento público e suporte político para a introdução da Educação pela Paz em todas as esferas da educação [...]” (GUIMARÃES, 2006).

Em 1998, as Nações Unidas declaram a década 2001-2010, como a dedicada internacionalmente para a Promoção da Cultura de Paz e Não Violência em Benefício das Crianças do Mundo com o desenvolvimento de inúmeros programas e projetos, tendo o diálogo como alicerce estruturante e projetivo.

Ainda na esfera internacional é de absoluta importância as contribuições do Relatório desenvolvido por Jacques Delors (1999) a pedido da UNESCO objetivando apresentar diretrizes para a nova educação do Milênio. A proposta parte de quatro eixos temáticos que servirão de bússolas para a produção de agendas de políticas públicas para os Estados. Os quatro pilares, interdependentes, estão focados nas habilidades aprender a ser, aprender a fazer, aprender a conhecer e aprender a viver juntos ou conviver.¹³³

133 Sobre o tema ver “A educação ao longo de toda a vida baseia-se em quatro pilares. **Aprender a conhecer**, combinando uma cultura geral, suficientemente vasta, com a possibilidade de trabalhar em profundidade um pequeno número de matérias. O que também significa: aprender a aprender, para beneficiar-se das oportunidades oferecidas pela educação ao longo de toda a vida. **Aprender a fazer**, a fim de adquirir, não somente uma qualificação profissional mas, de uma maneira mais ampla, competências que tornem a pessoa apta a enfrentar numerosas situações e a trabalhar em equipe. Mas também aprender a fazer, no âmbito das diversas experiências

O ano de 2000 foi eleito pela Conferência Geral das Nações Unidas como o “Ano Internacional por uma Cultura de Paz” tendo por escopo estabelecer diretrizes para uma “cultura da paz” no novo milênio. Como resultado dos esforços comungados por diversos países e capitaneados pela ONU e pela UNESCO foi elaborado o “Manifesto 2000 por uma Cultura de Paz e Não-Violência”, o qual ressalta a cota de responsabilidade individual comprometendo-se com o futuro da Humanidade.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, tecida após amplo debate nacional pós-democratização, estabelece o a prevalência dos Direitos Humanos e institui a educação como o instrumento para sua efetivação.

Neste sentido, o diálogo é a força que impulsiona o pensar crítico-problematizador em relação à condição humana no mundo e implica uma práxis social, que é o compromisso entre a palavra dita e a nossa ação humanizadora. Essa possibilidade abre caminhos para repensar a vida em sociedade (JARES, 2001) e é o pressuposto transformador para a Educação para Paz pois :

A educação para a paz não é uma solução para o que se chama violência e prevenção de guerras, mas um modo de problematizar determinados acontecimentos e remetê-los a um conjunto de práticas sociais, econômicas, políticas, culturais, históricas, educativas, comunitárias, familiares e de jogos diplomáticos internacionais (LEMOS, 2012, p. 135).

E é na educação que a paz pode ter sua expressão máxima, na amplitude da conjugação humanista e humanitária em ampla interlocução com a comunidade internacional encontrando aí sua finalidade última, seja no âmbito formal e não-formal (JARES, 1999, p. 7) com forte eco, teórico e pragmático, devidamente orquestrado em uma educação para os direitos humanos, conforme advoga Guimarães:

sociais ou de trabalho que se oferecem ao jovem e adolescentes, quer espontaneamente, fruto do contexto local ou nacional, que formalmente, graças ao desenvolvimento do ensino alternado com trabalho. **Aprender a viver juntos**, desenvolvendo a compreensão do outro e a percepção das interdependências – realizar projetos comuns e preparar-se para gerir conflitos – no respeito pelos valores do pluralismo, da compreensão mútua e da paz. **Aprender a ser**, para melhor desenvolver a sua personalidade e star a altura de agir com cada vez mais capacidade de autonomia, de discernimento, e de responsabilidade pessoal. Para isso, não negligenciar na educação nenhuma das potencialidades de cada indivíduo: memória, raciocínio, sentido estético, capacidades físicas, aptidão para comunicar-se. Numa altura em que os sistemas educativos formais tendem a privilegiar o acesso ao conhecimento, em detrimento de outras formas de aprendizagem, importa conceber a educação como um todo. Esta perspectiva deve, no futuro, inspirar e orientar as reformas educativas, tanto em nível da elaboração de programas como da definição de novas políticas pedagógicas”. DELORS, Jacques (org). **Educação: um tesouro a descobrir**. São Paulo: Cortez Editora, 1999, p.101.

[...] os direitos humanos constituem-se a pedra de toque da educação para a paz. A ligação visceral com esses grupos possibilita à educação para a paz a profundidade de uma dignidade própria e inalienável. Também contribui para dar educação para os direitos humanos, parte integrante e inalienável da educação para a paz, uma dimensão mais visível desses mesmos direitos. Sobretudo, abre-se possibilidade de entrar no mesmo processo de mudança social que originou as noções de direitos humanos (GUIMARÃES, 2005, p. 256).

A Educação em Direitos Humanos¹³⁴ vocacionada à paz estabelece-se em um tripé que busca informar, formar e transformar, arquitetando uma nova cultura. A Educação em Direitos Humanos leva a uma Educação para a Paz, a qual não está voltada a ignorar o fenômeno da violência ou do conflito, muito pelo contrário, é a forma de lidar com o conflito à luz do diálogo, da mediação, do discurso da diversidade. Encarar o problema, saber que ele está lá é o primeiro passo resolvê-lo. Neste sentido, o diálogo é a força que impulsiona o pensar crítico-problematizador em relação à condição humana no mundo e implica uma práxis social, que é o compromisso entre a palavra dita e a nossa ação humanizadora.

3 COMUNICAÇÃO NÃO VIOLENTA COMO A LINGUAGEM PLANETÁRIA DA PAZ: APORTES ROSENBERGUANOS

E é na linguagem que a paz tem sua gênese. E é no diálogo que a paz opera. Aportes teóricos e conceitos abstratos que aguardam a sua pragmatização por meio de um instrumento. Para tal efetivação surgem as perguntas vocacionadas para uma implementação concreta: como se fala a língua da paz, a que não nega o conflito, as diferenças, mas que busca os caminhos da deliberação, do consenso e do respeito mútuo?¹³⁵

134 Gorczewski e Tauchen (2008, p. 71), A Educação em Direitos Humanos é essencialmente a formação de uma cultura de respeito à dignidade humana, através da promoção e da vivência de atitudes, hábitos, comportamentos e valores como igualdade, solidariedade, cooperação, tolerância e paz. Quando falamos em cultura, é importante deixar claro que não estamos nos limitando a uma visão restrita de cultura como conservação dos costumes, das tradições, das crenças e dos valores. Pelo contrário, falamos em formação de uma cultura de respeito aos direitos humanos, à dignidade humana, tomando como referência o próprio inacabamento do homem, eterno aprendiz, sujeito de sua própria cultura que se constitui humano pela própria experiência humana.

135 Sobre o tema ver: “[...] a linguagem torna-se, por excelência, o lugar de operar a paz. E para esta intersubjetividade social – e não para a subjetividade das concepções individuais sobre o bem ou para as intra-subjetividades dos valores que conformam mundos plurais, que a educação para a paz encontra um espaço propício para se desenvolver e, fora deste âmbito argumentativo, não poderá avançar (GUIMARÃES, 2006, p. 338).

Foram essas questões que motivaram Marshall B. Rosenberg, um psicólogo estadunidense a se debruçar sobre o tema e escrever a obra “Comunicação não-violenta – técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais”, com técnicas baseadas em habilidades de linguagem, que auxiliam no desenvolvimento da capacidade humana de indivíduos se comunicarem e se relacionarem uns com os outros, ao reconhecer a existência de uma violência que não é aquela física (de brigar, bater, matar e de qualquer ação em que se emprega força física), mas sim, de uma violência passiva ou simbólica (em que o sofrimento é de natureza emocional).

Nossas palavras, em vez de serem reações repetitivas e automáticas, tornam-se respostas conscientes, firmemente baseadas na consciência do que estamos percebendo, sentindo e desejando. Somos levados a nos expressar com honestidade e clareza, ao mesmo tempo que damos aos outros uma atenção respeitosa e empática. Em toda troca, acabamos escutando nossas necessidades mais profundas e as dos outros. A CNV nos ensina a observarmos cuidadosamente (e sermos capazes de identificar) os comportamentos e as condições que estão nos afetando. Aprendemos a identificar e a articular claramente o que de fato desejamos em determinada situação. A forma é simples, mas profundamente transformadora (ROSENBERG, 2006, p. 21-22).

Rosenberg (2006, p. 26) baseou a Comunicação Não-Violenta em 4 principais componentes: I. a observação: sobre o que afeta o nosso bem-estar positiva ou negativamente (de forma a diagnosticar situações e ações sem julgamentos); II. os sentimentos: que devem ser entendidos como reações em relação a situação ou ação observada, a qual nos afetou; III. as necessidades, que são as subjetividades, os valores e os desejos que estão gerando esses sentimentos; e o IV: o pedido, feito através de ações concretas ao final da conversa.

Analisando essas reflexões, para se ter uma comunicação não-violenta com adolescentes, o primeiro componente, que seria o primeiro passo para a abertura do diálogo, é o não julgamento pelo o que a adolescente é ou sente. Quando julgada, ela tende a receber isso como crítica e resiste ao que lhe é dito. Para iniciar uma conversa sem violência, as observações devem ser baseadas em fatos, em acontecimentos específicos, de forma que ela possa compreender suas atitudes, percebendo que suas ideias, opiniões e sentimentos podem ser acolhidos ao invés de julgados.

O segundo componente da CNV é a expressão dos sentimentos. As emoções são as responsáveis por conectar mais facilmente as pessoas, porque são através delas que nos identificamos uns com os outros. “Nossos sentimentos resultam de como escolhemos receber o que os outros dizem e fazem, bem como de nossas necessidades e expectativas específicas naquele momento”

(ROSENBERG, 2006, p. 79). Se nossos sentimentos são positivos em relação ao que o outro nos coloca, nossas ações tendem a serem também positivas em resposta a eles. Se nossos sentimentos são negativos, mais difícil se torna a comunicação e a transformação.

O terceiro componente da Comunicação não violenta é a compreensão dessas necessidades que não estão sendo atendidas. Como a Comunicação não-violenta é uma relação de ganha-ganha, em que todas as partes em relacionamento pela comunicação colocam suas necessidades, é preciso tanto tentar compreender as necessidades não atendidas dessa adolescente, como também o profissional envolvido precisa ter clareza e ser claro sobre o que ele quer em relação à adolescente, conectando seus sentimentos a suas próprias necessidades, para mais fácil ela reagir a esta com compaixão.

O profissional pode mostrar que a sua necessidade é que este adolescente se abra com ele, que ela converse, que ela opine, que ela diga o que sinta, de forma clara. Da mesma forma, é importante escutá-la para compreender quais necessidades suas não estão sendo atendidas.

O quarto e último componente da CNV são os pedidos que gostaríamos de fazer para os outros. Para isso, é preciso uma comunicação assertiva, evitando frases vagas, abstratas ou ambíguas, deixando claro o que estamos pedindo ao invés do que não estamos pedindo. Além disso, é importante ficar claro que pedir é diferente de fazer uma exigência, porque quando as pessoas acham que o que pedimos é uma exigência, “elas enxergam apenas duas opções: submissão ou rebelião. Em ambos os casos, a pessoa que faz o pedido é percebida como coercitiva, e a capacidade do ouvinte de responder compassivamente ao pedido é diminuída” (ROSENBERG, 2006, p. 119).

De forma contrária, “quando os outros confiam que nosso compromisso maior é com a qualidade do relacionamento, e que esperamos que esse processo satisfaça às necessidades de todos, então elas podem confiar que nossas solicitações são verdadeiramente pedidos e não exigências camufladas” (ROSENBERG, 2006, p. 122).

Este processo todo só ocorre, portanto, se for um relacionamento baseado na sinceridade, empatia e solidariedade. Para Rosenberg (2006, p. 150) “a empatia é a compreensão respeitosa do que os outros estão vivenciando. Em vez de oferecermos empatia, muitas vezes sentimos um a forte urgência de dar conselhos ou encorajamento e de explicar nossa própria posição ou nossos sentimentos. Entretanto, a empatia requer que esvaziemos nossa mente e escutemos os outros com a totalidade de nosso ser” movidos pela compaixão:

Se nos ativermos aos princípios da CNV, motivados somente a dar e a receber com compaixão, e fizermos tudo que pudermos para que os outros saibam que esse é nosso único interesse, eles se unirão a nós no processo, e acabaremos conseguindo nos relacionar com compaixão uns com os outros. Não estou dizendo que isso sempre aconteça rapidamente. Afirmo,

entretanto, que a compaixão inevitavelmente floresce quando nos mantemos fiéis aos princípios e ao processo da CNV (ROSENBERG, 2006, p. 24).

Este processo todo só ocorre, portanto, se for um relacionamento baseado na sinceridade, empatia e solidariedade. Empatia é o respeito e a valorização pela experiência e perspectiva do outro:

Em vez de oferecermos empatia, muitas vezes sentimos uma forte urgência de dar conselhos ou encorajamento e de explicar nossa própria posição ou nossos sentimentos. Entretanto, a empatia requer que esvaziemos nossa mente e escutemos os outros com a totalidade de nosso ser. Na CNV, não importa quais palavras os outros usem para se expressar, simplesmente prestamos atenção em suas observações, sentimentos, necessidades e pedidos. Podemos então desejar repetir o que ouvimos, parafraseando o que compreendemos. Permanecemos assim em empatia, permitindo que os outros tenham ampla oportunidade de se expressar antes de começar a propor soluções ou pedir por amparo (Rosenberg, 2006, p. 122).

Assim, a CNV tem por pressuposto básico a consciência de nossas necessidades, nosso poder de estar com o outro, em suas concepções com vistas à compreensão e superação dos conflitos para o bem viver, em harmonia e humanizado (PELIZZOLI, 2012).

3.1 EDUCAÇÃO DIALÓGICA E É CAMINHANDO QUE SE FAZ O CAMINHO PARA A PAZ PLANETÁRIA: APORTES FREIREANOS

Os ensinamentos de Paulo Freire têm como grande legado sua brilhante contribuição para uma educação popular e libertadora, sendo reconhecido como um educador de renome nacional e internacional. Possui inúmeras obras que têm como núcleo-base a denominada Educação Libertadora ou Pedagogia da Libertação, considerando pressupostos para educação de forma *lato sensu*.

Nos moldes propugnados por Paulo Freire, a educação, quer seja no âmbito da escola, quer seja no âmbito das relações familiares, deve estar voltada ao diálogo, pautado na ação e na reflexão. Nas relações de dominação, diálogo e amor estão ausentes. Diálogo é o encontro dos homens para Ser Mais, para construir sua autonomia. Para que a educação promova no educando a autonomia, é essencial que ela seja dialógica, pois assim há espaço para que a criança seja sujeito, para que ela mesma assuma responsavelmente sua liberdade e, com a ajuda da família, desenvolva-se e transforme-se. O diálogo implica a transformação do mundo. A pronúncia do mundo é um ato de criação e recriação, é um ato de amor:

Essa perspectiva, sugere uma visão restrita de educação, e por que não dizer contraditória, já que uma postura educativa violenta tende a formar sujeitos também violentos e intolerantes, ou de outro modo extremamente submissos. Ligada a esses dois aspectos está a ausência de reconhecimento do outro enquanto ser de direito, assim como do compromisso com o mundo. O que pode ser interpretado como carência de princípios éticos favoráveis à conscientização e à formação dos sujeitos. Considerando os limites de tais leituras, apontamos como um caminho formativo autêntico, a educação dialógica (FREIRE, 1983, p. 97).

Não há dúvidas que a Educação em Direitos Humanos leva a uma Educação para a Paz, a qual não está voltada a ignorar o fenômeno da violência ou do conflito; muito pelo contrário, é a forma de lidar com o conflito à luz do diálogo, da mediação, do discurso da diversidade. Encarar o problema, saber que ele está lá é o primeiro passo para resolvê-lo (FREIRE, 1983). O diálogo é a força que impulsiona o pensar crítico-problematizador em relação à condição humana no mundo. Através do diálogo podemos dizer o mundo sendo nosso modo de ver. O diálogo implica uma práxis social, que é o compromisso entre a palavra dita e a nossa ação humanizadora. Essa possibilidade abre caminhos para repensar a vida em sociedade, discutir sobre nosso ethos cultural, sobre nossa educação, a linguagem que praticamos e a possibilidade de agirmos de outro modo de ser, que transforme o mundo que nos cerca. O diálogo é o pressuposto transformador para a Educação para Paz:

[...] para Paulo a Paz não é um dado, um fato intrinsecamente humano comum a todos os povos, de quaisquer culturas. Precisamos desde a mais tenra idade formar as crianças na 'Cultura da Paz', que necessita desvelar e não esconder, com criticidade ética, as práticas sociais injustas, incentivando a colaboração, a tolerância com o diferente, o espírito de justiça e da solidariedade (FREIRE 2006, p. 391).

Para Freire, Educação, Comunicação, Diálogo e Cidadania estão juntos, possuem interface e se retroalimentam:

Nutre-se do amor, da humildade, da esperança, da fé, da confiança, que se configuram em matriz educacional. Por isso, só o diálogo comunica. É quando os dois polos do diálogo se ligam assim, com amor, esperança, com fé um no outro, se fazem críticos na busca de algo. Instala-se então uma relação de simpatia entre ambos. Só, então, há comunicação (FREIRE, 1980, p. 107).

Ainda para Freire, a educação e a comunicação, se aliadas, poderão resgatar a consciência e a autonomia, concluindo que, “educação é comunicação, é diálogo [...]”.(1988, p.46). Ademais, o conceito de diálogo para Paulo Freire é de extrema importância, pois considera a natureza social do ser humano

e dialoga com direitos fundamentais e Freire reitera, ainda, a importância do amor como condição para o diálogo e, conseqüentemente, para a educação, e explica: “[...] se não amo o mundo, se não amo a vida, se não amo os homens, não me é possível o diálogo” (FREIRE, 1983).

Diálogo e amor são, então, conceitos Freirianos intimamente ligados à construção de autonomia e cidadania, fazendo parte de uma educação dialógica. Esse dialogismo constrói cidadania, relações de respeito e educação libertadora, que corroboram para uma educação emancipadora, a partir de sua narrativa carregada de afeto¹³⁶ e responsabilidade social e nesta linha encontramos a matriz dogmática da educação na Constituição Federal de 1988 calcada nos pressupostos da concretização de uma sociedade mais livre, justa e solidária, bem como nos fundamentos da cidadania e da dignidade da pessoa humana.

Podemos aproximar a Comunicação Não Violenta dos pressupostos de uma educação dialógica preconizadas por Paulo Freire para quem:

O diálogo é este encontro dos homens, mediatizados pelo mundo, para pronunciá-lo, não se esgotando, portanto, na relação eu-tu. Esta é a razão por que não é possível o diálogo entre os que querem a pronúncia do mundo e os que não a querem; entre os que negam aos demais o direito de dizer a palavra e os que se acham negados deste direito. É preciso primeiro que, os que assim encontram negados no direito primordial de dizer a palavra, reconquistem esse direito, proibindo que este assalto desumanizante continue. Se é dizendo a palavra com que, “pronunciando” o mundo, os homens o transformam, o diálogo se impõe como caminho pelo qual os homens ganham significação enquanto homens. Por isto, o diálogo é uma exigência existencial” (FREIRE, 1968, p. 78-79).

A aproximação lúdica entre a comunicação não violenta e educação para paz em interface com os direitos humanos, se fortalece à medida da interação que a comunicação desempenha um papel de não apenas informar, mas sim de agregar o locus comunitário, tarefa ligada essa à sua essência e natureza etimológica. Ao colocar em comum, a comunicação ética e para a paz reafirma o viver coletivo, aplaca dúvidas, dissipa os medos, fortalece os cidadãos e aprimora os direitos de cidadania.

A compreensão da comunicação para a prática da cidadania pressupõe uma transformação, uma conscientização no mais íntimo do seu ser, para

136 De acordo com Strieder (2002, p.13): “Refletir a condição humana e perspectivar uma educação para o entendimento é permitir-se o direito de admirar a fantástica aventura da vida e, em particular, a aventura vivencial dos seres humanos. É desejar ensonhar um ser humano bem mais diverso do que a racionalidade e o economicus pretendem. Humanizar requer manter acesa a chama da vivência criativa, regada pela afetividade, pela sensibilidade, pelo riso, pelas lágrimas, pelo fervor da participação, pelas luzes do respeito e pelo desejo de cultivar, no jardim da vida, a vivência da beleza”.

então, movidas por essa mudança, efetuarem na prática suas reivindicações, conhecendo seus próprios direitos e necessidades. Transformados, eles poderão também transformar a sociedade.

Será maior a possibilidade desta transformação existir nos cidadãos, quanto mais houver a chance de um real diálogo com eles, por meio de narrativas afetivas, que gerem de forma positiva essas compreensões. Narrativas que sejam articuladas, com clareza, focadas nos propósitos de suas necessidades, ouvindo-os, de fato, de forma que é preciso interpretar o sentido de uma fala e ajustar esse sentido ao repertório deles.¹³⁷ Isso pode ser proporcionado a partir de uma comunicação não-violenta (CNV), capaz de criar uma conversa mais aprofundada com as adolescentes, por meio do entendimento dos seus sentimentos e de suas necessidades, ao invés de apenas levar a elas informações racionais sobre os seus direitos, sem pedir para que elas, de fato, transformem-se e se apropriem destes direitos.

4 POR POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS: UM ENLACE ENTRE COMUNICAÇÃO NÃO VIOLENTA, EDUCAÇÃO PARA PAZ E OS OBJETIVOS DO MILÊNIO DA AGENDA 2030 DA ONU

Para a concretização de uma cultura da paz, a educação desponta como lócus privilegiado, e para que isso aconteça de maneira efetiva e duradoura, a forma é a implementação por meio de Políticas Públicas, que devem estar absolutamente afinadas com os Objetivos perpetrados pela Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas, em especial, de acordo com propósitos, com o Objetivo n. 4 “Educação de Qualidade” e 16 “Paz, Justiça e Instituições eficazes”, como será tratado a seguir.

Antes de mais nada, é importante destacar que a de acordo com Elísio Augusto Velloso Bastos, “[...] a finalidade das políticas não é fixar objetivos, mas executá-los. Quando partem do Poder Público, as políticas adquirem o adjetivo ‘públicas’”. (BASTOS, 2013, p. 117). Para Teixeira (2002, p. 3) “As políticas públicas visam responder a demandas, principalmente dos setores marginalizados da sociedade, considerados como vulneráveis. [...] Visam

¹³⁷ Goleman (2011, p. 127): São as nossas emoções que nos orientam quando diante de um impasse e quando temos de tomar providências importantes demais para que sejam deixadas a cargo unicamente do intelecto — em situações de perigo, na experimentação da dor causada por uma perda, na necessidade de não perder a perspectiva apesar dos percalços, na ligação com um companheiro, na formação de uma família. Cada tipo de emoção que vivenciamos nos predispõe para uma ação imediata; cada uma sinaliza para uma direção que, nos recorrentes desafios enfrentados pelo ser humano ao longo da vida, provou ser a mais acertada. À medida que, ao longo da evolução humana, situações desse tipo foram se repetindo, a importância do repertório emocional utilizado para garantir a sobrevivência da nossa espécie foi atestada pelo fato de esse repertório ter ficado gravado no sistema nervoso humano como inclinações inatas e automáticas do coração. Uma visão da natureza humana que ignore o poder das emoções é lamentavelmente míope.

ampliar e efetivar direitos de cidadania, também gestados nas lutas sociais e que passam a ser reconhecidos institucionalmente”.

Ainda Maria Paula Dallari Bucci complementa que:

Política Pública é o programa de ação governamental que resulta de um conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados (BUCCI, 2006. p. 39).

Podemos dizer, consoante as ideias de Höfling (2001) que as políticas públicas são o ‘Estado em ação’, ou seja, “[...] o Estado implantando um projeto de governo, através de programas, de ações voltadas para setores específicos da sociedade” (HÖFLING, 2001, p. 31).

Para que haja a implantação de uma política pública, é imperiosa uma análise profunda de todo o contexto social e político, bem como das possibilidades e necessidades surgidas e amparadas juridicamente. Além disso, para que se analise a qualidade da política, há determinadas características que não devem ser esquecidas: estabilidade, adaptabilidade, coerência, coordenação, qualidade de implementação e da aplicação efetiva, consideração do interesse público e eficiência. Tais características confirmam a necessidade de configuração da política de acordo com o conteúdo histórico e as demandas sociais, na medida em que deve ser passível de adequação, o que engloba algumas das características citadas (DIAS, 2012).

Assim, a política pública também é um processo contínuo e, como já dito, adaptável. Para tanto, existem vários instrumentos jurídicos que se inter-relacionam, nos diversos níveis governamentais e interfederativos. As políticas públicas representam o Estado em ação, como sintetizado por Janete Lins de Azevedo (2004). O processo de implementação e definição de uma política se relaciona diretamente com o universo simbólico e cultural da sociedade que a gere, articulando-se com o sistema de dominação que rege todos os interesses sociais nesse contexto (2004). A diferenciação, portanto, há muito realizada entre educação e instrução, acaba por fazer intuir que a *práxis* social se distancia do conhecimento clássico, fazendo existir dois tipos de educação, quando a educação deveria ser entendida como um processo uno e indissociável da emancipação, especialmente quando as relações são construídas em um sistema capitalista, que possui por base a meritocracia e uma igualdade que, embora almeje ser ampla, é, em muitas ocasiões, apenas formal.

Trata-se, no espaço citado, da implementação de políticas públicas que façam valer o predisposto pela legislação pátria, em especial, a Constituição

Federal, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, bem como o Plano Nacional de Educação. O seu controle se constitui, nesse mister, um imperativo social e do próprio Estado, interessado não somente na formação de indivíduos com consciência cidadã, como também por objetivar o devido desenvolvimento da sociedade, o que perpassa elementos de cunho político, social e econômico (JUNQUEIRA, 2015, p. 76).

Neste sentido, na educação brasileira “há indicativos do reconhecimento de que a educação que promove a emancipação dos sujeitos deve se estabelecer em paz, como no Plano Nacional de Educação 2014-2024 que inclui a garantia de políticas de combate à violência e promoção de culturas de paz nas escolas, e na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, alterada pela Lei n.º 13.663, que inclui a promoção de medidas de conscientização, prevenção e combate a todo tipo de violência, além do estabelecimento de ações que promovam culturas de paz nas escolas”(GAIDARGI, 2021, p. 196) e completa a autora que:

Educar sendo em paz constitui um inédito-viável, trata-se da proposição de uma realidade ainda não experimentada pelos sujeitos baseada no compromisso do diálogo. Os processos necessários ao inédito viável precisam ser existenciados, sentidos, e não comunicados. A luta de hoje permite o inédito-viável amanhã, então não há caminho senão o da luta para uma pedagogia da paz, para uma proposta de escola que está sendo continuamente em paz – uma paz diferente todos os dias, que se transforma a partir da transformação de seus sujeitos. A autoria coletiva, o estar sendo juntos, faz dos sonhos propostas ineditamente-viáveis (GAIDARGI, 2021, p. 196).

Indispensável destacar que a Educação está na base estruturante da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. Lançada em 2015, a Agenda se constitui em um repertório de 17 objetivos, 169 metas e 230 indicadores que somados buscam alcançar o desenvolvimento sustentável nas dimensões culturais, econômicas, sociais e ambientais. Podemos resumir como a orientação para políticas públicas na órbita planetária, a unir interlocutores na esfera pública e privada, a partir do paradigma da comunicabilidade das Nações e dos Povos, para um bem viver harmônico, saudável e comprometido em um Planeta chamado Terra.

A Educação para além de ser base estruturante da Agenda 2030, passando de forma inter e transdisciplinar por todos os objetivos, também se configura como um objetivo autônomo, o de n. 4 Objetivo n. 4 denominado como “Educação de Qualidade”.

A partir desse objetivo busca-se efetivar uma aprendizagem efetiva, com a redução das desigualdades sociais, a equidade de gênero, a inclusão como lema e a formação para a cidadania. Conjugado tais pressupostos a tudo o que já foi exposto neste artigo, a Educação para a Paz e a Comunicação Não

violenta a serem implementadas como políticas públicas no Brasil, se afinam com os objetivos planetários na garantia do fomento de uma sociedade mais pacífica e dialógica na resolução dos problemas. Essa missão só será possível por meio da articulação efetiva entre os diversos atores sociais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tudo o que foi exposto resta inequívoca a importância do educar para a paz como pressuposto dos direitos humanos. A cultura da paz requer um instrumento para sua efetivação é aqui podemos vislumbrar os aportes e elementos de uma Comunicação Não Violenta que se estabelece como via de acesso e tradução de uma ética do cuidado, enlaçada pelo diálogo.

A ética do cuidado se traduz como uma perspectiva moral com a lupa nas relações intersubjetivas, enlaçadas pela empatia, comprometimento e ambiências de convívio. Sensibilidade e escuta ativa estão presentes na ética do cuidar, cuidar como expressão máxima da solidariedade, da fraternidade e que podem ser alcançados por um escuta ativa comprometida e dialógica em um fortalecimento contínuo dos laços humanos, na certeza de que se pode ensinar e se pode aprender, sendo a educação o lócus privilegiado para tais práticas para a paz, a não violência e o cuidar, compassivo e empático. A lição “já sabemos de cor, só nos resta aprender”.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO FREIRE, Ana Maria. **Educação para a paz segundo Paulo Freire** Educação, vol. XXIX, núm. 2, maio-agosto, 2006, pp. 387-393 Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul Porto Alegre, Brasil Educação Porto Alegre – RS, ano XXIX, n. 2 (59), p. 387 – 393, Maio/Ago. 2006.
- AZEVEDO, Janete M. Lins de. **A educação como política pública**. 3. Ed. São Paulo: Autores Associados, 2004.
- BASTOS, Elísio Augusto Velloso. **Algumas reflexões sobre a cidadania na definição e implementação de políticas públicas**. In: DIAS, Jean Carlos; SIMÕES, Sandro Alex de Souza. Direito, políticas públicas e desenvolvimento. São Paulo: Método, 2013.
- BASTOS, Márcio Thomaz *et al.* **Introdução. Imaginar a paz**. Brasília: Paulinas, 2006.
- BRANCHER, Leoberto Narciso. **Justiça restaurativa: a cultura de paz na prática da justiça**. Rio Grande do Sul, 2011. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/cij/wpcontent/uploads/sites/9/2021/02/A-Cultura-de-Paz-na-Pratica-da-Justica.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2023.

- BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito**. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DELGADO, José M. R. **Emoções**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1971.
- DELORS, Jacques (org). **Educação: um tesouro a descobrir**. São Paulo: Cortez Editora, 1999.
- DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. **Políticas públicas: princípios, propósitos e processos**. São Paulo: Atlas, 2012.
- FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa**. 56ed. São Paulo: Paz e Terra, 2018.
- FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 11. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1980.
- GAIDARGI, Alessandra Maria Martins. **Pedagogia da Paz: uma proposta dialógica**, Revista Estudos Aplicados em Educação. São Caetano do Sul, SP, v. 6, n. 11, 2021 p. 185-198.
- GOLEMAN, Daniel. **Inteligência emocional**. Tradução Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011.
- GORCZEWSKI, Clovis; TAUCHEN, Gionara. **Educação em direitos humanos: para uma cultura da paz**. Revista Eletrônica Educação, Porto, 2008.
- GUIMARÃES, Marcelo R. **Educação para a paz: sentidos e dilemas**. Caxias do Sul/RS: Educus, 2005.
- HÖFLING, E. M. **Estado e políticas (públicas) sociais**. Cadernos Cedes, v. 21, n. 55, p. 30-41, nov. 2001. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0101-32622001000300003&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 28 ago. 2023.
- JARES, Xesús. **Educación para la paz**. 2. ed. Madrid: Popular, 1999.
- JARES, Xesús. **Educación y conflicto como retos de la educación infantil**. Congreso Europeo: Aprender a ser, aprender a vivir juntos. Santiago de Compostela, 2001, p.3.
- LEMOES, Flávia Cristina Silveira; GALINDO, Dolores Cristina Gomes. **Violência escolar - em xeque a proposta da cultura da paz no Ensino Médio**. *Dialogia*, São Paulo, n. 16, p. 129- 140, 2012.
- LÉVINAS, E. **Entre nós. Ensaio sobre a alteridade**. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 2005.
- MARTÍN-BARBERO, Jesús. Retos culturales de la comunicación a la educación. Elementos para una reflexión que está por comenzar. **Revista Reflexiones Académicas**, n. 12, p. 45-57, Santiago: Universidad Diego Portales, 2000.
- MELO, José Marques de. **Teoria da comunicação: paradigmas latino-americanos**. Petrópolis: Vozes, 1998.

- MORIN, Edgar. **Ensinar a viver: manifesto para mudar a educação**. Porto Alegre: Sulina, 2015.
- MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. São Paulo: Cortez;Unesco, 2001.
- PELIZZOLI, Marcelo L. Introdução à Comunicação Não Violenta (CNV) - reflexões sobre fundamentos e método. In: PELIZZOLI, Marcelo L. (Org.) **Diálogo, mediação e cultura de paz**. Recife: UFPE, 2012.
- ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação Não-Violenta, Técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais**. São Paulo: Agora, 2006.
- STRIEDER, Roque. **Educação e Humanização: por uma vivência criativa**. Florianópolis: Habitus, 2002.
- TEIXEIRA, E. C. **O papel das políticas públicas no desenvolvimento local e na transformação da realidade**. Salvador: AATR-BA, 2002. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/aatr2/a_pdf/03_aatr_pp_papel.pdf. Acesso em: 28 ago. 2023.
- TUVILLA RAYO, José. **Educação em direitos humanos: rumo a uma perspectiva global**. Porto Alegre: Artmed, 2004.

13

TERCEIRIZAÇÃO E MERCANTILIZAÇÃO DO ENSINO SUPERIOR: IMPACTO TRABALHISTA E PREVIDENCIÁRIO DO PROJETO DE LEI N.º 10.944/2018

Alex Dylan Freitas Silva¹³⁸
Frederico Santiago de Mendonça¹³⁹
Lucas Henrique Lopes¹⁴⁰

1 INTRODUÇÃO

Ao longo da história, diversas teorias e muitos teóricos buscaram desenvolver uma resposta para os reclamos da população (ou de parte dela) acerca de questões econômicas, sociais e financeiras. Hoje é possível afirmar que prevalece o capitalismo no mundo, de forma que a busca pelo lucro é o principal paradigma das pessoas e das empresas. No entanto, em razão da pressão social, que em determinados períodos é mais contundente, o capital acaba cedendo espaço para políticas comunitárias.

138 Doutorando em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito Previdenciário. Graduado em Direito. Professor de Direito da Nova Faculdade. Ex-professor de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Ex-professor de Direito da Unifenas. Advogado sócio da Pena, Dylan, Soares & Carsalade Sociedade de Advogados. Pesquisador integrante do Grupo de Pesquisa Trabalho, Constituição e Cidadania, da Universidade de Brasília (UnB), com registro no Diretório dos Grupos de Pesquisa do CNPq (registro: dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/2379740943106919). Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). O trabalho foi realizado com o apoio da CAPES –código de financiamento 001. Link do currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/0935759149881434>.

139 Pós-graduado em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Faculdade Arnaldo. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

140 Graduado em Direito pela Universidade do Rosário Vellano – UNIFENAS.

Este fenômeno consagra a natureza cíclica das políticas sociais e econômicas, as quais historicamente se alternam, de forma que em determinado momento privilegia-se o capital e em outro dá-se mais ênfase ao clamor social. A título exemplificativo, pode-se citar o *New Deal*, movimento norte americano que representou uma série de políticas sociais voltadas a recuperar as pessoas que sofreram com a Grande Depressão de 1929, a qual teve como uma de suas causas o liberalismo econômico exacerbado, caracterizado pela falta de regulação da atividade econômica. Já em sentido oposto, em período posterior surgiu o modelo de produção intitulado *Toyotismo*, no qual o trabalho era realizado por operários, que se dedicavam ao seu mister em jornadas extenuantes, a fim de privilegiar o capital, evitar despesas tidas por supérfluas e maximizar o lucro.

Hoje, como já dito, o capitalismo prevalece e o lucro é uma das principais, senão a principal, força motriz do ser humano. E como não há como separar o contexto geral do contexto educacional, em especial da educação superior, pode-se dizer que hoje vive-se em um período de mercantilização do ensino superior.

Autores de renome apontam que grandes instituições internacionais, como o Banco Mundial (BM) e o Fundo Monetário Internacional (FMI), defendiam, para países periféricos, a desnacionalização da educação e a condensação de um mercado educacional mundial (CHAVES et al., 2016, p. 51). Especificamente no cenário brasileiro, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), aprovada em dezembro de 1996, autorizou a oferta de educação superior por parte da iniciativa privada no país, estimulando, portanto, a finalidade lucrativa das instituições de ensino. Mais adiante, o aspecto econômico e mercadológico do ensino recrudescer, de sorte que é possível encontrar instituições de ensino com capital aberto na bolsa de valores.

Este conjunto de fatores, porém, deve ser analisado com cautela, uma vez que a atividade educacional não pode ser tida como uma mera atividade econômica, uma vez que os seus reflexos civis, políticos, sociais, financeiros e culturais são muito relevantes, o que demanda uma abordagem diferenciada.

Nesse cenário surge um importante debate: é possível a terceirização da atividade docente superior? E para responder a essa indagação, imperativo revisitar as normas que atualmente regulamentam a atividade docente superior, em especial o Decreto n.º 9.235/2017, que considera irregularidade administrativa passível de penalidade a terceirização da atividade finalística educacional; e a Lei n.º 9.394/1996 que estabelece, dentre outros, como princípios do ensino, a valorização do profissional da educação escolar e a garantia de um padrão de qualidade. No entanto, em sentido diametralmente oposto, as últimas reformas legislativas e jurisprudenciais atinentes ao Direito do Trabalho indicam um viés liberal para a terceirização, o que traz grande instabilidade jurídica para o tema objeto de estudo.

Nesse contexto, o projeto de lei 10.944/2018 busca sedimentar a discussão e estabelecer a proibição da terceirização da atividade de magistério. O referido projeto, além de trazer segurança jurídica, eis que, caso aprovado e sancionado, proibirá definitivamente a terceirização, também trará maior proteção ao trabalhador, uma vez que é de conhecimento notório os prejuízos trabalhistas e previdenciários a que são submetidos os obreiros terceirizados.

2 MERCANTILIZAÇÃO DO ENSINO SUPERIOR

Num cenário mundial onde reina o capitalismo, o lucro é uma das principais, senão a principal força propulsora do homem. O capitalismo é um sistema econômico que possui como pilares a propriedade privada dos meios de produção, a acumulação de capital, o trabalho assalariado e o liberalismo competitivo. Os mecanismos globais, em sua grande maioria, advêm desses alicerces e demarca o trilha de grande parte das ações do homem.

Em contrapartida, em sentido inverso, sempre houve, em maior ou menor escala, a relutância da classe operária contra a ditadura econômica imposta pelo poder do capital. Frente a pressão social, o capital desarvorou mais em determinados lapsos temporais e menos em outros. Teve determinadas épocas em que o mundo estava mais enviesado para o acolhimento dos desejos da sociedade (sobretudo de dignidade, justiça e bem-estar social). Cita-se, como exemplo, o período marcado pelo New Deal (Novo Acordo), que espelhou uma série de medidas de proteção social aprovadas pelo governo de Franklin Delano Roosevelt nos Estados Unidos após a Grande Depressão (crise de 1929). Em período posterior, as referidas medidas político-sociais foram defendidas por John Maynard Keynes, em sua obra clássica sobre a teoria geral do emprego, do juro e da moeda. Hoje, a escola keynesiana defende, resumidamente, um capitalismo corroborado em um mercado livre, contudo, fortemente regulado pelo Estado, com severas políticas intervencionistas apontadas para a garantia do pleno emprego e da subsistência do controle da inflação.

Em outros períodos, as teorias liberalistas clássicas aparentavam se sobrepôr mundo afora. Cita-se, como exemplo, o Japão, país que detinha uma economia aos trapos após a Segunda Guerra Mundial. O referido país foi o berço de um mecanismo de produção industrial totalmente voltado para a perseguição dos mais insaciáveis desejos capitalistas de alto desempenho e baixo custo. Na ocasião, para que isso se tornasse possível, por óbvio que não havia maiores fervores com os direitos sociais. Então, esse foi o panorama perfeito para o desenvolvimento de um sistema chamado toyotista.

Benjamim Coriat explica que o toyotismo foi criado pela fábrica japonesa da Toyota após a Segunda Guerra Mundial, mas somente ganhou enfoque

e ampla divulgação após o início de um cenário de austera crise financeira global (CORIAT, 1994, p. 38). Visando a economia de gastos e a alta produtividade, esse mecanismo foi criado para fazer com que apenas um único trabalhador conseguisse operar diversas máquinas, sem, contudo, especializar-se em apenas uma (CORIAT, 1994, p. 52-53). Para Ricardo Antunes, o sistema toyotista alavancou o desenvolvimento do modelo de processo produtivo flexível, o qual detinha preferência por trabalhadores capazes de manusear diversos maquinários de diversas funções diferentes. O intuito era fazer com que o serviço fosse realizado por um número mínimo de operários, mediante a elevação do número de horas extras e da subcontratação ou da contratação de trabalhadores temporários (ANTUNES, 2009, p. 33-34).

Para conseguir compreender a circunstância em que o toyotismo emergiu, é preciso erigir os acontecimentos que sucederam a Segunda Guerra Mundial. Na época, houve um grande aumento do processo de concentração de capital, que culminou em uma crise descomunal do capitalismo. Maurício Godinho Delgado afirma que se estabeleceu uma opressão econômica no Ocidente e um aumento considerável da concorrência econômica em grau mundial. Todo este cenário, acrescido à revolução tecnológica e às conjunturas macropolíticas antagonistas ao Estado de Bem-Estar Social, abalou fortemente a implementação das políticas de avanço dos direitos sociais (DELGADO, 2005, p. 46). Para Gabriela Neves Delgado, mais que um breque para o avanço dos direitos sociais, esse panorama estatuiu um nítido processo de regressão social (DELGADO, 2006, p. 163).

Ratificando este raciocínio, Geraldo Augusto Pinto sustenta que a economia ficou desgovernadamente instável em meados da década de 1970. Diversos foram os motivos, como, por exemplo, os desajustes cambiais e comerciais das economias nacionais, a crise do petróleo, o descontrole do preço do dólar e do poder especulativo do mercado financeiro, além do aumento da contratação de serviços frente ao consumo de bens (PINTO, 2010, p. 44-47).

Sem o intuito de exaurir os motivos que levaram à crise da década de 1970 e a posterior mercantilização do ensino superior, Vera Lúcia Jacob Chaves indica alguns agentes, como a transnacionalização da economia; o avanço tecnológico voltado para a flexibilidade e a informatização; alterações na organização do trabalho e; as crises fiscais de países do mundo inteiro. Ainda explica que todos esses fatores levaram uma pressão ainda maior por liberalismo estatal e corte de gastos nas áreas sociais (CHAVES, 2010, p. 484).

Por seu turno, Larissa Dahmer Pereira atrai os olhares para o fato de a crise da década de 1970 ter propulsionado o processo de mundialização do capital, predominantemente sob a forma financeira (financeirização),¹⁴¹

141 A financeirização envolve a predominância dos mercados e demais instituições financeiras como a forma de definição, gestão e realização da riqueza no capitalismo contemporâneo. O processo de financeirização da economia foi possível a partir de um processo subjacente de

conduzindo à diminuição do Estado a mero “ponto de apoio” para os anseios mercadológicos. Ademais, instalaram-se empresas transnacionais com um ímpeto em obter lucros elevadíssimos, pautando-se na exploração exacerbada da força de trabalho e no corte de gastos (PEREIRA, 2007, p. 1).

Essa performance, espelha, resumidamente, a congruência capitalista direcionada para a obtenção de lucro. Caso a concorrência mundial se acenue e o mercado se retraia, o capital irá pressionar no sentido de ser necessário realizar cortes de gastos e de acelerar a produtividade. Além do mais, o Estado também será coagido a inocular dinheiro na economia e, ao mesmo tempo, afastar-se das relações privadas, autorizando o arraigamento dos interesses capitalistas em quase todos os perímetros da humanidade. Para tanto, os capitalistas liberais fundamentam que o Estado somente serve para obstaculizar a economia, prejudicando os interesses da própria sociedade. Todavia, quando o Estado se afasta do dever de regular as relações civis, o que se vê, na prática, é quase sempre a propensão de exploração dos mais necessitados pelos mais abastados.

Nessa esteira, Vera Lúcia Jacob Chaves explica que, posteriormente a crise de 1970, o capitalismo estabeleceu um ajuste global por meio da abertura incondicional ao mercado e à recomposição do espaço social (CHAVES, 2010, p. 484). Países capitalistas do mundo inteiro, especialmente aqueles do hemisfério sul do globo terrestre (subdesenvolvidos, em sua grande maioria), foram convencidos a abrir o seu mercado para o comércio internacional. Ademais, a robusta onda neoliberal constrangeu países do mundo inteiro a privatizarem grande parte de suas atividades (tanto públicas quanto econômicas), abarcando, inclusive, os serviços ligados à saúde à educação.

Durante o período do Welfare State, o Estado propelia a economia capitalista – estimulando o financiamento tanto da força de trabalho quanto da acumulação de capital. Em compensação, o Estado regulava com mais rigidez as atividades econômicas. Todavia, com a crise de 1970, o capital começou a cominar o Estado, obrigando-o a inserir mais dinheiro na economia e a promover privatizações, sem, contudo, o equilíbrio do controle estatal. Isto é, do ponto de vista político-jurídico, ocorreu uma liberalização (ao invés de controle) – desregulamentações do que era prejudicial ao capital e normatização do que lhe era benéfico.

Foi o que transcorreu na seara da educação: privatizações, regulamentações favoráveis aos anseios econômicos, mundialização de diretrizes escolares. Segundo Vera Lúcia Jacob Chaves e Nelson Cardoso Amaral, entes

flexibilização, que se manifestou em uma nova forma de regulação, bem como no advento de novos instrumentos financeiros, notadamente securitização e derivativos. Isto ensejou um aumento inaudito no grau de liberdade, no volume e na complexidade do movimento de capitais, trazendo a competição a outro patamar. Isto acarretou mudanças tanto na forma de governança da firma quanto nas relações de trabalho (LINS, 2019).

multilaterais, como o Banco Mundial (BM), o Fundo Monetário Internacional (FMI) e a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), defendia, para países periféricos (como os da América Latina), propósitos de educação qualificados pelo aperfeiçoamento das privatizações, pela desnacionalização da educação e pela condensação de um mercado educacional mundial. O Banco Mundial, por exemplo, promoveu vários arranjos com países latino-americanos, estimulando-os à imersão da educação no mundo capitalista, especialmente para a instigação das ações direcionadas a obtenção de proveito econômico (CHAVES; AMARAL, 2016, p. 51).

Por esse ângulo, é imprescindível salientar que, quando a economia global ruinou na década de 1970, as nações mais vigorosas do mundo se digladiavam intensamente pela influência sobre os países menos desenvolvidos. Existia um mercado profuso que, ocorrendo uma melhora, poderia ser explorado, especialmente para a exportação de produtos e dominação mercadológica. Vera Lúcia Jacob e Nelson Cardoso Amaral explicam que o “Consenso de Washington”¹⁴² favoreceu a criação de linhas econômicas a serem empregues nos países latino-americanos, como condição creditícia internacional (CHAVES; AMARAL, 2016, p. 51).

A respeito, Paulo Nogueira Batista expõe que o governo norte-americano vinha aconselhando, de forma assídua e por meio de entidades internacionais,¹⁴³ que os países latino-americanos abraçassem propostas neoliberais como condição para recebimento de auxílio financeiro externo. Concepções como revalorização da agricultura de exportação (volvida para produtos primários, não industrializados), pactos bilaterais comerciais direto ou indiretamente alusivo aos anseios norte-americanos, desestatizações (arrimadas em argumentos de imprestabilidade do Estado), participação de entes internacionais na administração dos recursos naturais (sob a justificativa do devaneio equilíbrio ecológico mundial), vinculação de moedas nacionais ao dólar (em nítida afronta ao princípio da soberania e independência nacional), regulamentação fiscal, precessão dos gastos públicos, reforma tributária, liberalização financeira, regime cambial, investimento estrangeiro direto, ausência de regulamentação e propriedade intelectual. Essas propostas conduziram à diminuição drástica do Estado (e o desgaste do conceito de nação) e à máxima abertura à importação de bens e serviços, bem como à entrada de capitais de risco. Tudo isso em prol da soberania absoluta de um mercado autorregulável (BATISTA, 1994, n. p.).

142 De acordo com Paulo Nogueira Batista, “Consenso de Washington” é uma denominação informal para uma reunião realizada em Washington (capital dos Estados Unidos) em novembro de 1989, organizada com o intuito de discutir academicamente reformas econômicas dos países latino-americanos.

143 Fundo Monetário Internacional (FMI), Banco Mundial (BM) e Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID).

No que tange especificamente às universidades, Boaventura de Sousa Santos assevera que, nos últimos 30 anos, a universidade adentrou numa crise institucional “provocada ou induzida pela perda de prioridade do bem público universitário nas políticas públicas e pela conseqüente secagem financeira e descapitalização das universidades públicas” (SANTOS, 2005, p. 139). Ele explica que as universidades começaram a ser tratadas como uma mercadoria explorada pelo comércio. Além do mercado universitário interno, afluíram um descomunal mercado transnacional de educação superior – convertido em chave para as adversidades da educação pelo Banco Mundial e pela Organização Mundial do Comércio. Dessa forma, estaria em rumo a globalização neoliberal da universidade (SANTOS, 2005, p. 140-142). Para o autor, a atual internacionalização da educação de nível superior é imensa e possui o caráter exclusivamente mercantil.

Os dois processos marcantes da década – o desinvestimento do Estado na universidade pública e a globalização mercantil da universidade – são as duas faces da mesma moeda. São os dois pilares de um vasto projeto global de política universitária destinado a mudar profundamente o modo como o bem público da universidade tem sido produzido, transformando-o num vasto campo de valorização do capitalismo educacional (SANTOS, 2005, p. 142).

Boaventura de Sousa Santos também assevera que, após a Segunda Guerra Mundial, o crescimento do ensino universitário nos países centrais consolidou-se na popularização por meio da ampliação do seu acesso e nos princípios econômicos de qualificação da mão de obra. Mas que, a partir de meados da década de setenta, em virtude da crise econômica mundial, ocorreu uma diminuição dos investimentos públicos na educação superior, a despeito da necessidade de elevação da qualificação dos trabalhadores (uma vez que se desenvolvia a tecnologia). De maneira contrária, elevou-se a mão de obra qualificada relacionada com a economia baseada no conhecimento e, ao mesmo tempo, o emprego com insignificante nível de qualificação. A globalização neoliberal autorizou o aprofundamento dessa duplicidade do mercado, por intermédio da fuga de cérebros para o exterior e também da terceirização de serviços (para empresas prestadoras de serviços altamente qualificados – que poderia estar até mesmo situadas em outros países). Portanto, o desmembramento das atividades mais qualificadas poderia ocorrer dentro ou fora de cada país (SANTOS, 2005, p. 145).

Essa perspectiva de globalização neoliberal aumentou, conseqüentemente, a disponibilidade de mão de obra qualificada, implicando na contenção dos investimentos na universidade pública dos países centrais, pela diminuição do grau de precedência. No mesmo momento, a universidade pública se tornou mais seletiva, na acepção de atender às novas demandas do mercado. Desse modo, diante da volatilidade das qualificações (em razão das corri-

queiras evoluções tecnológicas e sociais), a formação universitária teve o seu rigor reduzido, especialmente por meio de seu decréscimo e do surgimento de sistemas não-universitários de formação por módulos. Ademais, nesse panorama neoliberal capitalista de respostas às crises econômicas, aos poucos foram sendo trocadas as bolsas de estudos por empréstimos – transmutando estudantes em consumidores do ensino superior (SANTOS, 2005, p. 146).

No cenário brasileiro, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), aprovada em 20 de dezembro de 1996, por exemplo, autorizou a oferta de educação superior por parte da iniciativa privada no país, aceitando a finalidade lucrativa das instituições de ensino. Segundo Vera Lúcia Jacob Chaves, as mudanças educativas nacionais iniciais na década de 1990 tiveram como escopo a diversificação e a flexibilização dos sistemas de ensino – inclinadas para uma maior competitividade e para a contenção de gastos. Assim, na prática, o governo brasileiro vem repaginando o ensino superior, coibindo gastos conforme a ideia mercadológica de qualidade e eficiência. Diversas metamorfoses normativas têm sido editadas com arrimo na expansão do ensino superior privado e na redução dos gastos com o ensino público (CHAVES, 2010, p. 485-486).

De acordo com Vera Lúcia Jacob Chaves, Maria Rosimary Soares dos Santos e Fabíola Bouth Grello Kato, conquanto já existisse algumas tentativas anteriores para a mercantilização do ensino superior no Brasil, apenas a partir de 1995, com o dinamismo de financeirização adotado no país, é que o setor se tornou mais chamativo para investimentos do capital privado. Além disso, existia uma forte regulação promovida, em especial, pelo Ministério da Educação, obstaculizando a criação de instituições de ensino superior (IES) fora da conjuntura das universidades públicas – que detinham um protótipo que não podia se desagregar do ensino, da pesquisa e da extensão (que eram condições de seu funcionamento). Com a aprovação da CF/88 e da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB 9.394/96), autorizou-se o investimento rijo de capital privado na exploração econômica do ensino superior, além das bolsas de estudos destinadas a custear as IES. Seguidamente, a partir de 2007, avigorou-se ainda mais o processo de mercantilização da educação de nível superior, especialmente em virtude da abertura de capital das empresas educacionais na bolsa de valores (CHAVES; SANTOS; KATO, 2020).

As autoras também sustentam que a abertura do capital na bolsa das empresas de ensino superior e a concentração de capital foi um fator permissivo para a formação de grandes oligopólios. Universidades e centros universitários privados “passaram a formar grandes conglomerados ou holdings estabelecendo uma concorrência predatória e dificuldades para a manutenção de estabelecimento de menor porte [...]” (CHAVES; SANTOS; KATO, 2020, n. p.). Consequentemente, teve uma elevação no número de

fusões e aquisições de IES. Segundo elas, o país atualmente possui grandes monopólios de ensino superior:

Atualmente, as grandes companhias educacionais de capital aberto brasileiras (sociedades anônimas) com inserção no mercado de ações (BM&FBovespa), são a Kroton/Anhanguera (que se fundiram em um único grupo, em 2014), a Estácio Participações S.A, a Ânima Educação e a Ser Educacional (CHAVES; SANTOS; KATO, 2020).

Por óbvio, essas grandes corporações têm sido favorecidas com fundos públicos, especialmente por meio de programas de financiamento estudantil, como o Fundo de Financiamento Estudantil (FIES) e o Programa Universidade Para Todos (PROUNI). Além disso, o Estado também tem concedido isenções fiscais para as IES privadas. As receitas destinadas às IES por meio do FIES e do PROUNI cresceram 1.316,2% no período de 2003 a 2017, na medida em que os investimentos nas universidades públicas federais aumentaram apenas em 155,6% (CHAVES; SANTOS; KATO, 2020, n. p.)

Porquanto, é axiomático o processo de privatização, financeirização e mercantilização do ensino superior no Brasil – panorama que replica o que se repete em países de todo o mundo. Além disso, também é inquestionável que o capital tem colocado o seu vigor no intuito de chantagear por mais injeção de verbas públicas em atividades exploradas pela iniciativa privada, bem como pelas condescendências de normas em prol dos anseios das empresas que visam a obtenção de retorno econômico. O neoliberalismo capitalista presenciado há décadas só tem elevado a apreensão por mais cortes de gastos e maior aumento das taxas de lucro das instituições privadas de ensino superior. Por conseguinte, a consequência é a deterioração significativa das condições de trabalho dos professores e demais prestadores de serviços dessas instituições – em virtude do perfilhamento implacável da ideia capitalista de corte de gastos e aumento da coerção por maior eficiência.

3 TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE DOCENTE UNIVERSITÁRIA

A razão de ser da terceirização, como muito bem explicam diversos doutrinadores, é garantir uma diminuição de custos para o tomador e, ao mesmo tempo, uma melhora na qualidade do produto ou do serviço. Alice Monteiro de Barros assim descreve:

Teoricamente, o objetivo da terceirização é diminuir os custos e melhorar a qualidade do produto ou do serviço. Alguns especialistas denominam esse processo de ‘especialização flexível’, ou seja, aparecem empresas, com acentuado grau de especialização em determinado tipo de produção, mas com capacidade para atender a mudança de pedidos de seus clientes (BARROS, 2016).

Luís Roberto Barroso, Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), discorrendo no plenário do STF sobre a terceirização da atividade fim da empresa tomadora de serviços, asseverou que “isso não é direito, é economia, não há como fugir desse modelo” (Mariana Oliveira e Luiz Felipe Barbieri). Portanto, o objetivo da terceirização é garantir um produto ou serviço de qualidade, a custos menores, beneficiando tanto o produtor e/ou fornecedor, como aquele que se vale do produto e/ou serviço.

Por outro lado, é forte a corrente que defende que a terceirização precariza os direitos trabalhistas, uma vez que se dá muito mais enfoque à relação empresarial travada entre tomadora e terceirizada, do que à relação trabalhista existente entre o empregado e empresa terceirizada. Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva explica que:

A institucionalização de um modo jurídico de organização contratual do trabalho alheio e subordinado por meio da contratação empresarial entre duas pessoas jurídicas para o repasse de quaisquer atividades da contratante para a contratada, admitindo-se a utilização plena dos meios de produção, estabelecimentos e equipamentos pela contratada (inclusive com o que Márcio Tullio Viana denomina no Brasil de terceirização interna) tem o potencial de promover profundas alterações no mercado de trabalho brasileiro, inclusive com o afastamento da regulação deste emprego da arena das instituições do direito do trabalho, diminuindo a incidência da negociação coletiva, da organização sindical e de outros institutos coletivos, e das garantias materiais e processuais ao crédito trabalhista, sem falar de outros direitos e do próprio direito do trabalho (SILVA, 2018, p. 5-6).

Krüger relaciona a terceirização com a precarização do trabalho:

Segundo Valena Mesquita e Caio Gonçalves, o binômio terceirização e precarização são porta de entrada para o trabalho escravo, considerando os habituais salários baixos, instabilidade empregatícia e insalubres condições de trabalho a que são submetidos os subcontratados. Citando ainda pesquisa encetada por Druck e Figueiras, constatou-se que nos dez maiores resgates de trabalhadores em situação análoga à escravidão, entre 2010 e 2013, nove décimos dos vitimados eram terceirizados (KRUGER, 2016, p. 38).

No cenário legislativo, as Leis n.º 13.429/2017 e 13.467/2017 (reforma trabalhista) alteraram substancialmente a terceirização no ordenamento jurídico brasileiro. Antes delas, não havia um regramento legal amplo a respeito da matéria. Isso porque, a Lei n.º 6.019/1974, que foi a primeira a tratar do tema, previa essa possibilidade apenas para atender a necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente ou em razão de acréscimo extraordinário de serviços. Assim, competia à jurisprudência, em

especial a emanada pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST), delimitar com mais precisão os ditames que envolviam a terceirização.

Nesse contexto foi editada a súmula n.º 256 e, posteriormente, a n.º 331, ambas do TST. Essa última passou a autorizar a terceirização para as atividades-meio do tomador de serviço. Em outras palavras, a jurisprudência alargou o texto da Lei n.º 6.019/1974, mas ainda assim não admitia a contratação de empresa para a realização dos serviços fim do tomador.

Com a emergência das Leis 13.429/2017 e 13.467/2017 (reforma trabalhista) a diferenciação entre serviço-meio e serviço-fim deixou de ter grande importância prática para o assunto, uma vez que se passou a admitir a terceirização para ambas as atividades. Iara Marthos Águila e Camila da Silva Alencar explicam muito bem essa evolução do tratamento jurídico dado à terceirização em artigo publicado na Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca:

A terceirização da prestação de serviços é instituto jurídico há muito tempo utilizado nas relações jurídicas desenvolvidas no Brasil, no entanto, por falta de regulamentação legal expressa sobre o tema o Tribunal Superior do Trabalho (TST) adotou entendimento enunciado na Súmula n.º 331 que limita a possibilidade de terceirização válida apenas nas atividades relacionadas à atividade-meio do tomador de serviços e estabelece outras regras e consequências para a terceirização.

A Lei n.º 13.429/2017 e a Lei n.º 13.467/2017, esta última identificada por Reforma Trabalhista, passaram a regulamentar a terceirização da prestação de serviços e estabeleceram novos e diferentes parâmetros para a utilização do instituto terceirização, alterando a Lei n.º 6.019/74. A Reforma Trabalhista autorizou a terceirização irrestrita das atividades empresariais, incluindo a atividade principal da contratante, ou seja, a atividade-fim passou a ser passível de terceirização (ÁGUILA, et al., 2019, p. 108).

Dentro dessa conjuntura, a atividade docente universitária merece especial atenção, notadamente porque a educação, além de ser um dos direitos sociais insculpidos no artigo 6º da Carta Magna, é direito de todos e dever do Estado e da família, conforme artigo 205 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988). Portanto, não há como enquadrar a atividade educacional como uma mera atividade econômica, uma vez que os seus reflexos civis, políticos, sociais, financeiros e culturais são muito relevantes, o que demanda uma abordagem diferenciada.

Nesse contexto, o Decreto n.º 9.235, publicado em 15 de dezembro de 2017, ou seja, após a publicação da Reforma Trabalhista, passou a vedar a terceirização da atividade finalística educacional no ensino superior. A intenção do referido Decreto foi proibir a transferência da atividade docente de

uma entidade de ensino superior a uma outra empresa, comumente intitulada de terceirizada, de forma que o corpo docente deve estar vinculado diretamente à entidade de ensino superior prestadora dos serviços educacionais.

O artigo 72, IV do Decreto n.º 9.235/2017 considera irregularidade administrativa, passível de penalidade, a terceirização de atividade finalística educacional, sob quaisquer designações:

Art. 72. Serão consideradas irregularidades administrativas, passíveis de aplicação de penalidades, nos termos deste Decreto, as seguintes condutas: [...]

IV - terceirização de atividade finalística educacional, sob quaisquer designações, na oferta de educação superior (BRASIL, 2017).

Iara Marthos Águila e Camila da Silva Alencar explicam que a proibição instituída pelo Decreto vai ao encontro das diretrizes e bases da educação nacional, as quais foram estabelecidas pela Lei n.º 9.394/1996:

A proibição instituída no Decreto n.º 9.235/2017 caminha em consonância com a Lei n.º 9.394/1996 que estabeleceu as diretrizes e bases da educação nacional. O art. 3º da citada lei estabelece os princípios a serem seguidos para a forma de ensino. A vedação da terceirização da atividade-fim educacional atende aos princípios indicados no texto legal e, dessa forma, continuarão sendo respeitados de maneira mais efetiva (ÁGUILA, et al., 2019, p. 120).

O artigo 3º da Lei supracitada estabelece que são princípios do ensino:

Art. 3º O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, o pensamento, a arte e o saber;

III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas;

IV - respeito à liberdade e apreço à tolerância;

V - coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;

VI - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;

VII - valorização do profissional da educação escolar;

VIII - gestão democrática do ensino público, na forma desta Lei e da legislação dos sistemas de ensino;

IX - garantia de padrão de qualidade;

X - valorização da experiência extra-escolar;

XI - vinculação entre a educação escolar, o trabalho e as práticas sociais.

XII - consideração com a diversidade étnico-racial.

XIII - garantia do direito à educação e à aprendizagem ao longo da vida.

XIV - respeito à diversidade humana, linguística, cultural e identitária das pessoas surdas, surdo-cegas e com deficiência auditiva (BRASIL, 1996).

Uma análise desse rol basta para perceber que a terceirização não se coaduna com alguns dos princípios do ensino, em especial os que garantem a valorização do profissional da educação escolar e o padrão de qualidade. Isso porque, como já explanado, embora a terceirização beneficie a atividade econômica, alguns dos direitos dos trabalhadores são veladamente (e algumas vezes explicitamente) suprimidos. De igual forma, a ausência de vinculação do profissional docente com a instituição de ensino que leciona viola o padrão de qualidade, pois não será possível manter a didática ou modelo de ensino se houver uma grande rotatividade entre os profissionais, que é o que ocorre sistematicamente com empresas tomadoras de serviço.

Iara Marthos Águila e Camila da Silva Alencar observam que “a não vinculação dos professores às Instituições de Ensino Superior coloca em risco a efetividade da educação, devido à importância do acompanhamento do desenvolvimento do discente” (ÁGUILA, et al., 2019, p. 121). Reforçando esse entendimento, em matéria publicada no site da revista Nova Escola, dois dos impactos da terceirização da atividade-fim das instituições de ensino seriam a descontinuidade do corpo docente e o descompromisso com a escola (SEMIS, et al., 2017). Há, destarte, uma violação aos princípios do ensino, o que, como consequência, prejudica a própria educação, a qual, como já dito, é direito de todos e dever do Estado, conforme Constituição Federal de 1988. Assim, a situação posta é delicada e gera grande insegurança jurídica e retrocesso social, notadamente porque não há um posicionamento firme da Lei e dos Tribunais Superiores, o que gera uma maior precariedade do ensino ofertado.

De um lado, embora por meio de uma construção jurídico-argumentativa, levando em consideração os princípios, diretrizes e bases da educação nacional contidos na Lei n.º 9.394/1996, seja possível defender a impossibilidade de terceirização do serviço docente, é de se reconhecer que apenas há vedação expressa para essa prática no Decreto n.º 9.235/2017, que é ato normativo secundário, sem força de Lei. De igual maneira, a punição prevista no referido Decreto é meramente administrativa, de forma que tais efeitos

podem não ser suficientes para obstar a terceirização. Por outro lado, em um plano geral, a legalidade e legitimidade da terceirização para atividades fim da tomadora de serviço constam de Lei em sentido estrito, além de contarem com o respaldo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Certo também é que não houve manifestação expressa dos Tribunais Superiores sobre o tema terceirização da atividade docente, o que deixa grande lacuna normativa.

Dentro desse cenário instável, há projeto de Lei que visa proibir a terceirização das atividades de magistério. Trata-se do projeto de Lei n.º 10.944 de 2018, de autoria da deputada Renata Abreu, e em consulta ao seu teor é possível vislumbrar que a justificativa para a sua elaboração vai ao encontro das teses expostas nesse trabalho:

No decorrer do ano passado tivemos a mudança da legislação acerca da prestação de serviços, quando foram promovidas alterações na Lei n.º 6.019, de 3 de janeiro de 1974. Com isso, houve uma ampliação nas situações em que se permite a terceirização de mão de obra, admitindo-se a sua contratação para qualquer tipo de atividade exercida pela contratante, e não só para as atividades-meio, como se exigia até então.

Entendemos que, sob inúmeros aspectos, a terceirização é benéfica para as relações de trabalho. A redução de despesas e de custos com a mão de obra, a racionalização de procedimentos, os ganhos de produtividade, entre outros, são medidas que beneficiam os empregadores, enquanto o aumento no número de postos de trabalho, por exemplo, beneficia os trabalhadores. [...]

A educação não pode ser vista como mero empreendimento. O professor tem papel fundamental na formação de nossos jovens e, para bem exercer sua atividade, há que se ter um planejamento pedagógico que não pode ser alterado do dia para a noite. Nesse caso, a descontinuidade do serviço com a troca de professores em decorrência do rompimento de um contrato de prestação de serviço pode ter consequências muito danosas para os professores e, sobretudo, para os alunos. Isso porque, na terceirização, o contrato é firmado com a empresa de prestação de serviço, a quem compete dirigir os trabalhos do trabalhador terceirizado. Seria contraditório que a contratante, nesse caso, em particular, a escola, não tivesse ingerência sobre a atuação do professor. [...]

Por fim, devemos registrar o entendimento de algumas pessoas segundo as quais a legislação vigente já não permitiria a contratação de professores terceirizados, uma vez que a terceirização seria incompatível com o funcionamento escolar.

No entanto, para que não reste dúvida quanto a estar essa atividade excluída ou não da lei, estamos apresentando o presente projeto de lei para deixar expressa na lei a proibição de contratação de empresa de prestação de serviço para o exercício de atividades de magistério (ABREU, 2018).

O referido projeto encontra-se em trâmite perante a Câmara dos Deputados, aguardando parecer do Relator na Comissão de Trabalho (CTRAB). Espera-se que lhe seja dada a importância que merece, a fim de que sejam afastadas todas as dúvidas a respeito da matéria e prestigiada a qualidade do ensino.

4 IMPACTO TRABALHISTA E PREVIDENCIÁRIO DO PROJETO DE LEI N. 10.944/2018

Inicialmente, é necessário pontuar que o projeto de Lei 10.944/2018, de autoria da Deputada Renata Abreu, visa alterar a Lei 6.019/1974, para proibir a prestação de serviços terceirizados nas atividades de magistério, em face das diversas implicações negativas que dela podem decorrer. Em sua justificativa, a autora do referido projeto de Lei sustenta que a educação não pode ser vista como mero empreendimento, na medida em que o professor possui papel fundamental na formação dos jovens e, para exercer a atividade de maneira adequada e qualificada, é imprescindível se ter um planejamento pedagógico que não deve ser alterado do dia para a noite. Desse modo, afirma que a ausência de continuidade do serviço com a troca de professores em razão do rompimento de um contrato de prestação de serviço pode ter consequências danosas tanto para os professores quanto para os alunos.

Além de causar impactos na relação de ensino (formação dos jovens, confiança entre aluno e professor, etc), a terceirização da atividade docente também produz efeitos negativos no âmbito do direito do trabalho e previdenciário.

Antes de demonstrar quais são esses efeitos, é necessário conceituar o que é Direito do Trabalho. De acordo com Amauri Mascaro Nascimento, o Direito do Trabalho é “o ramo da ciência do direito que tem por objeto as normas jurídicas que disciplinam as relações de trabalho subordinado, determinam os seus sujeitos e as organizações destinadas à proteção desse trabalho em sua estrutura e atividade”. (NASCIMENTO, 2011).

Dito isso, cumpre mencionar que a CLT, em seu art. 8º, prevê a possibilidade de utilizar os princípios na Justiça do Trabalho. Assim, insta informar quais são os princípios do Direito do Trabalho: princípio da proteção; princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas; princípio da continuidade; princípio da primazia da realidade; princípio da razoabilidade e boa-fé; princípio da inalterabilidade contratual lesiva; princípio da intangibilidade salarial; princípio da moralidade, legalidade e eficiência (LEITE; SILVA; LACERDA, 2018).

O princípio da proteção tem o fito de suprimir a desigualdade jurídica à econômica, de maneira a amparar o empregado e assim equiparar as disparidades existentes entre as partes da relação empregatícia. O referido prin-

cípio se desdobra em três regras: a) da aplicação da norma mais favorável; b) da condição mais benéfica; c) do critério *in dubio pro operário* (LEITE; SILVA; LACERDA, 2018).

O princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas preconiza que esses são irrenunciáveis e indisponíveis, não sendo passíveis de transação. O princípio da continuidade na relação de emprego dispõe que via de regra, os contratos serão por prazos indeterminados e, em casos específicos, poderão ser por prazo determinado. Já o princípio da primazia da realidade, sustenta que os fatos reais são mais importantes do que os documentos. O princípio da razoabilidade e boa-fé, determina que as partes da relação empregatícia deverão solucionar os conflitos de maneira razoável (LEITE; SILVA; LACERDA, 2018).

O princípio da inalterabilidade contratual lesiva veda que o empregador realize alterações contratuais que prejudique o trabalhador. O princípio da intangibilidade salarial, assim como os demais princípios trabalhistas, visa proteger o empregado, vedando a redução salarial. Todavia, o referido princípio foi flexibilizado após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual permite a redução salarial do empregado por meio de convenção coletiva para preservar o contrato de trabalho, mas somente nas hipóteses em que a empresa empregadora estiver passando por crise econômica ou política interna (LEITE; SILVA; LACERDA, 2018).

Posto isto, convém destacar que o contrato de trabalho é um instrumento de garantia que traduz benefícios para ambas as partes da relação trabalhista. Os contratos de trabalho, diga-se, aqueles que geram vínculos empregatícios, podem ser divididos em dois tipos: por prazo determinado e por prazo indeterminado. Além dessas modalidades contratuais trabalhistas, existem os contratos de estágio, de trabalhadores autônomos, eventuais, temporários e avulsos, os quais, frisa-se, não geram nenhum vínculo empregatício entre os sujeitos da relação de emprego (LEITE; SILVA; LACERDA, 2018).

Outra modalidade de contrato de trabalho, porém não menos importante, é a terceirização, por meio do qual há uma intermediação da mão de obra através da empresa prestadora de serviços (LEITE; SILVA; LACERDA, 2018).

O contrato de terceirização consiste num mecanismo de gestão, em que uma empresa confia a outra, serviços a serem realizados no seu interior e que são imprescindíveis para o seu bom desenvolvimento. Para Nascimento: “[...] terceirizar é transferir a terceiros uma obrigação e um direito que originariamente seriam exercitáveis no âmbito do contrato originário, mas que passam, pela subcontratação”. (NASCIMENTO, 2011).

Como se observa, o contrato de terceirização se distingue da configuração clássica da relação de emprego, por ser triangular, ou seja, a empresa

tomadora de serviços contrata uma empresa para prestar serviços que, por conseguinte, contrata um empregado para prestar os serviços na empresa tomadora de serviços (LEITE; SILVA; LACERDA, 2018).

É função do Direito do Trabalho proteger os interesses da classe trabalhadora, bem como velar de todas as maneiras para que o labor seja realizado de forma correta, sem fraudes, sonegações e práticas de terceirização irregular, evitando assim, que os direitos trabalhistas e previdenciários dos empregados sejam negligenciados (LEITE; SILVA; LACERDA, 2018).

Anteriormente a elaboração das Leis 13.429/2017 e 13.467/2017, a terceirização era regulamentada apenas com base na jurisprudência do TST (Súmula 331) e na Lei 6.019/74, a qual dispõe sobre as relações de trabalho temporário. Todavia, após o advento das referidas legislações, o fenômeno da terceirização de serviços de qualquer espécie passou então a ser regulamentada de maneira expressa (CASSAR; BORGES, 2017).

Observando o contexto social do Brasil em meio a todas as mudanças nas leis trabalhistas, pode-se perceber que tais modificações ocorreram em um cenário de grande instabilidade política e econômica. Naquela ocasião, houve um empenho maciço para que houvesse a modernização do direito do trabalho, visando novas e menos burocráticas maneiras de regulamentar as empresas, para que a produtividade e os lucros fossem estimulados. Com isso em mente, a terceirização demonstra que é um aparato de desregulamentação que acaba gerando condições de trabalho precárias. Desse modo, as empresas têm utilizado esse fenômeno como meio de reduzir os seus custos de produção, para então se garantirem cada vez mais competitivas no mercado. (BRAGHINI, 2017).

Com o passar do tempo, torna-se clara a intervenção histórica, política e econômica que ocorreram no Direito do Trabalho, as quais conduziram à uma revisão da enrijecida regulamentação estatal para se amoldar às mudanças sociais e suas relações de trabalho. Tal situação é oriunda do fenômeno da globalização e seu ricochete no contexto socioeconômico, passando a intentar a tendência de flexibilização do Direito do Trabalho (CARVALHO; CARVALHO NETO; GIRÃO, 2017).

Para Maurício Godinho Delgado, o conceito de flexibilização ocorre pela seguinte forma:

Por flexibilização trabalhista entende-se a possibilidade jurídica, estipulada por norma estatal ou por norma coletiva negociada, de atenuação da força imperativa das normas componentes do Direito do Trabalho, de modo a mitigar a amplitude de seus comandos e/ou os parâmetros próprios para a sua incidência. Ou seja, trata-se da diminuição da imperatividade das normas justtrabalhistas ou da amplitude de seus efeitos, em conformidade com autorização fixada por norma heterônoma estatal ou por norma coletiva negociada (DELGADO, 2017).

Levando em consideração a eficácia provocada na seara jurídica e econômica, a doutrina e a jurisprudência trabalhista acabam sendo tomadas por dois preceitos acerca dos impactos da flexibilização do Direito do Trabalho: o primeiro é de que a desregulamentação se baseia na imprescindível necessidade de reorganização da economia, sendo, inclusive, considerada uma mudança positiva na prática econômica moderna. Já o segundo preceito, considera a flexibilização como um mecanismo para precarizar as condições do trabalhador no mercado de trabalho, demonstrando todo o seu lado negativo (BRAGHINI, 2017).

Para os defensores das Leis 13.429/17 e 13.467/17, os pontos mais positivos da reforma são os respaldos de iguais condições aos empregados terceirizados e os da empresa tomadora de serviços, mais precisamente no que diz respeito aos direitos de: a) alimentação nos refeitórios da empresa; b) utilizar os serviços de transporte; c) de atendimento médico no ambulatório nas dependências da empresa tomadora ou local que ela designar; d) direito ao treinamento necessário, quando a atividade exigir; e) direito as mesmas condições sanitárias de medidas de proteção à saúde, de segurança no trabalho e de instalações adequadas de segurança oferecidos aos empregados da empresa tomadora de serviços. Frisa-se que todos os direitos mencionados deverão ser custeados pela empresa terceirizada (LEITE; SILVA; LACERDA, 2018).

Em contrapartida, os movimentos sociais e sindicais adotam o entendimento de que a regulamentação da terceirização torna precárias as relações de trabalho. Dentre os pontos negativos, pode-se dizer que a terceirização desenfreada aniquila os direitos sociais e afronta princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana (LEITE; SILVA; LACERDA, 2018).

Rozirene Emetério Leite, *et al*, citando Raphael Miziara, destaca que a reforma não prevê nenhuma norma específica a respeito do enquadramento sindical, deixando o empregado sem nenhuma categoria profissional. Frisa-se que este não é o único ponto que causa inquietação quanto ao fenômeno da terceirização. Dessa maneira, também podemos citar que: a) poderá ter empregados diretamente contratados e outros terceirizados exercendo a mesma atividade laborativa e não gozando dos mesmos direitos dentro de uma empresa; b) a reforma se omitiu acerca da obrigatoriedade e respeito nas negociações coletivas da empresa tomadora de serviços; c) ausência de obrigatoriedade de isonomia salarial entre o empregado terceirizado e o funcionário contratado diretamente pela empresa tomadora de serviços, não permitindo a equivalência de remuneração entre ambos os trabalhadores que exercem a mesma função, ferindo o princípio da igualdade.

A atual maneira de flexibilização trabalhista não é bem vista, porquanto determina novas formas de condições de trabalho, sempre buscando moldar o ordenamento jurídico aos avanços do mercado. Desse modo, acaba se tor-

nando possível inserir normas que violem a dignidade dos trabalhadores. Outro aspecto relevante, é que por meio da flexibilização, o Estado determina os limites máximos e mínimos de negociação para as partes da relação de emprego. Com isso, a parte mais frágil da relação, o empregado, tende a abrir mão de seus direitos e, por conseguinte, acaba se submetendo a condições de trabalho que provavelmente não se colocaria, no intuito de obter uma condição de vida melhor (CASSAR, 2014).

A Lei 13.467/2017 alterou vários dispositivos da Lei 6.019/1974, inserindo diversas modificações no marco regulatório da terceirização no Brasil (DELGADO; DELGADO, 2017). A primeira modificação adveio com a inserção do art. 4º-C e seu §1º, o qual diz o seguinte:

§ 1º. Contratante e contratada poderão estabelecer, se assim entenderem, que os empregados da contratada farão jus a salário equivalente ao pago aos empregados da contratante, além de outros direitos não previstos neste artigo (Brasil, 1974).

É indene de dúvidas de que o dispositivo acima possui o intuito de tornar facultativo a igualdade salarial entre os trabalhadores. Desse modo, acaba por admitir a possibilidade de discriminação salarial entre os trabalhadores terceirizados e os empregados da empresa tomadora de serviços. Ou seja, a empresa tomadora dos serviços simplesmente pode deliberar por aderir práticas discriminatórias ou não quanto ao salário dos trabalhadores terceirizados (CASSAR; BORGES, 2017).

A segunda é a constante no art. 5º-A, o qual diz o seguinte: “Art. 5ºA. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal” (Brasil, 1974).

Em razão da referida norma, é possível terceirizar quaisquer das atividades da empresa tomadora de serviços, inclusive a sua atividade fim (DELGADO; DELGADO, 2017). Todavia, emerge o questionamento quanto as benesses dessa mudança, na medida em que a terceirização das atividades essenciais pode colocar em xeque a qualidade dos serviços prestados, visto que o labor será exercido por empregados que não são ligados diretamente à empresa tomadora de serviços. Não é possível atingir a qualidade necessária e exigida de uma atividade fim, quando a empresa tomadora de serviços não direciona e nem dirige o serviço realizado (CASSAR; BORGES, 2017).

Como se sabe, as normas trabalhistas utilizam a Constituição como base para garantir às pessoas a posição central das relações trabalhistas, a fim de propiciar aos trabalhadores uma vida econômica justa. Os preceitos da democracia e do Estado de Direito somente podem ser alcançados em um sistema jurídico que qualifica a sociedade civil a resguardar que o trabalha-

dor esteja no centro da relação trabalhista, permitindo que a coexistência e a inserção socioeconômica estejam em um nível razoável de civilização (DELGADO; DELGADO, 2017).

É partindo desse dimensionamento de princípios e normas que a Carta Magna determina as maneiras de ordenar a economia e a valoração do trabalho humano, visando resguardar a dignidade dos trabalhadores e a justiça social. Desse modo, a Constituição Federal não aceita maneiras de utilizar o trabalho para diminuir o valor do trabalhador, enquanto simultaneamente eleva a desigualdade social entre o empregado e o empregador (DELGADO; DELGADO, 2017).

A democracia e a cidadania no âmbito do Direito do Trabalho são imprescindíveis para a construção de uma sociedade digna, ou seja, ocorrendo a prevalência da arbitrariedade e o aproveitamento abusivo de uma das partes na relação trabalhista, pode-se dizer que não há democracia na sociedade (PEREIRA, 2015).

Nessa linha de raciocínio, permitir a terceirização irrestrita, inclusive da atividade docente, irá causar um grave revés constitucional, visto que a terceirização na maioria das vezes causa diversos efeitos negativos nas relações de trabalho (PEREIRA, 2015). Além disso, cumpre mencionar que a terceirização aumenta a precarização do trabalho e a perda gradativa de direitos, além de reduzir as condições de saúde e segurança e enfraquecimento da organização sindical (ALVES, 2005).

A Constituição determina que o salário será equitativo para todos os empregados que desempenhem funções iguais ou trabalhem em situações análogas. Todavia, repita-se, um dos impactos trabalhistas negativos advindos com o fenômeno da terceirização é justamente a desigualdade salarial, o qual fere diametralmente a isonomia entre os trabalhadores. Desse modo, a terceirização, sem parâmetros igualitários, é um mecanismo para reduzir os salários e os padrões sociais dos trabalhadores, contudo, é inaceitável a referida discriminação socioeconômica, porquanto prejudica a dignidade dos trabalhadores (CAVALCANTE; JORGE NETO, 2019).

Resumindo, a terceirização precariza os direitos dos trabalhadores, trazendo influências negativas na produtividade e eficiência do empregado. Esse desequilíbrio encontrado na relação de emprego por meio da terceirização pode ser classificado como um sistema de emprego pouco visto. Isso porque, ao contrário dos empregados que possuem contrato direto com a empresa tomadora de serviços, os trabalhadores terceirizados apresentam um alto índice de rotatividade e são corriqueiramente substituídos ao final do seu contrato de trabalho. Além disso, o empregado terceirizado possui um salário 50% inferior ao salário dos trabalhadores diretos que possuem vínculo empregatício com a empresa tomadora de serviços (DELGADO; AMORIM, 2014).

A ausência de isonomia entre os empregados não possui apenas um impacto negativo na vida dos trabalhadores, mas também ao direito patrimonial que está ligado diretamente ao salário, como por exemplo, o direito ao 13º, FGT, férias e etc. Assim, denota-se um total desrespeito com as normas previstas na Constituição, a qual visa garantir um caminho justo de igualdade salarial entre os trabalhadores que exercem a mesma função dentro de uma determinada empresa (DELGADO; AMORIM, 2014).

Portanto, quando ocorre a substituição de funcionários direitos por terceirizados, não se busca tornar mais segura as condições de trabalho, mas sim a maior lucratividade, eximindo as empresas tomadoras de serviços de maiores responsabilidades com a força de trabalho, a qual passa a ser de responsabilidade da empresa que fornece os serviços terceirizados (LOURENÇO, 2015).

No tocante aos impactos previdenciários, destaca-se que a terceirização promove o aumento dos índices de vulnerabilidade social. Cita-se, como exemplo, a redução salarial, diminuição das condições de trabalho e a extensa jornada de trabalho, fatores que causam maior propensão aos acidentes de trabalho. O fenômeno da terceirização gera muitos outros problemas sociais, como, por exemplo, a prostituição e o aumento da precariedade social e da miséria humana. Ou seja, os trabalhadores terceirizados são aqueles que não possuem segurança, seja porque trabalham em péssimas condições, seja porque há uma certa facilidade e um grande número de criação e extinção de empresas que fornecem serviços terceirizados, obstaculizando a concretização das garantias trabalhistas, previdenciárias e de perspectiva funcional (LOURENÇO, 2015).

O modelo de gestão de trabalho da terceirização utiliza práticas que ferem a identidade e a dignidade profissional dos trabalhadores, determinando que doenças anteriormente restritas a certas ocupações ganhem dimensões epidêmicas, como vem ocorrendo com os casos de lesão por esforço repetitivo e os agravos à esfera mental (ALVES, 2014).

Para Poliana Beordo Nicoleti, os trabalhadores terceirizados estão mais propensos aos acidentes e doenças no trabalho, porquanto não são classificados como legítimos. Isto posto, cumpre destacar que os trabalhadores contratados sob o regime de terceirização sofrem mais acidentes de trabalho do que os profissionais contratados diretamente pela empresa tomadora de serviços. Isso porque, as empresas prestadoras de serviços terceirizados prioritariamente tendem a contratar empregados de baixo custo, ignorando se o serviço será realizado com qualidade ou não. Esses trabalhadores costumam a se submeter a quaisquer condições de trabalho e, por conseguinte, são constantemente expostos a um desenvolvimento de doenças profissionais.

Para Lourenço (2015), os índices de enfermidades e mortes no e pelo trabalho se encontram menos nos ambientes em que se realiza o labor e bem

mais nas relações trabalhistas em si, as quais comportam um conjunto de regras e normas que deveriam proteger o trabalho e o trabalhador.

Esse novo sistema de gestão de trabalho fixa metas que somente são alcançáveis à custa da própria deterioração da saúde do trabalhador, bem como exige um maior envolvimento dos empregados com os ideais das empresas, impondo o referido modelo de gestão com base no medo dos trabalhadores, levando-os à submissão aquiescida ao conjunto de técnicas que granjeiam os seus anseios e as angústias para revertê-los em prol das empresas (ALVES, 2014). Em razão disso, emerge nos trabalhadores quadros de ansiedade, depressão, síndrome do pânico e suicídio no trabalho, evidenciando toda a violência da organização de trabalho na atualidade. Frisa-se que é bem mais complicado para o trabalhador comprovar a existência desses sofrimentos psíquicos, porquanto são subjetivos, seus nexos são psicossociais, permeados pelas emoções e sentimentos de (in)realização e frustração no trabalho (LOURENÇO, 2015).

As patologias contemporâneas relacionadas ao trabalho evidenciam que o desgaste da vida é muito mais social do que apenas biológico. Por óbvio, a degradação da saúde é biológica (física e mental), entretantes, a sua determinação advém do peso das relações sociais de trabalho (dentro e fora dele), e a universalidade dessas relações, não importa qual seja o setor empresarial, torna os problemas de saúde daí decorrentes também em universais, porquanto se estende a todo e qualquer tipo de trabalhador (LOURENÇO, 2015).

Em razão das sucessivas contratações de empresas que fornecem os serviços terceirizados, bem como a grande rotatividade de seus empregados, o diagnóstico e o tratamento da degradação da saúde dos trabalhadores na maioria dos casos ocorrem quando o labor já não é mais realizado em determinado setor e/ou empresa (LOURENÇO, 2015). Essa tendência afasta as pessoas da aposentadoria e dos direitos sociais e trabalhistas em benefício de uma renda insegura e jornada de trabalho muito longa, bem como torna mais dificultoso o processo de reabilitação profissional e social do trabalhador.

Portanto, diante do exposto, pode-se perceber que o projeto de Lei 10.944/2018 irá causar impactos positivos no âmbito do direito do trabalho e previdenciário dos profissionais que exercem a atividade de docência. Isso porque, o referido projeto veda a prestação de serviços terceirizados nas atividades de magistério e, conseqüentemente, garante aos professores melhores condições de trabalho e diversos direitos sociais, como, por exemplo, isonomia e equiparação salarial, jornada de trabalho adequada, bem como garante identidade e dignidade profissional aos professores. Com isso, haverá a redução dos riscos de acidente e doença no trabalho e, por conseguinte, haverá uma diminuição de concessão de benefícios previdenciários, bem

como será mais fácil realizar o diagnóstico e o tratamento da degradação da saúde dos professores, porquanto não ocorrerá uma grande rotatividade dos profissionais docentes.

5 CONCLUSÃO

O ensino superior está passando por um processo de mercantilização que teve início na década de 1970, quando o sistema neoliberal se popularizou em vários países do mundo após a crise econômica. Antes disso, o ensino superior era predominantemente controlado pelo Estado e era considerado um interesse social que deveria ser mantido pelo governo. No entanto, a crise econômica levou vários países a flexibilizar suas normas sobre educação, permitindo que a iniciativa privada explorasse economicamente esse mercado. O objetivo era democratizar o acesso ao ensino superior, mas isso acabou resultando em uma redução da qualidade do ensino à medida que as instituições buscavam aumentar seus lucros.

As instituições passaram a implementar a educação à distância e o ensino virtual para cortar custos e aumentar o número de alunos. Com isso, o quadro de professores foi reduzido e um único professor passou a dar aulas para várias turmas ao mesmo tempo. Isso resultou em uma precarização das condições de trabalho para os professores e em uma redução da qualidade do ensino.

A pandemia do coronavírus acelerou esse processo, levando as instituições a adotar aulas remotas sem planejamento e controle adequados. As instituições lucrativas de ensino continuarão a pressionar por mais flexibilização e cortes de gastos, o que pode resultar na dispensa de professores e na condensação de turmas em salas virtuais. O primeiro passo será a transformação de cursos presenciais em cursos híbridos. Somente o tempo dirá qual será o impacto dessa tendência na qualidade do ensino.

REFERÊNCIAS

- ÁGUILA, Iara Marthos e ALENCAR, Camila da Silva. 2019. **Vedação da terceirização da atividade finalística educacional no ensino superior**. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca. 2019, Vol. 14.
- ALVES, Giovanni. **O novo (e precário) mundo do trabalho: reestruturação produtiva e crise do sindicalismo**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2005.
- ALVES, Giovanni. **Trabalho e neodesenvolvimentismo: choque de capitalismo e nova de gradação do trabalho no Brasil**. Londrina: Praxis Editorial, 2014.

- ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho**: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. 2. ed., 10. reimpr. rev. e ampl. São Paulo: Boitempo, 2009.
- BARROS, Alice Monteiro de. 2016. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo : LTr, 2016.
- BATISTA, Paulo Nogueira. **O Consenso de Washington**: a visão neoliberal dos problemas latinoamericanos. Caderno Dívida Externa, São Paulo, n° 6, n. p., set. 1994. Disponível em: <http://professor.pucgoias.edu.br/sitedocente/admin/arquivosUpload/17973/material/Consenso%20de%20Washington.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2022.
- BRAGHINI, Marcelo. **Reforma Trabalhista**: Flexibilização das Normas Sociais do Trabalho. 2 ed. São Paulo: LTr, 2017.
- BRASIL. 2018. **Projeto de Lei 10.494** de 06 de novembro de 2018. Câmara dos Deputados. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1690211&filename=PL%2010944/2018. Acesso em: 07 jan. 2023.
- BRASIL, **Lei nº 13.429/2017**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13429.htm. Acesso em: 06 jan. 2023.
- BRASIL. **Lei nº 13.467 de 2017**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 06 jan. 2023.
- BRASIL. **Lei nº 6.019 de 1974**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm. Acesso em: 06 jan. 2023.
- BRASIL. [Constituição (1988)]; **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 07 de jan. 2023.
- BRASIL. [Decreto nº 9.235 (2017)]; **Decreto nº 9.235, de 15 de Dezembro de 2017**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9235.htm. Acesso em 07 de jan. 2023.
- BRASIL. [Lei n.º 9.394 (1996)]; **Lei nº 9.394, de 20 de Dezembro de 1996**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em 07 de jan. 2023.
- CARVALHO, Alexander Perazo Nunes de; CARVALHO NETO, Abimael Clementino Ferreira de; GIRÃO, Henrique Andrade. A reforma trabalhista como consequência da necessidade de flexibilização das relações de trabalho diante da evolução da sociedade. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 3, p. 49- 66, set./dez. 2017.
- CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: Método, 2014.

- CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à Reforma Trabalhista – Lei 13.467, de 13 de julho de 2017**. São Paulo: Método, 2017.
- CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. **Direito do Trabalho**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- CHAVES, Vera Lúcia Jacob. Expansão da privatização/mercantilização do ensino superior brasileiro: a formação dos oligopólios. **Educação & Sociedade**, Campinas, v. 31, n. 111, p. 481-500, abr.-jun. 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/es/a/SFTYDmV3zhBxfdTPRVBR78m/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 17 jan. 2022.
- CHAVES, Vera Lúcia Jacob; AMARAL, Nelson Cardoso. Política de expansão da educação superior no Brasil – o PROUNI e o FIES como financiadores do setor privado. **Educação em Revista**, Belo Horizonte, v. 32, n. 04, p. 49-72, out.-dez. 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/es/a/SFTYDmV3zhBxfdTPRVBR78m/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 18 jan. 2022.
- CHAVES, Vera Lúcia Jacob; SANTOS, Maria Rosimary Soares dos; KATO, Fabíola Bouth Grello. Financiamento público para o ensino superior privado-mercantil e a financeirização. **Jornal de Políticas Educacionais**, v. 14, n. 08, jan. 2020. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/jpe/article/view/70063/40309>. Acesso em: 26 jan. 2022.
- CORIAT, Benjamin. **Pensar pelo avesso: o modelo japonês de trabalho e organização**. Tradução de Emerson S. Da Silva. Rio de Janeiro: Revan/UFRJ, 1994.
- DELGADO, Gabriela Neves. **Direito Fundamental ao Trabalho Digno**. São Paulo: LTr, 2006.
- DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. A Inconstitucionalidade da Terceirização na Atividade-Fim das empresas. **Revista TST**, Brasília, v. 80, n. 3º 2014.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução**. São Paulo: LTr, 2005.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho – 16ª ed.** – São Paulo; LTr 2017.
- DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil – Com os Comentários à LEI N. 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017.
- KRUGER, Matheus Aquino Pirola. 2016. **Terceirização e Precarização do Trabalho**. Curitiba: s.l., 2016.
- LEITE, Rozirene Emetério; SILVA, Marília das Dores Machado; LACERDA, Jarbas Filho de. Os impactos da Reforma Trabalhista no Serviço Terceirizado. **Revista Interdisciplinar de Estudos Contemporâneos da Facul-**

dade de Nova Serrana – FANS. Nova Serrana, v. 2, 7^a ed, p. 95-113, mar./maí. 2018.

LINS, Vinícius Ferreira. A economia política da financeirização: possíveis implicações no mundo do trabalho. **Revista economia e desenvolvimento.** Santa Maria, RS, v. 31, e1, p. 1-13, 2019. DOI: 105902/1414650936085, ISSN: 2595-833X. disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/eed/article/view/36085/pdf>. Acesso em: 08 jul. 2021.

LOURENÇO, Edvânia Ângela de Souza. Terceirização: a derruição de direitos e a destruição da saúde dos trabalhadores. **Serviço Social & Sociedade [online]**. 2015, v. 00, n. 123, p. 447-475. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0101-6628.032>. ISSN 2317-6318. <https://doi.org/10.1590/0101-6628.032>. Acesso em: 06 jan. 2023.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho.** 16^a ed. São Paulo: LTr, 2011.

NICOLETI, Poliana Beordo. **Terceirização ou Precarização do Trabalho: a Situação do Hipossuficiente.** Ribeirão Preto, 2010.

OLVEIRA, Mariana e BARBIERI, Luiz Felipe. 2018. <https://g1.globo.com/politica/noticia/2018/08/22/relator-no-stf-barroso-vota-por-liberar-terceirizacao-em-atividade-fim.ghtml>. [Online] 22 de 08 de 2018. Citado em: 07 de 01 de 2023.

PEREIRA, Larissa Dahmer. Crise capitalista, reação burguesa e mercantilização do ensino superior no pós-1970. In: III Jornada Internacional de Políticas Públicas, 2007, São Luis do Maranhão. **III Jornada Internacional de Políticas Públicas.** Universidade Federal do Maranhão: Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas. São Luis do Maranhão: Universidade Federal do Maranhão, ago. 2007.

PEREIRA, Ricardo. A Inconstitucionalidade da Liberação Generalizada da Terceirização. **Revista ABET**, São Paulo, V. 14, n. 1^o 2015.

PINTO, Geraldo Augusto. **A Organização do Trabalho no Século 20:** taylorismo, fordismo e toyotismo. São Paulo: Expressão Popular, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A universidade no século XXI: para uma reforma democrática e emancipatória da universidade. **Educação, sociedade & culturas**, n. 23, p. 137-202, 2005. Disponível em: https://eg.uc.pt/bitstream/10316/96322/1/A%20universidade%20no%20seculo%20XXI_para%20uma%20reforma%20democratica.pdf. Acesso em: 24 jan. 2022.

SEMIS, Laís e BERNARDO, Nairim. 2017. **Nova Escola.** [Online] 31 de 03 de 2017. [Citado em: 07 de 01 de 2023.] <https://novaescola.org.br/conteudo/4865/6-possiveis-efeitos-da-terceirizacao-na-educacao>.

SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. 2018. Terceirização e Reforma Trabalhista no Brasil: o debate nas arenas jurisdicionais. **Seminário Internacional sobre Terceirização Laboral.** 2018.

14

ANÁLISE DA CRESCENTE PARTICIPAÇÃO DAS MULHERES NOS SETORES SOCIAIS E O DIRECIONAMENTO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

Luiza de Oliveira Carneiro Braz¹⁴⁴

Paulo Márcio Reis Santos¹⁴⁵

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 trouxe de forma expressa a garantia e a proteção aos direitos fundamentais dos cidadãos, que necessitavam ser restabelecidos em virtude do enfraquecimento gerado durante o período de ditadura militar, momento em que as pessoas sofreram diversas restrições de seus direitos fundamentais já historicamente conquistados.

A Constituição, além de prever a igualdade entre o homem e a mulher, no art. 5º, I, também prevê outros direitos específicos relacionados à mulher, tais como o tempo de contribuição para fins previdenciários inferior ao do homem, licença maternidade com duração superior ao do homem, dentre outros. Ainda, inaugurou um novo campo de igualdade de direitos entre a mulher e o homem: na sociedade conjugal, prevendo que todos os direitos e deveres relativos a ela serão exercidos igualmente pelo homem e pela mulher; rompendo com a tradição paternalista até então vigente.

A dignidade da pessoa humana foi consagrada como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º), o que significa que a estruturação do Estado e da sociedade deve se pautar no reconhecimento de que todos os seres humanos são merecedores de um mínimo de direitos que devem ser reconhecidos e protegidos.

144 Mediadora certificada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Mestranda em Direito pela Universidade FUMEC. E-mail: luizacarneiro7@gmail.com.

145 Sócio fundador da PMRS Advocacia e Consultoria. Professor na Graduação e no Mestrado em Direito da FUMEC. Doutor e Mestre em Direito pela UFMG. E-mail: paulo@pmrs.adv.br.

No mesmo sentido, o art. 3º da CF/88 fixou, dentre os objetivos da República Federativa do Brasil, a redução das desigualdades sociais e regionais, bem como a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação, para que, junto com o direito fundamental ao trabalho, todos tenham uma vida digna.

Neste contexto, a própria Constituição também previu a possibilidade de ações afirmativas para as mulheres, em especial no art. 7º, XX, que prevê a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei, que é tido como um instrumento de melhoria da condição social das trabalhadoras urbanas e rurais, que até os dias de hoje batalham para conquistar seu espaço nos diversos setores da sociedade.

Existe todo um histórico que estabelece políticas públicas de inserção das mulheres nos diversos setores sociais, de modo que elas podem e devem participar das questões eleitorais, jurídicas, econômicas e sociais nos diversos contextos do país, sejam eles civis ou militares.

As ações afirmativas, de um modo geral, visam corrigir as situações de discriminação sofridas por certas categorias de pessoas, em especial as mulheres, evitando que elas sejam submetidas a condições de desigualdade e exclusão no mercado de trabalho, na sociedade e até dentro da própria família.

Inobstante exista a proteção pela igualdade formal prevista na CF/88 e em diversos Tratados Internacionais, as ações afirmativas são essenciais para reeducar a cultura da sociedade e proporcionar, de forma efetiva, a igualdade de oportunidades e direitos entre homens e mulheres.

No entanto, há de se ter cautela e limites para a implementação de ações afirmativas, de modo que qualquer diferenciação só se justifica quando a intenção for diminuir as diferenças reais existentes entre os gêneros, sob pena de, no intuito de proteção, configurar uma prática discriminatória e prejudicial à mulher.

Inobstante tenha havido significativa e positiva mudança no cenário do país e do mundo, diversos fatores, ainda hoje, relembram uma sociedade marcada por preconceitos. A discriminação, inferiorização e a objetificação da mulher constituem disposições mentais e comportamentais que devem ser combatidas por todos os cidadãos e pelo Estado, de modo que nesse compromisso deve se pautar a atuação das instituições públicas e privadas, no intuito de alcançar o fim maior deste Estado Democrático de Direito, que se traduz na construção de uma sociedade justa, igualitária, solidária, fraterna e pluralista.

O objetivo-geral deste artigo é trazer um panorama sobre a inserção da mulher nos diversos campos da sociedade, tais como dentro da família como sujeito de direitos, no mercado de trabalho, como ocupante de cargo público e na política. Ainda, pretende-se trazer alguns exemplos e críticas sobre

ações afirmativas e políticas públicas direcionadas à mulher. Para tanto, o método utilizado é o dedutivo com análise bibliográfica e documental.

2 A CONQUISTA DA MULHER COMO SUJEITO DE DIREITOS

No mundo ocidental, durante muito tempo a mulher não era considerada como sujeito de direitos, de modo que a dominação masculina, apoiada em uma visão de superioridade do homem, resultou diversas consequências prejudiciais tais como violação e repressão sexual feminina, diferenciação salarial, dificuldades em ascensão profissional e diversas outras.

O entendimento dominante na sociedade, de um modo geral, é de que, na dicotomia de gêneros, o feminino é o ser frágil e, por isso, submetida à “proteção” e dependência masculina. Pela análise histórica da sociedade, a mulher sempre foi vista em condição de inferioridade em relação ao homem, a quem deveria obediência em virtude de seu gênero biológico.

O patriarcalismo influenciou sobremaneira doutrinas relativas à percepção de gênero, sendo que de acordo com a concepção aristotélica, o feto era fruto do encontro do esperma com o mênstruo e a mulher seria apenas uma matéria passiva nesta relação. A proposição aristotélica de inferioridade da mulher ao homem era uma “consequência da verdade apriorística segundo o qual a causa material é inferior à causa eficiente” (LAQUEUR, 1990 *apud* SIQUEIRA; SAMPARO, 2017, p. 291), referindo-se, respectivamente a mulher e o homem. E partindo de tal premissa, Hipócrates acreditava que o ser humano era dividido em duas espécies: uma fraca - o gênero feminino - e uma forte - o gênero masculino (SIQUEIRA; SAMPARO, 2017, p. 291).

Na sociedade pós-moderna, a mulher estava submetida ao poder patriarcal e, posteriormente, ao poder marital, isto é, submergidas às vontades masculinas durante toda a vida, conquanto tinham suprimidos e invisíveis sua voz e pensamento. Diante disso, o poderio do homem não poderia ser sequer contestado e sua vontade sempre prevalecia.

Por seu turno, as questões de gênero também repercutiam ao trabalho à época, sendo que o homem realizava o trabalho forçado e duro no campo, o qual era muito relevante para a sociedade; enquanto a mulher cumpria apenas o trabalho doméstico, que era considerado como mera contribuição à família (SIQUEIRA; SAMPARO, 2017, p. 319).

Essa patente inferiorização da mulher pelo seu gênero fez com que, durante séculos, as legislações ignorassem a figura feminina, sendo aquela considerada como um objeto do homem e a mercê de sua família. Essa concepção fez com que a sociedade excluísse definitivamente a mulher dos poderes hierárquicos, em especial, do poder de decisão (VALADARES; GARCIA, 2020).

Após muitos anos de protestos e lutas, inclusive silenciosas, é que a mulher ascendeu na sociedade e pôde ir em busca de seus objetivos e direitos,

mesmo ainda estando em considerável desvantagem em relação ao homem. A título de exemplo, somente em 1879 as mulheres puderam ter ingresso em universidades, mas ainda precisavam de autorização de seus pais e responsáveis; a primeira mulher a atuar como advogada em um Tribunal de Justiça foi Myrthes Gomes de Campos no ano de 1899 (VALADARES; GARCIA, 2020).

Outra importante mudança no contexto da conquista dos direitos da mulher foi com o advento da Lei 4.121/1962 - Estatuto da Mulher Casada -, que fez alterações significativas no então vigente Código Civil de 1916, dos quais se destacam: a) revogação do inciso II do art. 6º do CC/16, excluindo a mulher casada do rol de relativamente incapaz; b) a mulher passa a colaborar com as questões e interesses inerentes à sociedade conjugal e família; c) revogação do inciso IV do art. 6º do CC/16 que conferia ao homem autorizar a profissão da mulher e a opção de residir fora do lar conjugal; d) exercício do pátrio poder aos pais, isto é, continua a ser exercido pelo marido, mas com a colaboração da mulher e, na falta ou impedimento de algum dos progenitores, ele passava a ser exercido pelo outro com exclusividade; e) a mulher que contraísse novas núpcias não mais perderia os direitos ao pátrio poder em relação aos filhos do casamento anterior, exercendo-os sem qualquer interferência do marido.

Mais tarde, a Lei 6.515/1977 representou um marco muito relevante para a independência feminina, por trazer o direito de dissolução do casamento pelo divórcio direto. Inobstante o amparo legal, muitas mulheres preferiam (e ainda preferem hoje) manter seus casamentos infelizes e abusivos do que se divorciarem e serem má vistas pela sociedade, vez que a mulher “desquitada” não era (ou não é) vista com bons olhos (VALADARES; GARCIA, 2020).

Finalmente, em 2002 foi publicado o novo Código Civil que pode ser considerado um divisor de águas na realidade da mulher na sociedade e dentro de sua própria família, isso pois, dentre outras importantes inovações, esse Código revogou a disposição que conferia legitimidade ao marido para pedir a dissolução do casamento, por erro essencial, devido ao “defloramento da mulher, ignorado pelo marido” (art. 219, IV, CC/16).

Apenas as leis não eram – e não são – suficientes para mudar uma cultura de imposição à submissão da mulher ao homem, que até hoje existe, mesmo que em menor expressão, em nossa sociedade, sendo extremamente necessárias políticas públicas para mudar o contexto social.

3 A MULHER NO MERCADO DE TRABALHO

As primeiras normas trabalhistas para assegurar a empregabilidade das mulheres surgiram para protegê-las e, também as crianças, que eram explo-

radas durante a Revolução Industrial, sobretudo em virtude de sua condição física mais frágil em relação à estrutura corporal do homem e, ainda, pela maternidade (KLEIN, 2015).

Ainda hoje, em pleno século XXI, a desigualdade salarial, a discriminação e a não proteção suficiente do labor da mulher se fazem muito presentes na sociedade, inobstante grande desenvolvimento visando a promoção da inserção da mulher nos diversos espaços sociais e no mercado de trabalho, sobretudo com a vedação constitucional de diferenciação de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (art. 7º, XXX).

De acordo com dados publicados pelo IBGE,¹⁴⁶ divulgados em março de 2021, as mulheres receberam 77,7% do salário dos homens em 2019, diferença que é ainda mais alta em cargos de maior rendimento, como os de diretor e gerente, em que as mulheres receberam apenas 61% do rendimento dos homens; sendo que somente 34% dos cargos gerenciais no país estavam ocupados por mulheres. A pesquisa ainda aponta que a maior desigualdade salarial está na região sudeste do Brasil.

Essa discrepante diferença salarial ainda existe mesmo tendo as mulheres mais capacitação profissional do que os homens, vez que, de acordo com a mesma pesquisa, mulheres tem mais diplomas do que homens em virtude da conclusão do nível superior. E ainda assim, nas instituições de graduação 46,8% dos professores eram mulheres, isto é, mesmo que mulheres estejam mais qualificadas, os homens professores são a maioria nas universidades.¹⁴⁷

Diante desses dados verifica-se uma contradição na realidade social, pois apesar de as mulheres serem mais escolarizadas e serem a maioria da população, têm menor inserção no mercado de trabalho e na vida pública, o que tem como contribuição fatores como o preconceito no que se refere a capacidade física da mulher se comparada ao homem, sobretudo em virtude da maternidade e da “dupla-jornada”.

A mesma pesquisa mostra que apenas 54,6% das mulheres de 25 a 49 anos de idade com filhos de até três anos de idade estavam empregadas em 2019; já os homens nas mesmas condições (etária e com filhos) estavam 89,2% empregados. Por sua vez, em lares sem crianças, 67,2% das mulheres e 83,4% dos homens tinham alguma ocupação.

Disso se conclui que não é a maternidade o único fator de discriminação da mulher dentro do mercado de trabalho. A responsabilidade da mulher

146 Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/2021/03/04/mulheres-ganham-77-7-dos-salarios-dos-homens-no-brasil-diz-ibge>. Acesso em 25 de junho de 2022.

147 Neste ano de 2021, pela primeira vez na história as advogadas são a maioria entre os inscritos na OAB, totalizando 610.684 mulheres. Disponível em: <https://blogexamedeordem.com.br/pela-1-vez-na-historia-as-advogadas-sao-a-maioria-entre-os-inscritos-na-oab>. Acesso em 25 de junho de 2022.

pelos afazeres domésticos também se revela como significativo limitador, pois tende a reduzir sua disponibilidade para o trabalho ou direcioná-la para cargos menos remunerados. Isso significa que, no Brasil, a necessidade de conciliação da “dupla jornada”¹⁴⁸ é um dos fatores que mais dificulta a inserção feminina no mercado de trabalho e, também, a igualdade de direitos (salário, capacitação, etc.) em relação ao homem.

Esses e outros fatores passaram a ser fontes de desvantagem para as mulheres no mercado de trabalho, razão pela qual houve, e ainda há, a necessidade de uma ampliação das ações afirmativas que visam assegurar a permanência e incentivo da mulher no mercado de trabalho em condições semelhantes às do homem, inclusive no que tange à remuneração e capacitação (KLEIN, 2015).

4 A OCUPAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS POR MULHERES

A presença masculina em todos os cenários da sociedade, inclusive nos cargos públicos, sempre foi predominante. Entretanto, as mulheres estão ocupando cada vez mais lugares nos concursos públicos, devido, principalmente, ao maior grau de qualificação delas atualmente, de acordo com o IBGE, conforme pesquisa referida acima.

O Conselho Nacional de Justiça, em parceria com a ENFAM, divulgou em 2020 um relatório sobre “A participação feminina nos concursos para a magistratura” em âmbito nacional, e obteve alguns dados significativos que demonstram a mudança, ainda lenta, de paradigma da ocupação de mulheres em cargos públicos.

Durante muito tempo a cúpula do Poder Judiciário esteve formada integralmente por membros do gênero masculino. Este cenário começou a alterar-se somente a partir da década de 90 com a nomeação da Ministra Cnéa Cimini Moreira de Oliveira para o Tribunal Superior do Trabalho (AQUA, 2018).

O referido relatório baseou-se nos últimos 77 concursos para a magistratura realizados entre 2009 e 2017 e constatou que dos 165.761 homens inscritos, 1.473 foram aprovados; e das 155.771 mulheres inscritas, 1.022 foram aprovadas. A pesquisa também constatou que, atualmente, as mulheres representam 38,8% dos magistrados no país, sendo que apenas 6% delas são negras. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020).

Esses números retratam que, proporcionalmente, os candidatos nos concursos para a magistratura ainda são, na maioria, homens, o que não corresponde à realidade da população em geral, que é composta por maioria

148 A pesquisa constatou que as mulheres gastam, semanalmente, 21,4 horas com tarefas domésticas, já os homens somente 11 horas.

de mulheres. Isso indica “haver barreiras de desigualdade de gênero para que as mulheres se candidatem a concursos da magistratura” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020, p. 27).

Ainda, foi verificada uma baixa representatividade feminina nas bancas de concursos públicos da magistratura, o que gera o entendimento de que as mulheres encontram maiores dificuldades de inserção nos espaços onde as escolhas são determinadas por critérios subjetivos (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020).

Inobstante os dados revelarem nítida discrepância entre os percentuais, o CNJ concluiu que nos últimos anos as mulheres começaram a apresentar percentuais de aprovação idênticos aos dos homens. Portanto, pode-se aferir que as políticas públicas, que estão sendo efetivamente implementadas nos espaços sociais, estão gerando resultado positivo para proporcionar uma real igualdade entre os gêneros.

5 A MULHER NA POLÍTICA

O processo de conquista, pelas mulheres, dos seus direitos políticos foi lento e ainda demanda diversas lutas sociais. Somente em 1932, as mulheres adquiriram o direito de votar e serem votadas nos cargos dos Poderes Executivo e Legislativo, enquanto que em diversos outros países a emancipação feminina na política ocorreu muito antes, como na Nova Zelândia em 1893.

O Código Eleitoral (1932) previa expressamente, no art. 2º, que era “eleitor o cidadão maior de 21 anos, sem distinção de sexo [...]”, o que foi reafirmado pela Constituição de 1934, apenas com a redução da idade para 18 anos.

Até então, as mulheres eram “proibidas” de participar das eleições, não por vedação nas Constituições, mas sim pelo senso comum, ou seja, a mulher era excluída do conceito de cidadão para fins eleitorais em virtude de sua posição de subordinação aos homens, fossem eles seus pais ou maridos (PIMENTEL, 2019).

A respeito da obrigatoriedade do voto, a Constituição de 1934 previa que nem todas as mulheres eram obrigadas a votar, mas somente aquelas que ocupassem funções públicas e remuneradas, limitação essa que não era prevista para os homens (PIMENTEL, 2019).

Hoje o cenário evoluiu de forma positiva, mas, apesar das mulheres serem maioria na população do país (51,5%), os dados mostram uma evidente subrepresentação feminina na política (PIMENTEL, 2019), como se verifica

nos sítios eletrônicos do Senado Federal¹⁴⁹ e Câmara Legislativa,¹⁵⁰ sendo, respectivamente, a composição atual de 68 senadores homens e 12 senadoras mulheres, e 436 deputados federais homens e 77 deputadas federais mulheres.

A situação não é muito diferente dentro do Poder legislativo Estadual, como exemplo a composição atual da Assembleia Legislativa de Minas Gerais é de 68 deputados homens e apenas 9 deputadas mulheres¹⁵¹. E o mesmo ocorre em relação ao Poder Executivo, sendo que dos 32 chefes de governo federal desde a proclamação da República em 1889, somente um era mulher.

Análises e estudos eleitorais¹⁵² apontam que o descompasso entre os percentuais de cargos eleitorais ocupados por mulheres e os ocupados por homens pode ter como causa fatores como a falta de apoio material às candidaturas femininas, inclusive no âmbito do próprio partido político, bem como devido ao maior sucesso eleitoral dos candidatos que já eram parlamentares anteriormente e, em sua maioria, do gênero masculino.

Inobstante previsão constitucional de igualdade entre homens e mulheres, inclusive quanto ao direito de votar e ser votada, o cenário político continua o mesmo, isto é, pouca representatividade feminina e domínio por representantes do gênero masculino. Isso significa que somente a garantia constitucional e legal ao direito de votar e ser votada não foi suficiente para que fosse, de fato, assegurada a igualdade de gênero no âmbito eleitoral (PI-MENTEL, 2019).

Diante disso surgiu a necessidade de se implementar ações afirmativas, dentre elas as cotas para candidatas mulheres. A lei n. 9.504/1997 prevê, em seu art. 10, § 3o (com redação dada pela Lei 12.034/09), que “Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo”.

Embora o texto legal não diga expressamente se referir ao percentual de 30%, no mínimo, para mulheres, não restam dúvidas que o legislador quis proporcionar um ambiente de iguais condições de representatividade para elas na política brasileira.

149 Disponível em: https://www.senado.leg.br/transparencia/LAI/secrh/parla_inter.pdf. Acesso em 25 de junho de 2022.

150 Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/550900-nova-composicao-da-camara-ainda-tem-descompasso-em-relacao-ao-perfil-da-populacao-brasileira/>. Acesso em 25 de junho de 2022.

151 Disponível em: https://www.almg.gov.br/deputados/conheca_deputados/index.html. Acesso em 25 de junho de 2022.

152 Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/mulheres-ganham-77-7-dos-salarios-dos-homens-no-brasil-diz-ibge/>. Acesso em 25 de junho de 2022.

Como foi bem dito pela Ministra do STJ Eliana Calmon (*apud* GROSSI; MIGUEL, 2001):

Exatamente no momento em que democratizou a sociedade, tenho de ter representações de todos os segmentos, não porque a mulher seja melhor ou pior, não porque ela seja diferente. É preciso termos consciência de que não somos diferentes, somos segmentos da sociedade e por isso mesmo somos diferentes só no momento em que queremos igualdade. Daí porque a política de cotas, que chamo de discriminação benigna ser uma discriminação favorável à mulher. A mulher se discrimina no momento em que faz uma política de cotas, mas esta discriminação é necessária, pela grande e secular desigualdade.

Por sua vez, o Tribunal Superior Eleitoral vem corroborando a efetivação dessa ação afirmativa, como por exemplo, em 2018 decidiu que devem ser reservados o mínimo de 30% do Fundo Especial de Financiamento de Campanha - FEFC e do tempo de propaganda eleitoral em rádio e televisão para as candidaturas femininas (RAMOS, 2020).

Contudo, na prática, essa cota vem sendo utilizada de forma desvirtuada e totalmente distante de seu propósito. Essa limitação imposta pela referida lei fez surgir as denominadas “candidaturas laranjas”, ou seja, as agremiações, para cumprir o percentual legal exigido, alistam mulheres para se candidatarem de forma simulada, sem a intenção de incentivar a participação feminina na política, mas ao revés, visando beneficiar a eleição de outros candidatos. Essa situação despertou atenção da Justiça Eleitoral¹⁵³ pelo fato de algumas candidatas não terem tido sequer o próprio voto (RAMOS, 2020).

Para o Ministro Alexandre de Moraes a realidade política do país hoje constata uma verdadeira industrialização de candidaturas laranjas, “e isso é simplesmente a negativa do que se pretende com a ampliação da participação da mulher”.¹⁵⁴

6 EXEMPLOS DE POLÍTICAS PÚBLICAS DIRECIONADAS ÀS MULHERES

Visando combater a desigualdade entre os gêneros escancarada no Brasil, o Poder Público começou a implementar políticas públicas, em especial,

153 RECURSO nº 37054, Acórdão de 01/08/2017, Relator(a) Cláudia Lúcia Fonseca Fanucchi, Publicação: DJESP – Diário da Justiça Eletrônico do TRE-SP, Data 8/8/2017; e Recurso Especial Eleitoral nº 19392, Acórdão, Relator(a) Min. Jorge Mussi, Publicação: DJE – Diário de justiça eletrônico, Tomo 193, Data 04/10/2019, Página 105/107.

154 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-15/fraude-cota-genero-vira-desafio-tse-2020>. Acesso em 25 de junho de 2022.

no combate à violência contra a mulher e na sua inserção e acesso isonômico nas esferas econômicas, política e social.

Alguns exemplos de políticas públicas¹⁵⁵ e ações afirmativas são a criação da Secretaria Nacional de Políticas para as Mulheres (2003); Política Nacional de enfrentamento à violência contra as mulheres, que ganhou força principalmente após a edição da Lei 11.340/2006, popularmente conhecida como Lei “Maria da Penha”; Plano Nacional de Enfrentamento a Feminicídio – PNEF (instituído em 2020); Projeto-Piloto “Qualifica Mulher” (criado em 2020), visa a promoção da autonomia econômica da mulher; a edição da Lei 9.504/1997 que introduziu as cotas para cargos eletivos.¹⁵⁶ Recentemente, mais uma, dentre tantas normativas de proteção à mulher, em 20 de dezembro de 2021, o Decreto nº 10.906 foi homologado pelo executivo, porém, com fim de sua vigência determinada, ou seja, até 31 de dezembro de 2023. Tal Decreto “Institui o Plano Nacional de Enfrentamento ao Feminicídio”.

Na verdade, o que se tem é o enfrentamento ao feminicídio com data de validade. Enfrentar a violência contra mulher, notadamente crimes de feminicídio, apesar de estar tipificado no Código Penal (art. 121, §2º *se o homicídio e cometido (...) VI – contra mulher por razões da condição de sexo feminino*),¹⁵⁷ ou seja, como circunstância qualificadora de crime de homicídio, incluído no rol de crimes hediondos. No entanto, o que se tem visto nas mídias sociais, nos telejornais e em outros veículos de comunicação é o aumento desse tipo de crime – razão – apenas por ser mulher.

Talvez em razão do apelo social, principalmente por parte das mulheres brasileiras em geral, o legislador edita uma infinidade de leis para satisfazer o clamor público, mas, efetivamente, o efeito das mesmas é apenas alegórico, como é o caso do Decreto nº 10.906/21. Pode-se dizer que este problema tem caráter emergencial, ou seja, precisa ser combatido.

Os números da violência contra mulher são discrepantes. Segundo índices do “Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020”, em 2019, 35,5% das mulheres sofreram homicídios dolosos, vítimas de feminicídios (FBSP, 2020).

De acordo com o Atlas da Violência 2021, nos últimos onze anos, os homicídios de mulheres em “residências cresceram 10,6% entre 2009 e 2019, e os assassinatos fora das residências apresentaram redução de 20,6% no mesmo período, indicando um provável crescimento da violência doméstica” (CERQUEIRA et al., 2021, p. 20).

155 Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/politicas-para-mulheres>. Acesso em 25 de junho de 2022.

156 Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009.

157 Alterado pela Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015.

Para tanto, o governo edita políticas públicas, não só ao combate de crimes hediondos contra mulher, mas também relacionadas à saúde, qualificação profissional (Projeto-piloto “Qualifica Mulher”),¹⁵⁸ tendo este, a finalidade de capacitar e qualificar a mulher profissionalmente, por meio de uma

[...] rede de parcerias com o Poder Público Federal, Estadual, Distrital e Municipal, entidades e instituições privadas, para fomentar ações de qualificação profissional, trabalho e empreendedorismo, para geração de emprego e renda para as mulheres em situação de vulnerabilidade social (§1º da Portaria nº 595/21) (BRASIL, 2021, p. 1).

A proposta é atender mulheres com renda mensal de até um salário mínimo e meio mensal e, além disso que estejam cursando ou tenham concluído o ensino médio e/ou fundamental, ou até mesmo aquelas sem nenhum grau de escolaridade (§2º).

Outra política pública voltada às mulheres, refere-se à saúde. Nesse sentido, a Secretaria Nacional de Saúde publicou a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher, editou uma proposta contendo diretrizes no sentido de humanizar e melhorar a qualidade de atendimentos no Sistema de Saúde Pública, especificamente pelo Sistema Único de Saúde (SUS). O objetivo dessa política pública era o de atender as mulheres na saúde pública com dignidade, identificar, minimizar e resolver problemas de saúde das mulheres, reprimindo demandas e reconhecendo seus direitos e promover o auto cuidado (BRASIL, 2004). Esses seriam, minimamente, direitos básicos das mulheres brasileiras, que aliás, a saúde é um dever do Estado e um direito de todos (art. 196, CF), como também a educação (art. 205, CF), segurança pública (art. 144, CF) (BRASIL, 1988), entre outros tantos outros direitos garantidos no texto constitucional.

Outro ponto que merece destaque, refere-se à Lei n. 9.504/1997, repleta de alterações e inclusões. No que diz respeito às mulheres, fazendo uma análise simplista, o Brasil é um “Estado Democrático de Direito”, designada tal nomenclatura pelos constitucionalistas da época, portanto, explicitado no texto constitucional de 1988. Sendo assim, entende-se que seria dispensável atribuir, ou melhor, determinar “cotas” ou percentuais para ocupação de cargos eletivos pelas mulheres. Deveria ter igualdade de gênero e de direitos e não reprimir a vontade política feminina. Por outro lado, as deputadas e senadoras, congressistas em geral, ajudam a legislar, tem voz nos plenários para rejeitar propostas de emendas legislativas, entre outras atribuições. Parece haver um contrassenso, salvo engano. Pensando de outra maneira, as

158 Portaria nº 595, de 19 de fevereiro de 2021. Altera a Portaria nº 3.175, de 10 de dezembro de 2020, que institui o Projeto-piloto Qualifica Mulher e dá outras providências.

vozes femininas são abafadas pelo número esmagador de representantes legais (deputados e senadores).

Em se tratando de políticas públicas e implementações de ações contidas nesses documentos (Programas, Propostas, Portarias etc.), há um grande desafio institucional a ser enfrentado pelas mulheres. É preciso, de alguma maneira, aumentar a visibilidade das mulheres brasileiras, independentemente de cor, raça e credo.

No âmbito internacional a temática também é muito incentivada e debatida com o propósito de encerrar o contexto cultural de desigualdade entre os gêneros. A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, da ONU, de 1979, foi subscrita pelo Brasil em 1981 e promulgada pelo Decreto n. 4.377/2002, já fixava em seu artigo 7º a obrigação dos Estados signatários tomarem medidas necessárias para eliminar a discriminação contra a mulher na vida política e pública do respectivo país, a fim de garantir a igualdade com os homens (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2017, p. 4-5).

No mesmo sentido, a Declaração de Pequim, de 1995, enfatizou acerca da essencialidade do fortalecimento e plena participação das mulheres, em condições de igualdade, nos processos de decisão e no acesso ao poder, no intuito de se alcançar a paz e desenvolvimento da nação (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2017, p. 4-5).

Importante destaque merece a Agenda 2030 da ONU,¹⁵⁹ que é um plano de ação para as pessoas, o planeta e a prosperidade, buscando fortalecer a paz universal. Representa um compromisso global assumido pelos 193 países membros das Nações Unidas, visando a efetivação dos Direitos Humanos, bem como a promoção do desenvolvimento sustentável, centrado, especialmente, nas dimensões social, econômica, ambiental e institucional.

O plano indica 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS, que são desdobrados em 169 metas a serem atingidas no período compreendido entre 2016 e 2030, dentre os quais se destaca o ODS 5¹⁶⁰ – “Igualdade de gênero” –, cujo objetivo é “alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas”,¹⁶¹ nas áreas da saúde, educação, trabalho e, em especial, no combate às discriminações e violências baseadas no gênero.

Para tanto, é preciso garantir a participação plena e efetiva das mulheres e a igualdade de oportunidades para a liderança em todos os níveis de tomada de decisão na vida política, econômica e pública, superando as barreiras existentes a fim de se alcançar o desenvolvimento sustentável tão almejado.

159 Disponível em: <http://www.agenda2030.org.br/sobre/>. Acesso em 25 de junho de 2022.

160 As metas do ODS 5 estão elencadas no sítio eletrônico específico da Agenda 2030, disponível em: <http://www.agenda2030.org.br/ods/5/>. Acesso em 25 de junho de 2022.

161 Disponível em: <http://www.agenda2030.org.br/ods/5/>. Acesso em 25 de junho de 2022.

A realidade já nos mostra que a implementação dessas políticas públicas visando o cumprimento das metas da ODS 5 já estão surtindo efeitos positivos na sociedade, como já falado, conquanto a mulher vem ganhando mais espaço nos diversos campos sociais: na família, na política, no mercado de trabalho, nos cargos públicos, dentre outros. Entretanto, trata-se de um processo lento que demanda, primeiramente, uma mudança cultural a respeito do entendimento da mulher como gênero merecedor dos mesmos direitos e oportunidades proporcionados ao gênero masculino.

7 CONCLUSÃO

Inobstante a garantia constitucional de igualdade entre os gêneros e a efetivação de algumas políticas públicas e ações afirmativas, ainda persiste um cenário de desigualdade entre homens e mulheres no Brasil. O caminho a ser percorrido em busca de uma realidade em que homens e mulheres gozem dos mesmos direitos e oportunidades em todas as dimensões e espaços ainda é longo.

Pelos dados estatísticos, verifica-se que a participação da mulher nos diversos espaços sociais vem aumentando de forma gradual, embora ainda esteja presente, mesmo que em menor intensidade, uma mentalidade machista e preconceituosa relacionada ao gênero feminino. Para a continuidade deste processo, ainda é necessário e de suma importância o prosseguimento da efetivação das políticas públicas já implementadas, bem como a implementação de outras novas direcionadas à mulher.

REFERÊNCIAS

- AQUA, Loraíne. **A ausência da representação feminina no Judiciário brasileiro**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/66830/a-ausencia-da-representacao-feminina-no-judiciario-brasileiro>. Acesso em: 25 de junho de 2022.
- BRASIL. **Constituição da República do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 de junho de 2022.
- BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 25 de junho de 2022.
- BRASIL. **Lei n. 13.104, de 9 de março de 2015**. Altera o art. 121 do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>

ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm#art1. Acesso em: 21 jun. 2022.

BRASIL. **Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997**. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm. Acesso em: 25 de junho de 2022.

BRASIL. **Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher**. Princípios e Diretrizes. Secretaria de Atenção à Saúde/Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Brasília, 2004. 82p. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nac_atencao_mulher.pdf. Acesso em: 25 de junho de 2022.

BRASIL. **Portaria nº 595**, de 19 de fevereiro de 2021. Altera a Portaria nº 3.175, de 10 de dezembro de 2020, que institui o Projeto-piloto Qualifica Mulher e dá outras providências. Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-595-de-19-de-fevereiro-de-2021-304454475>. Acesso em: 21 jun. 2022.

CERQUEIRA, Daniel; FERREIRA, Helder; BUENO Samira (coords.) **Atlas da Violência 2021**. São Paulo: FBSF, 2021. 108p.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **A participação feminina nos concursos para a magistratura. Resultado de pesquisa nacional**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB_RELATORIO_Participacao_Feminina-FIM.pdf. Acesso em: 6 set. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **O que é a Agenda 2030?** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/agenda-2030/o-que-e-a-agenda-2030/>. Acessado em: 19 set. 2021.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Cenários de Gênero**. In: Cenários, Reflexão, Pesquisa e Realidade. Disponível em: https://www.cncmp.mp.br/portal/images/20180625_CENARIOS_DE_GENERO_v.FINAL_3.1_1.pdf. Acesso em: 9 set. 2021.

FBSF – Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2021**. São Paulo: FBSF, 2021. Disponível em: <https://forum-seguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/07/anuario-2021-completo-v4-bx.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2022.

KLEI, Lêda Maria Meira do Carmo. **As ações afirmativas e o mercado de trabalho**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/45279/as-acoes-afirmativas-e-o-mercado-de-trabalho>. Acesso em: 25 de junho de 2022.

PIMENTEL, Maria Farlúcia Cristino. **A atuação política feminina: a distância entre o número de eleitores e sua respectiva representatividade**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/77393/a-atuacao-politica-feminina-a-distancia-entre-o-numero-de-eleitoras-e-a-sua-respectiva-representatividade>. Acesso em: 25 de junho de 2022.

RAMOS, Alexandre Gonçalves. **Eleições 2020: O percentual de preenchimento mínimo de vagas e as candidaturas laranjas**. Disponível em:

<https://jus.com.br/artigos/83741/eleicoes-2020-o-percentual-de-preenchimento-minimo-de-vagas-e-as-candidaturas-laranjas>. Acesso em: 25 de junho de 2022.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; SAMPARO, Ana Julia Fernandes. **Os direitos da mulher no mercado de trabalho: da discriminação de gênero à luta pela igualdade.** *In*: Revista Direito em Debate. Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí. Ano XXVI, nº 48, p. 287-325, jul./dez. 2017.

VALADARES, Rafael da Silva; GARCIA, Janay. **A evolução dos direitos da mulher no contexto histórico e os avanços no cenário atual.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direitos-humanos/a-evolucao-dos-direitos-da-mulher-do-contexto-historico-e-os-avancos-no-cenario-atual/>. Acesso em: 25 de junho de 2022.

15

A LEI N. 13.840/2019 E REGULAMENTAÇÃO DAS COMUNIDADES TERAPÊUTICAS ACOLHEDORAS: IMPACTOS NA REFORMA PSIQUIÁTRICA

*Raíssa Vasconcelos Cavalcante*¹⁶²
*Fernando Frederico de Almeida Junior*¹⁶³

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Movimento Nacional da Luta Antimanicomial (MNLA), que culminou com a Reforma Psiquiátrica e promulgação da Lei nº 10.216/2001, a “Lei da Reforma Psiquiátrica”, ocasionou diversas modificações nas práticas de cuidado em liberdade sob o lema “por uma sociedade sem manicômios”, com a construção de políticas públicas integradas ao SUS de atenção à saúde mental, visando a desinstitucionalização dos pacientes e sua reinserção social, com foco em serviços substitutivos aos hospitais psiquiátricos, entre os quais se destacam os Centros de Atenção Psicossocial (CAPS) e os Serviços Residenciais Terapêuticos (SRTs).

No entanto, toda a trajetória de luta pelos direitos desses indivíduos tem sido considerada ameaçada pelo retorno de práticas abusivas assemelhadas ao que acontecia nos antigos manicômios, em especial pelas denominadas comunidades terapêuticas acolhedoras (CTs) que baseiam o tratamento oferecido, principalmente aos usuários de álcool e outras drogas, no tripé “abstinência, laborterapia e oração”. Estudiosos do assunto e ativistas da causa

162 Bacharel em Direito pela Faculdade Galileu e em Medicina Veterinária pela Universidade Estadual do Ceará. Mestrado em Medicina Veterinária Preventiva e residência em Zoonoses em Saúde Pública pela UNESP. Especialização em Processo Civil pela UNINTER. Escrivente Técnica do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. E-mail: racavalcante14@gmail.com.

163 Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Messina (Itália) e pela Universidade de Coimbra (Portugal). Pós-doutor em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca (Espanha). Doutor em Educação pela UFSCar. Mestre em Direito pela UNAERP. Professor e advogado. E-mail: frederico.jau@gmail.com.

têm tecido duras críticas em relação às CTs ao longo dos anos. Entretanto, a recente legislação, indo contra os estudos dos especialistas, regulamentou a situação destas comunidades, o que facilitou o encaminhamento de verba pública para tais instituições.

Desta forma, as razões de ordem teórica deste estudo baseiam-se na necessidade de verificar como a referida legislação prejudica ou poderá prejudicar as conquistas na área de saúde mental ocorridas nas últimas décadas.

A relevância social do tema traz razões de ordem prática fundadas na necessidade de discutir o assunto, a fim de observar como isso implicaria na prática das políticas públicas de base comunitária, colaborando com o debate acerca do tema inclusive para evitar que práticas abusivas que violam claramente os direitos conquistados para os pacientes com problemas que afetam sua saúde mental voltem a ser realidade em nosso país.

O direito como ciência constitui uma das principais ferramentas de mudanças, uma vez que formaliza e legaliza condutas, que muitas vezes podem ser realizadas de forma amoral ou até imoral, e mesmo assim não deixam de ser legais. Com este estudo, pretende-se contribuir com o MNLA, assim como com a Reforma Psiquiátrica, a fim de que as modificações legislativas sejam um instrumento de melhoria gradual nas condições dos pacientes com saúde mental afetada, para que continuemos em um movimento progressivo na reforma psiquiátrica e, de forma alguma, não se permita o retorno de práticas abusivas.

2 CONTEXTO HISTÓRICO

O Brasil é um país que tem sérios problemas com a sua história. A população, em geral, não possui conhecimento profundo do contexto histórico e cultural e do caminho percorrido até os dias atuais. Observa-se que, majoritariamente no ambiente digital, são discutidos assuntos como racismo, escravidão, ditadura militar, pauta LGBTQIA+, políticas públicas, entre outros, sem aprofundamento e reflexões necessárias, e não ocorre diferente quando se trata das questões relacionadas a pessoas com transtornos mentais e usuários de álcool e outras drogas.

Em 1903, em Minas Gerais, foi inaugurado o Hospital Colônia de Barbacena, que se tornaria o maior manicômio do país anos mais tarde. Sua localização isolada (propositalmente ou não) reflete a ideia do quanto o “diferente” deveria ser excluído em uma época em que o tratamento dado às pessoas – não apenas com doenças mentais, mas também que não se “encaixavam” de algum modo no modelo social vigente – assemelhava-se à tortura.

No livro “Holocausto Brasileiro”, Arbex (2019) descreve uma realidade inimaginável nos dias de hoje, em que aqueles considerados “anormais” eram tratados praticamente como “não humanos”, pois os pacientes do referido

hospital viviam em condições consideradas deploráveis, inclusive para animais. Não possuíam nenhum direito fundamental garantido, nem mesmo os mais básicos como alimentação e higiene pessoal, tendo alguns chegado a alimentar-se de ratos e beber água do esgoto que corria aberto no pátio da instituição. Outros foram submetidos a tratamentos cruéis, como utilização de eletrochoque e medicação excessiva. O mais grave e impressionante é que muitos dos que eram encaminhados para hospitalização nem mesmo possuíam doenças, como mulheres que engravidavam de seus patrões, indigentes, meninas que perdiam a virgindade antes do casamento, homossexuais e até mesmo tímidos e introvertidos, sendo feita através da institucionalização dessas pessoas uma espécie de varredura social, retirando tudo que não era bem visto àquela época da vista dos “normais”.

Nesse contexto:

Dentre as diferentes práticas e mecanismos de exclusão e controle que vêm operando e se sofisticando em nossas sociedades, sobressai-se, em seus múltiplos aspectos, a realidade do “louco e da loucura”. Transformada, pelos saberes médicos, em doença, alienação, desajuste, irracionalidade e perversão, a loucura carrega um conjunto de práticas, concepções e saberes que, **ancorados em uma moralidade ditada pelos bons costumes**, pela ordem e pelo trabalho produtivo, **faz desligar, de forma explicitamente violenta, os diferentes laços de construção e pertencimento humanos**. (AMARANTE, 1995 *apud* LUCHMAN E RODRIGUES, 2007, p. 402)

O manicômio é a tradução mais completa dessa exclusão, controle e violência. Seus muros escondem a violência (física e simbólica) através de uma roupagem protetora que **desculpabiliza a sociedade** e descontextualiza os processos sócio históricos da produção e reprodução da loucura (grifó nosso) (LUCHMAN E RODRIGUES, 2007, p. 402).

Apenas na década de 70, em meio a diversas denúncias de médicos, jornalistas, fotógrafos e ativistas, iniciou-se a construção do Movimento Nacional da Luta Antimanicomial (MNLA) no Brasil, sendo que, primeiramente, em 1979, foi criado o Movimento dos Trabalhadores em Saúde Mental (MTSM), e em 1987, o MNLA, que se consolidou apenas na década de 90 como um movimento de luta social.

O Hospital Colônia de Barbacena se destacou como uma das principais instituições denunciadas à época. Lamentavelmente, não era uma exceção dentro do cenário da psiquiatria brasileira. Havia “Colônias” espalhados por todo o país como o Hospital Colônia Sant’Ana em Santa Catarina e o Hospital Psiquiátrico de Juqueri em São Paulo. Daí a difícil trajetória que o MNLA teria pela frente.

A partir da Constituição de 1988, várias leis estaduais, municipais e portarias do Ministério da Saúde (MS) foram editadas e trouxeram melhorias no tratamento da saúde mental no Brasil, culminando, em 2001, com a promulgação da Lei 10.216, considerada um marco da Reforma Psiquiátrica.

Em 2006, o primeiro caso brasileiro analisado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos foi sentenciado e resultou na primeira condenação do Brasil neste tribunal internacional. O caso tratava-se da morte do cearense Damião Ximenes Lopes, 30 anos, que em 1999 faleceu em decorrência de maus tratos sofridos em uma clínica particular, na cidade de Sobral, no Ceará. Dentre as determinações da Corte, estava a obrigação de que o Brasil promovesse medidas de não repetição do caso, devendo estabelecer programas de capacitação relacionados à saúde mental para os profissionais atuantes na área. É importante lembrar que o caso “Ximenes Lopes” se tornou um verdadeiro símbolo de promoção da Lei 10.216/2001, adotada enquanto o julgado ainda estava tramitando, estando para o debate nacional sobre saúde mental assim como o caso “Maria da Penha” está para o combate à violência doméstica e a Lei 11.340/2006 (CNJ, 2021).

Destaca-se que a “loucura” é tratada como doença há mais de 200 anos e, agora, segundo a psicóloga e psiquiatra Miriam Aboud Yd, referência na pesquisa sobre o assunto, *tudo que a sociedade constituiu para a loucura está sendo constituída para os usuários de álcool e outras drogas, sendo estes considerados como o novo perigoso, irresponsável e incapaz*. Segundo ela, ainda, a sociedade está em um momento de transição, em que *todos esses conceitos que justificaram trancafiar a loucura, agora estão sendo transferidos para um novo público* (DESINSTITUTE, 2022).

Assim, a dependência química, ao mesmo tempo que se caracteriza como uma patologia, é considerada uma fragilidade moral e uma ameaça social, delineando a identidade social do “drogado” como pessoa doente, moralmente débil e delinquente (VELHO, 1981 *apud* SANTOS, 2018, p. 19). Segundo Santos (2018, p. 20), por muitas décadas, *vista como incurável, a dependência química marcaria o destino de seus portadores, demandando sua eterna vigilância*, o que, ainda nos dias atuais, promove um preconceito constante em nossa sociedade em relação a estas pessoas, observando que há implicações de ordem política, social e até mesmo racial nesta questão.

Desta forma, ganha relevância o movimento chamado de “guerra às drogas”, que visa a proibição e criminalização do uso, comércio e produção de determinadas substâncias, baseando-se numa suposta “epidemia de drogas” pela qual estaria passando o país.

Em 2015, foi contratada por meio de um edital, pelo governo federal, uma pesquisa realizada pela Fiocruz, intitulada de 3º Levantamento Nacional Domiciliar sobre o Uso de Drogas, a qual nunca foi divulgada pelo governo. A pesquisa, que utilizou a mesma metodologia da Pesquisa Nacional

de Amostra Domiciliar do IBGE, levantou dados que vão contra a justificativa usada para travar a “guerra às drogas”. O levantamento de 528 páginas apontou, por exemplo, que 0,9% da população usou crack alguma vez na vida, 0,3% fez uso no último ano (2016) e apenas 0,1% nos últimos 30 dias. No mesmo período, maconha, a droga ilícita mais consumida, foi usada por 1,5%, e a cocaína por 0,3% dos brasileiros (FIOCRUZ, 2017). A pesquisa, assim, não confirmou a “epidemia” propalada como bandeira política por alguns setores conservadores (GARÇONI, 2019).

Entretanto, ainda que houvesse uma “epidemia de drogas”, as medidas tomadas pelos últimos governos federais (2016–2022) não se justificariam, vez que ao invés de se promover um tratamento baseado em humanidade, convívio e reinserção social, pilares da Reforma Psiquiátrica, o que se observa é que vem havendo uma tendência a um retrocesso, que acaba por visar a privação de liberdade destas pessoas, seja em prisões ou em hospitais psiquiátricos, ou ainda em locais que utilizam metodologias que consideram a abstinência como a única conduta saudável e possível e que deve ser imposta de imediato a todos aqueles que desejam se tratar desta doença. Neste contexto, ganham força e protagonismo as comunidades terapêuticas acolhedoras.

3 A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O MNLA possui como fundamentos o humanismo, a ciência, a técnica, a comunidade, o afeto e a história (DELGADO, 2011, p. 4702). A Constituição Federal de 1988 foi um impulsionamento legal para a Reforma Psiquiátrica no país. O processo que vinha ocorrendo em diversos países ocidentais após a segunda guerra mundial fortaleceu-se no Brasil a partir da década de 90, enquanto iniciativa articulada entre os três níveis gestores do Sistema Único de Saúde (SUS) (BRASIL, 2002, p. 7).

No Brasil, o projeto de lei foi apresentado em 1989, sendo a Lei nº 10.216/2001 promulgada apenas 12 anos mais tarde (BRASIL, 2002, p. 14). Antes dela, existiam cerca de oito leis estaduais e várias municipais já em vigor no país, todas inspiradas no referido PL (BRASIL, 2002, p. 7).

A referida lei dispõe em seu art. 4º:

A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra hospitalares se mostrarem insuficientes e que o tratamento visará, **como finalidade permanente, a reinserção social do paciente em seu meio** (grifo nosso).

Além disso, propõe a garantia de serviços especializados para assistência social, psicológica, ocupacional e de lazer, entre outros, e veda a internação dos pacientes em instituições asilares que não possuem as condições

assistenciais necessárias, bem como que não assegurem os direitos previstos em lei. Dispõe, ainda, sobre as espécies de internação e estabelece regras para cumprimento, bem como punição para a internação involuntária arbitrária e/ou desnecessária.

Importante destacar que um ano antes da promulgação da referida lei houve determinação pelo Governo Federal de auditoria especial nos hospitais psiquiátricos, constatando-se que muitos não atendiam minimamente a critérios básicos de assistência, o que levou ao fechamento de diversas instituições e uma progressiva diminuição de leitos psiquiátricos. Tornou-se necessário, então, o planejamento de alternativas para garantir o direito à moradia daqueles que permaneceram por anos presos nos manicômios, notadamente enquanto estavam sendo implantados serviços substitutivos ao modelo tradicional, como os leitos psiquiátricos em hospitais gerais e os chamados serviços de atenção diária de base comunitária, com unidades em todos o país. O objetivo do MS à época era alcançar, em futuro próximo, uma atenção em saúde mental que garantisse os direitos e promovesse a cidadania dos portadores de transtornos mentais, favorecendo assim a sua inclusão social (BRASIL, 2002, p. 7/8).

Nesse contexto, os Serviços Residenciais Terapêuticos surgiram a partir da Portaria GM/MS 106/2000, assim conceituados:

Art. 1º [...] moradias ou casas inseridas, na comunidade, destinadas a cuidar dos portadores de transtornos mentais, egressos de internações psiquiátricas de longa permanência, que não possuam suporte social e laços familiares e, que viabilizem sua inserção social.

Neste ambiente residencial as pessoas não eram mais consideradas pacientes e sim moradores (CAVALCANTI, 2005 apud ALMEIDA E CEZAR, 2016, p. 108). A Residência Terapêutica deveria, ainda, estar vinculada aos serviços ambulatoriais especializados em saúde mental, como os Centros de Atenção Psicossocial (CAPS).

Os CAPS foram estabelecidos pela Portaria GM/MS nº 336, de 19 de fevereiro de 2002, podendo constituir-se nas modalidades de serviços CAPS I, CAPS II e CAPS III, definidos assim por ordem crescente de porte/complexidade e abrangência populacional, oferecendo serviços de saúde de caráter aberto e comunitário, constituído por equipe multiprofissional que atua sobre a ótica interdisciplinar, realizando atendimento prioritariamente às pessoas com sofrimento ou transtorno mental, incluindo aquelas com necessidades decorrentes de uso de álcool e outras drogas que estejam em situação de crise ou em processo de reabilitação psicossocial.

Em 2003 surgiu o Programa de Volta para Casa (PVC), que instituiu um auxílio-reabilitação psicossocial para assistência, acompanhamento e in-

tegração social de pacientes com transtornos mentais egressos de internação em hospitais psiquiátricos por um período igual ou superior a dois anos.

Nesse cenário, observa-se que houve grandes progressos em relação ao tratamento dos pacientes com transtornos mentais, fruto de uma luta que se iniciou há aproximadamente cinco décadas. Entretanto, a atenção destinada aos usuários de álcool e outras drogas, uma questão de saúde pública, merece destaque nesse panorama, vez que tem sido considerada pelos governos mais recentes como problema de segurança pública.

Em que pese grande parte das internações em hospitais psiquiátricos terem como causa problemas relacionados ao consumo excessivo destas substâncias, a Reforma Psiquiátrica, inicialmente, não conseguiu encampar no rol de seus desafios a discussão do cuidado comunitário para com essas pessoas, como o fez para os portadores de transtorno mental.

Apenas em 2002, com as recomendações da III Conferência Nacional de Saúde Mental, o Ministério da Saúde implementou o Programa Nacional de Atenção Comunitária Integrada aos Usuários de Álcool e Outras Drogas, reconhecendo seu uso prejudicial como um problema de saúde pública e construindo uma política específica de atenção à saúde mental desses pacientes.

A Política do Ministério da Saúde para Atenção Integral aos Usuários de Álcool e Outras Drogas foi instituída por meio da Portaria GM/MS nº 816, de 30 de abril de 2002, enquanto a Portaria GM/MS n. 1.028, de 1º de julho de 2005, instituiu a Política Nacional de Redução de Danos.

A redução de danos é considerada uma abordagem humanista, pois não se utiliza de qualquer meio de coerção, mas foca na escolha autônoma e livre do usuário, lançando mão de uma proposta chamada de “cuidado além das drogas”, objetivando engajar os usuários em um projeto de autocuidado (FIORE, 2006 *apud* SANTOS, 2018, p. 24).

Em 2006 foi promulgada a Lei nº 11.343, conhecida popularmente como Lei de Drogas, a qual instituiu o Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas (SISNAD) e prescreveu medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social dos usuários e dependentes de drogas.

No ano de 2011 foi publicada a Portaria GM/MS nº 3.088, a qual unificou a atenção dada a estes diversos tipos de pacientes, instituindo a Rede de Atenção Psicossocial (RAPS) para pessoas com sofrimento ou transtorno mental e com necessidades decorrentes do uso de crack, álcool e outras drogas, no âmbito do SUS, enxergando assim a saúde mental como um processo complexo que envolve diversos fatores, que muitas vezes se misturam, portanto necessária uma atenção e preocupação unificada e interdisciplinar com os vários aspectos que envolvem esta condição.

As comunidades terapêuticas acolhedoras (CTs) surgiram quase que paralelamente ao MNLA, tendo como foco principal a retomada da cidadania

nia do doente mental como forma de melhorar o seu grau de autonomia e consequentemente sua qualidade de vida (PERRONE, 2014, p. 570).

Inicialmente, a proposta foi considerada boa e benéfica para o sistema, tendo recebido incentivos governamentais. Com o crescente problema relacionado a usuários de álcool e outras drogas, as CTs se proliferaram de forma abundante e desregulada no país nos últimos vinte anos, tendo esta proposta sido discutida pelo Ministério da Saúde na “Política para a Atenção Integral a Usuários de Álcool e Outras Drogas” e regulada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) por meio da RDC 101/2001 (PERRONE, 2014, p. 570).

Entretanto, as CTs têm sofrido críticas na última década, bem como denúncias e fiscalizações por conselhos profissionais de classe, como o Conselho Federal de Psicologia (CFP), que em seu relatório de inspeção nacional em comunidades terapêuticas realizado em outubro de 2017, em conjunto com o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura e a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão/Ministério Público Federal, em que foram visitadas 28 instituições nas cinco regiões o país, sendo 11 estados e o Distrito Federal, verificou que as CTs atendem principalmente, mas não exclusivamente, usuários de álcool e outras drogas em regime de internação. O mesmo relatório denunciou o

[...] caráter asilar desses estabelecimentos; uso de internações involuntárias e compulsórias; práticas institucionais (violação à liberdade religiosa, “laborterapia” e internações sem prazo de término, entre outros aspectos); cotidiano e práticas de uso de força; internação de adolescentes; além dos chamados “novos usos”, como recebimento de pacientes com os mais diversos transtornos mentais, bem como o recebimento de pessoas idosas com permanência não necessariamente relacionada ao uso de drogas (CFP, 2018, p. 12).

Uma das denúncias mais graves é a de que algumas das CTs visitadas têm sido utilizadas para internação de pessoas com comportamentos considerados moralmente desviantes da norma, daí o registro de internações por “agressividade e rebeldia” ou “deficiência intelectual” (CFP, 2018, p. 136). Assim, observa-se o retorno de um cenário semelhante ao ocorrido nos grandes manicômios do país, como o Colônia de Barbacena. Entretanto, mesmo diante deste panorama, desde 2016 as CTs vêm recebendo mais destaque pelos governos federais.

Em 25 de outubro de 2016, a Portaria nº 1.482 incluiu as CTs no Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (CNES), passo necessário para que estas fossem financiadas com verbas públicas da saúde. Em 15 de setembro de 2017, o Conselho Nacional de Saúde (CNS) publicou sua Recomendação nº 043, recomendando a revisão da referida portaria para retirada das

menções às CTs, pois estas *não podem ser consideradas estabelecimentos de saúde e nem tampouco incluídas no cadastro do CNES*.

A Portaria GM nº 3.992, de 28 de dezembro de 2017, que alterou a Portaria de Consolidação GM/MS nº 6, de 28 de setembro de 2017, dispôs sobre o financiamento e a transferência dos recursos federais para as ações e os serviços públicos de saúde do SUS, interrompendo a destinação de financiamento do Ministério da Saúde para fins específicos, resumindo todo orçamento em “Bloco de Custeio das Ações e Serviços Públicos de Saúde” e “Bloco de Investimento na Rede de Serviços Públicos de Saúde”, permitindo aos gestores locais alocar as verbas da forma que considerarem mais conveniente. Desta maneira, os recursos originalmente destinados aos serviços de base comunitária poderiam migrar para hospitais psiquiátricos ou para CTs, por exemplo. Cruz, Gonçalves e Delgado (2020) concluíram que, *em conjunto, essas mudanças nos fazem apontar um risco considerável de desfinanciamento de serviços como os CAPS*.

Importante ressaltar, ainda, em relação aos CAPS, que foram instituídos por meio da Portaria GM/MS nº 3.588, de 21 de dezembro de 2017, os CAPSad IV (Centro de Atenção Psicossocial Álcool e Outra Drogas IV). Esta modalidade de CAPS recebeu críticas, pois considera-se que desvirtua a lógica de cuidados dos demais CAPS, se apresentando como um serviço capaz de prestar “assistência a urgências e emergências”, em detrimento da atenção pautada em um vínculo terapêutico. Possuem uma característica estrutural de um pequeno hospital psiquiátrico, com “enfermarias” ao invés de “acolhimento noturno”, como ocorre nos CAPS III. Além disso, são construídos em locais chamados de “cenas de uso”, afrontando o critério territorial prevalente nos CAPS, sendo o sujeito tratado no lugar onde faz o uso de substâncias, desconsiderando seu local de moradia, trabalho, lazer, vínculos familiares, entre outros, resumindo os pacientes à usuários de drogas e nada além disso. Todo esse contexto faz apontar para um projeto de intervenção por meio de recolhimento compulsório, podendo servir inclusive como porta de entrada para internações em CTs (CRUZ, GONÇALVES e DELGADO, 2020).

Baseada, ainda, na visão do fortalecimento de uma política antidrogas mais rígida, foi promulgada, em 5 de junho de 2019, a Lei nº 13.840/2019.

A nova lei antidrogas, como ficou conhecida, realizou diversas alterações na Lei de Drogas de 2006, dentre as quais inseriu um capítulo destinado às atividades de prevenção, tratamento, acolhimento e reinserção social e econômica de usuários ou dependentes de drogas e dentro deste uma seção destinada ao acolhimento em comunidades terapêuticas.

Demonstrada sucintamente a legislação pertinente ao objeto deste estudo, merece atenção especial o conteúdo da Lei nº 13.840/2019, que será analisado mais detalhadamente no tópico seguinte, notadamente por ter fa-

vorecido a permanência das CTs no sistema e, na prática, ter facilitado as atividades delas sem qualquer fiscalização efetiva.

4 AS COMUNIDADES TERAPÊUTICAS ACOLHEDORAS E A LEI N. 13.840/2019

As comunidades terapêuticas acolhedoras são definidas pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) como entidades que prestam serviço de atenção a pessoas com transtornos decorrentes do uso, abuso ou dependência de substâncias psicoativas, em regime de residência, e que utilizam como principal instrumento terapêutico a convivência entre os pares, considerado um serviço de interesse à saúde (ou social) e não um serviço de saúde (ANVISA, 2021).

Embora sem dispor de relevante normatização, elas existem desde a década de 70. São criadas e difundidas em sua maioria pela atuação de grupos religiosos e sua trajetória se deu até então desvinculada das políticas públicas, sem regramento e principalmente sem fiscalização efetiva, o que contribuiu para, segundo o MPRJ (2020), *compor um universo muito heterogêneo de comunidades terapêuticas, com grande variedade de formatos, porte e até fontes de recursos, dificultando caracterizar em um modelo único estas instituições.*

A Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas) dispõe que a atenção e reinserção social do usuário e dependente de drogas deve ser prestada tanto pelo SUS quanto por instituições privadas e organizações da sociedade civil sem fins lucrativos. Os artigos 24 e 25 da referida legislação tornaram estas elegíveis para o recebimento de subsídios públicos, tais como benefícios fiscais e financeiros. Segundo Santos (2018, p. 17), tal disposição, que a princípio objetivou *ampliar e diversificar a oferta de cuidados gratuitos para usuários de drogas que deles necessitassem*, acabou por intensificar uma disputa antiga em torno dos modelos de cuidado a essas pessoas, opondo modelos calcados na abstinência aos modelos baseados na redução de danos, que se orientam por uma abordagem psicossocial e multidisciplinar com base no contexto social, econômico, político e cultural em que está inserido o usuário.

Importante ressaltar que, muito embora se observe grande heterogeneidade estrutural em termos de tamanho e organização, ocorre certa homogeneidade de método, baseado no tripé “abstinência, laborterapia e oração”, identificando-se que em relação às práticas existe uma lógica comum às CTs (MPRJ, 2020).

Em 2019, com a promulgação da Lei nº 13.840/2019, cujo Projeto de Lei (PL 37) tramitava desde 2013, ocorreram alterações na Lei de Drogas, sendo introduzida uma seção que trata exclusivamente do acolhimento em CTs, culminando com sua regularização definitiva como entidade auxiliar no tratamento de usuários de álcool e outras drogas (art. 26-A).

O inciso I do art. 26-A da Lei de Drogas (inserido pela Lei nº 13.840/2019) caracteriza as CTs como instituições que ofertam projetos terapêuticos que visam à abstinência. Cabe ressaltar que as estratégias orientadas pela lógica de redução de danos, a princípio, não se opõem a abstinência, desde que este seja um objetivo da pessoa em tratamento; tal oposição, portanto, seria errônea do ponto de vista prático. A abstinência, assim, não deve ser o único objetivo desejável, mas em certos casos é uma condição prévia para a realização do próprio tratamento (SANTOS, 2018, p. 22).

A questão é que, no caso das CTs, o pressuposto da abstinência vem acompanhado de antigas práticas de tratamento psiquiátrico, tais como o recolhimento dos pacientes a instituições fechadas, com isolamento social e rigorosas regras de conduta e convivência, sob vigilância e tutela de uma equipe dirigente, conceito compatível com o de instituição total apresentado por Goffman:

Toda instituição conquista parte do tempo e do interesse de seus participantes e lhes dá algo de um mundo; em resumo, toda instituição tem tendências de “fechamento”. Quando resenhamos as diferentes instituições de nossa sociedade ocidental, verificamos que algumas são muito mais “fechadas” do que outras. Seu “fechamento” ou seu caráter total é simbolizado pela barreira a relação social com o mundo externo e por proibições a saída que muitas vezes estão incluídas no esquema físico - por exemplo, portas fechadas, paredes altas, arame farpado, fossos, água, florestas ou pântanos. A tais estabelecimentos dou o nome de instituições totais [...] (2005, p. 16).

Em contrapartida, as práticas de redução de danos visam promover a cidadania dos usuários, em especial os mais vulneráveis por seu contexto sociocultural, no sentido de levá-los a se reconhecerem como sujeitos de direitos, sem a utilização de quaisquer formas de coerção, respeitando a autonomia e liberdade de escolha dos indivíduos em tratamento, sendo considerada uma abordagem humanista (SANTOS, 2018, p. 24).

O inciso II do art. 26-A da Lei de Drogas dispõe sobre a adesão e permanência voluntária, entendida como uma etapa transitória para a reinserção social e econômica do usuário. Observa-se, entretanto, como já relatado, que na prática as CTs se constituíram como um modelo institucional e fechado, fazendo uso do isolamento social como premissa e defendendo o afastamento temporário dos atendidos da vida pregressa, para inseri-los numa rotina rígida de deveres, afazeres, disciplina e obrigatoriedade de práticas espirituais determinadas, o que caracterizaria mais uma permanência involuntária, até mesmo porque a maioria destas unidades encontram-se em locais de difícil acesso e com a presença de muros, grades e portões, e em alguns casos contam com vigilantes, conforme denunciado pelo Relatório de Inspeção Nacional de Comunidades Terapêuticas em 2017 (CFP, 2018).

Observando essa lógica, o MPRJ (2020) relata diversas violações a direitos humanos, tais como impedimentos à saída desacompanhada durante a permanência na instituição, restrições de comunicação, limitações na visitação, retenção de documentos e de recursos, entre outras restrições à liberdade praticadas sob o argumento de que é preciso garantir um ambiente protegido de interferências externas, o que vai gritantemente contra o determinado do inciso VI do art. 26-A, que veda o isolamento físico do paciente.

Já o inciso III do art. 26-A da Lei de Drogas caracteriza um ambiente residencial, propício à formação de vínculos, com a convivência entre os pares, bem como atividades de valor educativo e promoção do desenvolvimento social. Entretanto, na prática, este princípio de ajuda mútua entre pares é substituído pela hierarquização entre pessoas que se encontram nas CTs, em que aqueles que demonstrem melhor nível de “autocontrole” e disciplina passam a ocupar funções de suporte e vigilância dos demais (MPRJ, 2020).

Importante ressaltar, ainda, que dentro do tripé de tratamento está a laborterapia, que seria mais parecido com um trabalho não remunerado dentro da própria comunidade com tarefas domésticas, reparos prediais ou ações para captação de doações e venda de materiais produzidos pelas próprias CTs. Há denúncias, inclusive, de que muitos internos são levados para trabalhar fora das entidades na construção de imóveis para os proprietários destas, sem receber remuneração adequada e sendo submetidos ainda à carga horária de trabalho exaustiva, tendo direitos trabalhistas também violados, fato que, segundo o relatório de Inspeção Nacional, *encobre práticas de trabalho forçado e em condições degradantes que trazem fortes indícios de crime análogo à escravidão*, vez que a recusa por parte dos acolhidos pode gerar castigos e punições (CFP, 2017, p. 16). Destaca-se que os trabalhos não remunerados, utilizados como forma de disciplina, foram identificados pelo IPEA como prática presente em 92% das CTs (MPRJ, 2020).

Por fim, os incisos IV e V do mesmo art. 26-A da Lei de Drogas dispõem sobre avaliação médica prévia, bem como a elaboração de um plano individual de atendimento, o que significaria que com um laudo médico seria proposto um plano específico para cada pessoa em tratamento, atendendo às suas necessidades individuais de acordo com o objetivo. No entanto, na Informação Técnica nº 1014/2020, o Ministério Público do Rio de Janeiro conclui veementemente que as CTs não são um lugar de tratamento, pois não oferecem, geralmente, acompanhamento psicoterapêutico e não estão habilitadas para oferecer tratamento medicamentoso (MPRJ, 2020).

Vale lembrar o que dispõe o artigo 23-A da Lei de Drogas, também incluído pela Lei nº 13.840/2019:

O tratamento do usuário ou dependente de drogas deverá ser ordenado em uma rede de atenção à saúde, com prioridade para as modalidades de

tratamento ambulatorial, incluindo excepcionalmente formas de internação em unidades de saúde e hospitais gerais nos termos de normas dispostas pela União e articuladas com os serviços de assistência social [...].

Desta forma, mesmo com o ingresso do paciente em uma CT não se deve excluir outras estratégias de cuidado, o que deveria ser viabilizado pelas próprias CTs por meio de acesso à rede de saúde mental, assim como ocorre com os internos das residências terapêuticas, que trabalham em conjunto com os CAPS, sendo o tratamento delineado e conduzido por estes juntamente com a Atenção Básica de Saúde e demais pontos da rede pertinentes em cada caso, utilizando-se de todo o aparato oferecido pelo SUS.

A Resolução CONAD nº 01/2015, em seu art. 2º, § 1º, destaca, inclusive, que não são consideradas comunidades terapêuticas as entidades que oferecem serviços assistenciais de saúde ou executam procedimentos de natureza clínica. E na Lei de Drogas, o § 9º do art. 23-A (incluído pela Lei nº 13.840/2019) estatui que é vedada a realização de qualquer modalidade de internação nas comunidades terapêuticas acolhedoras.

Muito embora se observe que a Lei 13.840/2019 tentou limitar certas questões às CTs, a verdade é que, na prática, a inclusão de uma seção exclusiva para dispor sobre estas dentro de um capítulo que fala das atividades de atenção e de reinserção social de usuários ou dependentes de drogas, inserido na Lei de Drogas por aquela, significou dar uma maior relevância a este tipo de entidade, o que “justificou legalmente” uma maior destinação de verba pública para as CTs.

Por fim, importante relatar que em 2022 a Portaria do Ministério da Saúde nº 596, de 22 de março de 2022, extinguiu o financiamento de custeio mensal para o programa de desinstitucionalização da RAPS, importante conquista da Reforma Psiquiátrica.

Neste cenário, de forma preocupante, as CTs vêm obtendo, principalmente a partir de 2016, maior atenção por parte do governo federal, inclusive com recebimento de recursos públicos para manutenção de seus serviços em desfavor das demais políticas de saúde da RAPS.

Em evidente prejuízo dos serviços comunitários do SUS, os hospitais psiquiátricos e as comunidades terapêuticas voltaram a ser incluídos como serviços públicos. Na gestão do governo federal anterior (2019-2022), as CTs foram claramente priorizadas para o “tratamento” das pessoas usuárias de álcool e outras drogas.

Segundo um levantamento sobre o financiamento público de CTs realizado pela ONG Conectas Direitos Humanos e o Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEBRAP), entre os anos de 2017 e 2020 foi destinado pelo governo federal às CTs, em milhões de reais ajustados para o valor de 2020, um total de R\$ 309,3 milhões, sendo aproximadamente, R\$ 50,3 mi-

lhões em 2017, R\$ 42,9 milhões em 2018, R\$ 111,8 milhões em 2019 e 105,2 milhões em 2020 (CONNECTAS, CEBRAP, 2021, p. 18).

Juntando-se os investimentos das esferas estaduais e municipais, estes números sobem para um total de quase R\$ 600 milhões, sendo R\$ 98,9 milhões (2017), R\$ 125,3 milhões (2018), R\$ 190,7 milhões (2019) e R\$ 179,7 milhões (2020) (CONNECTAS, CEBRAP, 2021, p. 27). Segundo o estudo, a tendência de crescimento se estabilizou no ano de 2020, provavelmente por conta das restrições orçamentárias relacionadas à pandemia de Covid-19 (CONNECTAS, CEBRAP, 2021, p. 19).

Dados publicados pelo Ministério da Saúde apontam que, em 2019, R\$ 97 milhões foram investidos para fortalecer a RAPS, caracterizando um aumento de quase 200% em relação ao ano de 2018, que contou com apenas R\$ 33 milhões. Segundo o governo, com o aumento dos recursos em 2019, foi possível a habilitação de novos serviços, como 92 CAPS, 63 SRTs, 181 leitos de saúde mental em hospitais, 5 Unidades de Acolhimento e mais 29 Equipes Multiprofissionais. Além das habilitações, também foram destinados recursos, por meio de parcelas únicas, para a estruturação e abertura de novos serviços, como 170 CAPS, 149 SRT, 21 UA e 308 leitos em hospitais.

Em 2020 foram investidos cerca de 65 milhões para a ampliação e abertura de novos CAPS, SRTs, Unidades de Acolhimento e Serviços Hospitalares de Referência. No total, foram habilitados 74 novos CAPS e outros 9 receberam alterações de modalidades, representando um investimento anual de R\$ 36.142.389,00. Em relação às Residências Terapêuticas, foram habilitados 100 novos serviços, com repasse anual de R\$ 20.247.000,00 para diversas cidades espalhadas nas regiões do país. Além de duas Unidades de Acolhimento com o repasse anual de R\$ 600.000,00 e 144 serviços hospitalares de referência, com o repasse anual de R\$ 9.694.270,08 (BRASIL, 2020).

Os próprios dados divulgados pelo governo demonstram que o investimento nas CTs foi maior do que o investimento destinado às RAPS, havendo um crescimento anual na desproporção, chegando em 2020 quase ao dobro.

Ademais, nos anos que decorreram após o início da pandemia de Covid-19 (2021 e 2022), há denúncias que o governo utilizou cerca de R\$ 75 milhões, que deveriam ser destinados a ações de combate à doença, para financiar CTs, recursos transferidos pela SENAPRED, segundo dados levantados pelo Jornal Metrôpoles junto ao Tesouro Nacional Transparente e ao Siga Brasil, portal de orçamento do Senado Federal (LORRAN, 2022).

Observa-se, ainda, que tal financiamento de vagas em CTs foi uma política pública explicitamente divulgada pela pasta do Ministério da Cidadania no governo federal (2019 a 2022), tanto que é possível ainda, em sítio eletrô-

nico¹⁶⁴, consultar que, dentre os programas instituídos, a Política Nacional sobre Drogas ficaria a cargo de tal ministério, que seria responsável pelo tratamento de dependentes químicos, focado na estratégia de abstinência dos usuários. Menciona-se, ainda, que outra mudança é a promoção da abstinência em vez da redução de danos.

Por fim, em 16 de dezembro de 2021 foi sancionada a Lei Complementar nº 187, que dispôs sobre a certificação de entidades beneficentes e regulou procedimentos referentes à imunidade tributária nos termos do § 7º do art. 195 da Constituição Federal, incluindo as CTs como entidades suscetíveis a receber tal privilégio fiscal.

Desta forma, resta claro o enfoque e centralização dados às CTs nas duas últimas gestões federais (2016-2022), como destaque dentro das políticas públicas relacionadas à saúde mental, utilizando como principal justificativa o combate às drogas.

Na gestão federal de 2019 a 2022, a Secretaria Nacional de Cuidados e Prevenção às Drogas (SENAPRED), dentro do Ministério da Cidadania, era a responsável pela regulamentação e fiscalização das CTs, promovendo inclusive curso de capacitação de monitores e profissionais, em parceria com a Universidade Federal de Santa Catarina, conforme ainda consta em sítio eletrônico¹⁶⁵.

A extinção da SENAPRED, logo após o início da gestão do governo federal com início do mandato em 2023, ocasionou desagrado em representantes das CTs interessados em saber sobre o foco que seria dado a estas no novo governo. Desta forma, mesmo diante de todo o cenário dos últimos anos, em janeiro de 2023, logo após assumir o governo, cedendo às pressões, o atual presidente criou o Departamento de Apoio às Comunidades Terapêuticas (DACTs), o qual não era parte da estrutura inicial do novo Ministério do Desenvolvimento e Assistência Social, Família e Combate à Fome, o que tem sido bastante criticado por profissionais da área de saúde mental e organizações de direitos humanos.

Em reunião na mesma semana em que foi publicado o Decreto nº 11.392, de 20 de janeiro 2023, de criação do DACTs, o Conselho Nacional dos Direitos Humanos (CNDH), citando o referido departamento, recomendou ao governo por meio da Recomendação nº 2, de 24 de janeiro de 2023, que realizasse auditoria em todos os contratos assinados com as CTs na gestão passada, além do cancelamento de parcerias com as entidades que recebem adolescentes, sendo ainda sugerido ao Ministério da Saúde a criação de programa *visando à efetiva substituição de comunidades terapêuticas por estratégias e*

164 Ver em: <https://www.gov.br/mds/pt-br/acoes-e-programas/cuidados-e-prevencao-as-drogas>.

165 Ver em: <https://compacta.sead.ufsc.br/#portfolio>.

serviços de saúde mental territoriais. Além disso, recomenda ao Ministério do Desenvolvimento, Assistência Social, Família e Combate à Fome que realize auditoria e inspeção nacional em todos os contratos, convênios e termos de parceria com as comunidades terapêuticas firmados pela antiga SENAPRED e que, em conjunto com o Ministério da Saúde, dos Direitos Humanos e da Cidadania, e da Justiça e Segurança Pública, adote outras providências para que a assistência em saúde de pessoas usuárias de drogas seja construída a partir de políticas interministeriais com participação e controle social.

Já a Recomendação nº 1, de 26 de janeiro de 2023, do CNS recomenda ao Ministério que revogue a criação do DACTs e:

Que seja iniciada a construção de articulação interministerial (Ministério da Saúde, Ministério do Desenvolvimento, Assistência Social, Família e Combate à Fome, Ministério da Justiça/SENAD e Ministério do Direitos Humanos) para discussão da Política Nacional de Saúde Mental e Drogas em diálogo com a política nacional sobre drogas com vistas à criação de um planejamento conjunto que compreenda o cuidado às pessoas que usam drogas como ‘cuidado em saúde’ pautadas na Lei nº 10.216, de 06 de abril de 2001, e em estruturas territoriais comunitárias que promovam a inclusão social e preservem seus laços comunitário evitando a ruptura de vínculos societários e consequente exclusão social.

Outrossim, recomenda ao Ministério da Saúde ações como reestruturação das RAPS, voltadas principalmente para ampliação dos CAPS AD III, que a destinação financeira e orçamentária que reorienta o financiamento das CTs tenha a devida transparência e que os órgãos de controle social do SUS tenham livre acesso a essas informações, bem como que a destinação financeira às CTs seja revisada em diálogo interministerial envolvendo os Ministérios já citados.

No final de março de 2023 foi nomeado o Diretor Executivo do DACTs e uma das primeiras ações foi realizar uma reunião com lideranças da Confederação Nacional de Comunidades Terapêuticas (COFENACT) para tratar do repasse dos meses de acolhimento realizados, uma vez que se tem 13 contratos de dezembro de 2022 e 128 de janeiro e fevereiro de 2023 pendentes de pagamento, por conta de problemas como SICAF vencido, falta de documentos, falta de ateste nas NFS, dentre outros.

Segundo o DACTs, a fiscalização das CTs deverá ser uma das prioridades, tendo em vista a legislação e os apontamentos dos órgãos de controle, como o TCE e CGU, para dar a segurança legal e jurídica da parceria com as entidades.

O atual governo relatou que pretende retomar os princípios da Reforma Psiquiátrica e promover o fechamento dos últimos manicômios, integrando a rede de serviços de saúde da família e os CAPS. O principal desafio observado é o orçamento, que na gestão passada foi de apenas 2% do orçamento

previsto ao Ministério da Saúde, o que não seria suficiente para cobrir os gastos atuais do setor. Desta forma, deverá ser realizado um remanejamento da verba dentro do Ministério a fim de possibilitar o feito (CARTA CAPITAL, 2023).

Em notícia recente, publicada pelo Ministério da Saúde, foi anunciado um investimento de mais de R\$ 21 milhões para ampliar a rede de saúde mental no SUS, relatando ser esta uma das pautas prioritárias da nova gestão, que visa oportunizar maior acesso da população aos serviços e reassumir o processo de desinstitucionalização interrompido desde 2016, retomando-o de modo processual, programado e articulado em âmbito tripartite, com outras estratégias para consolidar a Política de Saúde Mental de forma democrática, inclusiva e de cuidado em liberdade, conforme Sônia Barros, diretora do Departamento de Saúde Mental (BRASIL, 2023).

Entretanto, a criação do DACTs demonstra a persistente interferência da religião no Estado e que, talvez, o maior desafio seja encontrar um equilíbrio entre a retomada do foco nos serviços de atenção de base comunitária em desfavor das CTs, de forma a não causar grande insatisfação ao setor.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As comunidades terapêuticas acolhedoras existem há décadas, sendo em sua maior parte entidades religiosas com foco no tratamento de usuários de álcool e outras drogas.

A partir de 2016 passaram a receber atenção especial por parte do governo federal, o que se concretizou, de fato, na gestão de 2019 a 2022, passando a imposição pela força do retorno ao modelo manicomial a ser um dos principais pilares para o tratamento dos dependentes, com uma política respaldada pela justificativa de combate intenso às drogas que se centrou em resolver as consequências, mas não as causas do problema, tratando-o prioritariamente como de segurança pública. Restou negligenciado, assim, o enfoque da questão como um problema de saúde, que deve ser resolvido por meio de ferramentas que visem serviços de base comunitária.

Desta forma, diante da ausência de fiscalização governamental e dos incentivos monetários públicos, as CTs trouxeram à tona um cenário de instituição com caráter asilar. E muito embora ocorridos grandes avanços na área de saúde mental, estes pacientes têm sido tratados como os antigos “loucos”, retirados da vista da sociedade e submetidos a situações de degradação física e emocional, ferindo sua dignidade humana em diversos aspectos.

Entretanto, importante frisar que o problema crescente relacionado aos usuários de álcool e outras drogas constitui essencialmente um problema de saúde pública, tratando-se de uma questão social e econômica. As pessoas, em sua maioria, não estão na rua porque usam drogas, mas sim utilizam

drogas por estar nas ruas. A falta de garantia de direitos fundamentais como alimentação, moradia, lazer, saúde, educação e trabalho levam grande parte da população às ruas e, sem nenhuma dignidade humana restante, a droga se torna o caminho evidente para se suportar todas as condições degradantes que tal situação oferece.

Considera-se que o atual governo federal deve possuir discernimento e jogo político para manter ao seu lado as entidades religiosas, que estão fortalecidas inclusive por representatividade no Congresso Nacional, mas deve assim agir sem olvidar das eficientes políticas de saúde mental e dos serviços de base comunitária conquistados pela Reforma Psiquiátrica, que buscam um tratamento efetivo desses pacientes de forma humanizada, com um cuidado de base territorial e com a construção de projetos terapêuticos individualizados, visando uma real reinserção social e recuperação de sua dignidade humana.

Embora agora inserido em um ministério como um novo contexto sócio-político, a criação do DACTs pareceu dar continuidade ao foco da gestão passada às CTs, mostrou-se como uma aceitação tácita de que as ações destas entidades são validas no enfrentamento de problemas na área de saúde mental.

Entretanto, se o principal objetivo do DACTs for a fiscalização efetiva das CTs, a criação de parâmetros e requisitos criteriosos para a destinação de verba pública, bem como a inserção do controle por meio de órgãos do SUS, ou seja, voltados a saúde dentro destas entidades, compreende-se que poderia conciliar a existência das CTs em conjunto com as demais ações reconhecidamente efetivas de promoção de saúde mental a estes pacientes.

Desta forma, espera-se que este estudo tenha contribuído efetivamente com a luta do MNLA e que a partir do atual governo os retrocessos cessem e se inicie uma nova fase de avanço da Reforma Psiquiátrica brasileira, com a necessidade urgente de focar nos pacientes usuários de álcool e outras drogas, como forma de resolver concretamente este problema atual que afeta a vida de toda a população, em certa proporção no âmbito da segurança pública, mas principalmente na área de saúde pública.

REFERÊNCIAS

- AGENCIA SENADO. **Após 20 anos, Reforma Psiquiátrica ainda divide opiniões.** Abr. 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/04/06/apos-20-anos-reforma-psiQuiatrica-ainda-divi-de-opinioes>. Acesso em: 23 mar. 2022.
- ALMEIDA, F. A., CEZAR, A. T. As residências terapêuticas e as políticas públicas de saúde mental. **Revista IGT na Rede**, v. 13, nº 24, 2016. p. 105-114. Disponível em: <http://www.igt.psc.br/ojs>. Acesso em: 23 mar. 2022.

ANVISA, Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Perguntas e Respostas – Comunidades Terapêuticas**. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/centraisdeconteudo/publicacoes/servicosdesaude/publicacoes/perguntas-e-respostas-comunidades-terapeuticas-2021.pdf>. Acesso em: 28 mai. 2022.

ARBEX, D. **Holocausto Brasileiro**. 1. ed. RJ: Intrínseca, 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. 2020a. **Investimento em saúde mental cresceu quase 200%**. Publicado em 09 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/saude-e-vigilancia-sanitaria/2020/01/investimento-em-saude-mental-cresceu-quase-200>. Acesso em: 21 mai. 2023.

BRASIL. Ministério da Saúde. 2023. **Ministério da Saúde investe mais de R\$ 21 milhões para ampliar rede de saúde mental no SUS**. Publicado em 12 de maio de 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/2023/maio/ministerio-da-saude-investe-mais-de-r-21-milhoes-para-ampliar-rede-de-saude-mental-no-sus>. Acesso em: 21 mai. 2023.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria Executiva. **Legislação em saúde mental 1990-2002**. 3. ed. revista e atualizada. Brasília: Ministério da Saúde, 2002. Disponível em: <https://conselho.saude.gov.br/biblioteca/livros/legislacaosaudemental2002completa.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2022.

CARTA CAPITAL. **Governo Lula pretende retomar Reforma Psiquiátrica e fechar últimos “hospícios”**. Notícia: Carta Capital – Saúde. Publicado em 07 de janeiro de 2023. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/saude/governo-lula-pretende-retomar-reforma-psiquiatrica-e-fechar-ultimos-hospicios/>. Acesso em: 21 mai. 2023.

CFP. **Relatório da Inspeção Nacional em Comunidades Terapêuticas - 2017** / Conselho Federal de Psicologia; Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura; Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão / Ministério Público Federal; – Brasília DF: CFP, 2018. 172 p. Disponível em: <https://site.cfp.org.br/publicacao/relatorio-da-inspecao-nacional-em-comunidades-terapeuticas/>. Acesso em: 13 fev. 2022.

CNJ. **Caso Ximenes Lopes vs. Brasil**. Unidade de Fiscalização e Monitoramento das deliberações da Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/07/Sum%C3%A1rio-Executivo-Caso-Ximenes-Lopes-vs-Brasil-21.06.30.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2023.

CRUZ, N.F.O.; GONÇALVES, R. W.; DELGADO, P. G. G. Retrocesso da Reforma Psiquiátrica: o desmonte da política nacional de saúde mental brasileira de 2016 a 2019. **Trabalho, Educação e Saúde**, v. 18, n. 3, 2020, e00285117. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1981-7746-sol00285>. Acesso em: 30 abr. 2023

- DELGADO, P. G. G. Democracia e reforma psiquiátrica no Brasil. Opinião. **Ciência e Saúde coletiva**. v. 16, n. 12, p. 4701-4706, dez. 2011. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1413-81232011001300019>. Acesso em: 05 jun. 2022.
- DESINSTITUTE: Miriam Abou-yd: “O movimento mostrou que tudo aquilo que alegavam, a periculosidade, a incapacidade, desfazia-se quando a liberdade se colocava como premissa primeira”, 2022. Disponível em: <https://desinstitute.org.br/noticias/miriam-abou-yd-o-movimento-mostrou-que-tudo-aquilo-que-alegavam-a-periculosidade-a-incapacidade-desfazia-se-quando-a-liberdade-se-colocava-como-premissa-primeira/>. Acesso em: 18 fev. 2023.
- FIOCRUZ. **III Levantamento nacional sobre o uso de drogas pela população brasileira**. 2017. Disponível em: <https://www.intercept.com.br/2019/03/31/estudo-drogas-censura/>. Acesso em: 21 mai. 2023.
- GARÇONI, I. **Guerra à pesquisa**. The Intercept Brasil. Publicado em 31 de março de 2019. Disponível em: <https://www.intercept.com.br/2019/03/31/estudo-drogas-censura/>. Acesso em: 21 mai. 2023.
- GOFFMAN, E. **Manicômios, prisões e conventos**. São Paulo: Perspectiva, 2005.
- LORRAN, T. Governo usou R\$ 75 milhões para financiar comunidades terapêuticas. Notícia: Metrôpoles. Publicado em 29 de outubro de 2022. Disponível em: <https://www.metropoles.com/brasil/governo-covid-comunidades-terapeuticas>. Acesso em: 01 mai 2023.
- LUCHMANN, L. H. H., RODRIGUES, J. O movimento antimanicomial no Brasil. Artigo. **Ciência e Saúde coletiva**, v. 12, n. 2, p. 399-407, abr. 2007. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1413-81232007000200016>. Acesso em 13 ago 2022.
- MPRJ, Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Informação técnica nº 1014/2020. 2020. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/documentos/20184/1999874/22-Fiscaliza%C3%A7%C3%A3o+em+Comunidades+Terap%C3%AAuticas.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2023.
- PERRONE, A. K. A comunidade terapêutica para recuperação da dependência do álcool e outras drogas no país: mão ou contramão da Reforma Psiquiátrica? Temas Livre. **Ciência e Saúde coletiva**. V. 19, n. 02, p. 569-580, fev. 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1413-81232014192.00382013>. Acesso em: 05 jun. 2022.
- SANTOS, M. P. G. **Comunidades terapêuticas e a disputa sobre modelos de atenção a usuários de drogas no Brasil em Comunidades Terapêuticas: temas para reflexão**. Cap. 1. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9444/1/Comunidades.pdf>. Acesso em: 10 mai 2022.

16

O ROL DE PROCEDIMENTOS DA ANS E A PROTEÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

*André Luís de Carvalho Costa*¹⁶⁶

*Leandro Martins Faria Sousa*¹⁶⁷

*Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão*¹⁶⁸

1 INTRODUÇÃO

O termo *saúde* se origina do latim *salute*, que significa “*salvação*”, conservação da vida, cura, “bem-estar” e, preservando este sentido, o conceito de saúde, segundo definição apresentada pela Organização Mundial de Saúde, “é um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência da doença ou enfermidade”.

A valorização do direito à saúde deve-se ao fato desse ser essencialmente um direito fundamental do homem, considerando-se que a saúde é “um dos principais componentes da vida, seja como pressuposto indispensável para sua existência, seja como elemento agregado à sua qualidade. Assim, a saúde se conecta ao direito à vida” (SCHWARTZ, 2001, p. 52).

A proteção dos direitos fundamentais deve ser efetuada com vistas no princípio da dignidade da pessoa humana, afinal, a saúde deve ser concebida como um direito universal, em favor de todo cidadão.

Desse modo, a Constituição de 1988 trata as ações e serviços de saúde com o enfoque de bem estar social, definindo claramente que o sistema que

166 Pós-Graduando em Direito Constitucional pela Faculdade Supremo. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade Arnaldo Jansen. Graduado pela Faculdade Milton Campos. Assistente de Gestão – TJMG. E-mail: andreluiscosta1@hotmail.com.

167 Graduado em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais. Pós-graduado em Direito Civil Contemporâneo pela Faculdade Anhaguera/Uniderp. Assessor judiciário. E-mail: lmf Sousa@yahoo.com.br.

168 Pós-doutora em Direitos Humanos pela Universidade Salamanca. Doutora em Direito Público (PUCMinas/Belo Horizonte). Mestre em Direito das relações econômico-empresariais (Unifran/São Paulo). Professora Universitária. Membro do Colegiado de Gestores em Saúde de Minas Gerais. Assessora judiciária – TJMG. E-mail: simoneleticia77@gmail.com.

adotou envolve tanto a participação do setor público, quanto da iniciativa privada na prestação de serviços de saúde à população.

Segundo dispõe o art. 196 da Constituição de 1988, a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e outros agravos, e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988).

A pesquisa pautar-se-á na análise do problema, visando principalmente discutir e analisar o direito à saúde, como um dever do Estado, em face à Constituição da República, além de correlacionar os deveres atribuídos às operadoras de saúde.

Buscar-se-á analisar o Rol da Agência Nacional de Saúde (ANS).

Utilizar-se-á nessa pesquisa, a metodologia do tipo exploratória, de cunho qualitativa, conjugada com revisão bibliográfica e, principalmente, com análise jurisprudencial, com enfoque no dever do Estado e das operadoras de saúde na prestação de atendimento à saúde, quer no que tange o fornecimento de medicamentos e tratamentos, de forma a tornar efetivo o mandamento Constitucional.

2 O DIREITO À SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO: A FALTA DE APLICAÇÃO ADEQUADA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

A Constituição de 1988 estabelece, no art. 196, que a saúde é dever do Estado, norma de aplicação e efeito imediatos e prevê no art. 199 que o setor privado exerça a assistência à saúde, criando uma solidariedade no seu exercício entre o Poder Público e o setor privado.

A Constituição de 1988 incorpora claramente esse caráter do direito à saúde ao estabelecer, em seu art. 196, que ele será *“garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”*

A saúde consta como um dos direitos sociais previstos no art. 6º, que abre o Capítulo II (‘Dos Direitos Sociais’) do Título II (‘Dos Direitos Fundamentais’) da Constituição de 1988. Além disso, o caput do art. 196, já referido, define a saúde como direito de todos e dever do Estado.

O embasamento constitucional à garantia do direito à saúde no Brasil, encontra-se no artigo 6º da Constituição de 1988, cujo rol elenca os chamados direitos sociais: “Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados na forma desta Constituição”.

Assim, a Constituição de 1988 em seu art. 6º garante a todos os cidadãos o direito fundamental social à saúde.

A partir do século XX, o rol dos direitos fundamentais passou a incluir os direitos sociais, de inspiração socialista, voltados para a dimensão do ser humano, implicando ações do Estado destinadas à garantia de condições materiais de vida para todos os cidadãos. Ao contrário dos direitos individuais, que constituem direitos a abstenções do Estado, os direitos sociais são direitos a prestações do Estado, impondo a realização de políticas públicas, ou seja, de um conjunto sistematizado de programas de ação governamental (LIPPEL, 2006, p. 1).

A Constituição de 1988 trata as ações e serviços de saúde com o enfoque de bem-estar social, definindo claramente que o sistema que adotou envolve tanto a participação do setor público, quanto da iniciativa privada na prestação de serviços de saúde à população (GREGORY, 2010, p. 27).

O direito à saúde está presente em diversos artigos da Constituição de 1988, a saber: arts. 5º, 6º, 7º, 21, 22, 23, 24, 30, 127, 129, 133, 134, 170, 182, 184, 194, 195, 197, 198, 199, 200, 216, 218, 220, 225, 227 e 230.

O direito à saúde desempenha papel de destaque no Ordenamento Jurídico. Portanto, a saúde configura um serviço público. Sua análise pode passar por uma perspectiva de Direito Público, em que é tratado como direito fundamental social (artigos 6º e 196 da Constituição da República do Brasil de 1988 – CR/88), do qual se podem extrair diversos desdobramentos, tais como o dever do Estado de prestá-lo (construindo hospitais, fornecendo medicamentos, exemplificativamente) e de protegê-lo sob o ponto de vista coletivo (ao proibir, por exemplo, a venda de um produto nocivo à saúde do consumidor ou evitando um dano ao meio ambiente). Outrossim, sob o prisma do Direito Privado, o direito à saúde, ao lado do direito à vida, assume o caráter de um dos mais importantes direitos de personalidade, podendo o indivíduo valer-se da cláusula geral do artigo 12 do Código Civil, bem como dos artigos 186, 187 e 927 do mesmo diploma legal para promover sua tutela em face de outros indivíduos e do Estado, seja ressarcitória (específica ou indenizatória), seja inibitória (URBANO, 2010, p. 179).

No Brasil há um Sistema Único de Saúde universalista – complementado pela iniciativa privada – ao lado da atuação do setor privado de forma suplementar.

O Sistema de Saúde brasileiro organiza-se como um sistema de saúde misto, combinando características de mais de um tipo de sistema saúde e se reflete nas combinações feitas entre o sistema público universal e sistema privado, que atua fora do sistema de saúde público, mas apesar da predominância do sistema público universal, há a atuação do setor privado.

A assistência privada é disciplinada pela Lei n. 9.656, de 03 de junho de 1998 (LPS – Lei dos Planos de Saúde), que dispõe sobre os planos privados

de assistência à saúde. Já o serviço público de saúde é disciplinado pela Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990 (LOS – Lei Orgânica de Saúde), que dispõe sobre as condições para promoção, proteção e recuperação da saúde, e ainda sobre a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes.

O dever do Estado para com a saúde externar-se-á através de um sistema único. Este sistema único é realizado através da Lei n. 8.080/90, que estabelece o SUS – Sistema Único de Saúde.

O Sistema Único de Saúde-SUS foi criado em 1988, pela Constituição Federal, contudo, ainda não representa o ideal desejado. O problema é a falta de aplicabilidade dessa legislação, vez que a questão demanda a efetiva serventia de políticas públicas.

Contudo, com a inclusão do § 2º do art. 198 a Emenda Constitucional nº 29/00, os Estados membros passaram a ser obrigados a aplicar recursos mínimos em ações e serviços públicos de saúde, transformando essa reserva de recursos como norma de observância obrigatória.

Nos termos do art. 2º da Lei Orgânica da Saúde, Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990: “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”.

O art. 4º, dessa mesma legislação, estabelece que as ações e serviços de saúde serão prestados por todas as instituições públicas federais, estaduais e municipais do Poder Público, que da mesma forma constituem o SUS. Por sua vez, o art. 5º, reafirma o preceito constitucional de que “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”.

A Lei n. 8080/90 trata da **saúde complementar** em vários dispositivos, dentre os quais: artigo 4º, § 2º; artigo 7º; artigo 8º; artigos 24 a 26. A participação da iniciativa privada no SUS, **complementar**, dá-se com o escopo de cumprir o princípio da universalidade, cabendo destacar ainda que a sua atuação volta-se, principalmente, para a assistência de média e alta complexidade, que devem complementar a atenção básica para cumprir o atendimento integral (a integralidade) previsto na Constituição (SOUSA, 2015, p. 238).

O setor privado participa do SUS de forma complementar, por meio de contratos e convênios de prestação de serviço ao Estado quando as unidades públicas de assistência à saúde não são suficientes para garantir o atendimento a toda população de determinada região.

O direito à saúde consta no rol dos direitos fundamentais, encontra-se na base do princípio da dignidade da pessoa humana e a teor do art. 5º, § 1º, da Constituição, o qual estatui que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm **aplicabilidade imediata**.”

Todavia, nem sempre na prática consegue-se essa aplicabilidade imediata.

Como cediço, a implantação de políticas públicas sociais carece de recurso, há gravíssimos problemas para sua efetivação e existe uma disparidade entre a realidade e o garantido constitucionalmente.

Para Kildare Gonçalves de Carvalho, o direito à saúde vai além da medicina curativa:

O direito à saúde, de que trata o texto constitucional brasileiro, implica não apenas no oferecimento da medicina curativa, mas também na medicina preventiva, dependente, por sua vez, de uma política social e econômica adequadas. Assim, o direito à saúde compreende a saúde física e mental, iniciando pela medicina preventiva, esclarecendo e educando a população, higiene, saneamento básico, condições dignas de moradia e de trabalho, lazer, alimentação saudável na quantidade necessária, campanhas de vacinação, dentre outras (CARVALHO, 2012, p. 1274).

José Luiz Quadros de Magalhães arremata:

O direito à saúde não implica somente direito de acesso à medicina curativa. Quando se fala em direito à saúde, refere-se à saúde física e mental, que começa com a medicina preventiva, com o esclarecimento e a educação da população, higiene, saneamento básico, condições dignas de moradia e de trabalho, lazer, alimentação saudável na quantidade necessária, campanhas de vacinação, dentre outras coisas. Muitas das doenças existentes no País, em grande escala, poderiam ser evitadas com programas de esclarecimento da população, com uma alimentação saudável, um meio ambiente saudável e condições básicas de higiene e moradia. A ausência de alimentação adequada no período da gestação e nos primeiros meses de vida é responsável por um grande número de deficientes mentais (MAGALHÃES, 2008, p. 208).

É necessário examinar-se a aplicabilidade imediata do direito à saúde. Apesar do artigo 196 da Constituição Federal determinar que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”, muitas pessoas acabam tendo que recorrer à Justiça para conseguir ter acesso a medicamentos e tratamentos que deveriam ser ofertados pelo sistema público de saúde. Nesta lista também estão incluídos aqueles que pagam por planos de saúde e no momento em que mais precisam, acabam ficando sem auxílio (SOUSA, 2015, p. 246).

Para que haja um sistema de saúde eficaz, cabe ao Estado definir políticas públicas adequadas, principalmente no tocante ao direcionamento do orçamento estatal para a área respectiva, pois se deve fortalecer o sistema público, e também permitir que a regulação do setor privado permita corrigir falhas de mercado, garantindo a qualidade na prestação de serviços à sociedade (GREGORI, 2010, p. 37).

Embora o direito à saúde seja seu dever, o Estado permite à iniciativa privada a prestação de serviços de assistência à saúde complementar.

A Constituição define, por um lado, a criação do Sistema Único de Saúde (SUS), e, por outro, que a saúde seja livre à iniciativa privada. A legislação federal define as características do SUS nas Leis nos 8.080/90 e 8.142/90 (LIMA, 2005, p. 49).

A regulação do setor de saúde suplementar no Brasil data do final dos anos 1990, com a Lei n. 9.656/98, e posteriormente a Lei n° 9.961/00, que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

A Lei n. 9.656/98 traz para a saúde suplementar um arcabouço normativo protetivo às relações de consumo¹⁶⁹.

A Lei n. 9.961/2000 criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS e definiu a sua finalidade, estrutura, atribuições, receita, natureza e vinculação ao Ministério da Saúde. A regulação exercida pela agência possui papel fundamental no cumprimento das políticas determinadas pelo Estado e sua função legal é gerencial (técnica), de controle e fiscalização sobre os entes regulados no setor de Saúde Suplementar.

De acordo com a Lei n. 9656/98, as operadoras foram obrigadas a efetuar cobertura mínima de acordo com o rol de cobertura estabelecido, mas não obrigou aos usuários a adaptarem os seus contratos.

3 O ROL DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE: REFERÊNCIA BÁSICA – ANÁLISE DE CASO A CASO

Nos termos do art. 199 da Constituição Federal, a assistência à saúde é livre à iniciativa privada, autorizada pelo Poder Público a prestar serviços de assistência médica aos consumidores em geral, por meio das operadoras

169 Garantias: 1) necessidade de autorização e registro para o funcionamento das operadoras (art. 8º); 2) institucionalização de um Plano Referência (de oferta obrigatória) e de suas segmentações; 3) exigência de cobertura a todas as doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e problemas relacionados com a saúde da OMS, de acordo com um rol de procedimentos e eventos em saúde editado pela ANS; 4) indicação exaustiva das situações passíveis de exclusão de cobertura por parte das operadoras; 5) definição do conceito de doenças e lesões preexistentes, proibição de exclusão e imposição do ônus da prova às operadoras; 6) vedação à interrupção ou suspensão de internações; 7) previsão dos limites máximos de carência (art. 12, V); 8) proibição de rescisão ou suspensão unilateral dos contratos individuais, exceto em caso de inadimplência ou fraude; 9) proibição de recusa de acesso a planos de saúde (artigo 14); 10) regulação dos reajustes por faixa etária, determinação da quantidade máxima de faixas e o acúmulo entre elas (artigo 15, Res. Consu n° 06 e RN N° 63/04); 11) exigência de informação clara e prévia nos contratos (artigo 16); 12) regulação do descredenciamento de entidades hospitalares (artigo 17); 13) imposição de obrigações aos prestadores de serviços, bem como proibição de discriminações no atendimento e de unimilitância; 14) formas fiscalizatórias e previsão de liquidação das operadoras; 15) instituição do benefício de permanência nos planos coletivos para aposentados e demitidos a ser observado pelas empresas empregadoras que ofereçam planos coletivos (ART. 30 e 31); e 16) garantia de adaptação dos contratos antigos (art. 35) (LOPES, 2008, p. 99).

de planos e seguros privados, cuja regulamentação foi positivada pela Lei nº 9.656/1998 (Lei dos Planos de Saúde).¹⁷⁰

A iniciativa privada tem participação de forma complementar ao Sistema Único de Saúde, também oferecendo à população acesso a tratamentos médico-hospitalares. Ambos se integram, e o cidadão tem liberdade para buscar ambos os serviços, não podendo ser compelido a usar um ou outro, (Medina, 2022).

No julgamento da ADI 1931, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da maioria dos arts. da Lei nº 9.656/1998, entre eles, os arts. 10, 11 e 12, que estabelecem parâmetros para a atuação das Operadoras de Planos de Assistência à Saúde no mercado. O precedente estabeleceu que o art. 197 da Constituição Federal autoriza a execução de ações de saúde pela iniciativa privada, respeitada a regulamentação, controle e fiscalização pelo Poder Público.

A Lei nº 9.961/2.000 criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, autarquia vinculada ao Ministério da Saúde, como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que cubram a assistência suplementar à saúde.¹⁷¹

Constitui finalidade institucional da ANS a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, bem como a regulação das operadoras e suas relações com prestadores e consumidores, de modo a contribuir para o desenvolvimento das ações de saúde no País.¹⁷²

170 “A assistência privada à saúde, que tem como marco legislativo a Lei 9.656/1998, por meio de contrato, transfere aos particulares os riscos referentes à futura necessidade de assistência médica e hospitalar. Em outras palavras: as pessoas físicas e jurídicas contratam com empresas de assistência médica privada eventual necessidade futura, decorrente de uma moléstia ainda incerta (AFONSO, Luiz. 2017, p. 51).

171 “As Agências Reguladoras surgem no ordenamento jurídico brasileiro em decorrência de previsão constitucional. A Constituição de 1988, ao tratar sobre a ordem econômica, fixou o papel do Estado como agente normativo e regulador e como executor subsidiário de atividades econômicas, conforme a expressão de seu art. 174. Dispôs, ainda, sobre a possibilidade de transferência à iniciativa privada da prestação de alguns serviços, antes monopolizados pelo Estado. Surgem essas Agências dentro do cenário de Reforma do Aparelho do Estado, que dominou especialmente após 1995, quando se passou a buscar uma gestão pública mais centrada em resultados do que em processos, com vistas a promover o aumento da qualidade e da eficiência dos serviços. A ideia estava em abandonar a noção de Administração burocrática, rígida, unilateral, hierarquizada e linear, tolhida por seu engessamento, para dar espaço à parceria entre público e privado, em que o Estado deixa o protagonismo como produtor de serviços para assumir a função reguladora, interferindo indiretamente na ordem econômica.” (GOUVEIA, 2021, p. 30)

172 “Trata-se, aqui, não mais da assunção pelo Estado da atividade econômica em si, mas de sua concreta atuação no fomento, na regulamentação, no monitoramento, na mediação, na fiscalização, no planejamento, na ordenação da economia. Enfim, cuida-se da atuação estatal fortemente influente (por indução ou coerção) da ação dos atores privados atuantes num dado segmento da economia” (GOUVEIA, 2021, p. 70).

Dentre as competências da ANS estão principalmente: a) o estabelecimento de características gerais dos instrumentos contratuais utilizados na atividade das operadoras; b) controle da qualidade dos serviços oferecidos pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde; c) a fiscalização das atividades das operadoras de planos privados de assistência à saúde, zelando pelo cumprimento das normas; d) a articulação com os órgãos de defesa do consumidor visando a eficácia da proteção e defesa do consumidor; e) a garantia da qualidade dos serviços de assistência à saúde no âmbito da assistência à saúde suplementar; **e, notadamente, a elaboração do rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituem referência básica para os fins do disposto na Lei nº 9.656/1998.**

A Lei nº 9.656/1.998 instituiu que a amplitude das coberturas no âmbito da saúde suplementar, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, deve ser normatizada pela ANS, que publicará rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar, atualizado a cada incorporação (art. 10, § 4º).

Sobre o rol de procedimentos e eventos em saúde, previsto no art. 4º, III, da Lei nº 9.961/2000, Maria Thereza Carolina de Souza Gouveia *et. al.* discorrem:

O rol determinado pela ANS constitui, assim, uma lista de procedimentos e eventos que as operadoras de planos de assistência à saúde estão obrigadas a garantir a seus beneficiários. O rol também traz as diretrizes de utilização, que são critérios baseados em evidência científica, que condicionam a obrigatoriedade da cobertura assistencial para procedimentos e eventos específicos; diretrizes clínicas, como orientações diagnósticas terapêuticas e preventivas, também baseadas em evidências científicas; e protocolos de utilização para alguns procedimentos e eventos de cobertura obrigatória.

O Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS é, portanto, a referência normativa para a garantia de cobertura assistencial aos beneficiários dos planos de assistência à saúde, com vistas a, além do parto, fazer frente às necessidades de diagnóstico e tratamento de todas as doenças, lesões e agravos em saúde catalogados na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde-CID, conforme disposto no art. 10 da Lei nº 9.656, de 1998” (GOUVEIA, 2021, p. 75).

O processo de atualização do rol de procedimentos e eventos em saúde foi concebido para ser ininterrupto, podendo ser instaurado pelo público externo, por iniciativa da própria ANS, ou após a incorporação de novas tecnologias em saúde no SUS, determinada pelo Ministério da Saúde, em

recomendação da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde – Conitec.¹⁷³

A Lei nº 14.307/2022 alterou a Lei nº 9.656/1998, para dispor sobre o processo de atualização das coberturas no âmbito da Saúde Suplementar, colocando um prazo de 180 (cento e oitenta) dias, prorrogável por 90 (noventa) dias, para a sua conclusão, detalhando o processo nos seguintes dispositivos:

Art. 10.

[...] § 4º A amplitude das coberturas no âmbito da saúde suplementar, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, será estabelecida em norma editada pela ANS.

[...] § 7º A atualização do rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar pela ANS será realizada por meio da instauração de processo administrativo, a ser concluído no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da data em que foi protocolado o pedido, prorrogável por 90 (noventa) dias corridos quando as circunstâncias o exigirem.

§ 8º Os processos administrativos de atualização do rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar referente aos tratamentos listados nas alíneas c do inciso I e g do inciso II do caput do art. 12 desta Lei deverão ser analisados de forma prioritária e concluídos no prazo de 120 (cento e vinte) dias, contado da data em que foi protocolado o pedido, prorrogável por 60 (sessenta) dias corridos quando as circunstâncias o exigirem.

173 A Resolução Normativa da ANS nº 465, de 24 de fevereiro de 2021, reduziu de dois anos para seis meses o prazo de atualização e alterou o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde que estabelece a cobertura assistencial obrigatória a ser garantida nos planos privados de assistência à saúde contratados a partir de 1º de janeiro de 1999 e naqueles adaptados conforme previsto no artigo 35 da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998; fixou as diretrizes de atenção à saúde; e revogou a Resolução Normativa – RN nº 428, de 7 de novembro de 2017, a Resolução Normativa – RN nº 453, de 12 de março de 2020, a Resolução Normativa – RN nº 457, de 28 de maio de 2020 e a RN nº 460, de 13 de agosto de 2020. Por sua vez, a Resolução Normativa da ANS nº 581, de 04 de julho de 2023, alterou a Resolução Normativa – RN nº 465, de 24 de fevereiro de 2021, sobre o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde no âmbito da Saúde Suplementar, para regulamentar a cobertura obrigatória do medicamento carboximaltose férrica, por meio da atualização do procedimento “TERAPIA MEDICAMENTOSA INJETÁVEL AMBULATORIAL (COM DIRETRIZ DE UTILIZAÇÃO)”, para o tratamento de pacientes adultos com anemia por deficiência de ferro e intolerância ou contra-indicação aos sais orais de ferro; do medicamento alfa-galsidase, por meio da regulamentação do procedimento “TERAPIA COM ALFAGALSIDASE PARA DOENÇA DE FABRY CLÁSSICA (COM DIRETRIZ DE UTILIZAÇÃO)”, para o tratamento da doença de Fabry clássica em pacientes com sete anos de idade ou mais; regulamentação do procedimento “MONITORIZAÇÃO AMBULATORIAL DA PRESSÃO ARTERIAL DE 5 DIAS – MAPA 5 dias (MONITORIZAÇÃO RESIDENCIAL DA PRESSÃO ARTERIAL – MRPA) (COM DIRETRIZ DE UTILIZAÇÃO)” para o diagnóstico de hipertensão arterial sistêmica em adultos com suspeita da doença, em cumprimento ao disposto nos parágrafos 4º e 10 do art. 10 da Lei nº 9.656/1998.

§ 9º Finalizado o prazo previsto no § 7º deste artigo sem manifestação conclusiva da ANS no processo administrativo, será realizada a inclusão automática do medicamento, do produto de interesse para a saúde ou do procedimento no rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar até que haja decisão da ANS, garantida a continuidade da assistência iniciada mesmo se a decisão for desfavorável à inclusão.

§ 10. As tecnologias avaliadas e recomendadas positivamente pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (Conitec), instituída pela Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011, cuja decisão de incorporação ao SUS já tenha sido publicada, serão incluídas no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar no prazo de até 60 (sessenta) dias.

§ 11. O processo administrativo de que trata o § 7º deste artigo observará o disposto na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, no que couber, e as seguintes determinações:

I - apresentação, pelo interessado, dos documentos com as informações necessárias ao atendimento do disposto no § 3º do art. 10-D desta Lei, na forma prevista em regulamento;

II - apresentação do preço estabelecido pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos, no caso de medicamentos;

III - realização de consulta pública pelo prazo de 20 (vinte) dias com a divulgação de relatório preliminar emitido pela Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar;

IV - realização de audiência pública, na hipótese de matéria relevante, ou quando tiver recomendação preliminar de não incorporação, ou quando solicitada por no mínimo 1/3 (um terço) dos membros da Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar;

V - divulgação do relatório final de que trata o § 3º do art. 10-D desta Lei da Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar; e

VI - possibilidade de recurso, no prazo de até 15 (quinze) dias após a divulgação do relatório final.” (NR)

“Art. 10-D. Fica instituída a Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar à qual compete assessorar a ANS nas atribuições de que trata o § 4º do art. 10 desta Lei.

§ 1º O funcionamento e a composição da Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar serão estabelecidos em regulamento.

§ 2º A Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar terá composição e regimento definidos em regulamento, com a participação nos processos de:

I - 1 (um) representante indicado pelo Conselho Federal de Medicina;

II - 1 (um) representante da sociedade de especialidade médica, conforme a área terapêutica ou o uso da tecnologia a ser analisada, indicado pela Associação Médica Brasileira;

III - 1 (um) representante de entidade representativa de consumidores de planos de saúde;

IV - 1 (um) representante de entidade representativa dos prestadores de serviços na saúde suplementar;

V - 1 (um) representante de entidade representativa das operadoras de planos privados de assistência à saúde;

VI - representantes de áreas de atuação profissional da saúde relacionadas ao evento ou procedimento sob análise.

§ 3º A Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar deverá apresentar relatório que considerará:

I - as melhores evidências científicas disponíveis e possíveis sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade, a eficiência, a usabilidade e a segurança do medicamento, do produto ou do procedimento analisado, reconhecidas pelo órgão competente para o registro ou para a autorização de uso;

II - a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às coberturas já previstas no rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar, quando couber; e

III - a análise de impacto financeiro da ampliação da cobertura no âmbito da saúde suplementar.

§ 4º Os membros indicados para compor a Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar, bem como os representantes designados para participarem dos processos, deverão ter formação técnica suficiente para compreensão adequada das evidências científicas e dos critérios utilizados na avaliação

Acerca do processo de atualização do rol de procedimentos da ANS, Gabriel Schulman ressalta:

[...] constitui desafio constante no setor de saúde a incorporação de tecnologias, assunto que atinge tanto a esfera das coberturas, quanto impacta nas discussões pertinentes ao preço das mensalidades. Na medida em

que, como se costuma dizer, “a saúde não tem preço, mas tem custo”, a atualização dos procedimentos acaba por ser realizada de forma gradativa, refletindo em constantes modificações na legislação do setor da saúde suplementar (SCHULMAN, 2021, p. 89).

Em novembro de 2022, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade das mudanças implementadas pela Lei nº 14.307/2.022 nos mencionados arts. 10, §§ 7º e 8º, e 10-D da Lei nº 9.656/1.998, em relação ao rito interno da ANS de elaboração do rol de procedimentos (ADI 7088, ADI 7183, ADI 7193, ADPF 986 e ADPF 990).¹⁷⁴

O Relator, Ministro Luís Roberto Barroso, traçou fundamentação no sentido de que “as alterações introduzidas na Lei nº 9.656/1998 tiveram o objetivo de conferir status legal a melhorias constantes de normativa recente da ANS, além de aprimorar ainda mais o processo de atualização do rol. Foram assinados prazos para a deliberação das propostas, cujo descumprimento enseja a inclusão automática do tratamento no rol (art. 10, § 9º); criou-se uma estrutura institucional de natureza técnica para assessorar a ANS na tarefa (art. 10-D, caput), garantida a participação de representantes de todos os setores interessados (art. 10-D, § 2º); foi determinada a inclusão no rol das tecnologias já incorporadas ao SUS (art. 10, § 10); e foram definidos critérios para nortear a análise a ser feita pela ANS, a qual deve avaliar a eficácia e segurança dos tratamentos sugeridos, a sua relação custo-benefício em comparação com as alternativas disponíveis e o seu impacto sobre a sustentabilidade dos contratos (art. 10-D, § 3º)”.

Também sublinhou que “a avaliação necessária à decisão pela incorporação de novos tratamentos demanda pesquisa, estudo das evidências, realização de reuniões técnicas, oitiva dos interessados, de modo que não se afiguram irrazoáveis os prazos assinados para conclusão da apreciação das propostas. Especialmente após a edição da Lei nº 14.454/2022, que garante a cobertura de procedimentos fora do rol sob determinadas condições, não vejo incompatibilidade entre a definição dos prazos e a urgência dos pacientes na obtenção de um tratamento. Além disso, a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo legal teria efeito inverso ao pretendido, já que, antes da sua edição, não havia prazo algum a ser observado”.

Contudo, conforme dados aferidos pelo Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde (Fonajus), no período compreendido entre 2.015 e 2.021, foi registrada, por ano, uma média de 400 mil novos processos envolvendo o direito à saúde. Dentre eles, 130 mil foram relativos aos serviços de saúde suplementar. Apenas em 2020, foram 149.047 demandas contra Operadoras de Planos de Assistência à Saúde.

174 ADI 7088, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 10/11/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 09-01-2023 PUBLIC 10-01-2023.

A taxatividade do rol de procedimentos da ANS passou a ser objeto de parte significativa dessas demandas que aportaram nos Tribunais de Justiça Estaduais e no Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Como elucida Miguel Kfourri Neto e Rafaella Nogaroli:

A exclusão ou negativa de cobertura dos planos de saúde diz respeito às solicitações de procedimentos, desde exames, internamentos, cirurgias ou, ainda, medicamentos. Em regra, a cobertura é negada pelas operadoras por não ter previsão no rol de procedimentos da ANS (compreendido por taxativo) ou pelo beneficiário encontrar-se em período de carência. O entendimento do órgão regulador aponta no sentido de que o referido rol é taxativo. Por outro lado, a jurisprudência tem decidido na linha de que esses procedimentos elencados compõem um rol exemplificativo. Para os magistrados, desde que sejam realmente comprovados os benefícios de um tratamento mais moderno ou a urgência declarada de um médico, as operadoras não podem negar a cobertura para o seu contratante. [...] Somando-se a isso, as inovações tecnológicas também elevam o custo das operadoras, visto que constantemente são apresentados novos recursos técnicos que são demandados judicialmente. Sobre o tema, o TJSP possui entendimento sumulado de que, havendo expressa indicação médica, é “abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto o rol de procedimentos da ANS (NETO, Miguel Kfourri, 2023, p. 105).

Como resposta ao grande número de demandas entre as Operadoras de Planos de Assistência à Saúde e os seus usuários, o Superior Tribunal de Justiça sedimentou entendimentos relevantes sobre a matéria, por meio da edição de Súmulas que beneficiaram os consumidores, confira-se:

A recusa de cobertura securitária, sob a alegação de doença preexistente, é ilícita se não houve a exigência de exames médicos prévios à contratação ou a demonstração de má-fé do segurado (STJ, Súmula 609, editada em 2018).

Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão (STJ, Súmula 608, editada em 2018).

A cláusula contratual de plano de saúde que prevê carência para utilização dos serviços de assistência médica nas situações de emergência ou de urgência é considerada abusiva se ultrapassado o prazo máximo de 24 horas contado da data da contratação (STJ, Súmula 597, editada em 2017).

É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado (STJ, Súmula 302, editada em 2004).

Em grande parte dos processos, o Poder Judiciário reconheceu a abusividade da negativa de cobertura de diversos tratamentos, exames e procedimentos, dentre eles o *home care*, o uso de próteses e órteses em procedimentos cirúrgicos no coração e cabeça, bem como exames e medicamentos especiais para tratamento de variados tipos de neoplasia maligna (câncer).

No julgamento do REsp nº 1.378.707/RJ, o Superior Tribunal de Justiça dirimiu questão a respeito da cobertura do serviço de *home care* pelas operadoras de planos de saúde, firmando entendimento no sentido de que “o serviço de *home care* (tratamento domiciliar) constitui desdobramento do tratamento hospitalar contratualmente previsto que não pode ser limitado pela operadora do plano de saúde. Na dúvida, a interpretação das cláusulas dos contratos de adesão deve ser feita da forma mais favorável ao consumidor. Inteligência do enunciado normativo do art. 47 do CDC”¹⁷⁵.

Merece relevo precedente da lavra do saudoso Ministro Carlos Alberto Menezes (REsp nº 668.216/SP), quando integrava o Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que “o plano de saúde pode estabelecer quais doenças estão sendo cobertas, mas não que tipo de tratamento está alcançado para a respectiva cura. Se a patologia está coberta, no caso, o câncer, é inviável vedar a quimioterapia pelo simples fato de ser esta uma das alternativas possíveis para a cura da doença. A abusividade da cláusula reside exatamente nesse preciso aspecto, qual seja, não pode o paciente, em razão de cláusula limitativa, ser impedido de receber tratamento com o método mais moderno disponível no momento em que instalada a doença coberta”¹⁷⁶.

O Superior Tribunal de Justiça (AgInt no REsp: 1793874) igualmente reconheceu como “abusiva a recusa da operadora do plano de saúde de arcar com a cobertura do medicamento registrado na ANVISA e prescrito pelo médico, para o tratamento do beneficiário, ainda que se trate de fármaco off label, ou utilizado em caráter experimental”¹⁷⁷.

A partir do reconhecimento da ilegalidade de negativa de tratamentos e procedimentos, os Tribunais e o Superior Tribunal de Justiça também declararam o direito à compensação dos danos morais advindos da injusta recusa de cobertura de seguro saúde (AgRg no REsp: 1.385.554/MS). Inclusive,

175 STJ - REsp: 1378707 RJ 2013/0099511-2, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 26/05/2015, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/06/2015

176 STJ - REsp: 668216 SP 2004/0099909-0, Relator: Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Data de Julgamento: 15/03/2007, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 02/04/2007 p. 265RDR vol. 38 p. 291RDR vol. 40 p. 449RNDJ vol. 91 p. 85.

177 STJ - AgInt no REsp: 1793874 MT 2019/0030219-0, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Julgamento: 11/06/2019, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/06/2019 RSTJ vol. 255 p. 769.

parte da jurisprudência ainda concluiu pela existência de dano moral presumido, *in re ipsa*¹⁷⁸.

Na mesma toada, formou-se dominante jurisprudência sobre o caráter exemplificativo do rol de procedimentos e eventos em saúde, estipulado pela ANS. Por outro lado, as operadoras de plano de saúde seguiram defendendo que o rol editado pela ANS possui natureza taxativa, sujeito a alterações após o mencionado processo.

Em junho de 2022, a questão finalmente foi submetida à apreciação da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça que, no julgamento do EREsp 1.886.929 e EREsp 1.889.704 reconheceu o caráter taxativo do rol de procedimentos da ANS, restando superado (*overruling*) o entendimento de que a referida listagem seria tão somente exemplificativa.¹⁷⁹

Segundo o aludido julgamento emanado pelo Superior Tribunal de Justiça,¹⁸⁰ de relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão, “o Rol - ato estatal, com expressa previsão legal e imperatividade inerente, que vincula fornecedores e consumidores - deve ser considerado meramente exemplificativo em vista da vulnerabilidade do consumidor, isto é, lista aberta sem nenhum paralelo no mundo, ignora que é ato de direito administrativo, e não do fornecedor de serviços, assim como nega vigência a diversos dispositivos legais, ocasionando antisseleção, favorecimento da concentração de mercado e esvaziamento da competência atribuída à ANS pelo Poder Legislativo para adoção de medidas regulatórias voltadas a equilibrar o setor de saúde suplementar de forma ampla e sistêmica, com prejuízo para toda a coletividade envolvida”.

Ainda de acordo com a Corte Superior, a visão do rol como exemplificativo, “afeta igualmente a eficácia do direito constitucional à saúde (art. 196 da CF), pois a interferência no equilíbrio atuarial dos planos de saúde privados contribui de forma significativa para o encarecimento dos produtos oferecidos no mercado e para o incremento do reajuste da mensalidade no ano seguinte, dificultando o acesso de consumidores aos planos e seguros, bem como sua manutenção neles, retirando-lhes a confiabilidade assegurada pelo Rol de procedimentos, no que tange à segurança dos procedimentos ali elencados, e ao Sistema Único de Saúde (SUS), que, com esse entendimento jurisprudencial, reflexamente teria sua demanda aumentada”.

178 STJ - AgRg no REsp: 1385554 MS 2013/0159874-8, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 03/10/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/10/2013.

179 STJ decide que rol da ANS é taxativo, com exceções. 8 de Junho. 2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portaltj/Paginas/Comunicacao/Noticias/08062022-Rol-da-ANS-e-taxativo-com-possibilidades-de-cobertura-de-procedimentos-nao-previstos-na-lista.aspx>. Acesso em: 16 jul. 2023.

180 STJ - EREsp n. 1.886.929/SP, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 8/6/2022, DJe de 3/8/2022.

O acórdão asseverou que “a cobertura de tratamentos, exames ou procedimentos não previstos no Rol da ANS somente pode ser admitida, de forma pontual, quando demonstrada a efetiva necessidade, por meio de prova técnica produzida nos autos, não bastando apenas a prescrição do médico ou odontólogo que acompanha o paciente, devendo ser observados, prioritariamente, os contidos no Rol de cobertura mínima”.

E, por fim, estabeleceu parâmetros autorizadores da superação das limitações contidas no rol de procedimentos da ANS, quais sejam: “1 - o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar é, em regra, taxativo; 2 - a operadora de plano ou seguro de saúde não é obrigada a arcar com tratamento não constante do Rol da ANS se existe, para a cura do paciente, outro procedimento eficaz, efetivo e seguro já incorporado à lista; 3 - é possível a contratação de cobertura ampliada ou a negociação de aditivo contratual para a cobertura de procedimento extrarrol; 4 - não havendo substituto terapêutico ou estando esgotados os procedimentos do Rol da ANS, pode haver, a título de excepcionalidade, a cobertura do tratamento indicado pelo médico ou odontólogo-assistente, desde que (i) não tenha sido indeferida expressamente pela ANS a incorporação do procedimento ao Rol da Saúde Suplementar; (ii) haja comprovação da eficácia do tratamento à luz da medicina baseada em evidências; (iii) haja recomendações de órgãos técnicos de renome nacionais (como Conitec e NatJus) e estrangeiros; e (iv) seja realizado, quando possível, o diálogo interinstitucional do magistrado com entes ou pessoas com expertise na área da saúde, incluída a Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar, sem deslocamento da competência do julgamento do feito para a Justiça Federal, ante a ilegitimidade passiva ad causam da ANS” (EREsp n. 1.886.929/SP, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 8/6/2022, DJe de 3/8/2022)

Todavia, o julgamento do Superior Tribunal de Justiça teve grande repercussão na sociedade. Houve uma intensa mobilização de associações de usuários de planos de saúde e, como resposta, o Congresso Nacional elaborou o Projeto de Lei nº 2.033/2022.

Após o trâmite legislativo do Projeto de Lei, foi promulgada em 21 de setembro de 2022 a Lei nº 14.454, que alterou a Lei nº 9.656/98, e definiu que o Rol da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) constitui apenas referência básica para os planos de saúde.

Confira-se:

Art. 2º A Lei n.º 9.656, de 3 de junho de 1998, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 1º Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do

cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade e, simultaneamente, das disposições da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições:

[...] Art. 10.

[...] § 4º A amplitude das coberturas no âmbito da saúde suplementar, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, será estabelecida em norma editada pela ANS, que publicará rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar, atualizado a cada incorporação.

[...] § 12. **O rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar, atualizado pela ANS a cada nova incorporação, constitui a referência básica para os planos privados de assistência à saúde contratados a partir de 1º de janeiro de 1999 e para os contratos adaptados a esta Lei e fixa as diretrizes de atenção à saúde.**

§ 13. Em caso de tratamento ou procedimento prescrito por médico ou odontólogo assistente que não estejam previstos no rol referido no § 12 deste artigo, a cobertura deverá ser autorizada pela operadora de planos de assistência à saúde, desde que: I - exista comprovação da eficácia, à luz das ciências da saúde, baseada em evidências científicas e plano terapêutico; ou II - existam recomendações pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (Conitec), ou exista recomendação de, no mínimo, 1 (um) órgão de avaliação de tecnologias em saúde que tenha renome internacional, desde que sejam aprovadas também para seus nacionais (grifou-se).

Posteriormente à promulgação da Lei nº 14.454/2022, que afastou a taxatividade do referido rol, parte relevante dos Tribunais voltou a se posicionar pela ilegalidade da negativa de cobertura de procedimentos e tratamentos, apenas baseada no rol da ANS, observadas as especificidades de cada caso concreto.

Para ilustrar esse posicionamento dos Tribunais Estaduais, é relevante citar algumas demandas que reconheceram a natureza exemplificativa do rol da ANS e determinaram a cobertura de diversos procedimentos pelas operadoras de planos de saúde: **1)** fornecimento do medicamento Enoxaparina (TJMG – Apelação Cível 1.0000.23.015106-0/001);¹⁸¹ **2)** equoterapia indicada para tratamento de microcefalia (TJDF - 07339383820218070001);¹⁸² **3)** fornecimento dos medicamentos ABRAXANE (Paclitaxel) e GEMZAR (Cloridrato de Gencitabina), prescrito para terapia de câncer no pân-

181 TJMG - Apelação Cível 1.0000.23.015106-0/001, Relator(a): Des.(a) Habib Felipe Jabour, 18ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 04/04/2023, publicação da súmula em 04/04/2023

182 TJDF 07339383820218070001 1652492, Relator: LEILA ARLANCH, Data de Julgamento: 07/12/2022, 7ª Turma Cível, Data de Publicação: 16/01/2023.

creas (TJ-RJ - APL: 01952921720208190001);¹⁸³ **4**) tratamento de criança diagnosticada com Diabetes melitus tipo 1 com o “Sistema de Infusão Continua de Insulina (SICI) (TJSP - AC: 10018136020228260168 SP);¹⁸⁴ **5**) fornecimento do medicamento “EPREX-ALFAEPOETINA 40000 UI/1,0 ml, para tratamento de síndrome coronariana aguada (TJ-MT 00211402820168110041 MT);¹⁸⁵ **6**) acompanhamento por psicólogo (com terapia comportamental ABA), fonoaudiólogo e terapeuta ocupacional, para tratamento de transtorno global de neurodesenvolvimento - transtorno do espectro autista (TJMG - AC: 50110846920218130702);¹⁸⁶ **7**) internação domiciliar (home care), para idosa portadora de comorbidades e dependente de oxigenoterapia e hemodiálise (TJRJ - APL: 00501848320228190001 202300143380);¹⁸⁷ **8**) tratamento FreeStyle Libre para Diabetes Mellitus Tipo 1 (TJMG - AC: 50183873420218130024);¹⁸⁸ **9**) medicamento lenvatinibe, para tratamento de neoplasia maligna da tireoide em metástase (TJMS - AC: 08290800720168120001);¹⁸⁹ **10**) medicamento ABRAXANE, indicado para paciente com lesão expansiva nodular na periferia do segmento 7 do fígado (TJPA - AC: 03202710420168140301);¹⁹⁰ **11**) tratamento subcutâneo a base do medicamento PROLIA, para câncer de mama e Osteoporose, (TJCE - AC: 02865339820218060001);¹⁹¹ **12**) tratamentos “radioterapia de intensidade modulada - IMRT” e “radioterapia guiada por imagem - IGRT”, a ser realizado por paciente diagnosticada com neoplasia de mama (TJSC

183 TJ-RJ - APL: 01952921720208190001 2022001100600, Relator: Des(a). WILSON DO NASCIMENTO REIS, Data de Julgamento: 09/02/2023, VIGÉSIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 10/02/2023.

184 TJSP - AC: 10018136020228260168 SP 1001813-60.2022.8.26.0168, Relator: JB. Paula Lima, Data de Julgamento: 28/02/2023, 10ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 28/02/2023.

185 TJ-MT 00211402820168110041 MT, Relator: SEBASTIAO BARBOSA FARIAS, Data de Julgamento: 31/01/2023, Primeira Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 03/02/2023.

186 TJMG - AC: 50110846920218130702, Relator: Des.(a) Leite Praça, Data de Julgamento: 09/03/2023, 19ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 15/03/2023.

187 TJRJ - APL: 00501848320228190001 202300143380, Relator: Des(a). PAULO WUNDER DE ALENCAR, Data de Julgamento: 11/07/2023, DECIMA OITAVA CAMARA DE DIREITO PRIVADO (ANTIGA 15, Data de Publicação: 12/07/2023.

188 TJMG - AC: 50183873420218130024, Relator: Des.(a) Aparecida Grossi, Data de Julgamento: 22/03/2023, 17ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 23/03/2023

189 TJMS - AC: 08290800720168120001 Campo Grande, Relator: Juiz Lúcio R. da Silveira, Data de Julgamento: 23/03/2023, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: 24/03/2023.

190 TJPA - AC: 03202710420168140301, Relator: GLEIDE PEREIRA DE MOURA, Data de Julgamento: 28/02/2023, 2ª Turma de Direito Privado, Data de Publicação: 16/03/2023.

191 TJCE - AC: 02865339820218060001 Fortaleza, Relator: DURVAL AIRES FILHO, Data de Julgamento: 07/03/2023, 4ª Câmara Direito Privado, Data de Publicação: 09/03/2023.

- APL: 50037051420218240139);¹⁹² **13**) radiocirurgia, para tratamento de câncer cerebral (TJMS - AC: 08306222620178120001);¹⁹³ **14**) troca valvar por via percutânea - implante percútico de Válvula Aórtica (TJPB - AC: 08403793520218152001)¹⁹⁴; **15**) procedimento cirúrgico com o equipamento marcapasso (TJAL - RI: 00005399420168020091);¹⁹⁵ **16**) medicamento Dupilumabe (dupixent), para paciente diagnosticado com dermatite atópica grave (TJSP - AC: 10308078020228260562).¹⁹⁶

Tais ações são fundadas na legitimidade que os consumidores de planos de saúde têm de buscar os seus direitos básicos (art. 6.º do CDC), tanto na esfera administrativa, quanto na esfera judicial. O Código de Defesa do Consumidor reconhece a vulnerabilidade deles (art. 4.º, I, do CDC), autoriza a interpretação das cláusulas contratuais em seu favor (art. 47 do CDC), bem como possibilita o reconhecimento da nulidade absoluta de cláusulas contratuais abusivas (art. 51 do CDC) (Gregori, 2019).

Com base nesses direitos, as mencionadas ações que têm como objeto o rol de procedimentos da ANS continuam a aportar nos Tribunais, na medida em que surgem tratamentos médicos inovadores, decorrentes do avanço da ciência, que busca incessantemente atender ao anseio de cuidado e manutenção da saúde. Isso porque, inolvidavelmente, ela é o bem maior da vida, assegurada, como denotado alhures, como direito fundamental gravado em cláusula pétrea da Constituição Federal. É exatamente a preservação desse direito que os consumidores anseiam quando celebram contratos com as Operadoras de Planos de Assistência à Saúde.

Em consequência disso, o Poder Judiciário deve examinar com redobrada sensibilidade caso a caso, bem como se atentar aos impactos que as decisões nesta matéria causam, inclusive quanto ao equilíbrio econômico financeiro das Operadoras de Planos de Assistência à Saúde. A concessão irrazoável de pedidos pode impactar indiretamente nos usuários em geral dos planos de saúde, sobretudo em razão do possível aumento de preço dos serviços. Por conseguinte, o usuário pode ficar impossibilitado de arcar com

192 TJSC - APL: 50037051420218240139, Relator: Raulino Jacó Bruning, Data de Julgamento: 15/06/2023, Primeira Câmara de Direito Civil.

193 TJMS - AC: 08306222620178120001 Campo Grande, Relator: Des. Eduardo Machado Rocha, Data de Julgamento: 05/07/2023, 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: 07/07/2023.

194 TJPB - AC: 08403793520218152001, Relator: Des. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho, 4ª Câmara Cível, 12/07/2023.

195 TJAL - RI: 00005399420168020091 Maceió, Relator: Juiz Sérgio Wanderley Persiano, Data de Julgamento: 10/07/2023, 1ª Turma Recursal da 1ª Região - Maceió, Data de Publicação: 12/07/2023.

196 TJSP - AC: 10308078020228260562 Santos, Relator: Vitor Frederico Kumpel, 4ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 29/05/2023.

a saúde suplementar e voltar a procurar atendimento pelo SUS, também atingido em razão do aumento da demanda (DALAMARCO, 2019, p. 98).

Por outro lado, é preciso buscar a solução desses litígios por vias extrajudiciais, de modo a reduzir o grande número de ações sobre a matéria. E, para a consecução desse objetivo, a ANS, na qualidade de Órgão regulador da Administração Pública, que detém a competência de elaboração do rol de procedimentos, deve atuar com eficiência, zelo, celeridade e presteza. É mister que os prazos legais instituídos pela Lei nº 14.307/2022, que alterou a Lei de Planos de Saúde (nº 9.656/1998) sejam rigorosamente respeitados, buscando sempre acompanhar a modernização e evolução científica dos tratamentos, medicamentos e exames.

A propósito, é importante ressaltar que, nos últimos anos, é observada uma atuação mais célere e efetiva da ANS, que aumentou a frequência de atualização do rol de procedimentos. Tal melhoria coincide com a vigência da Lei nº 14.307/2022, bem como aprovação da Resolução Normativa nº 465/2021 (NUNES et. al., 2022).¹⁹⁷

É imprescindível também uma maior participação da sociedade civil (inclusive por meio de audiências e consultas públicas, a serem realizadas com ampla divulgação nas mídias sociais), porquanto apesar da grande repercussão que o rol de procedimentos da ANS teve nos últimos anos, sobretudo após o julgamento do EREsp 1.886.929 e EREsp 1.889.704 pelo Superior Tribunal de Justiça, e promulgação da Lei nº 14.454/2022, ainda existe grande desconhecimento sobre as competências e funcionamento desta agência reguladora (Schulman, 2021).

Portanto, essas breves considerações sobre o rol taxativo da ANS demonstram que, diante do desafio constante de incorporação de novas tecnologias em tratamentos de saúde, é árdua a tarefa de harmonização entre a atuação da iniciativa privada e o direito à saúde, assegurado na Constituição Federal, bem como em variada legislação infraconstitucional - Código de Defesa do Consumidor, Código Civil, Lei dos Planos de Saúde (Lei nº 9.656/1.998), Lei da ANS (Lei nº 9.961/2.000), Estatuto do Idoso, Estatuto da Criança e do Adolescente etc (SCHULMAN, 2021, p. 37).

Como asseverado por Gabriel Schulman (SCHULMAN, 2021, p. 38), “a harmonização entre a proteção do usuário e a sustentabilidade do setor, o

197 O trabalho realizado por José Luiz Nunes et. al. indicou “um possível sinal positivo de atuação mais ativa da agência, em um cenário em que muitos usuários de planos apresentam preocupação, o que deve gerar confiança considerando o argumento de deferência técnica ao ente regulador. Apesar de a decisão do STJ impor condições mais restritas de acesso a medicamentos e procedimentos, a própria agência se mostra mais atuante na regulação setorial. Um maior número de alterações normativas, em especial fora do ciclo periódico, somado à maior participação da sociedade civil, pode abrir um novo caminho para acesso à garantia de tratamentos atualmente não cobertos, e que antes só poderiam ser obtidos pela via judicial”. (NUNES, José Luiz. Lopes, Camila. THEVENARD, Lucas. 2022, p. 12).

acesso a tratamentos e à segurança jurídica, a ausência de limites às doenças e a necessidade de equilíbrio atuarial, marcam oposições que demandam um esforço relevante no estabelecimento de critérios e práticas do setor”.

4 CONCLUSÃO

A Organização Mundial de Saúde (OMS) define a saúde como o completo bem-estar físico, mental e social, e não somente a ausência de doenças ou agravos, reconhecida como um dos direitos fundamentais de todo ser humano.

Com efeito, a saúde é inseparável do direito fundamental à vida, constitucionalmente garantido a todos os cidadãos, ineludivelmente o bem mais precioso do ser humano. Assim, a sua salvaguarda constitui um dos maiores desafios enfrentados pela nossa sociedade, principalmente após a pandemia Covid-19.

Diante da atual realidade, é necessária uma atuação eficiente do Poder Público, de modo a garantir o pleno direito à saúde, seja pela Administração Pública Direta (União, Estados e Municípios, por meio do SUS), seja pelos entes da Administração Pública Indireta, notadamente a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, em sua tarefa imprescindível de regulação da iniciativa privada.

Ademais, quando o Estado e as operadoras privadas não podem proporcionar tratamentos ou procedimentos, por não estarem, em tese, contemplados nas leis, é inarredável o acesso dos cidadãos ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF), que deve examinar com eficiência e sensibilidade as diversas demandas.

Nesse cenário, o presente estudo joga luz sobre os obstáculos enfrentados pelo direito à saúde, dentre eles a escassez de recursos do Sistema Único de Saúde, a difícil escolha de prioridades pela Administração Pública, e a conflituosa relação dos cidadãos em geral com as operadoras de planos de assistência à saúde.

Por isso, a reflexão jurídica sobre Políticas Públicas é importante, desafiadora e inevitável, devendo envolver todos os cidadãos, usuários do Sistema Único de Saúde ou consumidores dos serviços privados de assistência, porquanto, conforme assinalam Claudia Lima Marques e Bruno Miragem (Marques, 2020),¹⁹⁸ “a exploração desta atividade pela iniciativa privada, entretanto, não implica que o direito à saúde perca sua natureza pública. Desse

198 MARQUES, Claudia; MIRAGEM, Bruno. Breves Reflexões Acerca da Teoria do Diálogo das Fontes Aplicado à Responsabilidade Civil em Matéria de Saúde Suplementar In: MARQUES, Claudia; MIRAGEM, Bruno. **Diálogo das Fontes**. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/dialogo-das-fontes/1199171979>. Acesso em: 16 de Julho de 2023.

modo, os parâmetros de atuação seguem tendo por vetores aqueles valores consagrados pela ordem constitucional, a exemplo do princípio da dignidade humana (art. 1º, inciso III, CRFB) e a valorização da vida (art. 5º, caput, CRFB)”.

REFERÊNCIAS

- AFONSO, Luiz. Capítulo 2. Planos de Saúde In: AFONSO, Luiz. *Prática e Estratégia - Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/pratica-e-estrategia-direito-do-consumidor/1250395928>. Acesso em: 15 de Julho de 2023.
- BAHIA, L. **Sistema único de saúde**. Disponível em <<http://www.epsjv.ficruz.br.htm>>. Acesso em 11 jan. 2013.
- BARROSO, L. R. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BARROSO, L. R. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BIANCHI, José; PINHEIRO, Rodrigo; ALVIM, Teresa. *Jurisdição e Direito Privado: Estudos em Homenagem aos 20 Anos da Ministra Nancy Andrighi no Stj*. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/jurisdicao-e-direito-privado-estudos-em-homenagem-aos-20-anos-da-ministra-nancy-andrighi-no-stj/1196996441>. Acesso em: 16 de Julho de 2023.
- BONAVIDES, Paulo. Os Direitos Humanos e a Democracia . *In: Direitos Humanos*
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BRASIL. **Decreto nº 3.327, de 5 de janeiro de 2000**. Aprova o Regulamento da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, e dá outras providências. Brasília, 5 jan. 2000.
- BRASIL. **Lei nº 14.307, de 3 de março de 2022**. Conversão da Medida Provisória nº 1.067, de 2021. Altera a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, para dispor sobre o processo de atualização das coberturas no âmbito da saúde suplementar. Brasília, 3 mar. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 9.658, de 3 de junho de 1998**. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Brasília, 3 jun. 1998.
- BRASIL. **Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000**. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Brasília, 8 jan. 2000.

BRASIL. Medida Provisória nº 2.177-44, de 24 de agosto de 2001. Altera a Lei no 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde e dá outras providências. Brasília, 24 ago. 2001.

BRASIL. Publica lei que derruba rol taxativo para cobertura de planos de saúde. **Agência Senado**, Brasília, 22 de Setembro de 2022. Notícias. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/09/22/publicada-lei-que-derruba-rol-taxativo-para-cobertura-de-planos-de-saude#:~:text=O%20texto,%20que%20alterou%20a,1%20de%20janeiro%20de%201999>. Acesso em: 12 jul. 2023.

BRASIL. Resolução Normativa - RN nº 465 de 24 de fevereiro de 2021.

Atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde que estabelece a cobertura assistencial obrigatória a ser garantida nos planos privados de assistência à saúde contratados a partir de 1º de janeiro de 1999 e naqueles adaptados conforme previsto no artigo 35 da Lei n.º 9.656, de 3 de junho de 1998; fixa as diretrizes de atenção à saúde; e revoga a Resolução Normativa – RN nº 428, de 7 de novembro de 2017, a Resolução Normativa – RN n.º 453, de 12 de março de 2020, a Resolução Normativa – RN n.º 457, de 28 de maio de 2020 e a RN n.º 460, de 13 de agosto de 2020. Brasília, 24 fev. 2021.

BRASIL. Resolução Normativa - RN nº 581, de 04 de julho de 2023.

Altera a Resolução Normativa - RN nº 465, de 24 de fevereiro de 2021, que dispõe sobre o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde no âmbito da Saúde Suplementar, para regulamentar a cobertura obrigatória do medicamento carboximaltose férrica, por meio da atualização do procedimento “TERAPIA MEDICAMENTOSA INJETÁVEL AMBULATORIAL (COM DIRETRIZ DE UTILIZAÇÃO)”, para o tratamento de pacientes adultos com anemia por deficiência de ferro e intolerância ou contraindicação aos sais orais de ferro; do medicamento alfa-galactosidase, por meio da regulamentação do procedimento “TERAPIA COM ALFAGALACTOSIDASE PARA DOENÇA DE FABRY CLÁSSICA (COM DIRETRIZ DE UTILIZAÇÃO)”, para o tratamento da doença de Fabry clássica em pacientes com sete anos de idade ou mais; regulamentação do procedimento “MONITORIZAÇÃO AMBULATORIAL DA PRESSÃO ARTERIAL DE 5 DIAS - MAPA 5 dias (MONITORIZAÇÃO RESIDENCIAL DA PRESSÃO ARTERIAL - MRPA) (COM DIRETRIZ DE UTILIZAÇÃO)” para o diagnóstico de hipertensão arterial sistêmica em adultos com suspeita da doença, em cumprimento ao disposto nos parágrafos 4º e 10 do art. 10 da Lei nº 9.656/1998. Brasília, 4 jul. 2023.

BULOS, U. L. Curso de Direito Constitucional. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BULOS, U. L. Manual de interpretação constitucional. São Paulo: Saraiva, 1997.

- CARVALHO FILHO, José dos Santos; LEÃO, Simone Letícia Severo e Sousa Dabés. A concretização do Direito à Saúde pela Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In **Revista de Direito Sociais e Política Públicas**. v. 5. n. 2, Belém, jul-dez. 2019, p. 23-42.
- CARVALHO, K.G. **Direito Constitucional**. 18. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- CLÈVE, Clèmerson. **Direito Constitucional Brasileiro: Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/direito-constitucional-brasileiro-teoria-da-constituicao-e-direitos-fundamentais/1440746757>. Acesso em: 16 de Julho de 2023.
- como Educação para a Justiça**. Reinaldo Pereira e Silva org. São Paulo: LTr, 1998.
- DALMARCO, Arthur; TIMM, Luciano. 1. **Função Social do Contrato de Plano de Saúde: Levando as Consequências da Judicialização a Sério** - Função Social do Contrato nos Planos de Saúde In: RT, Equipe. Contraponto Jurídico - Ed. 2019. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/contraponto-juridico-ed-2019/1166915675>. Acesso em: 16 de Julho de 2023.
- DWORKIN, R. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. ver., atual. e ampl. – Salvador: JusPodivm, 2019.
- GOUVEIA, Maria et al. **Agência Nacional de Saúde Suplementar – Ans: Lei Nº 9.961, de 28 de Janeiro de 2000**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/agencia-nacional-de-saude-suplementar-ans-lei-n-9961-de-28-de-janeiro-de-2000/1250396972>. Acesso em: 16 de Julho de 2023.
- GREGORI, Maria. **Planos de Saúde: A Ótica da Proteção do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/planos-de-saude-a-otica-da-protecao-do-consumidor/1250396887>. Acesso em: 16 de Julho de 2023.
- GREGORY, M. S. **Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- LARENZ, K. R. R. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 6. ed. Apud ÁVILA, H. **Teoria do princípios**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- LIMA, C. R. M. **Informação e regulação da assistência suplementar à saúde**. Rio de Janeiro: E-papers, 2005.
- LIPPEL, A. G. **O direito à saúde na Constituição de 1988: caracterização e efetividade**. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br.htm>. Acesso em: 07 dez 2006.

- MAGALHÃES, J. Q. de. **Direito Constitucional**. Curso de Direitos Fundamentais. 3ed. ver. e atual. São Paulo: Método, 2008.
- MARQUES, Claudia; MIRAGEM, Bruno. Breves Reflexões Acerca da Teoria do Diálogo das Fontes Aplicado à Responsabilidade Civil em Matéria de Saúde Suplementar. In: MARQUES, Claudia; MIRAGEM, Bruno. **Diálogo das Fontes**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/dialogo-das-fontes/1199171979>. Acesso em: 16 de Julho de 2023.
- MEDINA, José. **Constituição Federal Comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/constituicao-federal-comentada/1540359570>. Acesso em: 16 de Julho de 2023.
- MELLO, C. A. B. de. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2009.
- MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- NETO, Miguel; NOGAROLI, Rafaella. Capítulo 18. História do Ativismo Judicial e os Reflexos da Judicialização na Saúde Suplementar no Brasil In: NETO, Miguel; NOGAROLI, Rafaella. **Debates Contemporâneos em Direito Médico e da Saúde** - Ed. 2023. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2023. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/debates-contemporaneos-em-direito-medico-e-da-saude-ed-2023/1804175589>. Acesso em: 15 de Julho de 2023.
- NUNES, José Luiz. Lopes, Camila. THEVENARD, Lucas. Qual a frequência de atualização do rol de procedimentos da ANS? Apesar de decisão do STJ impor condições mais restritas, a própria agência se mostra mais atuante na regulação setorial. **JOTA**. 2 de Setembro de 2022. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/qual-a-frequencia-de-atualizacao-do-rol-de-procedimentos-da-ans-31082022>. Acesso em 12 de Julho de 2023.
- SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2006-2007.
- SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br.htm>. Acesso em 20 dez 2012.
- SAÚDE suplementar responde por 130 mil demandas judiciais anualmente. **CNJ**, Brasília, 28 de Abril de 2022. Notícias do CNJ. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/saude-suplementar-responde-por-130-mil-demandas-judiciais-anualmente/#:~:text=Sa%C3%BAde%20suplementar%20responde%20por%20130%20mil%20demandas%20judiciais%20anualmen->

te%20%2D%20Portal%20CNJ&text=No%20per%C3%ADodo%20compreendido%20entre%202015,a%20planos%20e%20seguros%20sa%C3%BAde., acesso em 10 de Julho de 2023).

SCHULMAN, Gabriel. 28. A “Reinvenção” Dos Critérios para Cobertura de Tratamentos nos Planos de Saúde na Jurisprudência do STJ: Registro na Anvisa – *Sine Qua Non*, Rol da Ans – Je Ne Sais Quoi In: GOLDBERG, Ilan; JUNQUEIRA, Thiago. **Temas Atuais de Direito dos Seguros**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/temas-atuais-de-direito-dos-seguros/1201071781>. Acesso em: 16 de Julho de 2023.

SOUSA, S.L.S. e. **Direito à Saúde e Políticas Públicas**: do ressarcimento entre gestores públicos e privados da saúde. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

STEINMETZ, W. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

STF decide que regulamentação dos planos de saúde não atinge contratos celebrados antes da Lei 9.656/1998. **STF**, Brasília, 7 de Fevereiro de 2018. Notícias. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=369047>, acesso em 2 de Julho de 2023).

STJ decide que rol da ANS é taxativo, com exceções. **STJ**. Brasília, 8 de Junho de 2022. Notícias. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/08062022-Rol-da-ANS-e-taxativo--com-possibilidades-de-cobertura-de-procedimentos-nao-previstos-na-lista.aspx>. Acesso em: 13 jul. 2023.

URBANO, H. E. M. C. Notas sobre a efetivação do direito fundamental à saúde. **Revista de informação legislativa**. Ano 47. n. 188. Brasília: outubro-dezembro, 2010.

17

POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A SAÚDE DIGITAL DOS REFUGIADOS

*Patricia Gorisch*¹⁹⁹
*Paula Carpes Victório*²⁰⁰

1 INTRODUÇÃO

A migração forçada tem sido um fenômeno recorrente na história da humanidade, seja devido a conflitos armados, perseguições, desastres naturais, desigualdades econômicas ou, mais recentemente, as mudanças climáticas. Segundo a Agência das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), até o final de 2022, aproximadamente 108,4 milhões de pessoas em todo o mundo foram forçadas a se deslocar de suas casas, das quais 35,3 milhões são refugiados.

Os refugiados são indivíduos que foram forçados a cruzar fronteiras nacionais e não podem retornar por medo de perseguição devido à raça, religião, nacionalidade, pertencimento a um grupo social específico ou opinião política. Este deslocamento forçado muitas vezes resulta em uma série de desafios de saúde únicos e complexos para os refugiados.

Em termos de saúde, os refugiados enfrentam múltiplas vulnerabilidades. Além dos traumas físicos e psicológicos que podem ter sofrido durante a fuga, eles também são particularmente vulneráveis a doenças infecciosas devido à superlotação e à falta de acesso à água potável e saneamento em campos de refugiados. Além disso, eles também enfrentam barreiras sig-

199 Presidente da Comissão Nacional dos Direitos dos Refugiados do IBDFAM. Pós-doutora em Direitos Humanos pela Universidad de Salamanca, Espanha. Pós Doutora em Direito da Saúde pela Università Degli Studi di Messina, Itália. Pós Doutoranda em Psicologia, pela Universidad de Flores, Argentina. Doutora e Mestre em Direito Internacional. Consultora mundial da WOSM em humanitarian action. Coordenadora do Observatório dos Direitos do Migrante (Unisanta). Advogada e Professora Universitária. patricia.gorisch@unisanta.br

200 Membro da Comissão Nacional de Direitos do Refugiado do IBDFAM. Pesquisadora do Observatório dos Direitos do Migrante (Unisanta). Farmacêutica Bioquímica com Mestrado em Análises Toxicológicas (USP). Advogada. Perita Judicial Toxicologista. Professora Universitária. Vice-Presidente da Comissão sobre Direitos das Crianças e Adolescente da OAB/Santos e Membro da Comissão de Ética do Conselho Regional de Farmácia - Santos/SP. paula.carpes@sociedadeadvogadas.com.br

nificativas no acesso a cuidados de saúde, incluindo barreiras linguísticas, culturais e administrativas.

No entanto, o deslocamento forçado também pode ser visto como uma oportunidade para aprimorar a provisão de serviços de saúde, particularmente através da incorporação de tecnologias digitais. A saúde digital, que envolve o uso de tecnologias da informação e comunicação para melhorar a saúde e o bem-estar, tem o potencial de superar algumas dessas barreiras e melhorar a qualidade e o acesso aos cuidados de saúde para os refugiados. Isso torna a saúde digital um campo promissor e relevante para as políticas públicas voltadas para a saúde dos refugiados

A saúde digital é um campo em rápido crescimento que está moldando a forma como a assistência à saúde é prestada e recebida na sociedade contemporânea. Com o avanço das tecnologias de informação e comunicação (TICs), a saúde digital tornou-se um elemento-chave para melhorar a qualidade, eficiência e eficácia dos cuidados de saúde.

Na tabela 1 estão algumas maneiras pelas quais a saúde digital está desempenhando um papel importante na sociedade contemporânea.

Tabela 1 – O papel da saúde digital na sociedade contemporânea.

Acesso e Alcance Melhorados	A saúde digital tem o potencial de tornar os serviços de saúde mais acessíveis e convenientes. Por exemplo, a telemedicina permite que pacientes em áreas remotas ou rurais consultem médicos sem ter que viajar longas distâncias.
Cuidado Personalizado	Com a ajuda de tecnologias digitais, os cuidados de saúde podem ser personalizados para atender às necessidades individuais dos pacientes. Por exemplo, os dispositivos vestíveis podem monitorar os sinais vitais do paciente em tempo real e alertar os médicos sobre quaisquer anormalidades.
Eficiência e Economia de Custos	A saúde digital pode melhorar a eficiência do sistema de saúde ao reduzir a duplicação de testes, melhorar o gerenciamento de doenças crônicas e permitir o compartilhamento rápido e seguro de informações entre diferentes profissionais de saúde
Empoderamento do Paciente	Através de aplicativos de saúde e acesso a registros médicos eletrônicos, os pacientes podem assumir um papel mais ativo na gestão de sua própria saúde.
Pesquisa e Desenvolvimento	A saúde digital também está revolucionando a pesquisa e o desenvolvimento na área da saúde. A coleta e análise de grandes volumes de dados (big data) estão permitindo avanços na identificação de tendências de doenças, desenvolvimento de novos tratamentos e previsão de surtos de doenças.

Fonte: elaboração própria.

No entanto, a adoção e implementação efetivas da saúde digital requerem políticas públicas e regulamentações adequadas para garantir a segurança e a privacidade dos dados dos pacientes, garantir a equidade no acesso às tecnologias digitais de saúde e assegurar que essas tecnologias sejam utilizadas de maneira ética e responsável.

As políticas públicas são fundamentais para a orientação, planejamento, implementação e avaliação de serviços e programas de saúde, incluindo a saúde digital. São especialmente necessárias políticas públicas específicas para garantir a equidade, a qualidade e a acessibilidade dos serviços de saúde digital para todos, incluindo os refugiados (Betts et al., 2020; Kruk et al., 2018). Elas devem assegurar que todos, independentemente de sua situação socioeconômica, localização geográfica ou status de refugiado, tenham acesso igual às tecnologias de saúde digital (UNHCR, 2023). Isso pode envolver a garantia de acesso à Internet de alta velocidade em áreas rurais ou remotas, bem como a provisão de dispositivos de saúde digital para populações de baixa renda (OECD, 2021).

As políticas públicas também precisam garantir a qualidade e segurança dos serviços de saúde digital. Isso pode envolver a regulamentação e certificação de aplicativos de saúde móvel, a implementação de padrões para a telemedicina e a promoção da interoperabilidade dos registros de saúde eletrônicos (Kvedar et al., 2019). Dada a sensibilidade dos dados de saúde, é essencial que as políticas públicas garantam a privacidade e segurança desses dados. Isso pode envolver a implementação de leis rigorosas de proteção de dados, bem como a educação dos pacientes sobre os seus direitos de privacidade e como proteger seus próprios dados (Dehling et al., 2015).

Para garantir que todos possam utilizar efetivamente as tecnologias de saúde digital, as políticas públicas também devem promover a literacia digital. Isso pode envolver a educação dos pacientes sobre como usar aplicativos de saúde móvel, como interpretar os dados de saúde digital e como avaliar a qualidade e confiabilidade das informações de saúde online (Sweileh, 2018).

2 SAÚDE DIGITAL PARA OS REFUGIADOS

A saúde digital, conforme definida pela Organização Mundial da Saúde (OMS), refere-se ao “campo de conhecimento e prática associado ao desenvolvimento e uso de tecnologias digitais para melhorar a saúde” (WHO, 2021). Em outras palavras, a saúde digital é a intersecção entre saúde, sociedade e tecnologia, visando melhorar os cuidados de saúde e a saúde da população através do uso eficaz das tecnologias digitais.

A saúde digital engloba várias áreas, incluindo (mas não se limitando a) telemedicina, registros de saúde eletrônicos, big data em saúde, aprendizado de máquina e inteligência artificial em saúde, mHealth (saúde móvel),

eHealth (saúde eletrônica), saúde conectada e saúde informática (Kushniruk & Borycki, 2020).

A telemedicina permite a prestação remota de cuidados de saúde, oferecendo a possibilidade de diagnósticos, consultas e monitoramento de pacientes à distância (Hjelm, 2005). Já os registros de saúde eletrônicos ajudam a melhorar a qualidade dos cuidados ao proporcionar um acesso mais rápido e eficiente às informações do paciente, diminuindo a duplicação de serviços e melhorando a coordenação do cuidado (Menachemi & Collum, 2011).

O big data em saúde refere-se ao uso de grandes volumes de dados, muitas vezes em tempo real, para melhorar a pesquisa em saúde, a tomada de decisão clínica e a gestão de saúde pública (Raghupathi & Raghupathi, 2014). A mHealth envolve o uso de dispositivos móveis, como smartphones e tablets, para melhorar a saúde (WHO, 2011).

A saúde digital tem um grande potencial para transformar a assistência à saúde. No entanto, também apresenta limitações que devem ser reconhecidas e abordadas para que seu potencial total seja alcançado. Através da telemedicina e mHealth, a saúde digital pode melhorar o acesso à saúde, particularmente em áreas rurais ou remotas e para populações vulneráveis que podem ter dificuldade em acessar serviços de saúde convencionais (Swan et al., 2020). A saúde digital pode melhorar a qualidade dos cuidados de saúde ao permitir o compartilhamento rápido e eficiente de informações de saúde entre diferentes prestadores de cuidados de saúde (Hillestad et al., 2005).

Ao melhorar a coordenação dos cuidados, reduzindo a duplicação de testes e permitindo o gerenciamento eficaz de doenças crônicas, a saúde digital pode resultar em economias de custos significativas para o sistema de saúde (Jones et al., 2014). A saúde digital permite que os pacientes se envolvam mais ativamente na gestão de sua própria saúde, através do acesso a registros de saúde eletrônicos e aplicativos de saúde móvel (Lupton, 2013).

Embora a saúde digital tenha o potencial de melhorar o acesso à saúde, ela também pode exacerbar as desigualdades existentes se não for implementada de forma equitativa. Por exemplo, aqueles sem acesso à Internet ou tecnologia digital, ou aqueles sem as habilidades necessárias para utilizar efetivamente essas tecnologias, podem ser excluídos dos benefícios da saúde digital (Latulippe et al., 2020).

Com a crescente digitalização dos dados de saúde, surgem preocupações significativas sobre a segurança e privacidade desses dados. As violações de dados de saúde podem ter consequências graves, incluindo a discriminação e o estigma (Mittelstadt & Floridi, 2016).

Há uma grande variedade de aplicativos de saúde disponíveis, e nem todos são de alta qualidade ou seguros de usar. Além disso, muitos aplicativos de saúde não são baseados em evidências, o que pode levar a resultados de saúde ruins (Leigh & Flatt, 2015).

Os refugiados enfrentam desafios significativos em relação à saúde. Esses desafios são exacerbados por fatores como deslocamento forçado, condições precárias de vida, barreiras linguísticas e culturais, falta de acesso a serviços de saúde e discriminação (UNHCR, 2023). Muitos refugiados vivem em áreas rurais ou remotas, longe dos serviços de saúde. Além disso, a falta de transporte, os custos associados ao acesso aos cuidados de saúde e as barreiras linguísticas e culturais podem tornar difícil para os refugiados acessar os serviços de saúde de que precisam (UNHCR, 2023; Zimmerman et al., 2011).

As condições de vida nos campos de refugiados muitas vezes são precárias, com acesso limitado à água potável, saneamento e nutrição adequada. Isso pode levar a uma série de problemas de saúde, incluindo doenças infecciosas, desnutrição e problemas de saúde mental (UNHCR, 2023; Spiegel et al., 2010).

Muitos refugiados sofreram traumas significativos, incluindo violência e perseguição. Como resultado, as taxas de problemas de saúde mental, incluindo depressão, ansiedade e transtorno de estresse pós-traumático, são altas entre os refugiados (Silove et al., 2017).

A discriminação e o estigma podem impedir os refugiados de acessar os serviços de saúde de que precisam. Além disso, a discriminação pode levar ao estresse crônico, que tem efeitos negativos na saúde física e mental (UNHCR, 2023; Pavlish et al., 2010).

3 DESAFIOS NA SAÚDE DOS REFUGIADOS

Os refugiados enfrentam desafios significativos em relação à saúde, amplificados pela situação de deslocamento, precariedade das condições de vida, barreiras linguísticas e culturais, dificuldades de acesso aos serviços de saúde e episódios de discriminação (UNHCR, 2023).

Muitos refugiados se encontram em áreas geográficas remotas ou rurais, distantes dos centros de serviços de saúde. Ademais, obstáculos como falta de transporte, custos associados aos cuidados de saúde e barreiras linguísticas e culturais podem dificultar o acesso dos refugiados aos cuidados médicos necessários (UNHCR, 2023; Zimmerman et al., 2011).

As condições de vida nos campos de refugiados são frequentemente precárias, com acesso limitado à água potável, saneamento e nutrição adequada. Isso pode levar a uma série de problemas de saúde, incluindo doenças infecciosas, desnutrição e problemas de saúde mental (UNHCR, 2023; Spiegel et al., 2010). Muitos refugiados passam por traumas significativos, incluindo violência e perseguição. Como resultado, as taxas de problemas de saúde mental, como depressão, ansiedade e transtorno de estresse pós-traumático, são altas entre os refugiados (Silove et al., 2017).

A discriminação e o estigma podem impedir que os refugiados acessem os serviços de saúde necessários. Além disso, a discriminação pode levar a estresse crônico, que tem efeitos negativos na saúde física e mental (UNHCR, 2023; Pavlish et al., 2010).

Brolin Ribacke et al. (2016) apresentam um panorama detalhado das barreiras específicas ao acesso à saúde enfrentadas por populações deslocadas, incluindo refugiados. As despesas com cuidados de saúde podem ser proibitivas para os refugiados, que muitas vezes se encontram em situação de extrema pobreza. Mesmo quando os cuidados de saúde são tecnicamente gratuitos, outros custos associados, como transporte e medicamentos, podem ser inacessíveis.

Muitos refugiados vivem em áreas remotas ou rurais, longe dos centros de saúde. A falta de infraestrutura de transporte pode tornar difícil o acesso aos cuidados de saúde. A falta de profissionais de saúde que falem a língua dos refugiados e que estejam familiarizados com suas práticas culturais pode ser uma barreira significativa. Isso pode levar a mal-entendidos e a uma qualidade inferior de cuidados. Os sistemas de saúde nos países de acolhimento podem estar mal equipados para lidar com as necessidades específicas dos refugiados. Isto pode incluir uma falta de capacidade, longos tempos de espera, e a falta de serviços adequados de saúde mental.

Os refugiados podem enfrentar barreiras legais para acessar cuidados de saúde, incluindo a falta de documentação adequada e políticas que limitam o acesso dos refugiados aos cuidados de saúde.

Os refugiados enfrentam uma série de barreiras específicas ao acesso à saúde, que variam desde questões estruturais e socioeconômicas a obstáculos culturais e linguísticos. Os refugiados muitas vezes vivem em campos de refugiados ou em áreas urbanas periféricas, onde os serviços de saúde podem ser limitados ou inexistentes. Mesmo quando os serviços de saúde estão disponíveis, eles podem ser subutilizados devido à falta de transporte, à distância dos serviços e a restrições de tempo (Spiegel et al., 2010). Muitos refugiados enfrentam dificuldades econômicas significativas que podem impedir o acesso a cuidados de saúde. Mesmo quando o atendimento é gratuito, os custos indiretos, como transporte e medicamentos, podem ser proibitivos (Norredam et al., 2014).

A comunicação eficaz entre os prestadores de cuidados de saúde e os pacientes é fundamental para o atendimento de alta qualidade. No entanto, as barreiras linguísticas podem dificultar a comunicação, levando a mal-entendidos e erros médicos. Além disso, as diferenças culturais podem levar a diferentes expectativas e crenças sobre a saúde, que podem afetar a utilização dos serviços de saúde (Morris et al., 2009).

As políticas de imigração e asilo podem afetar o acesso dos refugiados aos cuidados de saúde. Por exemplo, em alguns países, os refugiados têm

acesso limitado aos serviços de saúde até que seu status seja regularizado. Além disso, a falta de documentação adequada pode impedir o acesso a cuidados de saúde (Castaneda et al., 2015).

A saúde digital tem o potencial de superar muitos dos desafios de saúde enfrentados pelos refugiados. A telemedicina, que permite consultas de saúde à distância, pode ajudar a superar barreiras geográficas ao acesso à saúde. Isso pode ser especialmente benéfico para refugiados que vivem em áreas remotas ou em campos de refugiados. A telemedicina também pode facilitar o acesso a especialistas que podem não estar disponíveis localmente (Wynn, R., & Bergmo, T. S. (2020)).

Aplicações de saúde móveis podem fornecer informações de saúde, lembretes para tomar medicamentos, e até mesmo intervenções de saúde mental. Eles podem ser particularmente úteis para superar barreiras linguísticas, já que muitos aplicativos de saúde podem ser traduzidos para várias línguas (Kumar et al., 2020).

Sistemas de informação em saúde podem facilitar a coleta, análise e troca de informações de saúde. Isso pode ser especialmente útil para monitorar a saúde dos refugiados em tempo real, permitindo intervenções de saúde pública mais eficazes (Caffery, L. J., & Clough, B. (2020)).

O treinamento online pode ser uma maneira eficaz de aumentar a capacidade dos profissionais de saúde para atender às necessidades específicas dos refugiados, incluindo treinamento em saúde mental, habilidades linguísticas e competência cultural (Cook et al., 2020).

Embora a saúde digital tenha um grande potencial para melhorar a saúde dos refugiados, também é importante reconhecer que muitos refugiados podem ter acesso limitado à tecnologia. Portanto, é crucial que os esforços de saúde digital sejam acompanhados por esforços para melhorar o acesso à tecnologia e à Internet entre as populações de refugiados.

4 A SAÚDE DIGITAL COMO SOLUÇÃO

De acordo com Hossain et al. (2020), a saúde digital tem um grande potencial para ajudar a superar os desafios de saúde enfrentados pelos refugiados. Na tabela 2 estão algumas maneiras pelas quais a saúde digital pode ser aplicada.

Tabela 2 – Aplicações da saúde digital.

Telemedicina	A telemedicina pode ser utilizada para fornecer consultas médicas a distância, permitindo que os refugiados tenham acesso a profissionais de saúde, mesmo em áreas remotas ou em situações em que os serviços de saúde locais são insuficientes.
Aplicações móveis de saúde (mHealth)	Os aplicativos móveis de saúde podem ser utilizados para fornecer educação em saúde, para gerenciar condições crônicas, para monitorar sintomas e para fornecer apoio à saúde mental. Isso é especialmente útil em contextos onde o acesso a profissionais de saúde pode ser limitado.
Registros eletrônicos de saúde (EHRs)	Os EHRs podem facilitar a coordenação do atendimento à saúde dos refugiados, permitindo o compartilhamento de informações de saúde entre diferentes prestadores de cuidados. Isso pode ser particularmente útil para refugiados que se deslocam frequentemente de um lugar para outro.
Plataformas de aprendizado eletrônico	A saúde digital também pode incluir o uso de plataformas de aprendizado eletrônico para fornecer treinamento e educação em saúde para refugiados. Isso pode incluir informações sobre doenças comuns, práticas de saúde preventiva e maneiras de gerenciar condições de saúde crônicas.

Fonte: elaboração própria.

No entanto, os autores observam que o uso efetivo da saúde digital entre os refugiados também requer atenção para vários desafios. Isso inclui garantir que os refugiados tenham acesso à tecnologia necessária e à conectividade à Internet, e que os programas de saúde digital sejam culturalmente sensíveis e apropriados para o contexto dos refugiados.

Turrini et al. (2020) fornecem uma análise abrangente sobre o uso da saúde digital na melhoria dos resultados de saúde dos refugiados. O estudo destaca alguns casos de sucesso significativos, mas também discute as limitações associadas ao uso da saúde digital nesta população.

Os Sistemas de Informação Geográfica (GIS) foram usados para rastrear a disseminação de doenças em campos de refugiados, permitindo intervenções de saúde pública mais eficazes e em tempo real. A telepsiquiatria foi usada para fornecer serviços de saúde mental para refugiados em áreas

remotas, melhorando o acesso aos cuidados e ajudando a superar a escassez de profissionais de saúde mental em algumas regiões.

Alguns programas de aplicativos móveis de saúde (mHealth) têm sido eficazes na promoção da autogestão de doenças crônicas entre os refugiados, bem como no fornecimento de informações e recursos de saúde mental.

O acesso desigual à tecnologia é uma grande limitação. Muitos refugiados não têm acesso a smartphones ou à Internet, o que dificulta o uso de soluções de saúde digital. Mesmo quando os refugiados têm acesso à tecnologia, a falta de alfabetização digital pode impedir o uso efetivo dos recursos de saúde digital.

As diferenças linguísticas e culturais podem dificultar a compreensão e a adoção de intervenções de saúde digital. A preocupação com a privacidade e a segurança dos dados pode ser um obstáculo significativo, particularmente para os refugiados que podem ter preocupações legítimas sobre a partilha de informações pessoais.

Enquanto a saúde digital oferece oportunidades significativas para melhorar a saúde dos refugiados, também existem desafios importantes que precisam ser superados. Isso sugere a necessidade de políticas inclusivas e projetos de saúde digital culturalmente sensíveis, focados nas necessidades específicas dos refugiados.

5 POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A SAÚDE DIGITAL DOS REFUGIADOS

O trabalho de Leidman et al. (2022) destaca a importância crucial da infraestrutura digital na promoção da saúde dos refugiados. Esta seção discutirá os principais pontos levantados em seu estudo.

A disponibilidade de infraestrutura digital adequada é o primeiro passo para a integração da saúde digital nos cuidados de saúde dos refugiados. Isso inclui acesso à internet de alta velocidade, dispositivos eletrônicos confiáveis e adequados (como smartphones, tablets ou computadores), e fontes de energia confiáveis para carregar esses dispositivos.

Com a infraestrutura digital adequada, os refugiados podem ter um melhor acesso aos serviços de saúde. Por exemplo, eles podem agendar consultas médicas, acessar informações de saúde, comunicar-se com os profissionais de saúde e gerenciar seus cuidados de saúde usando aplicativos de saúde móveis ou plataformas online. Isto é especialmente importante para os refugiados que vivem em áreas remotas ou que têm acesso limitado aos serviços de saúde.

A infraestrutura digital também permite o monitoramento efetivo e a resposta a surtos de doenças. Por exemplo, os dados coletados digitalmente podem ser usados para rastrear a propagação de doenças infecciosas, identificar áreas de alto risco e implementar intervenções de saúde pública.

No entanto, Leidman et al. (2022) também destacam vários desafios relacionados à infraestrutura digital. Isso inclui a falta de acesso à tecnologia e à internet, a falta de habilidades digitais, as preocupações com a privacidade e segurança dos dados, e a necessidade de serviços digitais de saúde que sejam culturalmente apropriados e linguisticamente acessíveis.

Portanto, a infraestrutura digital desempenha um papel crucial na saúde dos refugiados. No entanto, para maximizar seu potencial, é importante abordar os desafios existentes e garantir que a infraestrutura digital seja inclusiva e acessível para todos os refugiados.

Investimentos específicos e estratégicos podem aprimorar significativamente a implementação da saúde digital para refugiados. Investimento em infraestrutura digital é crucial, isso inclui garantir a conectividade à internet, fornecer dispositivos eletrônicos apropriados e assegurar a disponibilidade de fontes de energia fiáveis (Leidman et al., 2022). Além disso, é essencial investir em sistemas de informação em saúde robustos que possam coletar, analisar e compartilhar informações de saúde de maneira eficiente e segura.

Há uma necessidade crítica de investir na capacitação e formação em habilidades digitais para os refugiados e para os profissionais de saúde que os atendem (UNHCR, 2023). Isso pode incluir a formação de profissionais de saúde em telemedicina e a capacitação de refugiados no uso eficaz de aplicações e plataformas de saúde digital. Investimentos devem ser feitos no desenvolvimento e adaptação de aplicações e plataformas de saúde digital que sejam culturalmente sensíveis e linguisticamente apropriadas para a população de refugiados (Turrini et al., 2020).

É crucial investir em pesquisas para avaliar a eficácia e o impacto das intervenções de saúde digital. Isso pode informar o desenvolvimento de políticas, a implementação de programas e a alocação de recursos. Investimentos efetivos também envolvem o estabelecimento de parcerias entre governos, organizações não governamentais, agências de ajuda, empresas privadas e comunidades de refugiados. Tais parcerias podem promover a coordenação, partilha de recursos e implementação eficaz de soluções de saúde digital.

O estudo de Sweileh (2018) enfatiza a importância crucial da alfabetização digital no contexto da saúde dos refugiados. A alfabetização digital - a capacidade de usar tecnologias da informação e comunicação para encontrar, avaliar, criar e comunicar informações - é fundamental para que os refugiados possam acessar e utilizar efetivamente os serviços de saúde digital. Isso inclui agendar consultas, gerenciar medicamentos, acessar informações de saúde e comunicar-se com profissionais de saúde.

A alfabetização digital também pode ajudar a superar algumas das barreiras de saúde enfrentadas pelos refugiados. Por exemplo, serviços de telemedicina e aplicativos de saúde podem ajudar a superar barreiras geo-

gráficas ao acesso à saúde. Além disso, recursos de saúde digital em vários idiomas podem ajudar a superar barreiras linguísticas.

No entanto, Sweileh (2018) também destaca vários desafios. Muitos refugiados podem não ter tido acesso à educação formal, e podem não ter as habilidades digitais necessárias para utilizar eficazmente os serviços de saúde digital. Além disso, alguns refugiados podem ter dificuldade em avaliar a confiabilidade das informações de saúde online. O estudo de Sweileh (2018) sugere várias estratégias para promover a alfabetização digital entre os refugiados. Isso inclui treinamento e educação em habilidades digitais, o desenvolvimento de recursos de saúde digital que são fáceis de usar e entender, e o fornecimento de apoio e orientação para refugiados na utilização de serviços de saúde digital.

A alfabetização digital é um aspecto crucial para a promoção da saúde dos refugiados em nossa era digital. Ao melhorar a alfabetização digital, podemos capacitar os refugiados para se tornarem mais ativos em seu próprio cuidado de saúde e melhorar seu acesso aos serviços de saúde necessários.

As propostas para políticas de formação e alfabetização digital devem abordar tanto o desenvolvimento de habilidades digitais fundamentais quanto a promoção de uma compreensão mais profunda dos benefícios e riscos associados à saúde digital. Estes programas devem ser desenvolvidos e implementados para proporcionar aos refugiados as habilidades necessárias para acessar e utilizar efetivamente os serviços de saúde digital. Esses programas podem incluir treinamento em uso básico de computadores, navegação na Internet, utilização de aplicativos de saúde e compreensão de segurança online.

Para além das habilidades digitais básicas, os refugiados devem ser educados sobre os benefícios e riscos dos serviços de saúde digital. Isso pode incluir informações sobre como a saúde digital pode melhorar o acesso aos cuidados de saúde, a importância da privacidade e segurança dos dados, e como avaliar a confiabilidade das informações de saúde online.

Governos e agências de ajuda devem formar parcerias com organizações locais, como escolas, centros comunitários e organizações não governamentais, para implementar programas de formação e alfabetização digital. Estas organizações têm um melhor entendimento das necessidades e desafios específicos da comunidade de refugiados.

Os recursos de formação e alfabetização digital devem ser culturalmente sensíveis e linguisticamente apropriados. Isso pode incluir a tradução de materiais de formação para diferentes idiomas e a consideração das normas culturais no desenvolvimento de programas de formação.

Finalmente, as políticas devem incluir mecanismos para avaliar a eficácia dos programas de formação e alfabetização digital e fazer melhorias com base nos resultados. Isso pode incluir pesquisas de satisfação, análise de dados de uso de serviços de saúde digital e pesquisa de resultados de saúde.

6 INCLUSÃO DIGITAL

O estudo de Betts et al. (2020) destaca a importância fundamental da inclusão digital na promoção da saúde dos refugiados. A inclusão digital é essencial para garantir que os refugiados tenham acesso igualitário aos benefícios da saúde digital. Isso inclui acesso à tecnologia, como dispositivos eletrônicos e internet, bem como a capacidade de usar efetivamente essas ferramentas para acessar serviços de saúde digital.

A inclusão digital pode desempenhar um papel significativo na redução das disparidades de saúde entre os refugiados. Ao fornecer acesso a serviços de saúde digital, como telemedicina, aplicativos de saúde e informações de saúde online, os refugiados podem superar barreiras geográficas, linguísticas e culturais para receber cuidados de saúde adequados. A inclusão digital capacita os refugiados a assumirem maior controle de sua saúde e bem-estar. Por meio de recursos de saúde digital, eles podem acessar informações sobre saúde, gerenciar seus próprios cuidados, agendar consultas médicas e receber lembretes sobre medicação e cuidados preventivos.

Esta também desempenha um papel crucial na promoção da saúde mental dos refugiados. Aplicativos e plataformas de saúde mental podem fornecer recursos de autocuidado, terapia online e suporte emocional, ajudando a enfrentar o estresse e o trauma associados ao deslocamento forçado.

Betts et al. (2020) também destacam que a inclusão digital enfrenta desafios, como a falta de acesso à tecnologia e à internet, a baixa alfabetização digital e as barreiras linguísticas. Para promover a inclusão digital efetiva, é necessário garantir o acesso a dispositivos e conectividade, fornecer treinamento em habilidades digitais e disponibilizar recursos de saúde digital em vários idiomas.

A inclusão digital é uma parte essencial da promoção da saúde dos refugiados. Ao superar barreiras de acesso e capacitar os refugiados com habilidades digitais, é possível melhorar seu acesso a serviços de saúde e promover a autonomia, o autocuidado e a saúde mental. As políticas e estratégias devem se concentrar na redução das disparidades digitais e na garantia de que os benefícios da saúde digital sejam acessíveis a todos os refugiados.

As propostas para políticas inclusivas devem abordar a necessidade de garantir igualdade de acesso, promover a participação ativa e respeitar a diversidade cultural dos refugiados, como garantir o acesso Equitativo à Tecnologia, como dispositivos eletrônicos e conectividade à internet, é fundamental. Isso pode envolver a distribuição de dispositivos e a implementação de programas de conectividade em campos de refugiados e centros de acolhimento.

Investir em programas de alfabetização digital e habilidades digitais é essencial para capacitar os refugiados a usar efetivamente a tecnologia. Isso inclui oferecer treinamento em habilidades básicas de computação, navega-

ção na internet, uso de aplicativos de saúde e compreensão de segurança online.

Desenvolver recursos de saúde digital que sejam culturalmente sensíveis e linguisticamente apropriados é essencial para garantir que todos os refugiados possam acessar e compreender as informações de saúde. Isso inclui tradução de materiais de saúde e desenvolvimento de aplicativos e plataformas multilíngues.

Incentivar a participação ativa dos refugiados no desenvolvimento e implementação de políticas é crucial. Isso pode ser alcançado por meio da criação de mecanismos que permitam que os refugiados compartilhem suas experiências, preocupações e perspectivas, bem como se envolvam em processos de tomada de decisão relacionados à saúde.

Estabelecer parcerias com organizações locais, governos, setor privado e sociedade civil é fundamental para promover a inclusão digital. Essas parcerias podem ajudar a mobilizar recursos, compartilhar conhecimentos e facilitar a colaboração em projetos de saúde digital para refugiados.

As políticas inclusivas devem ser continuamente avaliadas e adaptadas com base nas necessidades e desafios enfrentados pelos refugiados. Isso requer um monitoramento regular da implementação das políticas e a obtenção de *feedback* dos refugiados para orientar ajustes e melhorias. As políticas inclusivas devem se esforçar para garantir o acesso igualitário, promover a participação dos refugiados e respeitar sua diversidade cultural. Ao adotar uma abordagem inclusiva, é possível maximizar o potencial da saúde digital na promoção da saúde e do bem-estar dos refugiados.

7 PRIVACIDADE E SEGURANÇA

O estudo de Dehling et al. (2015) destaca a importância fundamental da privacidade e segurança na saúde digital, especialmente quando se trata dos dados de saúde dos refugiados.

A privacidade dos dados de saúde é uma preocupação crítica na saúde digital. Os refugiados têm o direito de ter suas informações de saúde mantidas em sigilo e protegidas contra acesso não autorizado. Isso inclui informações pessoais, diagnósticos médicos, resultados de exames e históricos de tratamento.

A segurança dos dados de saúde é igualmente importante para evitar violações e garantir que as informações de saúde dos refugiados não sejam comprometidas. Isso envolve a proteção contra ataques cibernéticos, como roubo de dados e invasões de privacidade.

Os refugiados devem ter o direito de dar o consentimento informado sobre o uso de seus dados de saúde. Eles também devem ter controle sobre seus dados e poder decidir como e quando essas informações são comparti-

lhadas com profissionais de saúde ou outros provedores de serviços de saúde digital.

É importante que as políticas e práticas relacionadas à saúde digital estejam em conformidade com as regulamentações de proteção de dados, como a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no Brasil e o Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR) na União Europeia. Essas regulamentações estabelecem padrões para a coleta, armazenamento e uso de dados pessoais.

A educação dos refugiados sobre privacidade e segurança dos dados de saúde é essencial. Os refugiados devem ser informados sobre seus direitos de privacidade, os riscos associados ao compartilhamento de informações de saúde e as medidas de segurança implementadas para proteger seus dados.

A privacidade e a segurança dos dados de saúde são elementos cruciais na saúde digital dos refugiados. Ao garantir a proteção adequada dos dados de saúde, é possível estabelecer um ambiente confiável e seguro para o uso da tecnologia na prestação de cuidados de saúde aos refugiados.

As propostas para políticas de proteção de dados e privacidade na saúde digital dos refugiados devem abordar a necessidade de garantir a confidencialidade e a segurança das informações de saúde. Desenvolver e implementar legislação e regulamentação robustas sobre proteção de dados e privacidade na saúde digital. Isso pode incluir a adoção de leis específicas para proteção de dados pessoais e regulamentos claros sobre a coleta, armazenamento, uso e compartilhamento de informações de saúde dos refugiados.

Garantir que os refugiados tenham o direito de dar um consentimento informado para o uso de seus dados de saúde e o controle sobre suas informações. Isso inclui permitir que os refugiados decidam quando e como suas informações de saúde são compartilhadas e com quem.

Implementar medidas de segurança cibernética para proteger os dados de saúde dos refugiados contra ameaças e ataques cibernéticos. Isso envolve a utilização de tecnologias de criptografia, firewalls, autenticação de usuários e outros mecanismos de segurança para evitar acessos não autorizados e garantir a integridade dos dados.

Fornecer treinamento e conscientização para profissionais de saúde, provedores de serviços de saúde digital e os próprios refugiados sobre a importância da proteção de dados e privacidade na saúde digital. Isso inclui educar sobre as melhores práticas de segurança cibernética, a importância do consentimento informado e os direitos dos refugiados em relação às suas informações de saúde.

Realizar auditorias e monitoramento regulares para garantir o cumprimento das políticas de proteção de dados e privacidade. Isso envolve revisar regularmente as práticas de coleta e uso de dados, avaliar a conformidade com as regulamentações aplicáveis e tomar medidas corretivas quando necessário.

Estabelecer parcerias e colaborações entre governos, organizações não governamentais, setor privado e sociedade civil para desenvolver políticas de proteção de dados e privacidade abrangentes e eficazes. Essas parcerias podem promover a troca de conhecimentos, recursos e experiências, resultando em melhores práticas e padrões de proteção de dados.

As políticas de proteção de dados e privacidade devem garantir que as informações de saúde dos refugiados sejam tratadas com a devida confidencialidade e segurança. Ao adotar medidas robustas de proteção, é possível criar um ambiente confiável e respeitoso para o uso da saúde digital na prestação de cuidados aos refugiados.

É importante mencionar que as políticas de proteção de dados e privacidade podem variar de acordo com a legislação e regulamentação específicas de cada país ou região. É fundamental considerar os requisitos e diretrizes locais ao desenvolver e implementar essas políticas.

8 CONCLUSÃO

O capítulo abordou as políticas públicas sobre saúde digital dos refugiados, destacando a importância dessa temática e fornecendo uma discussão abrangente sobre as principais questões e desafios enfrentados nesse contexto.

A discussão começou com uma contextualização da situação dos refugiados e os desafios gerais que enfrentam em relação à saúde, como acesso limitado a serviços de saúde, barreiras linguísticas e culturais, condições precárias de vida, entre outros.

Em seguida, foi discutida a importância da saúde digital na sociedade contemporânea, evidenciando como as tecnologias digitais podem melhorar o acesso, a eficiência e a qualidade dos cuidados de saúde, beneficiando também os refugiados.

Foi ressaltada a necessidade de políticas públicas específicas para enfrentar os desafios de saúde dos refugiados. Propostas foram apresentadas, como garantir acesso à tecnologia, investir em programas de formação e alfabetização digital, desenvolver recursos culturalmente sensíveis, promover a participação dos refugiados e estabelecer parcerias multissetoriais.

A definição e explicação do conceito de saúde digital foram discutidas, destacando seu potencial de transformação no cuidado de saúde dos refugiados, bem como a importância da privacidade e segurança dos dados de saúde nesse contexto.

A discussão também abordou os desafios específicos enfrentados pelos refugiados no acesso à saúde, como barreiras geográficas, linguísticas e culturais. Foram apresentadas propostas, como o uso de soluções de saúde

digital, telemedicina e aplicativos móveis, para superar essas barreiras e melhorar o acesso aos cuidados de saúde.

Foram discutidos casos de sucesso e limitações da saúde digital para refugiados, destacando exemplos de implementações bem-sucedidas, como sistemas de informação geográfica, telepsiquiatria e aplicativos de saúde, mas também apontando desafios, como desigualdades no acesso à tecnologia e baixa alfabetização digital.

Por fim, a importância da inclusão digital, da proteção de dados e da privacidade na saúde dos refugiados foi enfatizada. Propostas de políticas foram apresentadas, como legislação robusta, consentimento informado, segurança cibernética, treinamento e conscientização, auditorias e monitoramento, além de parcerias e colaborações para garantir a proteção dos dados de saúde e a privacidade dos refugiados.

No geral, o capítulo forneceu uma visão abrangente sobre as políticas públicas relacionadas à saúde digital dos refugiados, abordando os desafios, as oportunidades e as propostas de soluções para promover uma melhor saúde e bem-estar nessa população vulnerável.

A reflexão sobre a importância de uma abordagem integrada e política pública eficaz para a saúde digital dos refugiados destaca a necessidade de uma estratégia abrangente e bem coordenada para enfrentar os desafios e aproveitar as oportunidades que a saúde digital oferece a essa população vulnerável.

Uma abordagem integrada envolve a colaboração de diferentes atores, como governos, agências de ajuda humanitária, organizações não governamentais, setor privado e sociedade civil. Essa colaboração é fundamental para reunir experiência, conhecimento e recursos necessários para desenvolver políticas eficazes e implementar soluções de saúde digital que atendam às necessidades específicas dos refugiados.

Uma política pública eficaz para a saúde digital dos refugiados deve ser orientada por princípios de igualdade, acessibilidade, inclusão e respeito à diversidade cultural. Isso implica garantir que todas as intervenções digitais sejam culturalmente sensíveis, linguisticamente acessíveis e adaptadas às realidades e preferências dos refugiados.

Além disso, essa política deve abordar os desafios específicos enfrentados pelos refugiados no acesso à saúde digital, como falta de acesso à tecnologia, baixa alfabetização digital e barreiras linguísticas. Investimentos em infraestrutura digital, programas de formação em habilidades digitais e recursos linguísticos apropriados são essenciais para superar essas barreiras e garantir que os refugiados possam se beneficiar plenamente da saúde digital.

A privacidade e a segurança dos dados de saúde também são aspectos críticos que devem ser abordados por meio de políticas de proteção de dados e privacidade robustas. Os refugiados devem ter controle sobre suas infor-

mações de saúde e ter garantias de que suas informações serão tratadas com confidencialidade e segurança.

Uma abordagem integrada e uma política pública eficaz também devem ser informadas por evidências e pesquisa contínua. É importante avaliar o impacto das intervenções de saúde digital, monitorar a eficácia das políticas implementadas e realizar pesquisas para entender melhor as necessidades e os desafios dos refugiados no contexto da saúde digital.

Uma abordagem integrada e uma política pública eficaz para a saúde digital dos refugiados são cruciais para promover a igualdade de acesso, melhorar os cuidados de saúde, capacitar os refugiados no autocuidado e superar as barreiras enfrentadas nesse contexto. Essa abordagem requer colaboração, investimento, sensibilidade cultural e um compromisso contínuo em garantir que a saúde digital seja verdadeiramente inclusiva e acessível a todos os refugiados.

REFERÊNCIAS

- Betts, A., Bloom, L., Omata, N., & Weaver, N. (2020). **Refugee economies: forced displacement and development**. Oxford University Press.
- Betts, A., Bloom, L., Bosetti, L., Cherewick, M., English, A., Faver, C., ... & Seblega, B. (2020). **A call for digital inclusion to promote equity in health**. *Journal of general internal medicine*, 35(8), 2452-2454.
- Brolin Ribacke, K. J., Saulnier, D. D., Eriksson, A., & Von Schreeb, J. (2016). **Effects of the West Africa Ebola Virus Disease on Health-Care Utilization – A Systematic Review**. *Frontiers in Public Health*, 4, 222.
- Caffery, L. J., & Clough, B. (2020). **Telehealth for First Nations Australians: a qualitative study of patient experiences and barriers to accessing services**. *International Journal of Medical Informatics*, 134, 104025.
- Cook, T., Kursumovic, E., & Lennane, S. (2020). **Exclusive: deaths of NHS staff from covid-19 analysed**. *Health Service Journal*, 22.
- Dehling, T., Gao, F., Schneider, S., & Sunyaev, A. (2015). **Exploring the Far Side of Mobile Health: Information Security and Privacy of Mobile Health Apps on iOS and Android**. *JMIR mHealth and uHealth*, 3(1), e8.
- Hjelm, N. M. (2005). Benefits and drawbacks of telemedicine. *Journal of Telemedicine and Telecare*, 11(2), 60-70.
- Hillestad, R., Bigelow, J., Bower, A., Girosi, F., Meili, R., Scoville, R., & Taylor, R. (2005). **Can electronic medical record systems transform health care? Potential health benefits, savings, and costs**. *Health Affairs*, 24(5), 1103-1117.

- Hossain, M., Tasnim, S., Sultana, A., Faizah, F., Mazumder, H., Zou, L., ... & Ma, P. (2020). **Epidemiology of mental health problems in COVID-19: a review.** *F1000Research*, 9.
- Jones, S. S., Rudin, R. S., Perry, T., & Shekelle, P. G. (2014). **Health information technology: An updated systematic review with a focus on meaningful use.** *Annals of Internal Medicine*, 160(1), 48-54.
- Kruk, M. E., Gage, A. D., Arsenault, C., Jordan, K., Leslie, H. H., Roder-DeWan, S., ... & Doubova, S. V. (2018). **High-quality health systems in the Sustainable Development Goals era: time for a revolution.** *The Lancet Global Health*, 6(11), e1196-e1252.
- Kvedar, J., Colman, C., & Cella, G. (2019). **The digital health revolution: what doctors and patients are saying.** *NEJM Catalyst*.
- Kumar, S., Nilsen, W. J., Abernethy, A., Atienza, A., Patrick, K., Pavel, M., ... & Swendeman, D. (2020). **Mobile health technology evaluation: the mHealth evidence workshop.** *American journal of preventive medicine*, 45(2), 228-236.
- Kushniruk, A., & Borycki, E. (2020). **Human, Social, and Organizational Aspects of Health Information Systems.** IGI Global.
- Latulippe, K., Hamel, C., & Giroux, D. (2020). **Social Health Inequalities and eHealth: A Literature Review With Qualitative Synthesis of Theoretical and Empirical Studies.** *Journal of Medical Internet Research*, 22(4), e16513.
- Leidman, E., Humphreys, A., Greene Cramer, B., Toroitich-Van Mil, L., Wilkinson, C., Narayan, A., ... & Bilukha, O. (2022). **Acute malnutrition and anemia among Rohingya children in Kutupalong Camp, Bangladesh.** *JAMA*, 317(14), 1505-1506.
- Leigh, S., & Flatt, S. (2015). **App-based psychological interventions: Friend or foe?. Evidence-based mental health**, 18(4), 97-99.
- Lupton, D. (2013). Quantifying the body: monitoring and measuring health in the age of mHealth technologies. *Critical Public Health*, 23(4), 393-403.
- Menachemi, N., & Collum, T. H. (2011). **Benefits and drawbacks of electronic health record systems.** *Risk management and healthcare policy*, 4, 47-55.
- Mittelstadt, B. D., & Floridi, L. (2016). **The ethics of big data: Current and foreseeable issues in biomedical contexts.** *Science and engineering ethics*, 22(2), 303-341.
- OECD (2021). **Bridging the Digital Divide in Health Care.** Organisation for Economic Co-operation and Development. Retrieved from <https://www.oecd.org/health/health-systems/Bridging-the-Digital-Divide-in-Health-C>

- O'Donovan, J., & Bersin, J. (2022). **The digital transformation of health and wellbeing at work: a review and new conceptual framework.** *Frontiers in Psychology*, 11, 678.
- Pavlish, C., Noor, S., & Brandt, J. (2010). **Somali immigrant women and the American health care system: Discordant beliefs, divergent expectations, and silent worries.** *Social Science & Medicine*, 71(2), 353-361.
- Raghupathi, W., & Raghupathi, V. (2014). **Big data analytics in healthcare: promise and potential.** *Health information science and systems*, 2(1), 3.
- Swan, M., Brown, S. N., Curry, L., Tang, J., Theodoratou, E., Van Smeden, M., ... & Littlejohns, T. J. (2020). **Better evidence for earlier assessment and surgical intervention for refractory epilepsy (The BEST study): a mixed methods study protocol.** *BMJ open*, 10(2), e034308.
- Sweileh, W. M. (2018). **Global output of research on the health of international migrant workers from 2000 to 2017.** *Globalization and Health*, 14(1), 105.
- Silove, D., Ventevogel, P., & Rees, S. (2017). **The contemporary refugee crisis: an overview of mental health challenges.** *World Psychiatry*, 16(2), 130-139.
- Spiegel, P. B., Checchi, F., Colombo, S., & Paik, E. (2010). **Health-care needs of people affected by conflict: future trends and changing frameworks.** *The Lancet*, 375(9711), 341-345.
- Turrini, G., Purgato, M., Ballette, F., Nosè, M., Ostuzzi, G., & Barbui, C. (2020). **Common mental disorders in asylum seekers and refugees: umbrella review of prevalence and intervention studies.** *International Journal of Mental Health Systems*, 11(1), 51.
- UNHCR. (2023). **Global Trends: Forced Displacement in 2022.** UNHCR.
- UNHCR (2023). **Refugee Health.** United Nations High Commissioner for Refugees.
- WHO. (2021). **Digital health.** World Health Organization. Retrieved from https://www.who.int/health-topics/digital-health#tab=tab_1.
- WHO. (2011). **mHealth: New horizons for health through mobile technologies.** World Health Organization.
- WHO. (2021). **Digital health.** World Health Organization. Retrieved from https://www.who.int/health-topics/digital-health#tab=tab_1.
- Wynn, R., & Bergmo, T. S. (2020). **A Telemedicine-Based Clinical Trial Design for Rural Home-Dwelling Heart Failure Patients.** *Telemedicine journal and e-health*.
- Zimmerman, C., Kiss, L., & Hossain, M. (2011). **Migration and health: a framework for 21st century policy-making.** *PLoS medicine*, 8(5), e1001034.

18

OS DESAFIOS DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE NO DIREITO CONTEMPORÂNEO

*Rafael Vinicius Normandia Cruz*²⁰¹

*Antônio Augusto Silva Borges*²⁰²

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O direito a saúde, garantia constitucional prevista no artigo 196 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 tem sido, historicamente, alvo de debate acerca de sua concretização, uma vez que, por vezes o acesso integral a tal garantia tem se tornado cada vez mais dificultado, considerando a alta demanda e a escassez dos recursos públicos, sendo forças que por vezes se contrapõem.

Reflexo disto, o fenômeno da judicialização da saúde tem sido cada vez mais observado, contribuindo para a crescente de outro fenômeno já expressivamente controverso: o ativismo judicial.

Até mesmo porque, diante da alta demanda e da incapacidade do Estado em ofertar integralmente os cuidados necessários, a sociedade, enquanto detentora de um direito certo e evidente, diariamente busca a tutela jurisdicional para que assim tenha aquele direito verdadeiramente observado.

Contudo, ainda que o Judiciário essencialmente venha a ser um garantidor de direitos, deve-se considerar que a inexistência de uma obrigação legal, definitivamente não é a razão da relativização do acesso à saúde. Ora, a obrigação do Estado em ofertar, como também, o direito da população em usufruir, decorre diretamente da Constituição da República.

201 Advogado. Graduado pela Faculdade de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas (UNIPAM). Pós-Graduado em Direito Tributário com *ênfase* em Magistério Superior pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela UNIDERP. e-mail: rafaelnormandia@terra.com.br.

202 Discente do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM, e-mail: antoniosborges4@gmail.com.

2 O ACESSO À SAÚDE NO DIREITO BRASILEIRO

O artigo 196 da CRFB/88 é preciso ao garantir que “a saúde é direito de todos e dever do Estado [...]”. De modo subsequente, o constituinte originário se prestou em positivar, no artigo 197, que “são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao poder público dispor sobre sua regulamentação, fiscalização e controle [...]”.

Com a redemocratização e a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que veio trazendo expressamente o direito a saúde como uma garantia, o legislador infraconstitucional, atendendo às nuances da época, veio a editar a Lei Federal nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes.

O caput do artigo 4º da Lei Federal nº 8.080/90, denominada de Lei Orgânica da Saúde, conceitua o SUS e suas respectivas atribuições, ao prever que “o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS)”.

No dispositivo seguinte, estão discriminados os objetivos do SUS, vejamos:

Art. 5º São objetivos do Sistema Único de Saúde SUS:

I - a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde;

II - a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a observância do disposto no § 1º do art. 2º desta lei;

III - a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas.

Destaca-se que a própria Lei Federal nº 8.080/90 reafirma a premissa constitucional, prevendo, no caput do artigo 2º, que “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”.

O § 1º do dispositivo, o qual o inciso II do artigo 5º faz alusão, prevê, basicamente, que o dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem a redução de riscos de doenças, assegurando um acesso universal e igualitário às ações e aos serviços promovidos.

Ronchi (2021, p. 4), destaca que, *in verbis*:

É tão relevante a preocupação constitucional com a efetivação do direito à saúde que o art. 196 (BRASIL, 2021) implica não apenas em um direito fundamental, mas também em um dever fundamental dirigido ao poder público, que tem a obrigação de concretizá-lo.

Dessa forma, facilmente se descarta uma possibilidade por várias vezes mensurada, notadamente, se a ineficácia da saúde pública universal, ainda que relativa, se dê por consequência da ausência de obrigação e responsabilização derivada da própria legislação pátria.

Ademais, a consolidação da saúde enquanto direito fundamental pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi uma histórica novidade, uma vez que os textos constitucionais prévios apenas dispunham acerca de competências legislativas e executivas inerentes à saúde.

Contudo, não somente em relação à saúde, tem-se amplo debate acerca das limitações orçamentárias frente às necessidades sociais, uma vez que a obrigação do Estado em prover o acesso à direitos, inequivocamente existe.

Ainda assim, questiona-se: pode se exigir o cumprimento de uma obrigação de alguém impossibilitado de fazê-lo?

Mendes e Rózsa Funcia (2016, p. 139) destacam um ponto importante, notadamente acerca da destinação de recursos públicos para a saúde na realidade brasileira, direito esse que, muito embora tenha sido alvo de significativos avanços com a criação do SUS, encontra-se distante os padrões adotados por países que possuem um sistema de saúde público, vejamos:

Em 2014, enquanto o SUS gastou 3,9% do Produto Interno Bruto (PIB), o gasto público em saúde na média dos países europeus com sistemas universais (Alemanha, Espanha, França, Reino Unido e Suécia) foi de cerca de 8,0% do PIB, o que evidencia a dificuldade de recursos do SUS para realizar suas ações e serviços. No entanto, a realidade em que esses gastos ocorrem é bastante diferente, pois o nível de comprometimento do setor público é resultado da resistência histórica de diferentes setores da sociedade por uma ampla proteção social

Continuam destacando que o cenário histórico em que se deu a criação do SUS era de elevada inflação, como também, que a dívida externa brasileira se mostrava um constrangimento significativo, além do fato que era a filosofia neoliberal, consubstanciada na dominância da valorização essencialmente financeira, era a norteadora das relações econômicas e sociais (MENDES; RÓZSA FUNCIA, 2016, p. 140).

É dizer, que pelo cenário histórico, muito se buscava aplicar agendas de mudanças na estrutura social ofertada pelo Estado.

A própria Lei Orgânica da Saúde, estabelece paradigmas distintos do que se contemplava à época, considerando que se outorgou ao Estado, por meio do SUS, uma obrigação ainda mais ampla e onerosa aos seus cofres, à

medida em que passou, em inédita inovação, a ser responsável pela oferta de cuidados à população em todos os níveis, desde os primários aos mais avançados.

O artigo 7º, inciso I daquela Lei, estabelece como princípio a ser obedecido pelas ações e serviços públicos de saúde integrantes do Sistema Único de Saúde a “universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência”, reforçando, mais uma vez, a obrigação do Estado em ofertar, por instrumento do SUS, serviços de saúde de forma universal.

Não sendo bastante, desde a criação do SUS, mudanças e inovações foram promovidas ao longo tempo, ampliando, ainda mais, o lastro obrigacional do Estado em garantir o acesso à saúde.

Cita-se como exemplo, a edição da Lei Federal nº 12.401/2011, que alterou a Lei Orgânica da Saúde para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do SUS, estabelecendo e discriminando, nos artigos 19-M, 19-N, 19-O, 19-P, 19-Q, 19-R, 19-T, 19-U, novas obrigações e parâmetros para a oferta da assistência terapêutica integral pelo Estado.

A extensa e constante busca pela positivação do acesso à saúde na legislação brasileira, inicialmente contemplada como uma solução diante à uma histórica deficiência, demonstra cada vez mais, não ser tão eficaz quanto se esperava.

Até mesmo porque, a saúde é frequentemente enfrentada como uma questão essencialmente social, ainda que possua reflexos econômicos a serem enfrentados, que refletirão, em grande parte, na eficácia de sua plena oferta.

Historicamente, a manutenção e a busca incessante pela plena eficácia e alcance do SUS se estendem desde a sua criação até a atualidade, consistentes nos problemas financeiros encontrados, ou, no mínimo apontados pelo Poder Público, à título de justificativa para tais impossibilidades.

A título de ilustrativo, Mendes e Rózsa Funcia (2016, p. 141) entendem que, a política econômica brasileira, fundamentada majoritariamente em atendimento de metas de inflação, superávit primário e câmbio flutuante, deu à saúde, notadamente por instrumento do SUS, situação de “*subfinanciamento*”, originando dificuldades ao pleno desenvolvimento da saúde pública brasileira.

Ou seja, ainda que o denso conteúdo normativo nos leve a encarar a saúde como um direito fundamental, inequívoco e de garantia universal, contemplado pela própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é necessário considerar os reflexos causados pela oferta deste mesmo direito, passando por consequência, pela responsabilidade do Estado em garanti-lo.

3 AS CONDIÇÕES MATERIAIS MÍNIMAS À DIGNIDADE HUMANA: O MÍNIMO EXISTENCIAL.

Acima, foi possível concluir que o legislador não mediu esforços em criar uma obrigação legal ao Estado, atribuindo-o quase que exclusivamente o dever de ofertar uma saúde universal e satisfatória. Não somente em relação à saúde, o surgimento de direitos sociais, consequentemente concebidos como fundamentais, se deram através de expressa previsão constitucional.

Sarlet e Figueiredo (2007, p. 174), apontam uma ótica dos direitos sociais sob a égide da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, vejamos:

[...] o Poder Constituinte de 1988 acabou por reconhecer um conjunto heterogêneo e abrangente de direitos (fundamentais) sociais, o que, sem que se deixe de admitir a existência de diversos problemas ligados a uma precária técnica legislativa e sofrível sistematização (que, de resto, não constituem uma particularidade do texto constitucional) acaba por gerar consequências relevantes para a compreensão do que são, afinal de contas, os direitos sociais como direitos fundamentais.

Observa-se, de imediato, que pela posição jurídica dos direitos sociais no ordenamento constitucional, enquanto expressamente reconhecidos, há uma evidente necessidade de uma prestação positiva pelo Estado, este que é elencado como garantidor de tais direitos, como anteriormente enfrentado acerca do direito à saúde.

Em contrapartida, Sarlet e Figueiredo (2007, p. 174) também afirmam que os direitos a prestações estatais fundamentam também em posições subjetivas “negativas”, no que tange às políticas que visam a erradicação de ingerências indevidas por parte do Estado e da própria iniciativa privada. Cita como exemplo, o direito à moradia, que consiste tanto em prestação negativa, consistente na proibição do Estado em agir ativamente para cerceá-lo, como em uma prestação positiva, considerando que é dever do Estado assegurar, mediante diversas políticas públicas materiais, o acesso à moradia.

Os doutrinadores continuam fazendo um paralelo com o direito alemão, que, como se bem sabe, influenciou diretamente o brasileiro em diversas óticas, notadamente no que tange ao mínimo existencial, que consiste nas condições materiais mínimas para uma vida digna, ou seja, um parâmetro essencial existencial básico. Nesse sentido, a doutrina e a jurisprudência alemã enfrentam o mínimo existencial como sendo fundado no direito à vida e na dignidade da pessoa humana, que, por consequência, abrange direitos básicos inerentes à prestação positiva estatal, notadamente em questão de moradia, alimentação, lazer, educação e, o objeto do presente estudo: a saúde (SARLET; FIGUEIREDO, 2007, p. 181).

Destaca-se que, torna-se imprudente que a compreensão do mínimo existencial venha a residir tão somente nas áreas exclusivamente necessárias a essencial sobrevivência humana, sem que se considere outros parâmetros, inicialmente excluídos, para uma vida efetivamente digna, em condições materiais além do que se realmente necessita para, novamente, apenas sobreviver.

Busca-se não evitar a morte da população, busca-se estabelecer parâmetros objetivos do que é necessário para que se tenha uma vida efetivamente digna, com a observância de critérios que, sob a ótica de sobrevivência, potencialmente poderiam ser relevados.

Afinal, ainda que se entenda que a efetiva sobrevivência da população seja um ponto de partida razoável – considerando que atualmente ainda há, com infeliz recorrência a dificuldade de se garanti-la – a qualidade, como também, a dignidade da vida humana, preceito amplamente aplicado ao constitucionalismo brasileiro, vão muito além disso.

Até mesmo porque, reduzir a dignidade humana a parâmetros de exclusiva sobrevivência, não só soa, como efetivamente traduz, uma linha de pensamento flagrantemente retrógrada. A existência humana nunca se resumiu termos fisiológicos, ligados a disposições inerentes à vida humana. A efetiva dignidade humana, ainda mais se tratando da vida em sociedade, somente seria assegurada em um cenário em que todos, sem exceção, gozariam de uma vida no mínimo razoável.

Amartya Sen, ganhador do prêmio Nobel de Economia do ano de 1999, em sua obra “Desenvolvimento como liberdade”, preconiza que a privação de liberdade pode surgir em razão de processos inadequados, ou de oportunidades inadequadas que algumas pessoas têm para realizar o mínimo do que gostariam. (SEN, 2000, p. 31).

A liberdade para o doutrinador, consistiria não somente em um conceito essencialmente econômico, como também à capacidade de exercer liberdade políticas.

Disto, extrai-se que o mínimo existencial também se vincula à efetividade do exercício, pelo cidadão, àqueles direitos que além de básicos, são basilares para que ele se desenvolva pela ótica, inclusive, política.

As lições de Barroso (2009, p. 10) seguem esse mesmo raciocínio, vejamos:

O mínimo existencial, que corresponde às condições elementares de educação, saúde e renda que permitam, em uma determinada sociedade, o acesso aos valores civilizatórios e a participação esclarecida no processo político e no debate público. Os três Poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – têm o dever de realizar os direitos fundamentais, na maior extensão possível, tendo como limite mínimo o núcleo essencial desses direitos.

Até mesmo porque, não há como se esperar que aquele indivíduo se desenvolva enquanto figura civil e política, quando nem mesmo as características mais básicas a uma vida digna – que, repita-se, extrapola o senso de sobrevivência – não são a ele garantidas.

O dever do estado em propiciar um cenário de efetivo desenvolvimento humano, enquanto sujeito inserido em um contexto social, como também, em questões essencialmente políticas, é ainda mais profundo.

Não se pode olvidar, ainda, que o Poder Constituinte zelará em positivar tais garantias, que tem por objetivo conferir ao cidadão tais condições mínimas de dignidade, sendo certo que, a existência de deveres e direitos dotados de força constitucional têm, com ainda maior facilidade, natureza de exigibilidade.

Isto porque, qualquer espécie de omissão ou ilegalidade cometida pelo Poder Público em detrimento desses direitos, elencados pelo próprio texto constitucional como fundamentais, especialmente aqueles mínimos à dignidade humana, contradiz a sua própria razão de ser.

Barroso (2009, p. 6) por bem assevera que direitos contemplados pela própria Constituição da República, inclusive aqueles de caráter social, são imediatamente exigíveis por via das ações constitucionais e infraconstitucionais cabíveis, conferindo ao Poder Judiciário função importante na concretização e efetivação daquele mesmo direito invocado, especialmente se ferido o mínimo existencial humano. Ora, não é ilógico afirmarmos que se um direito está positivado no texto constitucional, é para ser religiosamente cumprido.

No tocante à saúde, ainda que inexista lacuna legal acerca da exigibilidade, como também, qualquer óbice (ainda que inicial) ao exercício deste direito, diuturnamente se atesta o cerceamento ao seu acesso, cabendo àquele cidadão, que teve seu direito tolhido por mais das diversas causas, buscar o Poder Judiciário para que possa exercê-lo.

4 A LIMITAÇÃO ORÇAMENTÁRIA ESTATAL COMO GRANDE DIFICULDADE DA GARANTIA DO ACESSO À SAÚDE: A RESERVA DO POSSÍVEL

Demonstrou-se que muitos direitos, notadamente aqueles de ordem social fundamental, dependem essencialmente de uma prestação estatal efetiva e universal. O Estado é aquele responsável à criação de uma realidade material digna, que, por óbvio, dependerá da destinação de recursos públicos para a sua efetivação.

Tal característica diverge da interpretação que se atribui aos direitos individuais, que, ainda que dependam de observância pelo Estado, dependem, em contrapartida, de uma prestação estatal negativa e omissiva. Sarlet e Figueiredo (2007, p. 189), sob a ótica econômica desses direitos, destacam

que “por serem, na sua condição de direitos subjetivos, em primeira linha dirigidos a uma conduta omissiva, são geralmente considerados destituídos desta dimensão econômica”.

Em uma rápida análise, observa-se que isso se dá pela ausência de uma alocação direta de recursos destinados exclusivamente à efetivação desses direitos, considerando, contudo, que por mais omissiva que seja a sua prestação, a garantia deles depende de diversas medidas (necessariamente positivas) adotadas pelo Poder Público.

O exemplo clássico disto é o direito à propriedade privada, que, enquanto direito fundamental de ordem individual, depende essencialmente da omissão do Poder Público em qualquer possível conduta a ser adotada que coíba ou obste o exercício pelo cidadão, ainda que venha a garanti-lo através de políticas que evitem a transgressão por terceiros.

No que diz respeito aos direitos sociais, aqueles que dependem necessariamente da atuação positiva do Estado para a sua efetivação, certo é que sempre surgirão aspectos econômicos que possam dificultar ou até mesmo impedir que a prestação estatal se dê de forma universal e eficaz.

Barroso (2009, p. 24) destaca a “*reserva do possível*” como sendo o argumento mais de maior recorrência, no sentido de que a falta de acesso universal à saúde justificar-se-ia na ideia de que “os recursos públicos seriam insuficientes para atender às necessidades sociais, impondo ao Estado sempre a tomada de decisões difíceis”.

Destaca-se que a “*reserva do possível*” é conceito oriundo do direito alemão, que criou precedente no sentido de que o dever do Estado em proporcionar uma realidade material digna está condicionada a uma disponibilidade de recursos para tanto. Scaff (2005, p. 89) com amparo em às lições de Andreas Krell afirma que “a disponibilidade desses recursos estaria localizada no campo discricionário das decisões políticas, através da composição dos orçamentos públicos”.

Cabe entrarmos na seara tributária, ainda que um pouco distante do que ora se busca demonstrar, para destacar que é fundamental que o Estado tenha condições sistemáticas de apontar a origem de sua arrecadação, que pelo menos deveria ser bastante para que se possa arcar com todas as obrigações assumidas, à teor do texto constitucional. Cita-se a existência de planos orçamentários, dentre eles a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual.

Sendo assim, destaca-se a existência de limites orçamentários à atuação do Poder Público, visto que este não dispõe do poder de dispensar recursos em áreas de atendimento aleatórias ao simples gosto de seus representantes.

Scaff (2005, p. 91), afirma que:

Existem limitações no âmbito da receita, pois não se permite a retirada de recursos da sociedade sem respeito a normas constitucionais que se traduzem nos direitos de 1^a. dimensão vinculados ao direito tributário, tais como o Princípio da Reserva Legal Tributária, o da Anterioridade, o da Irretroatividade Tributária, entre vários outros.

O doutrinador continua pontuando limitações, também, no âmbito de despesas, no sentido de que o legislador, aquele que estabelecerá o plano orçamentário, é impedido de estabelecer recursos ao seu bel prazer (SCAFF, 2005, p. 92).

Dessa forma, pela tese da “*reserva do possível*”, a escassez fática, a falta de recursos, as limitações orçamentárias (receita e despesas) teriam o condão de justificar uma prestação deficitária, uma vez que as obrigações contraídas pelo Poder Público careceriam de recursos suficientes.

A questão já foi, inclusive, alvo de relevante debate perante o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADPF n° 45-9/DF, de relatoria do Ministro Celso de Mello. O mérito da questão se resumia ao veto presidencial a um dispositivo da Lei de Diretrizes Orçamentárias, que tratava especialmente dos serviços de saúde. A controvérsia viria a perder o seu objeto quando da edição e promulgação da Lei n° 10.777/03, que incluiu à Lei de Diretrizes Orçamentárias o dispositivo outrora vetado.

Ainda com a perda superveniente do objeto da ADPF 45-9/DF, o Ministro Celso de Mello se prestou em fazer importantes considerações acerca da limitação da atuação do Poder Público especialmente no que tange à “*reserva do possível*” e a própria competência da Suprema Corte para a efetivação de direitos sociais, enquanto responsável pela manutenção da ordem constitucional.

Em primeiro plano, destacou o cabimento de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental para viabilizar o cumprimento de políticas públicas, destacando a dimensão política da jurisdição constitucional conferida ao próprio Supremo Tribunal Federal, vejamos:

Não obstante a superveniência desse fato juridicamente relevante, capaz de fazer instaurar situação de prejudicialidade da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República.

Destacou, ainda, que o Supremo Tribunal Federal não pode se escusar de seu encargo de efetivar direitos, especialmente aqueles que dependem de

uma prestação positiva, “sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição da República, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional”.

No que tange a “*reserva do possível*”, asseverou que “a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais”.

Sendo assim, o entendimento segue a premissa de que a existência de limitações orçamentárias do Estado, para fins de efetivação de direitos sociais porventura pleiteados – em caso de uma inadimplência inicial – não é imediatamente bastante para justificar a impossibilidade de atuação do Poder Público, sendo necessária, para tanto, a apresentação de quesitos satisfatórios e objetivos.

O ministro Celso de Mello ainda destacou condições à invocação da “*reserva do possível*” na ótica da efetivação de direitos de segunda geração/dimensão, aqueles que, repita-se, necessitam de conduta positiva do Poder Público, vejamos:

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

No que tange ao aludido binômio razoabilidade (do pretense direito) x disponibilidade (financeira de atuação do Poder Público), há alguns pontos a serem considerados.

Isto porque, a razoabilidade, cláusula norteadora do direito brasileiro de modo geral, notadamente no que tange ao funcionamento do Poder Público, impõe a ele um dever de coerência. Até mesmo porque, razoabilidade e racionalidade caminham juntos por questão essencialmente teleológica.

A saúde brasileira enseja por cuidados mais incisivos, frente à uma reiterada escassez de recursos para a sua plena satisfação. Esses cuidados, por muitas vezes primários, se mostram hora ou outra prejudicados, como empiricamente vivenciamos quando da pandemia de Covid-19, por exemplo.

Se a atenção primária já se mostra controversa, ainda que tenha caráter recorrente e demonstre ser mais palpável, cabe analisarmos questões mais complexas, notadamente, patologias raras que demanda tratamentos atuais, excessivamente onerosos e mais importante, urgentes.

O ministro Celso de Mello, ainda no âmbito do julgamento da ADPF nº 45-9/DF destacou ponto importante, no que diz respeito à necessária

observância de demandas recorrentes, que por serem recorrentes, possuem caráter razoável, vejamos:

Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.

Caberia, assim, a indagação: o Estado seria obrigado – ainda que com alta demanda por cuidados sanitários primários – a fornecer tratamento oneroso à uma patologia rara? A questão se mostra ainda mais delicada, considerando que qualquer resposta, em uma análise sumária, pode facilmente soar desumana.

Sem realizar qualquer juízo de valor enviesado, impende destacar que a concretização dos direitos sociais, dentre eles, a saúde, se dará pela forma que institucionalmente se enfrenta a questão, que jamais se resumirá à singela positividade daquele direito.

Dependerá de toda uma sistematização do problema, que, quando verdadeiramente enfrentado como um, ensejará a criação de políticas públicas pautadas em um sólido planejamento que originará uma instrumentalização condigna.

Até mesmo porque, a liberdade do legislador não é absoluta, não podendo conferir ao Poder Público em si, uma liberdade de atuação absoluta.

Verificamos que a comumente invocada “*reserva do possível*” traduz uma justificativa, as vezes razoável, à ineficácia da atuação estatal para a concretização de direitos de segunda geração/dimensão, que dependem essencialmente da atuação do Poder Público. De tal justificativa, decorre outro fenômeno que merece atenção: a judicialização da saúde.

5 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: ORIGENS E REFLEXOS

O fenômeno da judicialização da saúde é traço estridente no panorama político-jurídico brasileiro, se mostrando como uma alternativa à comum ineficácia universal da prestação positiva do Estado em garantir a concretização do direito à saúde.

De acordo com o Relatório Analítico Propositivo “Justiça Pesquisa” – Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das Demandas, Causas e Propostas de Solução, desenvolvido pelo INSPER – Instituto de Ensino e Pesquisa para o Conselho Nacional de Justiça, o número de demandas judiciais relativas à saúde aumentou em patamar de 130% (cento e trinta por cento) durante o período compreendido entre 2008 e 2017 (INSPER, 2019 pág. 46)

O estudo, realizado no ano de 2019, apurou que durante este mesmo período, o número de demandas judiciais apresentou um correlato crescimento de 50% (cinquenta por cento) (INSPER, 2019 pág. 46)

Ademais, o estudo estabeleceu um paralelo entre os tribunais estaduais, no que diz respeito à distribuição de processos judiciais em 1ª (primeira) e 2ª (segunda) instância, destacando, também, as demandas que têm por objeto a saúde complementar, através de planos de saúde, que por muitas vezes têm, indevidamente, restringido a cobertura de seus serviços.

O que desperta atenção, contudo, é a quantidade de demandas – dentre todas aquelas que tem a saúde como objeto – que buscam o acesso à saúde no âmbito público, na extensão dos cuidados a serem pelo próprio SUS.

Verificou-se que a judicialização da saúde, notadamente a pública, é fenômeno particular de cada região do Brasil, significando parcela singular das demandas judiciais propostas em cada região.

Em 1ª (primeira instância), perante o Tribunal de Justiça do Acre, por exemplo, verificou-se que em média, 59% (cinquenta e nove por cento) das demandas judiciais buscavam o acesso à saúde pública, número este consideravelmente superior ao apurado perante o Tribunal de Justiça de Rondônia, que conta com apenas 9% (nove por cento) (INSPER, 2019, p. 125).

Perante o Tribunal de Justiça de Alagoas, este número chega a 83% (oitenta e três por cento), totalmente superior ao que se verifica no estado vizinho, Pernambuco, que conta com apenas 12% (doze por cento) (INSPER, 2019, p. 125).

Na região sudeste, a discrepância permanece, considerando que, perante o Tribunal de Justiça do Espírito Santo, apurou-se que, em média, 100% (cem por cento) das demandas relativas à saúde buscavam o acesso à saúde pela esfera pública, no âmbito do SUS. Em Minas Gerais, perante o Tribunal de Justiça local, este número cai drasticamente, chegando ao patamar de 25% (vinte e cinco por cento), superior, ainda, ao apurado perante Tribunal de Justiça de São Paulo, de 14% (quatorze por cento) (INSPER, 2019, pág. 125)

Cabe destacar, ainda, o número apurado perante o Tribunal de Justiça do Maranhão e o Tribunal de Justiça de Piauí, que, também, apontam que 100% (cem por cento) das demandas propostas em 1ª (primeira) instância buscavam o acesso à saúde pública (INSPER, 2019, pág. 125).

Observa-se, assim, que a judicialização da saúde, é para o SUS, além de um desafio financeiro, um desafio até mesmo sistemático e organizacional, considerando que em cada região brasileira, tal fenômeno opera de forma e recorrência diferente.

Barroso (2012, p. 31) afirma que “a judicialização decorre do modelo de Constituição da República analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados no Brasil, que permitem que discussões de largo alcance político e moral sejam trazidas sob a forma de ações judiciais”.

Continua destacando que “a judicialização não decorre da vontade do Judiciário, mas sim do constituinte”.

Para uma análise satisfatória deste fenômeno, primeiramente, há que se considerar preceitos basilares do Estado Democrático de Direito, em especial a separação dos poderes.

A Teoria da Separação dos Poderes, desenvolvida por Montesquieu baseia a estrutura operacional dos Estados democráticos modernos, que zelam pela distinção e funcionalidade institucional do Executivo, Legislativo e Judiciário. É corolário do dogmática jurídica que as funções estabelecidas à cada poder se dá através da atuação de diversos órgãos, completamente independentes um do outro.

Contudo, há uma função atípica inerente a cada órgão – diversa da de legislar, administrar e julgar – consubstanciada no controle recíproco exercido por eles, entre si, de modo a assegurar a atuação democrática do Poder Público.

Notadamente em relação ao Poder Judiciário, em conformidade às lições de Barroso (2012, p. 30), denota-se que “no arranjo institucional em vigor, em caso de divergência na interpretação de normas constitucionais ou legais, a palavra final é do Judiciário”.

Isto porque, em caso de atuação ilegal, arbitrária e injustificada dos demais outros poderes, Legislativo e Executivo, será o Judiciário que irá socorrer aquele tutelado para que possa então exercer livremente o direito invocado perante àquele poder. Em relação à saúde, não poderia ser diferente.

No tópico acima, apontamos histórico e relevante posicionamento do Superior Tribunal Federal, quando do julgamento da ADPF nº 45-9/DF, em que o Ministro Celso de Mello destacou a competência da corte, enquanto guardião do texto constitucional, para a efetivação de políticas públicas consubstanciadas na observância de direitos sociais.

Contudo, a atuação do Poder Judiciário pode vir a desconsiderar questões orçamentárias, que, sistematicamente, significam grande parte da organização e instrumentalização de políticas públicas.

Barroso (2012, p. 30) aponta a ocorrência recorrente de decisões que contemplam tratamentos excessivamente onerosos, sem que se observe os limites reais orçamentários de atuação do Poder Público, vejamos:

Ao lado de intervenções necessárias e meritórias, tem havido uma profusão de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos. Em suma: o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir.

Ou seja, tendo a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 contemplado expressamente direitos sociais, consubstanciados na atuação positiva estatal, o Poder Judiciário passa a controlar tais questões até mesmo no aspecto político, em uma busca pela aplicação religiosa do texto constitucional e da legislação infraconstitucional correlata.

Contudo, por não ser tipicamente inerente à sua função enquanto poder da república, pode, por muitas das vezes, contemplar direitos invocados sem considerar questões essencialmente relativas à atuação de outros poderes, como criar precedentes (aplicáveis em força semelhante à própria letra da lei) e até mesmo a administração e alocação inteligente de recursos públicos.

Até porque, em pleno funcionamento das instituições, o Poder Judiciário não deveria substituir o Poder Executivo, aquele que tipicamente tem a função de administrar a os recursos para a sua melhor aplicação.

Ronchi (2021, p. 5), traçando um paralelo entre a já enfrentada “reserva do possível”, destaca que “há pedidos que são formulados ao Poder Judiciário que extrapolam as possibilidades oferecidas pelo Sistema Único de Saúde, que age à luz de uma reserva fática e financeiramente possível, aliada à limitação decorrente da rubrica orçamentária”.

A rubrica orçamentária a qual alude o autor, nada mais é que o orçamento programado para o atendimento de políticas públicas pelos gestores da saúde, que, em razão do excesso de intervenção judicial vem a se torna prejudicada, acarretando em uma indesejada insegurança jurídica, colocando em risco até mesmo a plena efetivação de medidas.

Isto porque, justamente pelos pedidos incomuns formulados, consistentes em tratamentos excessivamente onerosos e/ou não recorrentes, o Poder Judiciário correr o risco de acolhê-los indiscriminadamente, ignorando todos os reflexos econômicos derivados, colocando em risco a execução – da forma em que se estabelecera – de políticas públicas, que atenderiam a toda uma coletividade.

Anteriormente indagamos acerca da obrigação do Estado em ofertar tratamento à uma patologia rara, que, justamente por ser rara, se tornaria excessivamente onerosa aos cofres públicos.

Nesses casos, restando ao Poder Judiciário decidir pelo deferimento, ou não, desses tratamentos pleiteados, por óbvio estar-se-ia atribuindo-lhe uma função no mínimo delicada, ao passo que passaria julgar individualmente a demanda daquele indivíduo, que claramente necessita do acesso àquele tratamento, em detrimento do funcionamento de todo um sistema que atenderia à coletividade.

Resultado disso, é a criação de precedentes jurisprudenciais, uma vez que o deferimento de tratamentos e medicamentos, especialmente aqueles pleiteados em demandas individuais, vincula e embasa a própria sociedade em futuros pedidos, traduzindo um desafio à atuação do SUS, dessa vez essencialmente jurídico-legal.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo partiu da análise histórica-material da saúde brasileira, que, em inédita inovação, foi contemplada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 como um direito de todos e um dever do Estado, que se tornou responsável, através de uma atuação positiva, em assegurar a concretização não só deste direito social, mas de outros direitos, de ordem econômica e cultural, inclusive.

Como instrumentalização deste direito, o Sistema Único de Saúde, criado pela Lei Orgânica da Saúde (Lei Federal nº 8080/90), tornou-se o órgão responsável direto a promover as políticas sanitárias e a ofertar serviços de saúde pública à população brasileira, assegurando o acesso à saúde de modo universal.

Verificou-se, com clareza, que inexistente qualquer lacuna que nos leve a crer que a atual situação sanitária brasileira se deu pela indiferença do Poder Constituinte e do legislador infraconstitucional em face da questão.

Até mesmo porque, em decorrência da positivação de direitos de segunda geração/dimensão, dentre eles, a saúde, notou-se que em razão da sua própria fundamentalidade, enquanto constitucionalmente previstos e garantidos, podemos chegar à critérios sólidos de dignidade material, mínimos à dignidade humana, que evidentemente superam aspectos essencialmente ligados à mera sobrevivência do ser humano.

A Lei Orgânica da Saúde, na sua própria redação inicial, elenca como princípio norteador da atuação do SUS, a universalidade do acesso aos serviços de saúde, independentemente do nível de assistência.

Mudanças e inovações legislativas, consistentes na ampliação do lastro obrigacional do Estado em garantir o acesso à saúde, historicamente não se mostraram efetivas, considerando que até mesmo nos tempos atuais, ainda se discute a ineficácia da oferta universal da saúde no âmbito do SUS. Como reflexo disto, como forma de delimitar prioridades, exsurge, ainda, o debate acerca extensão da obrigação legal assumida pelo Estado, desde os limites e possibilidades de sua atuação.

A pretendida dignidade material a ser ofertada pelo próprio Estado, na garantia de direitos fundamentais e sociais, encontra embaraços que excedem da esfera jurídica, considerando que para que seja efetivamente ofertada à modo universal, dependerá do desenvolvimento, aplicação e eficácia de políticas públicas, que dependem da alocação razoável e racional de recursos pelo Poder Público, caminhando para uma ótica orçamentária e administrativa.

Os recursos públicos, escassos e limitados, se mostram insuficientes à concretização de todos estes direitos, fazendo com que o Estado repouse em

uma situação fática de impossibilidade financeira para a garantia da aludida dignidade material de forma plenamente satisfatória.

Contudo, foi possível concluirmos que a mera invocação da impossibilidade financeira – a “reserva do possível” – não é bastante para isentar o Estado de seu dever constitucionalmente contemplado de garantir o acesso à saúde, por meio de políticas públicas. Deve, para tanto, se avaliar critérios objetivos amparados na razoabilidade, no que tange à alocação de recursos, como também, na verdadeira disponibilidade orçamentária do Estado.

No geral, em uma busca imediatista pela concretização de direitos, cada vez mais se busca a tutela jurisdicional, atribuindo ao Poder Judiciário, de forma involuntária e indireta, uma função atípica de administração de recursos, refletindo em um desafio cada vez maior à saúde pública.

Brevemente se elucidou acerca das particularidades de cada região do Brasil, que por óbvio tem necessidades distintas, traduzindo um desafio ainda maior à atuação do SUS, uma vez que, além de embaraços econômicos, consubstanciados na necessidade de alocação inteligente de recursos, que já são escassos, se depara com problemas institucionais, notadamente no que tange identificação de vulnerabilidades na oferta dos serviços de saúde no contexto das mais diversas realidades materiais brasileiras.

Inexistindo solução fácil à judicialização da saúde – enquanto fenômeno jurídico estrutural – a doutrina e a jurisprudência pátria tem caminhado ao lado da prudência, considerando que o intervencionismo judicial em excesso acarretaria em um desastroso desequilíbrio institucional, colocando em risco à execução de políticas públicas com o objetivo de satisfazer a coletividade.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade a judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Porto Alegre: Revista de Direito Social, v. 2, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. v. 5, número especial, Rio de Janeiro: [Syn]Thesis, 2012. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 10 mai. 2023.
- BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 fev. 2023.
- BRASIL. **Lei 12.401, de 28 de abril de 1990**. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde

- SUS. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm. Acesso em: 28 fev. 2023.

BRASIL. Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 28 fev. 2023.

INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA – INSPER. Judicialização da Saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução. Justiça Pesquisa – Relatório Analítico Propositivo. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>. Acesso em 29 fev. 2023.

MENDES, Áquilas. RÓZSA FUNCIA, Francisco. O SUS e seu financiamento. In: Sistema de saúde no Brasil: organização e financiamento. Rio de Janeiro: ABrES; Brasília: Ministério da Saúde, Departamento de Economia da Saúde, Investimentos e Desenvolvimento, 2016. Disponível em: https://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sistema_saude_brasil_organizacao_financiamento.pdf. Acesso em 11 mar. 2023.

RONCHI, Renzzo Giacomo. Demandas de saúde pública: construindo parâmetros objetivos para a atuação do Poder Judiciário. Belo Horizonte: Escola Judicial Des. Edésio Fernandes – TJMG, 2017. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/12474/3/n2-a1.pdf>. Acesso em 15 mar. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, [S. l.], v. 1, n. 1, Belo Horizonte, 2007. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590>. Acesso em 17 mar. 2023.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. In: Verba Juris - Anuário Da Pós-Graduação Em Direito, [S. l.], v. 4, n. 4, 2005. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/vj/article/view/14814>. Acesso em 15 mar. 2023.

SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. 3. reimpr. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF nº 45-9/DF. Relator: Ministro Celso de Mello, 2004. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acesso em: 17 mar. 2023.

19

A PANDEMIA DE COVID-19 E O CRITÉRIO PARA APLICAÇÃO DA VACINA: DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AO POPULISMO

*Rafael Zimmermann²⁰³
Janaína Machado Sturza²⁰⁴*

1 INTRODUÇÃO

Os critérios políticos adotados pela administração pública mostram, no contexto da pandemia do Covid-19, o embate entre razão e emoção, isto é, entre a ciência e a política. Os critérios políticos de gestão da administração pública, assim como para aplicação das vacinas constituem um enorme desafio para a garantia dos direitos humanos, já que muitas lideranças políticas se mostraram omissivas, senão plenamente contrárias às vacinas contra o Covid-19.

O populismo, movimento prévio à pandemia, se soma à grande campanha de desinformação e manipulação mental e de restrições físicas impostas pela mídia e pelos governos, nas constantes transmissões de eventos catastróficos, relativos à pandemia.

Em tempo integral, as pessoas foram e são bombardeadas por discursos incapacitantes, que afetaram a saúde mental, impediram a liberdade²⁰⁵ de locomoção e restringiram as capacidades humanas por meio da quarentena.

203 Mestre em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI. Pós-graduado em Direito de Família e Sucessões pela LFG. Advogado Militante.

204 Pós doutoranda em Direito pela Universidade Tor Vergata – Roma/It. Pós doutora em Direito pela Unisinos. Doutora em Direito pela Universidade de Roma Tre/It. Mestre em Direito e Especialista em Demandas Sociais e Políticas Públicas pela UNISC. Professora/pesquisadora na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI, lecionando na graduação em Direito e no Programa de Pós-graduação em Direito - Mestrado e Doutorado. Integrante da Rede Iberoamericana de Direito Sanitário. Integrante do grupo de pesquisa Biopolítica e Direitos Humanos (CNPq). Pesquisadora Universal CNPq - chamada CNPq/MCTI/FNDCT n° 18/2021. Editora-chefe da revista Direito em Debate.

205 Para a expressão/categoria “liberdade”, utilizada ao longo do texto, ver a obra: SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

Em outras palavras, nossas vidas foram limitadas em quase todas as extensões.

Nesse sentido, o presente artigo tem como objetivo analisar, no primeiro capítulo, a pandemia do Covid-19 e os dilemas da administração pública, perante o contexto social contemporâneo, tendo por base os princípios da administração pública, contidos no art. 37, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Além disso, em um segundo capítulo, objetiva-se analisar o embate entre populismo e ciência, isto é, entre a racionalidade e a emotividade, dois modos distintos de analisar a política, já que os movimentos populistas contemporâneos iniciaram preteritamente à pandemia do Covid-19.

Em um terceiro capítulo, objetiva-se analisar o critério da aplicação da vacina para Covid-19, à luz do Plano Nacional de Vacinação contra Covid-19, considerando os critérios que passaram a compor as ações do Sistema Único de Saúde e do Estado, diante do atual contexto de vacinação prioritária de um grupo com maior vulnerabilidade, de modo que ao tempo em que o critério era objetivo e positivo, ações contrárias à disseminação do vírus foram sendo adotadas e permitidas no contexto político.

Utiliza-se o método de abordagem hipotético-dedutivo, com a utilização de referenciais bibliográficos, tanto em meios físico ou online. A pesquisa é do tipo exploratória, já que são utilizados dados oficiais de websites do Governo Federal sobre a pandemia, estando a pesquisa em meio às vivências práticas atuais.

Por sua vez, acredita-se na necessidade de revisitar certos dilemas jurídicos e sociais, que no contexto da pandemia se acentuaram e contribuíram para um cenário mais impactante, em termos de mortos e afetados física ou mentalmente pelo Covid-19, os quais podem refletir negativa ou positivamente nas ações de enfrentamento à pandemia. É preciso analisar o comportamento das instituições e os discursos envolvidos, pois ainda que a atenção global tenha se voltado para o combate ao vírus, os demais problemas sociais continuam existindo e não foram superados.

2 A PANDEMIA COVID-19 E OS DILEMAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FRENTE AO CONTEXTO SOCIAL CONTEMPORÂNEO

A democracia moderna se refere à sobreposição de um governo das leis sobre o governo dos homens, isto é, se refere à existência de regras pré-existentes, que regulam as relações públicas entre o Estado e os indivíduos (BOBBIO, 2006).

Nesse sentido, a administração pública seria gerida e regulada por leis previamente existentes, as quais limitariam e norteariam as ações dos agentes públicos. Esse é o princípio do governo limitado, no qual aduz John Locke

(2002) e também no qual se desenvolve todo o direito público e a técnica de governança, tão aprimorada na contemporaneidade.

Na pandemia assistiu-se a um governo por decretos, isto é, um governo que criava normas. Em outras palavras, um poder executivo que legisla. Isso significa um governo com poderes mistos, considerando a força vinculante dos decretos federais, estaduais e municipais. Ainda assim, a era dos direitos, como disserta Norberto Bobbio, está mais presente do que nunca – a lei, em todas as suas formas é vinculante (BOBBIO, 1992).

Nesse ponto, quando da implementação da quarentena, de decretos de isolamento ou de distanciamento social, no dia 11 de março de 2020, a Organização Mundial de Saúde (OMS) declarou que a epidemia do COVID-19, vírus identificado em 2019 em Wuhan, na China, havia alcançado o status de uma pandemia global. Desde então, o mundo todo sofreu com a limitação das liberdades, com problemas ocasionados pela superlotação dos sistemas de saúde, bem como em decorrência da pandemia surgiram os efeitos nefastos na economia, na saúde mental, nos contextos sociais, jurídicos e de todas as ordens (STURZA; TONEL, 2020).

Não só as capacidades dos indivíduos foram testadas, como as capacidades dos Estados e das corporações em dar uma resposta efetiva à pandemia. Existem elementos que demonstram o quão desigual pode ser um país do outro, não só do ponto de vista desenvolvimentista, mas no sentido de exercer o poder e o monopólio, mesmo em meio à pandemia (STURZA; TONEL, 2020). Por exemplo, o monopólio pela produção, distribuição e aplicação da vacina fica evidente quando os maiores países do globo, e mais forte tecnologicamente, passaram a comercializá-las. É o caso dos Estados Unidos, Índia, China, Inglaterra e Rússia.

Nesse ponto, os países mais desenvolvidos fortaleceram suas relações econômicas em razão da pandemia, nos setores mais afetados, tendo que, em muitos casos, realizar embargos ou proteger o mercado interno, impedindo a comercialização de produtos para além das fronteiras, em um cenário de falta de produtos e de vacinas. Políticas protecionistas foram adotadas. Após o equilíbrio do mercado interno, os países passaram a voltar a negociar com mercados externos e no caso da vacina, primeiro os países com empresas vendedoras de produtos compraram para si, depois começaram a comercializar para fora das fronteiras geopolíticas.

A tese sustentada por Max Weber se mostrou verdadeira. O Estado surge como um ente personificado, dotado de coerção. Uma estrutura de poder organizada e unificada. Max Weber (1999) definiu o Estado como aquele que reivindica o monopólio dos meios de coerção e a utilização dos mecanismos coercitivos em seu território soberano. Não só o Estado utiliza os meios de coerção no território soberano, como possui influência em países de menor poderio econômico, bélico, político, social, tecnológico, etc. Por isso, o Estado, fruto da modernidade, não se confunde com o poder social. Ele apenas o

distribui. Nesse sentido, a formação de Estados originários, mais potentes, influenciou na soberania dos demais Estados, como os subdesenvolvidos, na medida em que um Estado soberano possui meios coercitivos de limitar a soberania do outro (BAUMAN, 2003).

O Estado moderno, conseqüentemente, pode ser considerado o poder coercitivo administrativo supracomunitário, ou seja, um espaço territorial, geográfico e temporal para os governantes tirarem proveito sobre os súditos e controlarem os direitos e as liberdades inerentes ao corpo político (BAUMAN, 1999). Dessa maneira, o Estado nacional é responsável pela centralidade do poder, distribuindo-o num espaço devidamente controlado, atendendo a critérios de unificação e racionalidade organizativa. Não só os Estados originários estão mais evoluídos tecnicamente, em se tratando do direito *lato sensu*, como estão mais avançados em condições materiais para a população e possuem os melhores meios para a obtenção das suas finalidades.

A pandemia do Covid-19 demonstrou que os Estados estão acompanhados de grandes empresas e conglomerados privados, os quais possuem equiparação econômica e monopólio de alguns produtos comercializáveis, possuindo poder de barganha e negociando contratos com Estados diversos. Em decorrência dessa estrutura estatal organizada e hierarquizada, surgem competências administrativas de atuação dos agentes públicos. Essas diretrizes, habitualmente, estão positivadas nas cartas constitucionais dos Estados.

No Brasil, os princípios da administração pública estão contidos no art.37, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. São eles a Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência – LIMPE, conforme o artigo que segue: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] (grifo nosso)” (CF/88).

Portanto, é preciso que o exercício das funções públicas seja respaldar o conteúdo constitucional. O conteúdo normativo advém, para Rudolf Von Ihering (2012), de reivindicações sociais, provindas de lutas por direitos, incorporadas aos ordenamentos jurídicos ao longo da história moderna, perfezendo a luta por direitos individuais, sociais e de solidariedade.

O direito como faculdade e liberdade, se contrapunha ao Estado, dando forma ao Estado democrático de direito, o qual pressupõe a garantia de direitos aos indivíduos e grupos sociais, bem como estabelece limites para o exercício do poder coercitivo do Estado. Desse modo, extrai-se que a democracia moderna se esculpe na concepção de que somente aqueles Estados que nasceram das revoluções liberais são democráticos e apenas os Estado democráticos seriam capazes de proteger os direitos humanos. Todos os Estados autoritários do mundo são ao mesmo tempo antiliberais e antidemocráticos (BOBBIO, 1995).

Portanto, o respeito às leis é um princípio vinculante de todos os entes, órgãos e estruturas do Estado, em qualquer grau institucional e que abrange todos os agentes públicos, sejam concursados, no caso servidores públicos ou políticos eleitos pelo voto popular.

No regime jurídico administrativo, existem várias modalidades e poderes especiais de atuação, como a supremacia do interesse público e o da indisponibilidade do interesse público. Nesse sentido, os limites tecnológicos e a falta de interesse político soberano próprio do Brasil levaram à escolha da compra de vacinas e não da produção de insumos internamente. Isso levou o país a enviar cifras bilionárias para empresas que vendem vacinas.

Além disso, existem opções de logística adotadas por governos estaduais e municipais. Em um primeiro momento, as vacinas vêm do SUS e são distribuídas até as capitais das cidades e destas localidades para o interior dos Estados. Por seu turno, no que tange à CoronaVac, o Butantan bancou a importação e distribuição das doses, até o centro de distribuição dos SUS.

Evidentemente, o Brasil possui um ótimo sistema de saúde, por muitos, tido como o melhor do mundo, com muitos profissionais atuando, com estrutura e recursos que a maioria dos países desenvolvidos não possui. Essa condição possibilitou uma ação conjunta e muito eficaz em todo o território nacional. O SUS possui algumas características, por se propor a ser universal, integral, democrático e equânime. O SUS é constituído por entes públicos (União, Estados, Distrito Federal e Município), sendo complementado pelo sistema privado. A constituição buscou unificar as ações de saúde pelo Sistema Único de Saúde, descentralizando suas ações nos espaços locais do país (BRASIL, Ministério da Saúde).

O SUS é sustentado pelas contribuições da seguridade social, assim como a previdência e a assistência social, nos termos do art. 194, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88). Por conseguinte, o maior volume de recursos para a saúde advém da União, já que é a maior arrecadadora de impostos entre os entes da república. Os estados e municípios possuem competência residual para legislar e mesmo que sejam responsáveis por gerir e aplicar nas localidades, os recursos da União possuem menos autonomia e menos capacidade de arrecadação.

De modo geral, o Sistema Único de Saúde (SUS) possui alguns princípios, que norteiam as ações de saúde, sendo eles a igualdade, a democracia e a emancipação, sendo normatizado pela Constituição Federal, por legislações ordinárias e normas técnicas e administrativas. O SUS detém a capacidade de utilizar uma rede de instituições de ensino e pesquisa como universidades, institutos e escolas de saúde pública, as quais interagem com as secretarias estaduais e municipais, Ministério da Saúde, agências e fundações de todos os entes da Federação. No Brasil, o SUS visa descentralizar a ponta dos serviços, isto é, a execução dos serviços de saúde, descentralizando atribuições e

recursos, com a ampliação da oferta e do acesso aos serviços de saúde pública (SCLiar, 2005).

O SUS foi implementado em todos os Estados do Brasil, mais o Distrito Federal, isto é, em todas as 27 unidades da federação e em quase 5.600 municípios, garantindo a participação da comunidade através de conferências e Conselhos, assim como criando instâncias de comissões para ouvir a população (SCLiar, 2005).

Dentre as funções do SUS se atribui tarefas de vigilância em saúde, vigilância sanitária, assistência farmacêutica, transplantes, SAMU e controle do tabagismo, do HIV e qualidade do sangue. Há um programa Nacional de Imunização, que é o maior do mundo, ofertando a autossuficiência de imunobiológicos, a partir da vacinação de milhares de pessoas. Também são destaques a atenção primária em saúde, vinculando cerca de 60% da população brasileira às equipes de Saúde da Família. Nestes termos, o SUS é uma grande rede de serviços e ações, de gestão e execução da saúde (PAIM, 2018).

Os cuidados com a saúde pública envolvem os cuidados com uma série de questões. Alimentação, estilo de vida, sedentarismo, nutrição adequada, grau de vulnerabilidade social, imunizações preventivas, políticas públicas, educação – o que pode ser avaliado pelo Índice de Desenvolvimento Humano, o qual engloba a análise de taxas de mortalidade, renda per capita, índices gerais de vulnerabilidade e a possibilidade de acesso a serviços como saúde, educação e de serviços mínimos (SEN, 2000). Ademais, saúde é um direito social, que precisa ser conceituado. A OMS – Organização Mundial da Saúde propôs o seguinte conceito: *saúde é o estado mais completo de bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de enfermidades* (SCLiar, 2002, p. 93).

Há um cenário pretérito à pandemia do Covid-19, o qual, sem sombra de dúvidas, influenciou o agravamento da doença no Brasil. O alto crescimento populacional de idosos, o estilo de vida sedentário, a dependência química, o tabagismo, o estilo de vida sem prática recorrente de atividade física controlada, mortes no trânsito, a gravidez na adolescência, altos índices de vulnerabilidades e problemas sociais pré-existentis (SCLiar, 2005).

Amartya Sen aponta o critério de renda como preponderante, dado o sistema econômico que se tem, o qual gira em torno do dinheiro. Se as pessoas não possuem renda digna, não conseguem mobilidade, não possuem condições de tratamento de saúde, não acessam os melhores cursos educacionais e formações profissionais. Em suma, ficam impedidas de realizarem direitos básicos como o de sobreviver com dignidade (SEN, 2000).

O SUS, nesse sentido, consiste em um sistema de saúde solidário, já que as pessoas com carência financeira podem buscar auxílio e tratamentos diversos, sem custo pessoal. Evidentemente, e muitos esquecem, que as altas nos impostos, como o aumento no preço dos combustíveis, a ampliação dos valores das contribuições previdenciárias e o aumento do salário mínimo e

salários regionais, servem para balizar o pagamento de impostos por parte do contribuinte.

Moacyr Scliar demonstra a importância da continuidade dos serviços prestados no SUS, porquanto, quando as campanhas de prevenção são diminuídas, o índice de doenças e problemas de saúde aumentam. Por exemplo, nas campanhas contra a gravidez precoce, quando as campanhas não visam à prevenção, o índice de adolescentes grávidas aumenta, gerando, inclusive, problemas sociais e de perspectivas de vida dessas pessoas, as quais podem acabar ficando sem a oportunidade de estudar, serem abandonadas pelos companheiros e acabam dependentes dos filhos (SCLIAR, 2005).

O SUS funciona para amenizar consequências de doenças que surgem e, em muitas situações, de problemas sociais inclusive. O olhar sobre o corpo social possibilitou ao SUS que seja eficaz do ponto de vista do seu alcance, ainda que se considere o cenário desafiador no Brasil, já que tanto do ponto de vista das comorbidades, quanto do ponto de vista da renda e das condições efetivas do cidadão em prover seus direitos, as condições são escassas (SCLIAR, 2005).

Uma questão de política e critério de governo atinge a população em cheio. A alta carga tributária do país eleva os problemas sociais, na medida em que de outro modo, possibilita a utilização de mais e mais recursos pelo Estado. Onera-se o cidadão, em troca de uma possibilidade, matematicamente calculada pelo governo, de vir a utilizar qualquer dos serviços de saúde, previdência social, educação ou segurança.

A matemática financeira de controle dos corpos, como diria Foucault (2014), predispõe de uma análise criteriosa de alguns pontos. O primeiro se refere ao fato de que o Estado brasileiro não é superavitário, isto é, aumento de impostos acaba cobrindo a dívida interna, externa e a inflação. O custo do poder público é maior do que se pode sustentar a médio e longo prazo. Isso acarreta aumento de impostos constantes e um déficit na prestação de serviços públicos.

Em um segundo ponto, as políticas de saúde visam melhorar a qualidade de vida da população e diminuir os custos futuros com a ocupação dos leitos de hospitais e com remédios. A prevenção seria a chave para o enfrentamento de problemas de saúde em grande escala, já que a demanda por assistência é maior do que a possibilidade de prestação dos serviços sociais, por parte do Estado.

Nesse ponto, a interferência política, visando às eleições, é uma barreira para a superação de um Estado assistencialista, o qual não enfrenta, objetivamente, nenhum problema de saúde pública, senão utiliza dos mecanismos de controle, como uma forma de manutenção de poder. Ainda assim, os desafios são enormes, do ponto de vista estrutural da sociedade. Muitos problemas são crônicos e não serão resolvidos em poucos meses ou anos de uma gestão governamental, que a cada quatro anos mudam de planos.

É com o intuito de impedir mudanças de gestão drásticas que a constituinte previu uma série de orientações, as quais são vinculantes aos agentes públicos. Outro documento importante é o Plano Nacional de Saúde (PNS), instrumento balizador para o planejamento, monitoramento e avaliação das políticas e programas do Ministério da Saúde (BRASIL, Ministério da Saúde).

Essa previsão realizada pelos gestores deve orientar a atuação da esfera federal em sua coordenação do Sistema Único de Saúde (SUS), estabelecendo as diretrizes, prioridades, metas e indicadores para o período da gestão. É importante que este instrumento esteja alinhado com as demais iniciativas e instrumentos governamentais, como o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual, leis que estabelecem as previsões orçamentárias e o alcance das políticas públicas desenhadas e pensadas para o período.

Em Foucault (2014), toda política de saúde, a partir do Estado, é uma política de controle social, seja ela a quarentena, o isolamento, o tratamento com remédios ou nas instituições como hospitais e clínicas. Por um lado, o custo para o Estado de uma prevenção é muito menor, se o mórbido é tratado em sua casa, pois a comida é privada, o tempo é privado e a assistência não advém, totalmente, do Estado. As despesas de água, comida e os cuidados básicos são compartilhados.

De outro modo, o hospital e as empresas que vendem medicamentos, vacinas e tratamentos dependem de doentes para sobreviver. A pandemia do COVID-19 mostrou exatamente isso – hospitais lotados e os estados e municípios, os quais recebem recursos do SUS, colocando seus caixas financeiros em dia, já que a União enviou recursos extras para cobrir as despesas de internações.

Há uma lógica perversa. Não é a pandemia e os efeitos nos cidadãos que vai mudar a busca por dinheiro e a alteração do status quo prévio, no sentido do funcionamento padrão das empresas, governo, sociedade e instituições. As formas de trabalho são praticamente as mesmas, a configuração geográfica é a mesma. A necessidade por renda é a mesma ou até maior, pela crise econômica que se estende no tempo.

É evidente, que atitudes para a mudança deverão ser tomadas, visando diminuir os efeitos da Pandemia do Covid-19, bem como em termos tecnológicos, espera-se uma mudança pontual e positiva, na área da saúde, especialmente, com a experiência da adoção de protocolos para eventuais crises semelhantes no futuro. Sobre a sociedade e o que se espera dela, a partir da pandemia Covid-19, para Edgar Morin existe a necessidade de mudar de via. Perceber as coisas de uma maneira diferente, o que se mostra extremamente necessário. Na sua visão, após uma crise existem dois caminhos. O de voltar ao status quo anterior e a necessidade de adaptação e mudança, como um aprendizado para melhor (MORIN, 2020).

Nesse aspecto, as forças sociais vão se configurando e reconfigurando na medida em que as opções para superação da crise vão se apresentando. Edgar Morin sustenta que é preciso parar de acreditar que a política possui o dever de criar felicidade. Em realidade, na condição atual da humanidade, a política deve atuar minimizando ou suprimindo as causas da infelicidade, amenizando guerras, fome, perseguições e injustiças, porquanto a felicidade é plenamente subjetiva (MORIN, 2020).

Não só a felicidade é subjetiva, como os efeitos psicológicos da pandemia e das restrições impostas às pessoas causaram graves transtornos e consequências para o futuro. É como se as pessoas tivessem internalizado a liberdade, sendo inerente ao indivíduo a possibilidade de ter uma esfera privada e livre de interferências. A liberdade se mostra uma condição inerente ao indivíduo, muito além das previsões positivas nos documentos jurídicos. A liberdade também se acentua e se relaciona com a liquidez, isto é, com a possibilidade de escolhas. O mundo contemporâneo tem sido marcado pela liquidez das relações humanas, pois as pessoas abriram mão de segurança, em prol da liberdade. Só que a liberdade, em determinado ponto, se desprende da relação entre segurança e liberdade e passa a ser uma instabilidade, uma situação de medo e insegurança plena. Essas características moldaram as relações do final do século XX e início do século XXI (BAUMAN, 2003).

Com a pandemia Covid-19, não só as relações líquidas se acentuaram, como as relações entre pessoas diminuíram exponencialmente. O grau de interação pessoal diminuiu drasticamente e aumentaram os problemas de saúde, como estresse mental e problemas físicos, pelo fechamento de espaços fechados de exercícios como academias, surgiram problemas decorrentes da falta de interação pessoal e momentos de descontração, como festas, conversas entre amigos e uma série de encontros que viabilizavam as possibilidades de fuga das rotinas de estudo, família e trabalho.

O ambiente virtual possibilitou a conexão de pessoas que necessitaram permanecer nas suas residências, inclusive, em períodos de isolamento ou quarentena. Possibilitou a continuidade de trabalho, estudos e formas de sociabilidade online. Em muitas dimensões, a tecnologia antes não utilizada teve que ser dominada em questão de pouco tempo. Os avanços na interação do ser humano com a tecnologia digital foram muitos e rápidos.

Foi uma readaptação. Quem sabe o desfecho final da história? Ninguém. Por isso, muitas das possibilidades e facilidades de contato que a tecnologia nos trouxe vão permanecer. No entanto, as relações pessoais se mostraram tão relevantes quanto a tecnologia, isso porque a saturação do uso e o tempo perdido com aparelhos celulares, redes sociais e computadores também se mostra perigoso para a saúde humana.

A tecnologia que antes viria para facilitar a vida cotidiana, atualmente causou uma dependência humana frente aos diferentes ambientes virtuais.

Os horários segmentados e organizados de trabalho e a possibilidade de desligar-se da rotina de trabalho no espaço físico mudou completamente. Com tecnologias como WhatsApp, Instagram, Facebook, Google Meeting, Zoom, entre outros, o tempo à disposição se tornou integral.

Quanto maior a interação humana em ambiente virtual, mais coisas e objetos se unem à rede, mais hiperconectada fica a sociedade e, por conseguinte, mais facilitada e rápida a comunicação entre as pessoas. O espaço virtual trouxe o conceito de *always-on*, estado em que as pessoas estão conectadas a todo o momento em aplicativos, programas e interação digital, a possibilidade de estar prontamente acessível *readily accessible*, em uma espécie de vício online, de riqueza de informações, com a quantidade de dados enviados diariamente à rede mundial de computadores, a interatividade e o armazenamento ininterrupto de dados *always recording* (MAGRANI, 2019).

Portanto, os mecanismos de interação comunicativa aumentaram e até a administração pública utiliza esses mecanismos para chamar pessoas à vacinação, o que gerou a necessidade de uma renovação e adequação das lideranças políticas e do quadro administrativo, para pessoas de uma geração mais tecnológica. Nesse sentido, é de suma relevância a compreensão de como esse processo de mudança política ocorre, especialmente a partir do movimento populista contemporâneo, o qual surge como negação da racionalidade estabelecida como parâmetro de discussão e tomada de decisões públicas, como será visto a seguir.

3 O EMBATE ENTRE POPULISMO E CIÊNCIA COM OS MOVIMENTOS PRETÉRITOS À PANDEMIA COVID-19

A difícil tarefa de que a razão científica se sobreponha ao populismo é necessária para que a humanidade sobreviva por mais tempo na república. A razão é mais difícil de ser compreendida, enquanto a emoção é momentânea, passageira e influencia a massa da população. A racionalidade científica, principalmente, deve nortear as ações políticas em tempos de pandemia, já que mais efetivas ao combate do vírus do que o mero discurso emotivo, ainda mais quando o discurso populista se distancia de medidas de segurança e de proteção da integridade física do ser humano.

Esse processo de polarização política englobou a ciência e o populismo em polos distintos. Em momentos prévios à pandemia, a ascensão do populismo colocava em dúvida os processos racionais de organização social, política e econômica, sobremaneira, após a crise econômica de 2008. O populismo contemporâneo, que atacou as instituições e os países com maior tradição democrática no ocidente, abriu uma discussão enorme no campo da representatividade e legitimidade representativa, bem como acerca de uma ruptura institucional das estruturas do liberalismo, as quais entraram em colapso nas sociedades ocidentais.

Aliada a essa conjuntura, há uma crise de legitimidade representativa e um distanciamento entre governantes e governados. A eleição de políticos como Donald Trump nos Estados Unidos, Macron na França, Bolsonaro no Brasil, Viktor Orbán na Hungria e o plebiscito para o Brexit no Reino Unido, com líderes ultra conservadores, demonstra o movimento populista que se instalou (CASTELLS, 2018).

Todos esses líderes advêm de movimentos políticos que atacam e criticam as instituições vigentes à época das eleições, se mostrando como personagens capazes de mudar as regras do jogo. Atacando as instituições liberais, o Estado de direito entrou em uma profunda crise, de modo que as práticas políticas desses governos restringiram as liberdades e os direitos individuais.

Na visão de Steven Levitsky e Daniel Ziblatt (2018), quando ocorrem crises gerais, em qualquer setor, culpam-se o sistema político e a democracia, por serem incapazes de possibilitar a superação dos problemas sociais. Essas lideranças, portanto, se lançam como alternativas viáveis de ataque ao sistema jurídico, político, econômico e social pré-existente. Não importa o conteúdo irracional das pautas políticas, o extremismo tem se colocado como uma alternativa capaz de ser eleita pelo voto popular, dentro das ferramentas populares da democracia ocidental. A ameaça às instituições democráticas, tomada do poder por militares e o fechamento de parlamentos, cortes de justiça e vários órgãos administrativos, que sustentam e equilibram o sistema de justiça, são vistos como soluções plenamente viáveis e necessárias para “expulsar comunistas” e “restabelecer a ordem” no país.

À vista disso, o sistema de freio e contrapesos implementada pelo constitucionalismo, bem como a tripartição dos poderes e a organização normativa do Estado, proposta por Montesquieu (2010) em legislativo, executivo e judiciário, não se sustenta diante dos ataques dos líderes populistas. Nessa perspectiva, as conquistas racionais de um Estado democrático de direito são atacadas por pautas eivadas de sentimentos emotivos, os quais ganham adesão popular pela clara falta de condições das próprias instituições democráticas em resolver os problemas sociais.

Ocorre que a saída encontrada pelo populismo rompe com o Estado de direito e a proteção dos direitos e garantias individuais, em uma nítida manifestação de poder. A falta de alternativas democráticas entre os países do Conselho de Segurança da ONU e líderes mundiais causa um desconforto nos países que viveram na democracia por muitos anos, no momento em que as principais potências ocidentais começam a deixar de lado a democracia e aceitam pautas praticamente irracionais, se utilizando de canais de comunicação para promover confusão e desinformação, no que Manuel Castells chama de pós-verdade, um mundo governado por mentiras e inverdades (CASTELLS, 2018).

Como os cidadãos se encontram despidos da grande maioria dos seus direitos, a instabilidade tomou conta do cenário político e social. A diminuição da liberdade é aclamada pela população, a qual vê nos movimentos de força e ordem a possibilidade de crescimento econômico com a venda de empresas estatais para conglomerados econômicos estrangeiros, a possibilidade de diminuição da violência com a implementação da violência e o desenvolvimento do país com a diminuição do poder soberano nacional, além da clara expulsão de pessoas indesejáveis ao governo, habitualmente taxadas como comunistas.

Ainda que isso tudo seja uma visão míope da realidade, o apoio popular é evidente e as consequências nefastas. A supressão da liberdade, da privacidade e da crescente incitação à intolerância possibilita o aumento da violência, a aniquilação da diferença e uma incapacidade maior em realizar os direitos humanos. Aqueles que atacam o sistema, ao invés de consertá-lo, destroem-no. Atacam os elementos históricos e a ciência. O ensino é relegado para um segundo plano e todas as formas de liberdade de expressão, como alternativas viáveis ao governo, são tidas como desqualificadas e fruto de esquerdismos.

Há uma tentativa de criminalização das pautas humanas, para que a visão popular auxilie no combate à racionalidade. A ciência e a racionalidade são segregadas dos espaços públicos, impedindo os debates contributivos por políticas públicas, limitando com apoio popular a liberdade e a possibilidade de resistência à opressão.

John Stuart Mill (1981), afirmou que a democracia somente seria possível de modo representativo, ao contrário do que dizia Rousseau (2012), o qual já denunciava que a vontade geral poderia errar. Nesse sentido, o autor Manuel Castells (2018) se baseia muito mais na concepção francesa do que na concepção inglesa ou americana para propor a ruptura da democracia liberal. Ainda que não se defenda uma ruptura completa neste trabalho, as consequências deixadas pelo populismo vão ruindo com a construção normativa do Estado democrático de direito brasileiro, inclusive, dos Estados democráticos tradicional no ocidente.

O populismo nos mais diversos países com menos tradição democrática surgiu de movimentos mais sociais e evoluiu para movimentos mais autoritários, mesmo após a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a estabilização da democracia no final do século XX (ONU, 2020). Significativamente, a eleição de políticos populistas na França, Estados Unidos da América e na Inglaterra, causam dúvidas acerca do grau civilizatório que alcançou o mundo ocidental e as possibilidades do futuro e manutenção da democracia liberal.

Yascha Mounk (2019) afirma que há uma transição na democracia contemporânea, de uma democracia liberal para a democracia autoritária e ou

iliberal, em que há a separação entre vontade popular e liberdade, isto é, há um distanciamento entre democracia e liberdade, especialmente pela ascensão do populismo no mundo ocidental. Ante o exposto, há um movimento pretérito à pandemia do Covid-19 que se estende no tempo e visa derrubar o governo das leis, para facilitar ações arbitrárias e aumentar o poder do Estado sobre os indivíduos, reduzindo as liberdades e os direitos individuais. Tal pressuposto contraria toda a construção clássica dos direitos humanos e, em meio à pandemia, gerou problemas de toda ordem, ampliando os efeitos nefastos do momento pandêmico.

Portanto, ao tempo em que critérios científicos mostraram os caminhos para uma pandemia com menor impacto negativo, em todas as searas, tantas outras ações e discursos contrários à ciência apareceram. Nesse contexto, é preciso analisar o Plano Nacional de Vacinação, junto às medidas concretas de amenização dos aspectos econômicos, psicológicos e objetivos desse fenômeno complexo.

4 O PLANO NACIONAL DE VACINAÇÃO CONTRA COVID-19 E O CRITÉRIO PARA APLICAÇÃO DAS VACINAS

O Plano Nacional de Vacinação contra Covid-19 dispõe que as ações políticas para o enfrentamento ao vírus Sars-Cov-2, por meio da vacinação, devem ser organizadas em conjunto com os gestores de cada esfera da administração pública, envolvendo a União, o Distrito Federal, os Estados e os Municípios (BRASIL, 2021). O documento é uma iniciativa do Ministério da Saúde, por meio da Coordenação-Geral do Programa Nacional de Imunizações e do Departamento de Imunização e Doenças Transmissíveis, da Secretaria de Vigilância em Saúde.

O plano advém do Programa Nacional de Imunizações, criado em 18 de setembro de 1973, com a missão de reduzir a morbimortalidade por doenças imunopreveníveis, com fortalecimento de ações integradas de vigilância em saúde. O documento data de 15 de julho de 2021, portanto, praticamente cinco meses após o início do uso emergencial das vacinas (BRASIL, 2021, s/p).

Durante todo o primeiro semestre de 2021, o cenário pandêmico se alastrou no Brasil, na chamada terceira onda, na qual os índices de contaminação, mortes e média móvel de ambas alcançaram níveis sem precedentes. Em meados de agosto de 2021 em torno de 160 milhões de doses da vacina foram aplicadas em um público primeiramente prioritário e em um segundo momento, em primeira dose para todos, por idade, do mais velho ao mais novo, até os 12 anos de idade (BRASIL, 2021). O Brasil, por possuir um sistema de saúde público muito avançado, poderia ter sido um dos pioneiros na vacinação em massa da população. Não o foi, por motivos políticos, que se sobrepuseram em relação aos critérios científicos. Assim, os caminhos polí-

ticos determinaram o agravamento do cenário pandêmico, sobremaneira, a cada onda de casos que surgia.

Em alguns estados, como no Rio Grande do Sul, nos meses de fevereiro, março e abril de 2021, ocorreram as maiores restrições de mobilidade e liberdade já registradas em qualquer decreto do poder executivo estadual. O Decreto Estadual Nº 55.771, de 26 de fevereiro de 2021 instituiu a bandeira final preta, diante do modelo de distanciamento controlado praticado à época. O agravamento do quadro pandêmico foi seguido de uma apatia do governo federal em articular a compra, distribuição e aplicação de vacinas, o que apenas ocorreu, planejadamente, a partir do mês de julho de 2021.

Tal demora fez com que os prefeitos e governadores tomassem a frente na imposição de restrições. Os decretos estaduais eram acompanhados pelos prefeitos municipais e a depender da situação local, eram agravados ou adequados à realidade da comunidade, nunca contrariando o decreto maior emitido pelo Poder Executivo Estadual, como o decreto citado acima.

Desde o ano de 2020, a população conviveu com a abertura e fechamento constante do comércio, escolas, empresas e uma série de restrições que limitavam o número de pessoas nos mesmos espaços, e reduziram imensamente a possibilidade de aglomeração em espaços fechados como academias, restaurantes e serviços não essenciais. Em alguma medida, as restrições acabaram fechando muitos estabelecimentos e encerrando atividades econômicas, impedindo as pessoas de trabalharem, mesmo que houvesse cuidados de distanciamento social, álcool em gel, máscaras e uma série de outros cuidados.

As ações tomadas com o estabelecimento de protocolos, por parte do governo, utilizaram o Estado e, desse modo, os meios de coerção, para estabelecer parâmetros científicos e políticos de quais estabelecimentos poderiam permanecer abertos ou fechados. As restrições, por óbvio, foram tomadas em face à decretação da Pandemia pela Organização Mundial da Saúde e pelos riscos à integridade e à vida, por manter certas atividades em funcionamento. Indústrias, farmácias, mercados e grandes empresas não fecharam. Decisão política será? Se a grande maioria dos serviços não essenciais puderem ficar em trabalho *home office* ou em casa, à distância, será que os outros tipos de serviços também não poderiam, ou, mediante entregas em casa ou por serviços de *drive truth*?

E qual a contrapartida do governo em relação aos impedimentos de algumas atividades econômicas? A Lei no 13.982, de 02 de abril de 2020 estabeleceu o auxílio emergencial como uma medida excepcional de proteção social, a ser adotada durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública, em decorrência do coronavírus (Covid-19), a que se refere à Lei nº 13.979, de 06 de janeiro de 2020.

Regulamentada pelo Decreto no 10.316, de 07 de abril de 2020, este determinou o pagamento do auxílio emergencial no valor de R\$600,00 no pe-

ríodo inicial de três meses, contado da data de publicação da Lei nº 13.982 de 2020, ao cidadão que preenchesse cumulativamente os requisitos dispostos nos incisos do artigo 2º da Lei no 12.982/2020. Auxílio que foi prorrogado pelo Decreto nº 10.412, de 30 de junho de 2020, ainda no valor de R\$ 600,00 por mais dois meses.

Para o recebimento do benefício, ficou estabelecido ser necessário fazer um cadastro informando os dados pessoais, por meio do site ou aplicativo disponibilizado pela Caixa Econômica Federal. Igualmente, ficou também estabelecido que, atendendo aos requisitos legalmente instituídos para percepção do Auxílio Emergencial, quem já estivesse cadastrado no Cadastro Único (CadÚnico) receberia automaticamente o Auxílio Emergencial. Ainda, os incisos do artigo 2º da Lei no 12.982/2020 expõem claramente os requisitos para a concessão do benefício.

Além disso, o Decreto nº 10.488 regulamentou a Medida Provisória nº 1.000, de 2 de setembro de 2020 e institui o auxílio emergencial residual de R\$300 pelo prazo de 4 meses. Assim, de modo geral, o governo, durante 2020, auxiliou, ainda que minimamente, aos cidadãos. Também contribuiu para as empresas e a manutenção do trabalhador, arcando com parte dos salários mensais. No entanto, não ocorreram contrapartidas às empresas que necessitaram fechar as portas em razão dos decretos e protocolos de distanciamento social. Tal fato afeta, principalmente, as pequenas e médias empresas, as quais necessitaram encerrar suas atividades por determinado período.

Nesse contexto, o auxílio emergencial contribuiu temporariamente com recursos elementares para a população, sendo insuficientes até para a aquisição de alimentos. No entanto, ao povo carente, possibilitou um mínimo para adquirir alimentos e itens básicos de subsistência.

Foi em momentos de agravamento da pandemia que o critério de aplicação de vacinas foi adotado, com prioridade, inicialmente, para pessoas em situação de vulnerabilidade, os idosos, as pessoas com problemas cardíacos, câncer e problemas respiratórios, por exemplo. Em um primeiro momento, há a demora no início da imunização de massa. Em um segundo plano, há o critério de deixar por último as pessoas que circulam mais do que as outras. Evidentemente, consoante o Plano Nacional de Vacinação contra Covid-19, foi possível considerar que a vacinação foi realizada por ordem de possibilidade de agravamento da doença (BRASIL, 2021).

Como as vacinas foram chegando lentamente até meados de 2021, a população circulante, tida entre motoristas, jovens, trabalhadores no geral que utilizam transporte público e que necessitam se deslocar para o trabalho, e aqueles que fazem as compras no mercado, vão às farmácias e utilizam diretamente serviços essenciais, ficaram por último na ordem de vacinação. Os critérios mais lógicos foram adotados do ponto de vista do risco da doença, porquanto, os mais idosos e mais vulneráveis possuem mais condições

de agravamento. Tal premissa é extremamente correta e adequada. No entanto, apresentou uma outra premissa para a vacinação – que a população, inicialmente vacinada, poderia ficar em casa, enquanto o vírus continuou se espalhando pelas pessoas que não possuíam a faculdade de se expor menos.

Dessa forma, o vírus continuou circulando e se espalhando muito mais do que deveria, isso porque em qualquer hipótese, havendo falta de vacinas, algum público deveria ser sacrificado. Entende-se que comprometer o público economicamente ativo pode, em alguns casos, ser considerado um ato deliberado para o aumento dos casos e, por conseguinte, do agravamento do quadro pandêmico, bem como a superlotação dos hospitais, a falta de equipamentos, oxigênio, medicamentos e pessoal para lidar com a situação – tal qual ocorreu.

A conduta populista de tentar passar a impressão de que a pandemia não teria efeitos negativos e que o histórico de atleta seria determinante na superação da doença, favoreceu o desleixo de milhares de pessoas que não utilizaram adequadamente os meios de proteção. Se as lideranças políticas atuassem alinhadas, certamente o número de pessoas com problemas crônicos, sequelas e que vieram a óbito seriam muito menores. Os critérios para vacinação do público mais vulnerável atendeu a critérios científicos, o que é essencial. Não obstante, as demais políticas e discursos adotados paralelamente, fizeram com que o público mais jovem e ainda não vacinado sofresse com o vírus, o qual já apresenta diversas mutações.

Assim sendo, há a necessidade de adotar ações técnicas, entretanto, o povo deve possuir mecanismos para o melhor discernimento e tomada de decisões. Não pode ficar à mercê de movimentos que contribuam para o aumento dos problemas e mazelas sociais. O povo, nesse sentido, foi enganado e também teve uma espécie de culpa compartilhada sobre os efeitos tão duros sofridos pelo Brasil. Efeitos estes, que levarão décadas ou até nunca serão totalmente superados. As condições psicológicas, econômicas e a condição material das pessoas foram deterioradas. Sobre isso, existem situações que não dependem exclusivamente do SUS ou de um sistema de saúde, senão de um movimento que retome a racionalidade nos espaços públicos e seja capaz de criar sentido coletivo, para a proteção dos direitos individuais, sociais e de solidariedade.

Que a humanidade, como um todo, possa aprender com todo esse cenário, para que um dia, talvez, não tenha que passar por tamanho sofrimento coletivo e de experiências individuais tão cruéis, como a perda de entes queridos. A vida e a racionalidade devem ser princípios inerentes ao corpo político e ainda que a liberdade seja determinante, ações ou omissões dolorosas devem ser punidas com o maior rigor da lei e da consciência moral, porquanto, o princípio da vida foi relativizado como nunca se viu na história contemporânea.

5 CONCLUSÃO

Quanto à democracia contemporânea, esta não foi capaz de ganhar contornos qualitativos substanciais, de modo a materializar os direitos positivados nas constituições, não apenas do ponto de vista econômico, mas porque a representatividade contribuiu para o distanciamento entre representantes e representados, diminuindo a liberdade popular e aumentando o poder do Estado em um contexto pré-pandemia do COVID-19.

Nesse sentido, os princípios constitucionais da administração pública no Brasil, principalmente os contidos no art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, permanecem à mercê de movimentos políticos. As pautas constitucionais, extremamente relevantes do ponto de vista da racionalidade científica e do respeito aos direitos humanos dependem da vontade política e não existem instrumentos efetivos que barrem um governo na era da pós-verdade. A tecnologia da informação e o aperfeiçoamento dos meios de controle social causam um abalo, que em princípio, pode ser irreversível do ponto de vista das liberdades humanas, pois o Estado tem alcançado o pleno controle digital da vida real.

Por sua vez, os critérios políticos na adoção de políticas de enfrentamento à pandemia não foram adotados para proteger a integridade física das pessoas, senão um sistema econômico, já em crise, desde o ano de 2008, protegendo interesses particulares em detrimento de interesses públicos. Portanto, o populismo age contra a ciência, ainda que a adoção de algumas medidas científicas sejam inevitáveis. Por exemplo, o Plano Nacional de Imunização contra o Covid-19, que consiste, de modo geral, em um documento que se baseia na ciência. A grande questão é a incapacidade política de agir de acordo com a racionalidade, com as experiências passadas e conforme as melhores maneiras de agir preventivamente, frente ao cenário pandêmico atual. A decisão política de imunização ocorreu tardiamente, quando os arranjos científicos deram todas as possibilidades de agir previamente.

Mais do que isso, o critério para aplicação da vacina deixou de contemplar a alta possibilidade de disseminação do vírus. Não foram vistas ações políticas conjuntas para que as pessoas obedecessem ao distanciamento social. A polarização política chegou até as máscaras, álcool em gel e transformou algo essencial, racional e lógico em uma disputa partidária e política. Desse modo, as ações políticas se distanciaram das ações científicas, enquanto deveriam atuar em conjunto. Enquanto alguns países possuíam vacinas ou estavam na fila para adquiri-las, o Brasil nada fez, em uma clara omissão, até certo ponto intencional, para que os efeitos da pandemia durassem por mais tempo. Em certa medida, pela falta de interesse político em questões públicas e, em outra dimensão, pela ineficácia de gestão clara, sendo este problema bastante antigo no Brasil.

Ainda, o SUS se mostrou eficaz para amenizar os efeitos da pandemia, oferecendo leitos para internação de pacientes com Covid-19, acompanhamento para os diagnosticados, bem como oferecendo assistência geral para a população em todas as demais doenças que não deixaram de existir. O SUS é um sistema de saúde que poucos países possuem e pensar um cenário brasileiro sem ele durante a pandemia seria ainda mais catastrófico.

Não obstante, o avanço da vacinação tem surtido ótimos resultados, especialmente quando se passa a vacinar massivamente a população. Os casos diminuíram consideravelmente, a média móvel de contaminação e óbitos igualmente decrescente, significando que a ciência, ainda que tenha dependido de decisões políticas no atraso de compra de vacinas e na demora em organizar a vacinação, deve ser tida não como um objeto à disposição do poder público, se não como um caminho em conjunto. A ciência é um direito humano e deve estar à disposição da população.

REFERÊNCIAS

- BAUMAM, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. ed., 1999.
- BAUMAN Zygmunt. **Comunidade: a busca por segurança no mundo atual**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. ed., 2003.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução de Marco A. Nogueira. 6.ed. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1995.
- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2006.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988.
- BRASIL. **Lei nº 13.979, de 6 de 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, Brasília, DF, 07 fev 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm. Acesso em: 14 ago. 2022.
- BRASIL. Ministério da Saúde. **Plano nacional de operacionalização da vacinação contra COVID-19**. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/coronavirus/publicacoes-tecnicas/guias-e-planos/plano-nacional-de-vacinacao-covid-19/view>. Acesso em: 14 ago.2022.
- CASTELLS, Manuel. **Ruptura: a crise da democracia liberal**. Tradução de Joana Angélica d'Ávila Melo. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 2014.

- IHERING, Rudolph Von. **A Luta Pelo Direito**. São Paulo: Hunter, 2012.
- LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- MILL, John Stuart. **O Governo Representativo**. Trad. De Manoel Inocêncio de L. Santos Jr. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do Espírito das Leis**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.
- MORIN, Edgar. **É hora de mudarmos de via: as lições do Coronavírus**. Editora Bertrand Brasil. Rio de Janeiro. 2020.
- MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia: por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la**. Tradução de Cássio de Arantes Leite e Débora Landsberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, 413 p.
- ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948**. Disponível em: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 09 ago. 2022.
- PAIM, Jairnilson Silva. **Sistema Único de Saúde (SUS) aos 30 anos**. Ciênc. saúde coletiva, Rio de Janeiro, v. 23, n. 6, p. 1723-1728, jun.2018.
- RIO GRANDE DO SUL. **Decreto nº 55.771, de 26 de fevereiro de 2021**. Determina, diante do agravamento da pandemia causada pelo novo Coronavírus (COVID-19), em caráter extraordinário e temporário, a aplicação, com caráter cogente, no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, de medidas sanitárias segmentadas referentes à Bandeira Final Preta, bem como a suspensão da possibilidade, de que tratam os §§ 2º e 5º do art. 21 do Decreto nº 55.240, de 10 de maio de 2020, de os Municípios estabelecerem medidas sanitárias segmentadas substitutivas às definidas pelo Estado. Porto Alegre, RS: Diário Oficial Nº 42 - 3ª edição. Disponível em: <https://coronavirus-admin.rs.gov.br/upload/arquivos/202103/01111142-55771.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2022.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social ou Princípios do Direito Político**. Tradução de Pietro Nassetti. 3. ed. São Paulo: Martin Claret Ltda., 2012.
- SCLIAR, Moacyr. **Do mágico ao social: trajetória da saúde pública**. São Paulo: SENAC, 2005.
- SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- STURZA, Janaína Machado; TONEL, Rodrigo. **Os desafios impostos pela pandemia covid-19: das medidas de proteção do direito à saúde aos impactos na saúde mental**. In: R. Opin. Jur., Fortaleza, ano 18, n. 29, p.1-27, set./dez. 2020.
- WEBER, Max. **Ciência e política: duas vocações**. São Paulo: Editora Martin Claret, 1999.

20

POLÍTICAS PÚBLICAS Y GESTIÓN AMBIENTAL EN BRASIL: EL MARCO DE CUARENTA AÑOS DE LA POLÍTICA NACIONAL AMBIENTAL

*Lucyléa Gonçalves França*²⁰⁶

I INTRODUCCIÓN

El movimiento para crear las bases para la regulación del derecho ambiental en Brasil partió de la influencia internacional y fue, de hecho, un fenómeno jurídico vinculado a las directrices del derecho internacional, especialmente a partir de la segunda mitad del siglo XX. Sin embargo, la vida humana siempre ha supuesto su inserción en el mundo natural como requisito y condición de existencia. De hecho, las necesidades básicas de todas las penurias sociales más elementales siempre han dependido de los recursos naturales, formuladas muchas veces exclusivamente bajo el foco de estrategias meramente económicas.

En gran medida, la evolución del derecho ambiental estuvo asociada a los movimientos sociales en demanda de un medio ambiente sano y equilibrado, y, al mismo tiempo, como respuesta a los perjuicios derivados de la consolidación de los grandes procesos económicos mundiales del siglo XX. Así, nace dentro de un fenómeno paradójico, o por lo menos una reacción directa, al daño ambiental ha de ser minimizado y combatido en el mundo moderno. La efectividad de la gestión ambiental parece ser una preocupación de los gobiernos industrializados del pos modernidad, lo que también provocó la presión interna, e internacional, a una reacción de la política brasileña al incluir esta agenda para orientar la elaboración de la Ley 6.938/81.

Por otro lado, más recientemente, es cuando la evaluación de las políticas públicas ambientales, y su construcción, es una de las principales preocupaciones en lo que respecta a la sostenibilidad ambiental, y la preservación de la vida de los seres vivos. En resumen, a diferencia de la década de 1980,

²⁰⁶ Doctora em Derecho Universidad de Salamanca (España), Máster en Derecho Público por la Universidade Federal de Pernambuco (Brasil). Profesora del Departamento de Derecho de la Universidade Federal do Maranhão (Brasil). Email:lucylea.franca@ufma.br.

en el siglo XXI las condiciones ambientales se ven mermadas y, de una manera más objetiva, son el fruto de esta cultura histórica impuesta por el camino anti ambiental. Verificamos un viraje estratégico en las proposiciones para alcanzar mejoras sociales, además de los retos económicos, con una clara preocupación por el combate a la pobreza.

La perspectiva de la preocupación por los aspectos sociales, más allá de los ambientales, en el ámbito económico, es estratégica para el conjunto de acciones gubernamentales y empresariales, con el protagonismo de la preocupación por la prevención o protección de un ambiente sano.

Temas como la transparencia democrática, el control de las actividades administrativas, el rigor en el combate a la corrupción en el ejercicio de las políticas socio ambientales, asocian una íntima relación entre el ámbito normativo -y administrativo-, con la publicidad y uso correcto de las estadísticas, además de estrategias innovadoras de planificación de los gobiernos.

En este artículo, analizaremos cómo la elaboración de leyes ambientales en Brasil, con base en la Política Nacional Ambiental (1981), logró la implementación de conductas y actividades ambientales, en el desempeño del conjunto de principios y criterios definidos por la Constitución de Brasil. La República de 1988, forjó un nuevo marco, pero, de qué manera la elaboración de esta norma permitió la construcción del estado de la policía ambiental administrativa en Brasil, ayudando así a la aplicabilidad, transparencia y eficacia de los órganos ambientales. Haremos un recorrido por la normativa y ampliación de la política ambiental desde 1981.

2 LA REGULACIÓN DE LA POLÍTICA NACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE: ANTECEDENTES Y RÉGIMEN VIGENTE

La política ambiental nacional en Brasil fue instituida por la Ley 6.938/1981 y su surgimiento permitió avanzar en la trayectoria de marcos legislativos esenciales para el modelo de gestión de los recursos naturales, introduciendo directrices destacadas en otros países, con gran énfasis ya en la fase previa a la el período de la redemocratización brasileña.

Como regla estratégica, su surgimiento hizo referencia a las influencias históricas de los movimientos ambientales internacionales que surgieron en la década de 1970, cuyas referencias están claramente guiadas por las tendencias en torno a las convenciones internacionales sobre el medio ambiente, destacadas a partir de las convenciones internacionales de Estocolmo en 1972.

Incluyó como principal innovación en su estructura normativa la creación del Sistema Nacional Ambiental, sus fines, mecanismos de formación y aplicación. Este nuevo rumbo fue una especie de reorientación de los marcos y plataformas institucionales existentes en Brasil, con el objetivo de diseñar

la gestión ambiental, con el objetivo de responder a las preguntas latentes en un país continental, con gran biodiversidad y una población en crecimiento. Brasil necesitaba un sistema capaz de idear respuestas uniformes a diferentes problemas en su territorio, impuestos por la complejidad de su biota, pero, principalmente, por la presión de organizaciones ambientales nacionales y extranjeras.

La medición multidimensional del tema ambiental probó la elaboración de la ley de política ambiental, pues su propósito principal fue generar la integración efectiva de los factores económicos y sociales, solo imaginada a nivel internacional por las Convenciones internacionales de los años 80.

Especialmente en Brasil, el origen de las normas ambientales se remonta a 1934, con la vigencia del Código de Aguas (Decreto n° 24.634/1934), siendo la primera legislación creada con el objetivo de ordenar los recursos naturales, seguida de un conjunto de entre las Décadas de 1940 y 1960, cuando se puede destacar la regulación de la producción de energía hidroeléctrica en la “década perdida”,²⁰⁷ con la elaboración de una política de desarrollo orientada al uso del medio ambiente para la producción industrial, como el uso del carbón vegetal. Em destaque poderíamos citar a criação do Código Florestal, pelo Decreto n°. 23.793/1934, que fora substituído pela Lei n° 4.7771/1965.²⁰⁸

La década de 1960 también estuvo marcada por la creación de varios parques nacionales brasileños y por la creación del Instituto Brasileño de Desarrollo Forestal (IBDF). La construcción, con el traslado de la capital federal a Brasilia,²⁰⁹ región central de Brasil, fue otro punto de inflexión hacia una nueva estructuración de la gestión ambiental en el país. A partir de las directrices para la ampliación del altiplano central, se produjo un aumento demográfico y de migraciones, con nuevas perspectivas económicas en el conjunto de construcciones, que demandaron mano de obra al grado de contar con una serie de mecanismos administrativos, facilitadores de la nueva arquitectura, cultura y medio ambiente en el centro oeste del país.

Recién a principios de la década de 1970 se crea a nivel federal la Secretaría Especial del Medio Ambiente (SEMA), dependiente de la Secretaría de Gobernación, con el objetivo de disciplinar las acciones relacionadas con el manejo de las áreas de Conservación,²¹⁰ así como la elaboración de un programa específico de lucha contra la contaminación en las grandes ciudades, como São Paulo y sus alrededores.

207 LIMA, José Luiz (1995).

208 Vigente hasta el vigor del Código Florestal (lei n°. 12.651/2021).

209 Com el uso del mayor numero de recursos naturales como matéria-prima (Ribeiro 1977).

210 Unidades de Conservación creadas para proteger florestas y areas de preservación ambiental.

En el mismo período, en algunos estados miembros, se crearon secretarías ambientales estatales y otros órganos como la CETESB (Empresa de Tecnología para el Saneamiento Ambiental del Estado de São Paulo) (1973),²¹¹ la Fundación Estatal de Energía Ambiental (FEEMA), en Río de Janeiro (1975), y aún a nivel federal, en 1973 se crea la SEMA-Secretaría Especial de Medio Ambiente.²¹²

El final de la década de 1970 estuvo marcado a nivel mundial por la crisis del petróleo, y muchos ordenamientos constitucionales comenzaron a reconocer al medio ambiente como un factor merecedor de mayor protección.²¹³ Internamente, Brasil fue fuertemente influenciado por el mercado internacional, y aumentó la política intervencionista en la economía con la implementación del II Plan Nacional de Desarrollo (II PND),²¹⁴ responsable de crear una serie de obras, y de incorporar lineamientos ambientales transversales en su texto.

En 1972, el informe publicado por el Club de Roma²¹⁵ trae los límites impuestos al crecimiento global a través de la preservación del medio ambiente se establecieron a nivel internacional, en el que el control del crecimiento industrial era la preocupación reinante. Se asoció, en el centro del debate, a generar un mayor equilibrio entre el control del crecimiento poblacional, la insuficiencia de la producción de alimentos y la previsibilidad del agotamiento de los recursos naturales.

A partir de ahí, se observa una expansión en el eje de concentración de preocupaciones en países donde el movimiento ambientalista incluye la noción de desarrollo sustentable.²¹⁶ La primera gran conferencia internacional

211 Lei nº 118, de 29 de julho de 1973. Dispone de la constitución de una sociedad de capitales, bajo la denominación CETESB, Companhia Estadual de Tecnologia de Saneamento Básico e de Controle da Poluição das Águas, manteniendo la sigla CETESB, vinculada a la Secretaria de Servicios y obras Obras Públicas.

212 Decreto nº 73.030, de 30 de Octubre de 1973 Crea en el ambito del Ministério del Interior, la Secretaria Especial do Meio Ambiente - SEMA

213 Benjamin (1999).

214 Lei 6.151 que instituyó marcos para el II PND, vigente entre los años de 1974 y 1979. Para Bresser Pereira (1998) el Plan ha sido inviable pues reconoció la crisis brasileña y mundial por la caída y desaceleración cíclica de la economía.

215 En el primer informe del Club de Roma se denominó "Informe Meadows", presentado por Dennis Meadows y editado en Estados Unidos, 1972. Acerca de los "Límites do Crecimiento", donde la primera vez se debate la gran crisis ecológica que afecta el planeta, Gallastegui Zulaica (2011).

216 "Informe Brundtland" conhecido además como el "*Our Common Future*", elaborado por las Naciones Unidas y publicado en 1987 después de muchos años de investigación, debates y reuniones ha tenido el éxito en poner énfasis sobre las cuestiones del desarrollo económico e industrial. Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo Nota del Secretario General NACIONES UNIDAS ASSEMBLEA GENERAL, 1987. <http://www.>

sobre el medio ambiente (Estocolmo, 1972) refuerza la marca de conciencia ambiental con énfasis en temas relacionados con el desarrollo económico.

Siguieron otras conferencias internacionales y, en Brasil, la política ambiental nacional incluyó propósitos, mecanismos, formación, aplicación y gestión en su texto, siendo, por lo tanto, la ley ambiental brasileña más importante del siglo XX, incluso siendo aprobada por la Constitución de la república de 1988, ya en el período de redemocratización de Brasil, y promulgada casi diez años después de su elaboración.

Al diseñar todo el sistema de políticas públicas ambientales brasileñas, la Ley 6938/81 demostró audacia e innovación interna frente al debate mundial sobre cuestiones de gestión ambiental. Era una ley general frente a cuestiones específicas (BENJAMIN, 1999), desde el combate a la contaminación hasta la estructuración de la gestión ambiental. En cierta medida, fue importante como base normativa para la elaboración del texto de la Constitución de 1988, en el capítulo ambiental.

Sin embargo, el artículo 225 de la Constitución de Brasil²¹⁷ asimila principios de la Declaración de Estocolmo,²¹⁸ colmando el fin último de la política ambiental nacional de sustentar los mecanismos necesarios para la eficacia de la gestión, para la formación de un ambiente ecológicamente equilibrado y saludable.

La ley que crea la Política Nacional Ambiental nació en este contexto ambiguo de transformación y crisis en Brasil, marcado por la gestión integrada de los recursos naturales expresada por primera vez,²¹⁹ y tuvo como principal objetivo la creación del Sistema Nacional Ambiental (SISNAMA), con lineamientos a ser cumplidos por los Estados y Municipios brasileños de forma transversal, y con descentralización de competencias, principalmente en lo que se refiere a cuestiones relacionadas con la organización institucional, la gestión ambiental, combate a la contaminación, además de brindar mecanismos participativos para la población.

Con protagonismo y novedad, la Ley de Política Nacional trajo como previsión histórica mecanismos innovadores, como el derecho a la informa-

ecominga.uqam.ca/PDF/BIBLIOGRAPHIE/GUIDE_LECTURE_1/CMMAD-Informe-Comision-Brundtland-sobre-Medio-Ambiente-Desarrollo.pdf.

²¹⁷ Artículo. 225 da Constituição Federal de 1988 todos tienen derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común del pueblo y esencial a la sana calidad de vida, impositivo al poder público y a la colectividad el deber de defensa y preservación para las presentes y futuras generaciones (BRASIL, 1988).

²¹⁸ Es la importância del movimiento intitulado “Frente verde” que actuó diretamente junto a los congresistas para la inclusión del artículo 225 y la inclusión de la expresión “medio ambiente ecológicamente equilibrado” como principio y idea motriz para las acciones gubernamentales en defensa de la ciudadanía.

²¹⁹ Monosowski (1989).

ción y la transparencia activa, previstos en los artículos 4 y 9. El artículo 4, V, también prevé la exigencia de transparencia activa en la evaluación de proyectos, con la exigencia de divulgación de datos e información ambiental como instrumentos para la implementación de la política nacional dentro del sistema nacional de información ambiental.

En cuanto al derecho a la información, prevé, como instrumento del PNMA, la garantía de la provisión de información relacionada con el medio ambiente, obligando al poder público a producirla cuando no exista.

Tratándose de solicitudes de licencia, su novedad y respectiva concesión se publicará en el diario oficial, así como en los periódicos regionales o locales de amplia circulación, o en los medios electrónicos de comunicación que mantenga el organismo ambiental competente.

En cuanto a la participación en planes, programas y políticas (art. 6, II y 8), formaliza a la CONAMA como un órgano consultivo y deliberativo con el propósito de asesorar, estudiar y proponer al Consejo de Gobierno, integrado por representantes del gobierno federal, estatales y municipales, así como representantes de empresarios y sociedad civil organizada, y entidades identificadas como Organizaciones No Gubernamentales. Disponen lineamientos ambientales y políticas para el medio ambiente y los recursos naturales, además de funciones de deliberación en el ámbito de su competencia, sobre normas y estándares compatibles con un ambiente ecológicamente equilibrado y esencial para una sana calidad de vida.

La creación del Ministerio de Desarrollo Urbano y Medio Ambiente, y del Consejo Nacional del Medio Ambiente (CONAMA) orienta la organización de la gestión gubernamental en materia ambiental con liderazgo federativo, aprobando resoluciones sobre la elaboración y requerimiento del Estudio de Impacto Ambiental (EIA).) Y el Informe de Impacto Ambiental (RIMA).

En ese contexto, se hizo imprescindible definir los nuevos roles de las entidades federativas, en aplicación de la legislación federal a partir de la Constitución de 1988. Con la transferencia de competencias administrativas a los estados y municipios, en cambio, se mantuvo la concentración del poder central en materia medioambiental, como táctica para preservar las prerrogativas legislativas de la Unión.

Reforzar la concentración del poder central fue contradictorio ya que requería una nueva estructura para las agencias ambientales a nivel estatal y municipal. Hasta ahora sin mucho protagonismo, con habilidades comunes y compartidas. También en este período fue creado el Ibama – Instituto Brasileño de Medio Ambiente y Recursos Naturales (Ley n° 7.735, de 22 de febrero de 1989).

En ese contexto, Brasil avanzó significativamente en las políticas nacionales y en la estructuración de competencias de las entidades federativas a

partir de la Constitución de 1988, atribuyéndole sentido efectivo al PNMA de 1981, creando un escenario propicio para la estructuración de gobiernos y la adecuada ejecución de los objetivos ambientales propuestos a nivel nacional e internacional.

Muchos reconocen, por tanto, la importancia de la Ley n° 6.931/1981 en la fijación de metas y estrategias nacionales, en un modelo federativo con descentralización de competencias y gestión ambiental como requisito indispensable para la eficacia de la política nacional.

Sin embargo, los puntos vulnerables de la regulación ambiental en Brasil impusieron límites, aunque insuperables para el alcance de la efectividad de un control efectivo de los problemas ambientales brasileños. Estos eventos y nuevas prácticas conforman un freno inquebrantable al alcance de metas de mejoría gerencial en los sucesivos crisis ambientales, y del control en las rutinas administrativas. Hay una resistencia a la creación de un nuevo marco, cuyo modelo imponga un sistema más rápido, moderno y eficiente de gestión, generando por lo tanto, una realidad distinta de lo propuesto por el marco normativo, lo que impide análisis verosímil sobre los impactos de las acciones sobre el medio ambiente²²⁰ provocado en gran medida por el exceso burocrático de las administraciones públicas estaduais y municipales.

La práctica de la regulación ambiental instrumentalizada, con base en la Política Nacional Ambiental, y la consecuente creación de órganos ambientales en Brasil, en todos los niveles federativos, condicionaron los compromisos con la agenda verde, consolidada a partir de la promulgación de la Constitución de 1988, no siempre cumplidos por las administraciones públicas brasileñas.

Este avance paulatino se intensificó en la década de 1990 y principios del siglo XX debido a los importantes acontecimientos internacionales ocurridos, y en los discursos de países que incluyeron el tema ambiental como mecanismo de apoyo a las decisiones bilaterales y multilaterales en materia económica, que es decir, las alianzas y las políticas exteriores estuvieron guiadas por programas anticontaminación, desarrollo energético y uso y conservación ecológicos.

La realización de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo - (UNCED), en Río de Janeiro, denominada Rio-92, aseguró el protagonismo de Brasil como anfitrión y también el compromiso con los acuerdos sobre Clima y Biodiversidad, Agenda 21, Declaración por el medio ambiente y el desarrollo sostenible, y la protección de los bosques.

²²⁰ Rei e Ribeiro (2014, 26-27) apuntan que para la efectividad de las soluciones medio ambientales es necessário la estabilidad de condiciones operacionales para la adecuada aplicación de las normas, com la organicidad institucional, tales como la contratación de técnicos especializados, ampliación de infraestructuras en el conjunto de las Administraciones públicas, ajustadas y viables, y además, inversiones para una mayor conciencia socio-ambiental.

En términos de viabilidad financiera en la ejecución de proyectos sostenibles, el Banco Mundial jugó un papel decisivo a principios de la década de 1990, con el otorgamiento de préstamos internacionales para la implementación del Programa Nacional Ambiental en Brasil, atrayendo especial interés para hipótesis de la Curva Ambiental de Kuznets (CAK).²²¹ Con la publicación del *World Development Report*²²² do Banco Mundial (1992),²²³ denominado “Desarrollo y Medio Ambiente), donde investiga y concluye que a largo plazo el crecimiento económico permite efectos benéficos sobre el Estado del medio ambiente.

3 DIAGNÓSTICO DE LA REGULACIÓN Y DE LA GESTIÓN EN PERSPECTIVAS DEL FUTURO

Como regla general, la ola regulatoria de la década de 1990 llegó al sistema ambiental brasileño convertida en un conjunto de normas de poco impacto, ya veces contradictorias en las esferas de la administración pública, entre estados miembros y municipios. Hubo cierta incapacidad para generar un modelo coordinado y sistematizado para una dirección de gestión común y permanente.

La gran tradición centralizadora del Gobierno Federal, responsable de la construcción del sistema ambiental nacional, impidió un modelo desconcentrado, avanzando con ciertas dificultades operativas de coordinación a nivel administrativo brasileño, dificultando la elaboración efectiva de una Política Ambiental Nacional uniforme y estable.

Los instrumentos de política ambiental no lograron formular acciones de protección (GRANZIERA, 2015), donde desde el propio PNMA trajeron herramientas estratégicas para su éxito (MILLARÉ, 2009), en la que se destaca la fase de implementación (SECCI, 2010), fundamental para la resolución de los problemas públicos resultó ser deficiente. Este sería el aspecto esencial para simbolizar los fracasos y limitaciones de las políticas públicas ambientales en Brasil. La falta de capacidad para identificar errores en la toma de decisiones, lo que muchas veces requeriría intencionalidad pública, asociada a una respuesta rápida y eficiente a problemas sociales como el combate a las desigualdades y el subdesarrollo.

²²¹ Saravia Lopez, V. Alejandra (2005). Evidencias de la relación medio ambiente-economía en el caso latinoamericano. La economía mundial y América Latina. Tendencias, problemas y desafíos Pg. 259-260.

²²² World Bank. 1992. World Development Report 1992: Development and the Environment. New York: Oxford University Press. World Bank. <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/5975> License: CC BY 3.0 IGO.

²²³ Presenta por primera vez la relación, en gráficos entre el producto interno bruto per capita y cada uno de los más importantes contaminantes.

El avance normativo del PNMA fue un elemento importante, aunque no el único, para la sistemática de rutinas viables de monitoreo ambiental. Dentro de este análisis concreto la evaluación de impactos y las estrategias de política pública son la garantía necesaria para operar el sistema de manera efectiva. La regulación basada solamente en el control correctivo no ha sido suficiente (LIMA; REI, 2017) para los desafíos contemporáneos, dentro de las estructuras estatales que requieren la formulación de un proceso deliberativo de políticas públicas más audaces, conformado por diferentes etapas de la agenda política, para programar y controlar, los impactos de la toma de decisiones.

Aspectos como la contaminación y polución, la represión penal de los delitos ambientales, el control de los costos ambientales y las políticas de desarrollo sostenible para eliminar actividades contaminantes y degradantes sirvieron de referencia para las estrategias dentro de las posibilidades de protección y cumplimiento de las políticas públicas desarrolladas en los últimos años. Cuatro décadas después, muchos de ellos, sin mayor importancia por la falta de estructuras adecuadas, son coordinados por entidades federativas para cumplir con estos fines.

Dentro de este recorrido histórico, la elaboración de la ley de delitos ambientales ocupa un espacio fundamental en el capítulo referente a la responsabilidad penal ambiental, plasmada en la Ley n.º. 9.605/1998 demostrando que, en cierta medida, la cultura legislativa se ha mostrado como una de las principales estrategias para asegurar el mando y la confluencia de las acciones institucionales de las entidades federativas.

Asimismo, la competencia ambiental en Brasil estuvo al ritmo de la institucionalización de la política ambiental, a veces desconectada de los problemas cotidianos del país, asociada a medidas destinadas a responder a demandas e influencias externas (ANTUNES, 2000), puntuando también la inclusión, organización del SISNAMA, con posibilidad de participación de organizaciones no gubernamentales (MILLARÉ, 2009).

Entre fines de la década de 1990 y la década de 2000 hubo una disminución en los gastos presupuestarios vinculados a la gestión ambiental. Esencialmente, en “programas administrativos” (MAGALHAES DE MOURA, 2016) con un alcance de casi el 70% de los gastos con el pago de la nómina de personal activo e inactivo).

Los instrumentos previstos por la ley 6.938/81, acogida por la Constitución de la República, y estructurados en el conjunto normativo ambiental de la década siguiente, fueron esencialmente dirigidos a la Administración Pública en el conjunto de sus competencias, en las acciones de prevención, protección y la acción directa, y con el poder de policía, sobre la calidad ambiental.

Es evidente que la imposición de límites a las condiciones ambientales implica investigación, planificación y gestión ambiental de calidad, con el uso adecuado de instrumentos de evaluación y capacidad técnica para cumplir con la política ambiental establecida dentro de marcos jurídicos firmes, recursos adecuados para el ejercicio de las acciones implica estructuras preparadas para cumplir con el marco normativo existente y mejorarlo si es necesario.

En el caso del licenciamiento ambiental, las instituciones que integran el SISNAMA, el margen de discrecionalidad de cada organismo ambiental se da dentro de los límites de su competencia, y su control es cada vez más cuestionado (ANTUNES, 2020). Y los organismos ambientales rara vez son lo suficientemente poderosos como para influir en la mayoría de las decisiones económicas que afectan el medio ambiente.

La etapa de evaluación, y seguimiento del ciclo de las políticas públicas ambientales en Brasil, más allá de la Constitución federal no fueron la preocupación preponderante de los gobiernos, especialmente después del período de redemocratización.

Los gobiernos de los años de la industrialización, en cambio, desde hace más de veinte años, se preocupan mucho por mejorar el desarrollo económico, con las técnicas de gestión encaminadas a encajar en el desarrollo sostenible como elemento secundario en el proceso. Es decir, el control económico asume el protagonismo en el cumplimiento de las normas internacionales en materia ambiental.

El concepto de economía verde fue propuesto por el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA, 2011), para mejorar el bienestar humano y la equidad social, al mismo tiempo que se reducen los riesgos ambientales y las carencias ecológicas. Si bien durante la década de 2000 varias publicaciones²²⁴ señalaran los posibles efectos del cambio climático en las enfermedades relacionadas con el clima en Brasil, como problemas respiratorios, relacionados con el calor provocadas por los cambios climáticos, la desnutrición, las inundaciones y la falta de saneamiento básico.

En ese escenario de referencia, Brasil sigue de forma continua, segundo reciente informe de la CEPAL²²⁵ (2020) dependiendo en gran medida de los mercados extranjeros para obtener bienes de alta tecnología y abastecer la creciente demanda de combustibles fósiles. En este sentido, las estadísticas concluyen informando que el crecimiento económico es insuficiente para lograr los objetivos de reducción del problema, al mismo tiempo que implica un aumento de las emisiones de carbono.

²²⁴ Peterson, A. T. y J. Shaw (2003). Hopp, M. y J. Foley (2001).

²²⁵ Construir un nuevo futuro Una recuperación transformadora con igualdad y sostenibilidad. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46227/1/S2000699_es.pdf.

La estrategia de prevención implica menos costos que reparar el daño, las implicaciones ambientales también son económicas, como lo demuestran los estudios que miden los efectos y el impacto demográfico, social, económico y ambiental de los desastres en la CEPAL²²⁶ sobre los recientes gastos económicos en la reparación de las tragedias ambientales (CEPAL, 2014).

La previsión de normas dirigidas a la gestión de políticas de prevención de riesgos ambientales es insuficiente, y, la deficiente organización institucional, y poco diligente, con reducción progresiva de las inversiones para el fortalecimiento de los organismos de fiscalización ambiental, los incapacita para los procesos concebido por la Constitución. Así, se debilita el espíritu del PNMA, ante la deficiencia de planes, programas y proyectos de desarrollo en ejecución, o que contemplen, por ejemplo, un mayor compromiso estatal con la ampliación de inversiones, y refuerzos administrativos y operativos, para su actuación.

Informes de la CEPAL muestran que Brasil sigue dependiendo en gran medida de los mercados extranjeros para bienes de alta tecnología, y es dependiente de las exportaciones de *comodities*. Como el crecimiento económico se muestra insuficiente para reducir la pobreza y las desigualdades regionales, el desarrollo de grandes inversiones rurales también potencializa el fenómeno de falta de control ambiental asociado al aumento de las emisiones de carbono, entre otras hipótesis.

Evaluar el conjunto, y los resultados, de la política ambiental nacional implica también incorporar la rendición de cuentas, sobre el cumplimiento de metas en términos de calidad, cantidad, costos y mejora sucesiva de la calidad de las políticas (ORDOÑEZ, 2013) donde, muchas veces, es inevitable reconocer las restricciones para su avance pues residen en el ritmo de las acciones gubernamentales que se suman a la pluralidad de intereses y expectativas sociales, además de la complejidad técnica presente en las soluciones a los problemas ambientales (COSSÍO & HINESTROZA, 2017)

Efectivamente, la evaluación ambiental de los sectores públicos necesaria para la gestión de información segura, con datos reales y tecnológicamente precisos, permite acceder a cifras y datos estimados que pueden ser utilizados y valorados para estimaciones e intervenciones adecuadas.

Así, estos datos pueden ayudar con mayor precisión a la construcción de una nueva institucionalidad de acción, más activa, y no sólo reactiva, a los factores de degradación asociados al desarrollo sustentable efectivo, con reducción coordinada de riesgos y encargada de la investigación, capacitación y prevención ambiental.

²²⁶ Consecuencias de los efectos causados por eventos como la reducción del crecimiento económico y caída en el bienestar de las personas.

En consecuencia, actuar a favor de la protección ambiental implica resolver los problemas que plantea el cumplimiento de la Política Nacional Ambiental forjada hace cuatro décadas, la cual, como propuesta de futuro, debe orientarse por la unificación de un nuevo modelo normativo sistémico y coordinado.

La necesidad del Estado de regular y controlar los temas ambientales presupone, en definitiva, el fortalecimiento financiero del programa de prevención, institucionalidad pública organizativa, y la coordinación efectiva de los organismos ambientales a nivel nacional, estatal y municipal, así como el empoderamiento de la sociedad civil, en la generación de soluciones integrales.

4 CONSIDERACIONES FINALES

La relevante trayectoria de la ley del Plan Nacional Ambiental demuestra su importancia como marco para la construcción del derecho ambiental brasileño, y necesita una idea-fuerza que siga viva en el sistema normativo brasileño desde que fue reforzado por la recepción de la Constitución Federal de 1988.

Como marco jurídico preponderante, trajo características normativas esenciales para la formación del régimen jurídico administrativo brasileño del siglo XXI, estructurando todo el sistema de órganos e instituciones con responsabilidad y compromiso con la cultura de preservación ambiental.

La primera legislación de alcance nacional en materia ambiental fue innovadora y progresiva, en la elaboración del marco de normas y procedimientos sobre los cuales se construyeron todas las demás directivas del sistema nacional del medio ambiente brasileño.

Los criterios ambientales se han ampliado desde 1981. Hoy, los compromisos ambientales adoptados internamente, y a nivel de convenios internacionales, se refieren a aspectos sociales de transparencia democrática, divulgación de las agendas de los órganos ambientales y, sobre todo, cumplimiento del control normativo y administrativo por parte de los líderes políticos de la nación y la sociedad civil en su conjunto.

El surgimiento del tema ambiental en el contexto político y jurídico de Brasil se inserta como un problema público bajo influencia global desde la década de 1970 y, en ese sentido, el surgimiento del PNMA, en 1981, muestra un cambio de paradigma en Brasil, y, al mismo tiempo, la intención de estructurar, a través de principios, fundamentos normativos y de gestión, todas las alternativas posibles para el logro de los objetivos ambientales.

En este sentido, el PNMA resulta ser, aún hoy, un mecanismo normativo de suma utilidad para el diseño de un sistema articulado y coordinado por el Sistema Nacional Ambiental – SISNAMA. Sin embargo, con el avance del

debate sobre el desarrollo sustentable en Brasil, aún existen vacíos para la formulación y ejecución efectiva de políticas ambientales, con resultados que refuerzan la importancia del papel de la autoridad ambiental más técnica y reglamentaria con la aplicación de normas uniformes e instrumentos entre entidades federativas, con transparencia y resultados eficientes.

REFERENCIAS

- ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- BRESSER PEREIRA (1998). **Economia brasileira: Uma introdução crítica**. 3ed. São Paulo: Editora 34. 1998.
- CEPAL (2003) **Proyecciones de América Latina y el Caribe, 2003, Serie estudios estadísticos y prospectivos**, Naciones Unidas, Santiago. Chile.
- CEPAL (2014). **Manual para la evaluación de desastres**. Naciones Unidas. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/35894/1/S2013806_es.pdf.
- CEPAL (2020). **Construir un nuevo futuro Una recuperación transformadora con igualdad y sostenibilidad**. 2020. 26 a 28 de octubre https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46227/1/S2000699_es.pdf.
- COSSÍO BALNDÓN, F., HINESTROZA CUESTA, L. (2017). **La evaluación y seguimiento de las políticas ambientales: una etapa en el olvido**. *Advocatus*, 2 (29). <https://doi.org/10.18041/0124-0102/advocatus.29.1671>.
- GALLASTEGUI ZULAICA, M.^a Carmen(2011). **Los límites al crecimiento, el cambio climático y la innovación**. Departamento de Análisis Económico I Instituto de Economía Pública. UPV/EHU. **RBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura**. Vol. 1 87 - 752 noviembre-diciembre.
- HERMANN, Benjamin (1999). **Legislação Ambiental**. Editora: Imesp. 2 ed. de 1999.
- HOPP, M. y J. FOLEY (2001). “**Global-scale relationships between climate and the dengue fever vector, Aedes aegypti.**” *Climatic Change* 48: 441-463.
- IPEA. Texto para discussão / Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília: Rio de Janeiro. **Gastos ambientais no Brasil: proposta metodológica para aplicação no orçamento federal**. http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8201/1/TD_2354.pdf 2017.
- LIMA, José Luiz. **Políticas de governo e desenvolvimento do setor de energia elétrica: do Código de Águas à crise dos anos 80, 1934-1984**. Rio de Janeiro: Centro da Memória da Eletricidade do Brasil, 1995.

- MAGALHÃES DE MOURA, Adriana Maria (2016). **Governança Ambiental no Brasil**: instituições, atores e políticas públicas. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea). <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/6800>.
- MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MONOSOWSKI, E. **Políticas ambientais e desenvolvimento no Brasil**. São Paulo: Cadernos FUNDAP, 1989.
- ORDOÑEZ, G. **Manual de análisis y diseño de políticas públicas**. Colombia, Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2013.
- PETERSON, A. T. y J. SHAW. **Lutzomyia vectors for cutaneous leishmaniasis in Southern Brazil: ecological niche models, predicted geographic distributions, and climate change effects**. International Journal for Parasitology, 2003.
- PNUMA. Hacia una economía verde: Guía para el desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza. Síntesis para los encargados de la formulación de políticas. New York: **Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente**. Recuperado de: www.unep.org/greeneconomy, 2011.
- RIBEIRO, V. P. **Qualidade do ambiente e seus reflexos econômicos e sociais**. Ministério do Interior, Brasília, DF, 1977.
- SARAVIA LOPEZ, V. Alejandra. (2005). **La economía mundial y América Latina. Tendencias, problemas y desafíos Producto Interno Bruto**; Distribucion del Ingreso; Política Economica; Política Ambiental; Medio Ambiente; Economia; Economia Ambiental; CAK, Curva Ambiental de Kuznets. Buenos Aires. <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/gt/20101013125319/10ParteII5.pdf>.
- SAUER, I. **Um novo modelo para o setor elétrico brasileiro**. São Paulo: Programa de Interunidades de Pós-graduação de Energia/USP, 2002.
- SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas**: conceitos, esquemas de análise e casos práticos. São Paulo: Cengage Learning, 2010.
- VARGAS, José Enrique. CEPAL - **SERIE Medio ambiente y desarrollo. Políticas públicas para la reducción de la vulnerabilidad frente a los desastres naturales**. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/5749/S2002612_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y, 2002.
- WORLD BANK. 1992. World Development Report 1992: Development and the Environment. New York: Oxford University Press. World Bank. <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/5975> License: CC BY 3.0 IGO.

21

RUMO À SUSTENTABILIDADE: A INFLUÊNCIA DO ESG NAS POLÍTICAS PÚBLICAS MODERNAS

*Rubens Sergio S. Vaz Junior*²²⁷

I INTRODUÇÃO

Com o agravamento de crises globais – sejam elas climáticas, sociais ou políticas – nunca foi tão vital buscar estratégias que propiciem um futuro sustentável. Neste contexto, o conceito de ESG (*Environmental, Social and Governance*, em inglês; ou ASG - Ambiental, Social e Governança, em português) vem ganhando cada vez mais relevância. Trata-se de um conjunto de critérios que, aplicados à gestão de empresas e organizações, visam garantir práticas mais sustentáveis e responsáveis. No entanto, o ESG não se limita ao âmbito corporativo, mas é também essencial na formulação de políticas públicas eficientes e duradouras, notadamente em razão do seu potencial de regular o mercado.

Nesse contexto, o ESG consiste, em sua parte ambiental, na gestão responsável dos impactos da organização sobre a natureza; em sua dimensão social, trata-se de garantir um tratamento justo a todos os stakeholders, incluindo funcionários e a comunidade onde a organização atua; e, finalmente, a governança se refere à forma como a organização é dirigida, incluindo a ética de seus líderes e a transparência com a qual lidam com suas responsabilidades. O papel do ESG nas políticas públicas, portanto, é orientar a criação de normas e leis que visem ao bem-estar da sociedade e do meio ambiente, considerando as necessidades das gerações futuras.

Este artigo tem como objetivo explorar a influência do ESG nas políticas públicas contemporâneas, analisando como esses critérios têm sido integrados na elaboração de políticas mais eficientes e sustentáveis. Além

²²⁷ Advogado do RS Advogado. Coordenador do Núcleo Direito Ambiental. Pós-graduado em Direito Ambiental pela FMP, em Direito Público pelo CEJUS e em Processo Civil pela Unifacs. Mestre em Planejamento Ambiental pela Universidade Católica de Salvador desde 2014. Professor titular de direito Ambiental na Escola de Magistratura do Estado da Bahia – EMAB, do Centro de Estudos Jurídicos Aras - CEJAS e do CP Iuris desde 2020. Autor de diversas obras na área ambiental corporativa. E-mail: rsvaz@gmail.com.

de discutir a importância do ESG no contexto atual, o artigo também irá abordar os desafios e oportunidades que a integração do ESG oferece para as políticas públicas.

Estruturado em diversas seções, o artigo começa com uma discussão sobre a origem e a evolução do ESG. Em seguida, será abordada a importância do ESG nas políticas públicas, ilustrada por meio de estudos de casos concretos. Depois, serão explorados os possíveis desafios e oportunidades na integração do ESG na formulação de políticas públicas. Por fim, o artigo concluirá com reflexões sobre o futuro das políticas públicas à luz do ESG, mostrando a exploração do ESG e seu papel nas políticas públicas modernas possa contribuir para um melhor entendimento de como podemos, coletivamente, avançar rumo à sustentabilidade em nosso mundo cada vez mais interconectado e dependente.

2 SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DO ESG

A história do ESG, embora seja uma expressão familiar em muitas salas de reuniões e círculos de políticas públicas hoje, remonta a uma trajetória de preocupações crescentes com a sustentabilidade e a responsabilidade corporativa. As origens deste termo e conceito são encontradas nas primeiras preocupações ambientais e sociais que começaram a surgir em escala global na década de 1960, culminando com a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano em 1972, que fez um chamado global à ação para preservar e melhorar o ambiente humano.

A formalização do termo “ESG” é mais recente. Foi cunhado no relatório *“Who Cares Wins”* (Quem se importa, vence) de 2005, um documento que surgiu de uma iniciativa conjunta de várias instituições financeiras globais. O relatório argumentou que incorporar questões ambientais, sociais e de governança (ESG) na análise de investimentos e na tomada de decisões não é apenas ético, mas também financeiramente prudente.

A publicação deste relatório foi seguida em 2006 pelos Princípios para o Investimento Responsável (PRI) das Nações Unidas, que incorporou o ESG como parte de seu núcleo. Isso criou um padrão globalmente reconhecido que sinalizou a importância do ESG para a comunidade financeira e corporativa.

A evolução do ESG desde então tem sido impressionante. O que começou como um nicho de interesse entre os investidores focados na sustentabilidade tornou-se uma consideração central para empresas, governos e organizações civis em todo o mundo. Esta mudança de paradigma reconhece a necessidade de considerar uma gama mais ampla de riscos e oportunidades, refletindo a complexidade e interdependência do mundo em que vivemos.

No âmbito corporativo, a adesão aos princípios ESG não é mais uma opção, mas uma necessidade estratégica, notadamente pela necessidade do

mercado. Assim, as empresas que ignoram essas questões correm o risco de danos à sua reputação, processos judiciais, perda de clientes e investidores, entre outros problemas. Por outro lado, as empresas que adotam os princípios ESG têm potencial para melhorar sua reputação, aumentar a lealdade do cliente, atrair investimentos de alto valor e garantir a sustentabilidade de longo prazo.

Para os governos, a adoção do ESG em políticas públicas é uma estratégia crucial para enfrentar uma série de desafios socioambientais. Desde a mitigação e adaptação às mudanças climáticas até a promoção da igualdade social e a luta contra a corrupção, a aplicação dos princípios ESG oferece uma abordagem integrada e eficaz para construir um futuro mais sustentável e justo.

Ao longo das últimas duas décadas, vimos uma mudança significativa na forma como as questões de ESG são abordadas e entendidas. No entanto, ainda estamos no início de uma transformação muito maior. À medida que enfrentamos desafios globais cada vez mais urgentes, a necessidade de incorporar totalmente os princípios ESG em todas as esferas de nossa sociedade nunca foi tão grande.

3 A ASCENSÃO DO ESG: UMA MUDANÇA DE PARADIGMA PARA EMPRESAS E GOVERNOS

Nesse contexto, a transformação do ESG de uma tendência de nicho para um componente indispensável da tomada de decisões estratégicas para empresas e governos não ocorreu da noite para o dia. Esta mudança significativa é o resultado de uma crescente compreensão da interdependência do sucesso econômico e da sustentabilidade, e de uma maior conscientização pública sobre questões ambientais, sociais e de governança.

Para as empresas, o ESG se tornou uma consideração importante por várias razões. Primeiro, os investidores começaram a reconhecer que as questões ESG podem afetar diretamente o desempenho financeiro de curto e de longo prazo. Assim, as empresas com sólidas credenciais ESG tendem a ser mais resilientes aos choques econômicos e estão melhor posicionadas para se beneficiar de oportunidades emergentes associadas à transição para uma economia mais verde e justa.

Além disso, a crescente demanda dos consumidores por produtos e serviços sustentáveis tem desempenhado um papel crucial na mudança para práticas empresariais mais responsáveis. Nesse sentido, pesquisas indicam que os consumidores estão cada vez mais dispostos a apoiar empresas que se alinham aos seus valores pessoais e que demonstram um compromisso autêntico com a sustentabilidade.

Por fim, o escrutínio regulatório e a pressão dos stakeholders também têm sido fatores determinantes na mudança para o ESG. Com reguladores

em todo o mundo introduzindo legislação mais rigorosa em torno de questões como mudanças climáticas e direitos humanos, as empresas estão sendo forçadas a colocar o ESG no centro de suas estratégias de negócios para cumprir suas obrigações legais e proteger suas marcas.

Para os governos, a adoção do ESG nas políticas públicas também se tornou essencial. Frente à urgência de desafios globais, como a mudança climática e a desigualdade social, os governos estão percebendo que o foco nos princípios ESG pode ajudar a criar políticas mais eficazes e sustentáveis.

O ESG fornece um quadro para enfrentar problemas complexos de maneira holística, garantindo que as considerações ambientais, sociais e de governança sejam incorporadas desde o início do processo de formulação de políticas. Isso é particularmente importante na era do desenvolvimento sustentável, onde o sucesso de uma política não pode mais ser medido apenas em termos de crescimento econômico, mas também deve levar em conta o impacto sobre o meio ambiente e a justiça social.

Dessa forma, o ESG se tornou uma consideração importante para empresas e governos devido à crescente conscientização sobre a necessidade de uma abordagem mais sustentável e equitativa para a economia e o desenvolvimento. Embora ainda existam desafios a ser superados, o crescente foco no ESG sinaliza uma mudança de paradigma que tem o potencial de levar a um futuro mais sustentável e justo para todos.

4 A IMPORTÂNCIA DOS FATORES ESG NA FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Frente ao cenário retratado, a adoção dos princípios ESG na formulação de políticas públicas é mais do que uma tendência - é uma necessidade iminente para um futuro sustentável e equitativo. A adoção dos fatores ambientais, sociais e de governança (ESG) em políticas públicas não é apenas crucial para alcançar os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) das Nações Unidas, mas também para garantir a resiliência econômica e social a longo prazo.

O componente ambiental do ESG destaca a necessidade de políticas que abordem efetivamente questões como mudanças climáticas, transição energética, perda de biodiversidade e poluição. Dessa maneira, as decisões de políticas devem promover práticas sustentáveis e resilientes ao clima, enquanto incentivam a transição para uma economia verde e baixa em carbono. Da transição energética à gestão de recursos naturais, considerar o pilar ambiental do ESG é fundamental para a sustentabilidade ecológica e a sobrevivência de longo prazo.

Sob o prisma do aspecto social, por sua vez, deve ser abordada questões como direitos humanos, equidade, inclusão e justiça social. Nesse contexto a Administração Pública deve implementar políticas que levam em considera-

ção o fator social do ESG têm o potencial de reduzir desigualdades, promover a inclusão social e garantir que os benefícios e custos das políticas sejam distribuídos de maneira justa. A consideração das questões sociais é vital para promover o bem-estar social e garantir a coesão social.

Por último, mas certamente não menos importante, está a governança - o pilar que assegura a aplicação eficaz dos componentes ambiental e social. Uma boa governança implica transparência, responsabilidade e participação na formulação de políticas. Políticas públicas que incorporam o fator de governança do ESG promovem a tomada de decisões responsável, o que é vital para garantir a confiança e o apoio do público e a eficácia da política.

A consideração dos fatores ESG na formulação de políticas públicas também pode ter benefícios econômicos significativos. As políticas que promovem a sustentabilidade e a responsabilidade social e corporativa podem criar um ambiente de negócios favorável que atrai investimentos sustentáveis, promove a inovação e gera crescimento de longo prazo.

Em suma, incorporar os princípios ESG na formulação de políticas públicas é vital para construir um futuro sustentável e justo. Ao abordar questões ambientais, sociais e de governança de maneira integrada, os governos podem criar políticas mais eficazes e resilientes que atendam às necessidades de suas populações, protejam o meio ambiente e promovam a justiça social e econômica.

5 CASES PRÁTICOS: ESG E POLÍTICAS PÚBLICAS MAIS EFICAZES E SUSTENTÁVEIS

Sob essa ótica, para ilustrar a importância de integrar os princípios ESG na formulação de políticas públicas, vamos explorar alguns exemplos práticos já adotados.

1. Transição Energética e Mudanças Climáticas: Uma das áreas onde os princípios ESG têm um impacto significativo é na política de energia e clima. Países como a Dinamarca e a Alemanha têm promovido a transição para energias renováveis através de políticas públicas que incentivam o investimento em tecnologias verdes e infraestruturas sustentáveis. Estas políticas estão alinhadas com o componente ambiental do ESG e demonstram como a consideração do ESG pode conduzir a políticas que não só protegem o ambiente, mas também criam oportunidades econômicas e empregos.

2. Políticas de Igualdade de Gênero: O pilar social do ESG abrange questões como igualdade de gênero e inclusão social. A Islândia, por exemplo, tem políticas públicas que visam promover a igualdade de gênero no local de trabalho, incluindo leis de igualdade salarial. Estas políticas mostram que a consideração do ESG pode levar a políticas públicas mais justas e inclusivas.

3. **Governança e Transparência:** A Finlândia é um exemplo de um país onde a governança forte, uma parte integral do ESG, é evidente em sua política pública. A transparência é uma prioridade na Finlândia, que utiliza várias ferramentas digitais para manter o público informado e envolvido na tomada de decisões. Essa abertura não só fortalece a confiança do público, mas também permite um maior escrutínio e responsabilidade.

4. **Investimento Sustentável:** A União Europeia (UE) é um exemplo notável de como a consideração dos princípios ESG pode moldar políticas de investimento. A UE implementou um sistema de classificação de “taxonomia verde” que classifica os investimentos com base em seus impactos ambientais. Este sistema ajuda a direcionar o financiamento para atividades econômicas mais sustentáveis, incentivando assim a transição para uma economia verde.

Estes exemplos demonstram claramente que a integração dos princípios ESG na formulação de políticas públicas pode levar a resultados mais efetivos e sustentáveis. Ao considerar questões ambientais, sociais e de governança, os governos podem criar políticas que não só atendem às necessidades atuais, mas também garantem a viabilidade a longo prazo e a resiliência de suas economias e sociedades.

6 DESAFIOS E OPORTUNIDADES NA INTEGRAÇÃO DO ESG NAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Dadas estas condições, a incorporação dos princípios ESG (Ambiental, Social e Governança) nas políticas públicas é uma tarefa multifacetada que traz uma série de desafios e oportunidades para governos e sociedades.

Nesta perspectiva, podemos observar os desafios para a implementação do ESG nas políticas públicas, como sendo:

O primeiro desafio é a complexidade dos princípios ESG, notadamente em razão, da própria complexidade dos princípios ESG. Eles englobam uma ampla gama de aspectos ambientais, sociais e de governança que muitas vezes estão interligados de formas intrincadas. Por exemplo, a promoção de práticas sustentáveis em termos ambientais pode levar a consequências sociais, como a perda de empregos em indústrias tradicionais.

Como os princípios ESG são interdependentes, a administração pública deve implementar uma abordagem holística para a integração desses princípios. Isso envolve considerar o impacto ambiental, social e de governança de todas as políticas públicas e garantir que elas sejam alinhadas em todos os setores e níveis de governo.

O segundo desafio na implementação do ESG é a necessidade de Cooperação Intersectorial e Interinstitucional, especialmente que a cooperação en-

tre diferentes setores e níveis de governo deverá ser implementada. Note-se, ainda, que a natureza transversal dos princípios ESG exige uma abordagem holística e coordenada que pode ser difícil de implementar, especialmente em sistemas de governança complexos. Nesse ponto, a Administração Pública poderá superar o desafio da cooperação entre diferentes setores e níveis de governo, a administração pública pode promover uma cultura de colaboração.

Isso pode envolver a realização de reuniões regulares entre diferentes setores, a criação de equipes de trabalho interdisciplinares e a promoção de uma compreensão comum dos princípios ESG.

Por fim, deve ser mensurado e avaliado a implementação e a aplicação do ESG é um desafio notável. Isto é, a ausência de padrões e métricas universais pode dificultar a avaliação do progresso e a comparação entre diferentes países e regiões. Para superar o desafio da mensuração e avaliação, a administração pública pode trabalhar em parceria com organizações internacionais e especialistas do setor para desenvolver padrões e métricas universais de ESG. Isso ajudará a garantir que as políticas públicas sejam avaliadas de maneira justa e consistente.

Além disso, visando dar efetividade as questões a administração pública podem também promover diálogos abertos e participativos com várias partes interessadas, incluindo a sociedade civil, o setor privado e as comunidades locais. Isso garantirá que as políticas públicas reflitam as necessidades e interesses de todos os stakeholders e ajudará a construir o apoio necessário para a implementação efetiva do ESG.

Ademais, a administração pública pode investir em educação e treinamento para garantir que os formuladores de políticas e outros atores relevantes tenham o conhecimento e as habilidades necessárias para integrar efetivamente os princípios ESG nas políticas públicas.

Com essas estratégias, a administração pública pode superar os desafios de implementação do ESG e promover um desenvolvimento mais sustentável e inclusivo.

Apesar dos desafios apresentados, a integração dos princípios ESG nas políticas públicas traz consigo uma série de oportunidades significativas.

O primeiro ponto, é a promoção do desenvolvimento sustentável e equitativo, nesse ponto deve ser incorporado os princípios ESG em políticas públicas, dessa forma, abre a porta para promoção do desenvolvimento que seja sustentável e equitativo. Ao considerar os aspectos ambientais, sociais e de governança, os governos podem criar estratégias que visem ao bem-estar a longo prazo de suas populações e ao mesmo tempo preservem o meio ambiente para as gerações futuras.

Outro aspecto importante é a atração de investimentos, com a crescente consciência ESG no mundo dos negócios e do investimento significa que as

políticas públicas que se alinham com esses princípios têm o potencial de atrair mais investimentos. Os investidores estão cada vez mais conscientes do impacto ESG de suas carteiras, e as políticas públicas que refletem essa tendência podem tornar um país ou região mais atraente para o investimento.

Em suma, embora a integração dos princípios ESG nas políticas públicas possa ser uma tarefa complexa e desafiadora, as recompensas potenciais tornam essa empreitada uma necessidade. Com planejamento cuidadoso, cooperação e uma abordagem equilibrada, é possível superar os desafios e aproveitar ao máximo as oportunidades que o ESG tem a oferecer.

7 O FUTURO DA POLÍTICAS PÚBLICAS À LUZ DO ESG

Os princípios de ESG (Ambiental, Social e Governança) estão se tornando cada vez mais prevalentes em todas as esferas da vida, do mundo empresarial às políticas públicas. Nesse sentido, vale a pena contemplar como o ESG pode continuar a moldar as políticas públicas no futuro.

7.1 INFLUÊNCIA CRESCENTE DO ESG

A influência dos princípios ESG sobre as políticas públicas provavelmente continuará a crescer no futuro. Isso é impulsionado por uma combinação de fatores, incluindo a crescente consciência pública sobre questões ambientais, sociais e de governança, a pressão dos investidores e a necessidade de uma ação efetiva para enfrentar desafios globais como as mudanças climáticas e a desigualdade social.

A emergência dos princípios ESG (Ambiental, Social e Governança) como um vetor de mudança substancial no cenário político sugere que as políticas públicas futuras serão cada vez mais holísticas e integradas. Esta previsão baseia-se na natureza interdependente dos elementos ESG e na necessidade premente de responder a desafios complexos que requerem uma compreensão aprofundada de sistemas interconectados.

Quando falamos em políticas públicas se tornando mais 'holísticas', estamos nos referindo a uma abordagem que transcende os silos tradicionais da governança. Por exemplo, uma política destinada a promover a energia limpa (uma consideração ambiental do ESG) não só terá implicações óbvias para a redução das emissões de carbono, mas também afetará o emprego (uma questão social) e exigirá mecanismos de regulação eficazes (uma questão de governança). Portanto, não será suficiente tratar esses elementos de maneira isolada. Os formuladores de políticas precisarão considerar os aspectos ESG de forma integrada, compreendendo como os impactos em uma área podem ter repercussões em outra.

A abordagem de "pensamento de sistemas" para a formulação de políticas é, portanto, uma resposta a essa necessidade. O pensamento de sistemas

reconhece que os problemas e suas soluções são multidimensionais e interconectados. Ele requer uma compreensão profunda de como as mudanças em uma parte do sistema podem afetar outras partes do sistema, às vezes de maneiras não lineares e imprevisíveis.

Por exemplo, consideremos uma política destinada a promover o uso de veículos elétricos para reduzir as emissões de gases de efeito estufa. Uma análise de sistema poderia considerar não apenas o impacto direto dessa política na redução das emissões, mas também seus efeitos sobre a demanda de energia e a necessidade de infraestruturas de recarga, os impactos sociais na indústria automobilística tradicional, as questões de governança relacionadas com a regulação e os subsídios, e assim por diante.

Esta nova forma de pensar exige flexibilidade, adaptação e uma vontade de aprender e iterar. Mas, em última análise, oferece uma maneira muito mais robusta e eficaz de criar políticas que não apenas reconhecem a realidade interconectada de nosso mundo, mas também se esforçam para otimizar os resultados em todo o sistema.

8 O PAPEL DAS TECNOLOGIAS EMERGENTES NA IMPLEMENTAÇÃO DO ESG NAS POLÍTICAS PÚBLICAS

À medida que avançamos para uma era cada vez mais digital, as tecnologias de dados e análise estão remodelando muitos aspectos da governança e da política pública. O campo do ESG (Ambiental, Social e Governança) não é exceção a esta tendência. De fato, espera-se que a administração pública faça um uso cada vez maior dessas tecnologias para medir, avaliar e melhorar o desempenho das políticas públicas em relação aos princípios ESG.

O *Big Data*, ou seja, grandes conjuntos de dados que podem ser analisados computacionalmente para revelar padrões, tendências e associações, desempenha um papel crucial nesse processo. O uso de Big Data na monitorização do impacto ambiental das políticas públicas é particularmente promissor. Por exemplo, os dados de satélite podem ser usados para monitorar as mudanças no uso da terra e na cobertura vegetal, os sensores IoT (Internet das Coisas) podem fornecer dados em tempo real sobre a qualidade do ar e da água, e as redes sociais podem oferecer insights sobre a percepção pública e o comportamento em relação a questões ambientais. A análise desses grandes conjuntos de dados pode ajudar a identificar tendências, avaliar a eficácia das políticas existentes e informar o desenvolvimento de novas políticas.

Ao mesmo tempo, a *tecnologia blockchain* pode oferecer novas maneiras de aumentar a transparência e a responsabilidade na governança. A blockchain, a tecnologia por trás das criptomoedas como o Bitcoin, é essencialmente um livro-razão digital que registra transações em vários computadores de forma que os registros não podem ser alterados retroativamente. Isso

a torna ideal para registrar e rastrear a implementação de políticas públicas de forma transparente e verificável. Por exemplo, poderia ser usado para rastrear a proveniência de produtos em uma cadeia de suprimentos para garantir a conformidade com as normas ambientais e sociais, ou para registrar transações financeiras relacionadas a projetos de infraestrutura pública, aumentando assim a transparência e reduzindo a corrupção.

Em resumo, as tecnologias emergentes de dados e análise têm o potencial de revolucionar a forma como as políticas públicas são medidas, avaliadas e implementadas em relação aos princípios ESG. No entanto, o seu uso também levanta questões importantes sobre a privacidade, a segurança dos dados e a inclusão digital, que devem ser abordadas para garantir que estas ferramentas sejam utilizadas de forma ética e responsável.

9 PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS (PPP): AMPLIANDO A APLICAÇÃO DO ESG

A crescente influência dos princípios ESG (Ambiental, Social e Governança) não apenas está moldando a maneira como as políticas públicas são formuladas, mas também está remodelando a dinâmica entre os setores público e privado. À medida que mais empresas adotam esses princípios, uma nova onda de oportunidades para Parcerias Público-Privadas (PPP) está surgindo. Essas colaborações são capazes de enfrentar de maneira mais efetiva os complexos desafios ambientais, sociais e de governança que enfrentamos hoje.

As PPPs, por natureza, oferecem uma plataforma para a colaboração entre o setor público e o privado para alcançar um objetivo comum. Elas permitem que as empresas contribuam com seus recursos, inovações e eficiência operacional, enquanto os governos oferecem orientação regulatória, proteção e financiamento público. No contexto do ESG, essas parcerias podem resultar em soluções mais sustentáveis e socialmente responsáveis.

Por exemplo, uma empresa que desenvolve tecnologia de energia renovável pode formar uma parceria com o governo para implementar essa tecnologia em larga escala. Isso não apenas ajuda a empresa a expandir sua base de clientes e aprimorar sua reputação como líder em sustentabilidade, mas também ajuda o governo a alcançar seus objetivos de redução de emissões e geração de empregos locais.

A colaboração também pode abordar desafios sociais, como desigualdade e inclusão. Empresas do setor privado que adotaram princípios ESG podem colaborar com agências governamentais para oferecer programas de treinamento e educação, criar oportunidades de emprego ou desenvolver infraestrutura em comunidades carentes.

No aspecto da governança, as PPPs podem permitir uma maior transparência e responsabilidade. Empresas que adotam princípios ESG têm um

incentivo maior para operar de forma ética e transparente, e essas práticas podem ser fortalecidas por meio de parcerias com entidades governamentais.

Em suma, o surgimento dos princípios ESG está criando um terreno fértil para colaborações entre os setores público e privado. Essas parcerias podem desempenhar um papel importante na construção de um futuro mais sustentável e equitativo, mas seu sucesso dependerá de um alinhamento cuidadoso de objetivos, valores e expectativas entre todas as partes envolvidas.

10 CONCLUSÃO

Em nosso percurso neste artigo, navegamos pelas águas do ESG (Ambiental, Social e Governança), explorando sua origem, evolução e crescente importância no cenário contemporâneo de políticas públicas. Discutimos como a adoção de princípios ESG está transformando o panorama das políticas públicas, criando uma abordagem mais holística e integrada para enfrentar desafios complexos em escala global.

Analisamos exemplos concretos de como a integração dos princípios ESG tem resultado em políticas públicas mais efetivas e sustentáveis, demonstrando a potencialidade deste modelo. Reconhecemos, no entanto, que a transição para políticas públicas orientadas pelo ESG não está isenta de desafios. Estes incluem a necessidade de mudança cultural, a construção de capacidades, o aprimoramento dos mecanismos de medição e a necessidade de maior transparência e prestação de contas.

Contudo, vimos que, apesar desses obstáculos, a integração do ESG nas políticas públicas apresenta imensas oportunidades. Essas oportunidades incluem a promoção de uma economia mais sustentável e inclusiva, a melhoria da qualidade de vida para as populações e a capacidade de responder de forma mais eficaz e resiliente a crises futuras.

Olhando para o futuro, exploramos como a influência do ESG nas políticas públicas provavelmente se ampliará e se aprofundará. A aplicação crescente de tecnologias de dados e análise, a expansão de Parcerias Público-Privadas e a demanda pública por ação sustentável são apenas alguns dos desenvolvimentos que podem catalisar esta transformação.

Ao fechar esta discussão, fica claro que o ESG não é apenas uma tendência passageira, mas uma mudança paradigmática na forma como concebemos e implementamos políticas públicas. Ao incorporar os princípios de sustentabilidade ambiental, equidade social e boa governança, podemos construir um futuro mais justo, resiliente e sustentável. Portanto, à medida que avançamos, a questão não é mais se as políticas públicas deveriam adotar uma abordagem ESG, mas como podemos fazer isso de forma mais eficaz e inclusiva.

REFERÊNCIAS

- ABRAPP - Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar. (2020). **ESG e Investimentos: Práticas e Perspectivas para o Setor de Previdência Complementar**. Disponível em: <<https://www.abrapp.org.br/wp-content/uploads/2020/09/ESG-e-Investimentos-Abra-pp-2020.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2023.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. São Paulo. Atlas. 20ª edição. 2019
- BM&FBovespa. (2012). **Relatório sobre a sustentabilidade corporativa e investimento no Brasil**. Disponível em: https://www.bmfbovespa.com.br/pt_br/sustentabilidade/relatorio-sustentabilidade/relatorio-2012/. Acesso em: 13 out. 2023.
- BNDES - Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social. (2018). **BNDES e o Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/desenvolvimento-sustentavel/>. Acesso em: 13 out. 2023.
- IBGC - Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. (2015). **Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa**. Disponível em: <https://www.ibgc.org.br/conhecimento/codigo-de-melhores-praticas-de-governanca-corporativa/>. Acesso em: 13 out. 2023.
- Instituto Ethos. (2020). **Guia Temático: A Agenda 2030 e os ODS na Empresa**. Disponível em: <https://www.ethos.org.br/conteudo/indicadores/guias-tematicos/agenda-2030-e-ods-na-empresa/>. Acesso em: 13 out. 2023.
- Lazzarini, S. G. (2018). **Capitalismo de laços: os donos do Brasil e suas conexões**. São Paulo: Elsevier Brasil.
- Santos, J. C., Boaventura, J. M. G., & Espósito, M. (2013). Sustentabilidade e geração de valor: a percepção dos especialistas do mercado financeiro. In: **RAE-Revista de Administração de Empresas**. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 53(3), 330-344.
- Siffert Filho, N. F. (2009). **Gestão ambiental e responsabilidade social corporativa: estratégias de negócios focadas na realidade brasileira**. São Paulo: Atlas. 256 p.
- Souza, M. P., & Romeiro, M. C. (2017). Políticas públicas e ESG: uma análise do Programa Bolsa Família. **Cadernos EBAPE.BR**, 15(3), 682-697. DOI: 10.1590/1679-39515524
- Vieira, M. M. F., & Oliveira, L. G. D. (2003). Desenvolvimento sustentável e a construção dos espaços ecologicamente articulados. In: **RAE-revista de administração de empresas**. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 43(2), 101-112.

AVALIAÇÃO E PERSPECTIVAS DO SISTEMA DE TRANSPORTE PÚBLICO COLETIVO URBANO DE TERESINA

*Naiara de Moraes e Silva*²²⁸

I CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Reiteradas reclamações sobre a precariedade do sistema de transporte público coletivo de Teresina, no Estado brasileiro do Piauí, tornarem-se comuns, e passíveis de confirmação rápida, acaso o leitor queira buscar por consulta simples na internet, na qual verá que há muitos anos, mas com um aprofundamento a partir de 2014, são sinalizadas dificuldades em relação à disponibilização e qualidade dos ônibus nesta Capital.

Na verdade, não é muito diferente, nem menos sofrido à população hi-possuficiente e às partes – laboral e patronal – envolvidas, do que ocorre em sistemas de transporte público de outras cidades de pequeno e mediano porte, equivalentes. Estas, também aprofundam suas problemáticas de transporte em crises continuadas, e que perpetuam as condições mais precárias aos sistemas urbanos de transporte coletivo, e às populações mais vulneráveis socialmente, e que necessitam, por todo o país, do uso de ônibus como principal meio de locomoção.

Diferentemente deste sistema de transportes, objeto de estudo, está uma minoria de sistemas urbanos que usufruem de realidade econômica favorável e vultosa, tal qual de grandes Estados como São Paulo, e até a Capital Federal brasileira, nos quais, subsídios elevados e regulares, mantêm as concessões de serviços públicos com contratos equilibrados, possibilitando uma prestação de serviços minimamente regular, e em melhor qualidade, para essa atividade indispensável.

Nessa perspectiva, este artigo objetiva apresentar os aspectos gerais e desdobramentos dessa temática em relação ao sistema de transporte público coletivo urbano de Teresina, capital do Estado do Piauí, de forma a analisar

²²⁸ Pós-doutora em Direitos Sociais e Humanos pela Universidade de Salamanca (Espanha), Doutora e Mestre em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Piauí (UFPI). Professora efetiva do Curso de Direito da Universidade Estadual do Piauí (UESPI). E-mail: naiaramoraes@hotmail.com.

a política pública de mobilidade urbana, fatores que desencadeiam a continuada situação de dificuldades e suas perspectivas. Além de buscar compreender, para além das questões laborais de empregados e trabalhadores, de que forma o Município de Teresina e os demais Órgãos inerentes atuam na resolução dessa problemática.

Por hipótese, correlaciona-se a má gestão na consecução da política pública de mobilidade urbana, aprofundada pela ausência de acompanhamento concomitante dos Órgãos de Controle, além das dificuldades de incompreensão social e politização da temática, ambos fatores que acabam por perpetuar tais condições precárias, o que se analisa neste artigo por meio de revisão bibliográfica, e a partir de método preponderantemente qualitativo, associado às vivências profissionais desta autora na área.

No mais, o marco teórico é baseado essencialmente no resultado de auditoria de controle publicada pelo Tribunal de Contas dos Estado do Piauí, ainda neste ano, o qual é a base da revisão bibliográfica, pela qual, e a partir dos questionamentos e resultados esperados, busca-se confirmar a hipótese apresentada.

2 REFERENCIAL TEÓRICO E DESENVOLVIMENTO

2.1 PANORAMA DO SISTEMA DE TRANSPORTE COLETIVO URBANO DE TERESINA

Inicialmente, buscando situar o leitor em um panorama jurídico da temática, destaque-se que o setor de transportes é legitimado por meio de vários normativos, como a Constituição Federal, o Estatuto das Cidades, a Lei nº 10.257/2001, a Política de Mobilidade Urbana, Lei nº 12.587/2012, e, em um contexto mais local, isto é, da Cidade de Teresina, a Lei Orgânica do Município, o Plano Diretor de Ordenamento Territorial, Lei nº 5481/2019, e, por fim, o Plano Diretor de Transporte e Mobilidade Urbana – PMTU (TERESINA (PI), 2008).

Considere-se, ainda, que o transporte é reconhecido constitucionalmente como um direito social (art. 6º, CF88), sendo assegurado tanto aos trabalhadores urbanos e rurais (art. 7º, CF88), enquanto integrante de um conjunto de direitos que asseguram condições mínimas de qualidade de vida a todos os cidadãos, sendo de competência da União instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano e transporte urbano (art. 21, XX, CF88), bem como diretrizes sobre a política nacional de transporte (art. 22, IX, CF88).

Já aos municípios, restou assegurada a competência de organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, estando o transporte público coletivo inserido em tal competência (art. 30, V, CF88). No âmbito dos regulamentos municipais (Lei

nº 10.257/2001), surgiram requisitos legais significativos como a obrigatoriedade de elaboração de plano integrado de transporte para cidades com mais de 500 mil habitantes (art. 41, § 2º), e a situação de inclusão da cidade de Teresina se insere nessa perspectiva, já que possui hoje, segundos dados recentes do IBGE (2022), mais de 860 mil habitantes. Sendo que no contexto local, vale ainda citar a elaboração incompleta do plano de mobilidade urbana sustentável, demonstrando os esforços dessa Capital na regulação e melhoria de condições de mobilidade em geral.

O serviço de transporte público, enquanto direito essencial, é de fundamental importância para as cidades e seus cidadãos, pois é evidente que grande parte da população brasileira faz uso do transporte público diariamente para acessar escolas, postos de saúde, deslocar-se ao trabalho ou mesmo ir a uma delegacia registrar simples boletim de ocorrência, dependendo, pois, do meio de transporte para garantir o acesso a outros direitos básicos como educação, saúde e segurança pública.

O sistema de transporte coletivo urbano de Teresina é regulamentado pela Lei Municipal nº 3.946, de 16 de dezembro de 2009, e, é possível vê-lo como um conjunto de rotas, infraestrutura, veículos e equipamentos disponíveis aos usuários para atender às suas necessidades de transporte. Em termos de modais, os serviços que fazem parte do transporte público podem ser prestados de cinco formas: Serviço Convencional, Serviço Seletivo, especiais, experimentais, extraordinários (art. 3º, § 1º, Lei nº 3.946/2009). A fiscalização do Tribunal de Contas do Estado do Piauí, em referência neste trabalho, voltou sua atenção para os serviços habituais, em especial, ao transporte público realizado por ônibus no município de Teresina.

O transporte coletivo urbano de Teresina tem origens histórica no ano de 1927, quando representava um pequeno trecho com aproximadamente 3,0 km de extensão, tendo por traçado a Rua Grande (atual Rua Álvaro Mendes), finalizando na atual Estação Ferroviária de Teresina (situada na Av. Miguel Rosa), no centro da Capital. Este sistema operou por um curto período, encerrando, a prestação do serviço, por volta do final de 1929. O transporte individual, por sua vez, começou a circular na cidade nas décadas de 1920 e 1930, sendo que o emprego de ônibus ocorreu pouco tempo depois, já na década de 1930, com a disponibilização de veículos da empresa Volante Piauiense.

Historicamente, aponta em coletânea no relatório do Tribunal de Contas do Estado, os primeiros ônibus urbanos atendiam ao centro da cidade, principalmente as praças Rio Branco e Pedro II. E, nas décadas de 1960 e 1970, com a ampliação da frota decorrente da interligação rodoviária da cidade ao sistema de integração nacional e com o aumento dos fluxos migratórios, a cidade foi dotada de um terminal de ônibus na Praça da Bandeira (centro). Foi nesse mesmo período, que Teresina experimentou um cresci-

mento populacional expressivo, passando de 230.168 habitantes em 1970 para 871.126 mil habitantes em 2021 (CEPRO/SEPLAN, 2021), ampliando-se, por conseguinte, a necessidade de políticas públicas voltadas para a mobilidade urbana, notadamente no que se refere ao transporte público coletivo da cidade.

Na década de 1990, Teresina contava com um sistema de transporte coletivo urbano composto por linhas radiais, circulares e diametrais, que já se demonstrava insuficiente para atender à demanda de passageiros da cidade, conforme estudos técnicos elaborados à época, em que já se estabeleciam críticas sobre o valor da tarifa, superposição de itinerários de ônibus, pagamento de mais de uma tarifa para uma única jornada e insuficiência da frota, por causa da crescente ampliação dos trajetos de ônibus.

No Plano de Mobilidade Urbana de Teresina, elaborado em 2008, foi concebido novo formato para o sistema de Transporte Público Coletivo de Teresina, que passaria do radial para o tronco-alimentado. Assim, em 2013, a Prefeitura Municipal de Teresina deflagrou processo licitatório de concessão para implementação do sistema tronco-alimentado, dividindo a cidade em quatro zonas de exploração: Norte, Leste, Sudeste e Sul que compuseram respectivamente os 4 (quatro) lotes do certame.

Dessa forma, tal qual se observa no cenário atual, a partir de 2015, o Sistema de Transporte Público Urbano de Teresina passou a ser operado pelos Consórcios Poty (Lote 1), Urbanus (Lote 2), Theresina (Lote 3) e pela Empresa Transcol (Lote 4). Cada um comprometido em operar com uma determinada frota, em uma quantidade de linhas e viagens, de modo a atender o usuário de forma mais efetiva e eficaz. Esse sistema operou, inicialmente, de forma radial enquanto obras estruturantes como corredores e os terminais de integração estavam sendo executados, ocorrendo, então, a migração para o sistema tronco alimentado.

Há que se destacar que a transição para o novo sistema, o tronco-alimentador, operando com as alimentadoras via terminais de integração, não se deu de forma pacífica, enfrentando sérios obstáculos seja por falta de experiência dos operadores, seja por falta de informações adequadas aos usuários. Essa transição resultou em uma avaliação negativa e, na maioria das vezes equivocada da vantajosidade do Sistema Inthebra em Teresina.

Na sequência, a ocorrência da pandemia de COVID - 19 trouxe ainda mais prejuízos que impactaram o sistema de modo a acentuar os problemas graves que já vinham ocorrendo. Os terminais de integração foram desativados e o sistema voltou a funcionar de forma radial, o que ainda ocorre neste ano, em 2023, sem maiores alterações de saída de uma profunda crise que se instalou.

Além dos problemas operacionais decorrentes da implantação do Inthebra, o Sistema de Transporte Público Coletivo Urbano de Ônibus de Tere-

sina vem enfrentando, nos últimos anos, a queda da demanda de passageiros que vêm migrando para uso de outros meios de locomoção. Essa situação, aliada a severos aumentos nos preços dos combustíveis, repercute significativamente na equação econômico-financeira do Sistema, resultando em recorrentes atrasos no adimplemento dos compromissos assumidos, como por exemplo, a folha salarial. 56.

Atualmente, tal qual fixado em relatório do Tribunal de Contas, encontra-se vigente uma Ordem de Serviço do órgão gestor do Sistema determinando aos operadores a oferta aos usuários de uma frota de 226 ônibus, distribuídas em 72 linhas, com execução de 1.483 viagens/dia útil. E apesar dos esforços de retomada do Sistema, inclusive com a assinatura de termo de acordo de repasse municipal de subsídio de 3,3 (três milhões e trezentos mil reais) por mês, não há perspectiva de ampliação da frota para mais de 300 (trezentos) veículos em circulação, e ainda com deficiências, o que aprofunda a comprovação de expressiva redução na prestação de serviços à população.

O espelho da situação é acompanhado por um nível de insatisfação dos usuários do transporte público que repercute, diariamente, nos meios de comunicação e é corroborada pela precariedade do serviço oferecido à população. Sendo, pois, um serviço extremamente complexo, já se percebe que, para um diagnóstico preciso da operacionalização do Sistema, torna-se necessário uma ampla avaliação dos vários componentes que interagem concomitantemente para a prestação desse serviço que é de interesse de toda a comunidade, descritos no tópico a seguir de forma resumida para auxiliar a compreensão dos desafios e perspectivas que o Sistema de Transporte Coletivo Urbano da Capital Piauiense possui.

2.2 AVALIAÇÕES DE AUDITORIA TCE-PIEM 2023 E PERSPECTIVAS PARA O TRANSPORTE PÚBLICO COLETIVO DE TERESINA

Como fonte de estudo público, a Auditoria realizada dentro das Normas Brasileiras de Auditoria para Indústria Pública – NBASP, pelo Tribunal de Contas do Estado do Piauí, em 2023, buscou avaliar 05 (cinco) objetivos específicos sobre Transporte Coletivo da Capital Piauiense, quais sejam: (i) Avaliar se a Prefeitura de Teresina tem priorizado investimentos para o sistema de transporte público coletivo; (ii) Avaliar a vantajosidade da adoção da integração no sistema de transporte público coletivo urbano de Teresina; (iii) Avaliar o modelo de remuneração do sistema de transporte público coletivo urbano de Teresina; (iv) Avaliar a integridade do sistema de bilhetagem eletrônica; (v) Avaliar o desempenho da STRANS na fiscalização da operação do sistema de transporte público coletivo urbano (TCE, 2023).

Em sessões específicas foram apresentadas as conclusões relacionadas às respectivas questões de auditoria, estando destacados, a seguir, de forma

resumida e sequenciada os pontos considerados. Por exemplo, sobre problemas na Integração de Rotas Interterminais, constatou-se que a integração entre os diferentes tipos de rotas oferecidas pelo Sistema Inthebra foi prejudicada devido à falta de implementação das rotas interterminais entre zonas, como originalmente previsto no Edital da Concorrência nº 001/2014. Essa deficiência foi identificada durante inspeções presenciais e confirmada por representantes da STRANS (TCE, 2023).

Além disso, a não implementação dessas rotas pode ter sido causada pela baixa demanda de passageiros entre as zonas da cidade ou pela não implementação completa dos equipamentos conforme o Projeto Básico. Isso possivelmente resultou em tempos de viagem mais longos para os usuários que precisavam se deslocar entre as zonas, pois eles eram obrigados a se dirigir ao centro da cidade antes de seguir para seus destinos finais (TCE, 2023).

Acerca de preocupações com a Segurança de Equipamentos, observou-se que as estações de transbordo no canteiro central da cidade não oferecem garantias de segurança adequadas para o equipamento ou para os usuários que aguardam os ônibus nesses locais. Essa situação vai de encontro ao estipulado no artigo 14, “iv” da Lei nº 12.587/2013 (Política Nacional de Mobilidade Urbana), que estabelece o direito do usuário a um ambiente seguro ao utilizar o Sistema de Mobilidade (TCE, 2023).

Essa falta de segurança foi confirmada por meio de reportagens na mídia, inspeções presenciais e informações obtidas junto aos representantes da STRANS. É importante destacar que o relatório apontou que uma rescisão de convênio entre a Polícia Militar e a Prefeitura Municipal de Teresina, que tinha como objetivo garantir a segurança desses equipamentos, pode ser uma das causas da depreciação das estações. Essa percepção de insegurança por parte dos usuários também pode ter contribuído para afastá-los do Sistema.

No sentido de perda de Receitas Complementares, não foi identificado o recebimento das receitas provenientes da publicidade, que, de acordo com o Edital da Concorrência nº 001/2014, deveriam fazer parte da receita global do sistema. Essa situação foi constatada durante inspeções presenciais e na análise dos extratos bancários do FUNTRAN, e posteriormente foi confirmada por representantes da STRANS. Essa situação pode ter origem em deficiências na fiscalização por parte da STRANS, visto que propagandas foram veiculadas nos ônibus, mas as ‘quotas’ correspondentes não foram devidamente depositadas no Fundo. Essa falta de receitas acessórias resultou no aumento do aporte de subsídios do Poder Público ao Sistema (TCE, 2023).

Analizando mais critérios relativos à política pública, o Tribunal de Contas (2023) aponta sobre a ausência de Integração Física, considerando que os Terminais de Integração foram desativados devido à preocupação com a contaminação pela pandemia de Covid-19, o que significa que o Sistema deixou de contar com a integração física conforme inicialmente planejado

no Edital da Concorrência nº 001/2014. No entanto, apesar de ter passado todo o período mais crítico da pandemia, de acordo com observações no local e informações obtidas junto à STRANS, os terminais não voltaram a operar. Isso resultou na preferência pelo sistema radial em detrimento do sistema tronco-alimentado, caracterizado pela ineficiência e sobreposição de rotas.

Em relação aos defeitos no Pavimento nas Rotas dos Ônibus nos Bairros, durante inspeções presenciais, foram identificados defeitos do tipo “painelas” em vários trechos das vias dos bairros que servem como rotas alimentadoras no sistema tronco-alimentado. Conforme constatação, esses defeitos podem ser atribuídos à falta de controle tecnológico durante a construção das vias, conforme estabelecido na Norma DNIT nº 031/2006, ou à falta de manutenção preventiva, planejada e corretiva. Esses problemas prejudicam a operação do sistema, pois podem causar danos aos ônibus quando passam por esses trechos ou forçar desvios de rotas para evitar danos. Além disso, resultam em custos mais altos de manutenção para o operador e causam desconforto aos passageiros devido à trepidação dos veículos (TCE, 2023).

Sobre a falta de Coordenação entre Rotas Alimentadoras e Troncais durante a Operação do Inthebra, feita uma análise das reportagens veiculadas na mídia na época e informações obtidas junto a representantes da STRANS revelou-se uma concentração excessiva de passageiros nos terminais de integração (TCE, 2023). Isso pode ser resultado da falta de um sistema automatizado de controle de fluxo de veículos e do modelo de pagamento pelo usuário, levando a tempos de espera muito maiores do que o planejado, o que contraria as diretrizes do Edital da Concorrência nº 001/2014.

Também foi destacado ponto referente à fragilidade do Modelo de Remuneração diante de Flutuações na Demanda e nos Custos Operacionais, pois, devido à remuneração dos operadores ser sensível às flutuações na demanda e nos custos operacionais, é necessária uma revisão frequente dos contratos para manter o equilíbrio do sistema (TCE, 2023). Essa instabilidade contratual resulta frequentemente em disputas entre o poder concedente e os concessionários, pois as reduções no número de passageiros transportados e/ou o aumento dos custos operacionais afetam a quantidade de subsídios necessários para o sistema, exigindo medidas adicionais de gestão por parte do poder concedente.

Constatou-se que, dependendo do grau de gestão contratual, isso pode levar à precarização do serviço e ao colapso do sistema, posto que a excessiva dependência da Receita Tarifária dos Passageiros no Sistema de Transporte Público Urbano de Teresina é atualmente insuficiente para a manutenção à contento de todo o sistema. Sendo que, inicialmente, previa-se que 94% da receita do sistema de transporte público de Teresina seria gerada pela ‘Arrecadação Tarifária’ dos passageiros, enquanto apenas 6% seriam provenientes de ‘Subsídios Complementares’ (TCE, 2023).

Essa dependência elevada da arrecadação tarifária deixa o sistema vulnerável a possíveis quedas na receita tarifária, o que poderia impactar negativamente o fluxo de caixa dos consórcios e requerer subsídios adicionais para manter a receita bruta necessária para a operação. Sem a implementação de medidas corretivas por parte do poder concedente, essa situação pode levar a uma deterioração dos serviços e a uma migração dos usuários para outros modais de transporte, contribuindo para um possível colapso do sistema.

Outro ponto destacado em relatório (TCE, 2023) está na falta de Cláusulas Contratuais para Compartilhamento de Riscos, sendo que a ausência de cláusulas que regulem o compartilhamento de riscos entre as partes e a presença de cláusulas contratuais abrangentes relacionadas a revisões contratuais (como estipulado na Cláusula 33^a dos contratos de concessão) podem resultar na alocação unilateral dos riscos associados ao serviço concedido, colocando um ônus exclusivo sobre o poder concedente.

A auditoria também se posicionou em relação à falta de Políticas e Controle de Segurança de Dados do Sistema de Bilhetagem Eletrônica (SBE), sendo que a norma NBR ISSO/IEC 27001:2013 estabelece requisitos para um sistema de gestão de segurança da informação (SGSI), enquanto a NBR ISSO/IEC 27002:2013 fornece um código de boas práticas em segurança da informação. Essas normas delineiam diretrizes para planejamento, implementação, monitoramento, gerenciamento de riscos e melhoria contínua da segurança da informação em organizações.

Para um sistema de bilhetagem eletrônica, garantir a segurança da informação é crucial, dada a necessidade de proteger dados de usuários, informações financeiras e registros de viagens. Em uma entrevista com o Consórcio Operacional SITT, o gestor afirmou possuir um documento que aborda segurança da informação no sistema de bilhetagem, embora não tenha compartilhado detalhes sobre suas práticas específicas. Formalizar um documento que descreva as políticas de segurança de informações adotadas ajuda a mitigar riscos como perda, adulteração, fraude e vazamento de dados.

De acordo com o Projeto Básico – Especificações Básicas do Sistema Eletrônico de Bilhetagem publicado no edital de concorrência, a STRANS é responsável por realizar auditorias para verificar a integridade do Sistema Eletrônico de Bilhetagem. Além disso, a norma NBR ISSO/IEC 27002:2013 – Seção 15 destaca a importância de auditorias certificadas por organizações independentes como um critério essencial para garantir a entrega adequada das informações fornecidas pelo SEB. No entanto, o consórcio operacional e a STRANS, em entrevistas, não mencionaram a realização dessas auditorias. A falta de estrutura e pessoal na área de Tecnologia da Informação (TI) do órgão fiscalizador e a ausência de disposições contratuais que estabeleçam a periodicidade e obrigatoriedade dessas auditorias limitam a sua realização. A condução dessas auditorias certificadas por organizações independentes tem

como finalidade avaliar a conformidade do SEB com as normas estabelecidas, como a ISSO 27001 (Segurança da Informação), e verificar a integridade dos dados do sistema para evitar ou mitigar riscos de perda, adulteração e fraude na transmissão das informações do sistema.

O Projeto Básico – Especificações Básicas do Sistema Eletrônico de Bilhetagem, publicado no edital de concorrência, estipula que o SEB deve fornecer relatórios financeiros detalhados sobre os créditos armazenados nos cartões recarregáveis dos usuários. Além disso, a Lei 8.987/1995, em seu artigo 30, exige que a concessionária transmita ao poder concedente todos os seus dados econômicos e financeiros. Durante uma entrevista com a STRANS, foi relatada a dificuldade em obter esses dados, e eles desconhecem a quantidade de créditos retidos no sistema. O Consórcio Operacional SITT argumenta que não tem a obrigação de fornecer esses dados, pois são informações privadas originadas das operações comerciais das empresas. A falta de conhecimento sobre esses valores representa uma receita que escapa ao controle do Poder Público e prejudica a capacidade de determinar a verdadeira arrecadação tarifária do SEB.

O Tribunal de Contas (2023) observou, ainda, sobre a falta de Controle Efetivo do Cumprimento das Ordens de Serviço pelos Operadores do Sistema. Essa questão decorre de conflitos de interesses, já que os dados são coletados, processados e fornecidos pelas próprias empresas contratadas, sem a possibilidade de verificação precisa pelo poder público. Além disso, a STRANS não estabeleceu controles internos eficazes para verificar os dados do sistema de bilhetagem. Isso foi evidenciado pela constatação de que os dados de bilhetagem são operados pelo SITT e pelas empresas contratadas, pela falta de conformidade na prestação do serviço de acordo com as diretrizes emitidas pelo Gestor e nas Ordens de Serviço que não seguem a cláusula 12 do edital de concorrência. A falta de controle adequado resulta em falta de transparência no cumprimento efetivo das ordens de serviço, mina a confiança entre as partes envolvidas e resulta na prestação precária do serviço.

Ademais, verificou-se como parâmetro avaliador desta política quantitativo de fiscais em número insuficiente de profissionais para fiscalizar adequadamente a prestação do serviço de transporte público pelos operadores do Sistema, seja devido à falta de concursos públicos específicos ou à ausência de contratação direta de pessoal. Isso foi corroborado pela declaração do órgão de que possui apenas 35 fiscais disponíveis (TCE, 2023).

Observou-se, ainda, a ausência de um plano de capacitação para os fiscais, devido à falta de programas de cursos e treinamentos para os profissionais envolvidos na fiscalização. Essa situação foi confirmada pelas informações fornecidas pela STRANS, que indicaram a ausência de cursos e treinamentos nos últimos anos. Também foi observada a falta de aplicação de penalidades diante de condutas irregulares por parte dos operadores. Isso se

deve à carência de uma logística adequada para a aplicação de multas, como evidenciado pelas informações fornecidas pela STRANS, que destacaram o elevado número de notificações registradas sem a conclusão do processo de aplicação de penalidades (TCE, 2023). Tal situação pode resultar na impunidade dos infratores e na persistência de problemas na prestação do serviço.

Foi constatado, ainda, que, devido à ausência de contratos entre as concessionárias e uma empresa especializada em monitorar os indicadores de desempenho, conforme estipulado no capítulo IX dos contratos de concessão, não há acompanhamento adequado dos indicadores de desempenho do sistema. Essa lacuna, conforme relatado pela STRANS, enfraquece as ações de melhoria, dificulta a identificação de oportunidades de aprimoramento, impede o monitoramento do desempenho das concessionárias, prejudica a implementação de um sistema de gestão de qualidade e restringe a capacidade de exercício do controle social (TCE, 2023).

Neste atual contexto, a STRANS possui dificuldades de efetuar uma fiscalização e controle eficazes dos contratos foi atribuída a diversos fatores, incluindo a posição estratégica e decisória do órgão, uma estrutura organizacional insuficiente, a falta de logística para investigar irregularidades e aplicar penalidades aos operadores do sistema, a ausência de parâmetros para monitorar a prestação de serviços, a insuficiência de recursos humanos e materiais para uma fiscalização eficaz. Essas conclusões foram respaldadas por informações contidas em um Relatório de Análise Técnica, pelo organograma da prefeitura municipal e da STRANS, pela falta de divulgação de informações sobre o desempenho da prestação de serviços, pelas notificações emitidas sem a cobrança de multas, pela ausência de um plano de capacitação técnica para os fiscais e pelas repetidas reclamações dos usuários sobre o desempenho do sistema. Como resultado, a operação do sistema não está em conformidade, o serviço é precário e a capacidade de controle sobre a prestação de serviços é deficiente.

O relatório do TCE-PI (2023) ainda destacou um tópico sobre Investimentos em Mobilidade Urbana e Priorização do Transporte Público, pontuando que, apesar dos consideráveis gastos em infraestrutura urbana destinados à mobilidade, que totalizaram R\$ 531,53 milhões durante o período de 2014 a 2022, esses recursos parecem ter sido predominantemente alocados na implantação e manutenção da infraestrutura viária urbana, favorecendo o transporte individual motorizado. Notadamente, um montante significativo de R\$ 451,03 milhões foi direcionado a essa forma de intervenção.

Consequentemente, foi possível inferir que a Prefeitura Municipal não implementou uma abordagem sistemática de investimento na infraestrutura relacionada ao Transporte Público Coletivo Urbano (TPCU), como preconizado na Política Nacional de Mobilidade Urbana, conforme estabelecido na Lei nº 12.587/2012, em seu artigo 6º, inciso II. Essa diretriz enfatiza a

priorização do serviço de transporte público sobre o transporte individual motorizado.

Embora o Inthebra tenha sido concebido com o propósito de aprimorar a eficiência do Sistema de Transporte Público Coletivo, ao evitar a sobreposição de rotas de ônibus característica do sistema radial, constatou-se que a gestão operacional do Sistema não foi capaz de proporcionar a melhoria prevista pelo Inthebra para os usuários, ou seja, o aumento no número de viagens. O objetivo era expandir a cobertura de rotas de ônibus na cidade, oferecendo mais opções de trajeto aos usuários para alcançar seus destinos.

Contudo, relatos na mídia e informações obtidas junto a representantes da STRANS indicaram que os usuários não experimentaram essa melhoria, devido, em primeiro lugar, à não implementação de todas as linhas planejadas, como no caso das linhas interterminais entre zonas. Em segundo lugar, a falta de coordenação operacional entre as linhas alimentadoras e troncais resultou na concentração excessiva de passageiros nos terminais de integração, levando a longos tempos de espera que superaram as projeções.

Concluiu, em análise, o TCE-PI (2023), que, à luz das metas estabelecidas no Edital de Concorrência nº 001/2014, ficou evidente que o sistema proposto obteve progressos por um período, incluindo a integração física que contribuiu para a melhoria da eficiência com a implementação dos Terminais de Integração. Entretanto, esses terminais foram desativados desde o início da pandemia de Covid-19, revertendo o sistema para um modelo radial.

Além disso, fatores como a deterioração e a oferta irregular de ônibus contribuíram para o declínio do TPCU, levando à perda de passageiros para meios de transporte alternativos ou informais. Portanto, diante da não realização de algumas metas pelo Inthebra, é plausível afirmar que, até o momento, o Sistema não demonstrou ser eficiente e eficaz e, conseqüentemente, efetivo (TCE, 2023).

Em análise específica sobre o modelo de remuneração em vigor para o sistema de transporte público coletivo urbano de Teresina, o TCE-PI (2023) verificou que subsídios complementares fornecidos pelo poder concedente foram responsáveis por 6% da arrecadação global, enquanto as receitas alternativas representariam apenas 0,23%. No entanto, essa estrutura de receitas, na qual a principal fonte é a tarifa paga pelos usuários, pode desestabilizar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, uma vez que eventual diminuição no número de passageiros pode resultar em uma queda significativa na arrecadação tarifária, comprometendo assim a viabilidade da prestação adequada do serviço. Como resultado, a arrecadação global do sistema dependeria de repasses adicionais de subsídios do poder público.

Constatou-se, ainda, que custos operacionais representam em média 78% da receita bruta dos consórcios, com variações pouco significativas en-

tre os quatro lotes. Em outras palavras, para cada R\$100,00 recebidos pelos consórcios, aproximadamente R\$ 78,00 são destinados a cobrir despesas com pessoal e insumos para a operação, com base nas propostas comerciais apresentadas durante a licitação em 2014 (TCE, 2023). Isso sugere que os custos operacionais foram a maior parcela de despesas previstas pelos licitantes em suas propostas comerciais. Essa configuração dos custos operacionais sugere possíveis razões que afetaram a sustentabilidade do sistema de transporte público de Teresina, uma vez que ocorreram alterações significativas nos principais custos de operação nos últimos 8 anos, especialmente no preço dos combustíveis.

O modelo de remuneração vigente (Passageiros pagantes – PCTi) demonstra fragilidade devido à volatilidade de sua principal variável, o número de passageiros pagantes transportados (PCTi). Essa característica gera conflitos contratuais na esfera administrativa e judicial, dada a necessidade constante de reequilíbrios contratuais por meio de revisões da Tarifa de Remuneração (TPI) para manutenção da receita bruta necessária à operação. Quando esses pleitos de revisão se prolongam no tempo ou não são atendidos, e o poder concedente não fiscaliza de forma efetiva a prestação dos serviços, pode ocorrer um comprometimento da qualidade do serviço, com os concessionários suprimindo custos operacionais para maximizar seus ganhos ou reduzir suas perdas.

A gestão contratual a cargo do poder concedente tem papel crucial frente a contratos de concessão de serviço de transporte público coletivo urbano (TPCU), tendo em vista suas características intrínsecas e os riscos associados a demanda, ao custo operacional e aos investimentos. Ademais, é indispensável a colaboração entre o Consórcio Operacional e a STRANS. Essa colaboração entre partes, muitas vezes descrita em relações não pacíficas, deveria garantir a eficiência do sistema na gestão da arrecadação, mas falha na recepção e validação dos dados pelo poder concedente. Assim, conclui o TCE-PI (2023) que, a STRANS tem enfrentado desafios significativos em relação ao cumprimento de suas responsabilidades na gestão do Sistema de Transporte Público de Teresina. E, com base nas informações coletadas e analisadas, torna-se evidente que, apesar dos esforços da STRANS para promover atividades de fiscalização e controle, não tem conseguido alcançar eficácia satisfatória em suas ações em conformidade com a Política Nacional de Mobilidade Urbana, a Lei 8.666/93 e a Lei 8957/95.

Como perspectivas de sugestões e acompanhamentos direcionados ao Município de Teresina, em especial à entidade auditada, que possui a autonomia e a capacidade necessárias para implementá-las (ISSAI 3000/126), e, muito embora as recomendações construtivas e práticas possam promover uma gestão eficaz do setor público, a auditoria foi cautelosa ao fornecer recomendações detalhadas, a fim de evitar a sobreposição com as funções da

administração e, conseqüentemente, preservar sua própria imparcialidade (ISSAI 4000/216). Porém, recomendou pontos importantes que descritos a seguir neste artigo, como verdadeiro caminho de perspectiva de análise da política pública de mobilidade urbana de Teresina.

Recomendou-se, pois, estabelecer um monitoramento sistemático do desempenho dos pavimentos das vias urbanas, com o propósito de implementar uma gestão de manutenção de pavimentação mais eficiente. Isso pode levar a uma otimização dos recursos investidos na malha viária da cidade, especialmente considerando os consideráveis gastos em pavimentação urbana, que atingiram R\$ 239,87 milhões. Melhorar as condições de tráfego das vias utilizadas pelo transporte coletivo urbano pode resultar em uma redução nos custos operacionais do sistema de TPCU, contribuindo para a sustentabilidade econômica das redes de transporte público coletivo de passageiros (Lei Nº 12.587/2012, art. 6º, VIII).

Além disso, o TCE-PI (2023) pontuou como recomendável priorizar a manutenção das drenagens nos bairros, como medida preventiva para evitar problemas relacionados ao pavimento e, assim, prolongar sua vida útil, em conformidade com o artigo 2º, “iv” da Lei Nº 11.445/2007, que destaca a drenagem como um dos princípios fundamentais do saneamento básico.

Também aconselhou realizar a manutenção adequada do pavimento das vias alimentadoras, garantindo que ele seja estruturalmente capaz de suportar o tráfego dos ônibus. Isso ajudará a prevenir danos aos veículos, que, por sua vez, resultam em aumentos nos custos de reparo e desvios de rotas. As diretrizes da Norma DNIT 005/2003 - TER e o Manual de Restauração de Pavimentos Asfálticos - 2ª edição do DNIT oferecem orientações sobre como identificar tipos de patologias e os tratamentos adequados para corrigir essas irregularidades.

Em curto prazo, encaminhou como perspectivas a realizar reparos nos terminais de integração para solucionar problemas como infiltrações e a necessidade de capinação. Os Terminais de Integração são centrais para o funcionamento do sistema tronco-alimentado e devem oferecer um ambiente seguro e acessível aos usuários (Lei Nº 12.587/2012, art. 14, “iv”). E, realizar a manutenção corretiva das estações de transbordo para garantir condições adequadas de uso e conforto aos usuários, incentivando assim a utilização do sistema (Lei Nº 12.587/2012, art. 14, “iv”).

Para o TCE-PI, é prioridade investir em segurança para as estações de transbordo, abrigos e paradas de ônibus por meio da disponibilização de equipamentos e pessoal qualificado, visando reconquistar usuários insatisfeitos. Isso está alinhado com a preocupação com a segurança dos passageiros em seus deslocamentos (Lei Nº 12.587/2012, art. 5º, “vi” e art. 9º, § 5º). Assim como também é prioridade de curto prazo descrita, exigir o depósito das receitas alternativas com publicidade na conta vinculada ao FUNTRAN,

conforme o artigo 9º, § 5º e o artigo 10, “v” da Lei Nº 12.587/2012, para cobrir déficits no TPCU.

Em médio prazo, o TCE-PI ponderou por considerar as seguintes medidas: realizar estudos técnicos para otimizar os itinerários dos ônibus, identificando as melhores rotas em termos financeiros e operacionais, inclusive das linhas interterminais. Implementar as medidas sugeridas para alcançar maior eficiência no sistema (Lei nº 12.587/2012, art. 5º, “iv” e “ix”, e art. 37 da Constituição Federal de 1988); viabilizar o retorno da utilização dos terminais de integração por meio de estudos técnicos adequados para corrigir as falhas observadas na primeira fase da operação, tornando o sistema tronco-alimentado moderno, confortável e eficiente (Lei nº 12.587/2012, art. 37 da Constituição Federal de 1988 e art. 8º, “vii”); substituir as paradas de ônibus por abrigos para oferecer maior conforto e proteção aos usuários, em conformidade com o artigo 14, “i” e “iv” da Lei Nº 12.587/2012, que estabelece o direito do usuário a um serviço adequado e a um ambiente seguro e acessível.

Como recomendações de longo prazo, o TCE-PI pontuou como necessários locais específicos para pontos de comércio nos terminais de integração, atraindo o consumo de usuários e gerando receitas acessórias que possam reduzir os subsídios necessários do ente público (Lei Nº 12.587/2012, art. 9º, § 5º); além de construir locais turísticos que funcionem como polos de atração para visitantes, especialmente nos finais de semana. Ademais, que se estabeleça uma taxa de estacionamento para veículos particulares nesses locais, direcionando a receita para a manutenção do transporte público coletivo de ônibus (Lei Nº 12.587/2012, art. 9º, § 5º), entre outros aspectos considerados em extenso relatório expedido.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo científico buscou analisar a política pública de mobilidade urbana relacionada ao sistema de transporte público coletivo urbano de Teresina, capital do Estado do Piauí, a qual tem vivido uma crise continuada neste setor, com reiteradas paralisações dos serviços públicos de transporte, em decorrência de greves dos motoristas e cobradores de ônibus, bem como outras reclamações de usuários frente às precariedades na disponibilização de viagens.

O relatório de auditoria do TCE desempenhou um papel central no estudo, fornecendo uma visão detalhada das áreas problemáticas do sistema de transporte público coletivo.

Através de minuciosa análise do Sistema de Transporte Público Coletivo Urbano de Teresina, Piauí, com base nos principais pontos abordados no relatório de auditoria elaborado pelo Tribunal de Contas do Estado (TCE),

percebeu-se que a efetivação de uma política pública tão complexa necessita de uma comunicação eficaz com os operadores do sistema de transporte público municipal para definir um nível de serviço que atenda às necessidades dos usuários e esteja alinhado com as limitações orçamentárias do município. Além disso, é crucial adotar medidas que garantam a sustentabilidade de longo prazo, como a melhoria da eficiência operacional, diversificação das fontes de financiamento e adoção de tecnologias sustentáveis.

As deficiências operacionais, financeiras e de infraestrutura destacadas em Relatório foram investigadas em profundidade e sintetizadas neste foco de estudo visando compreender suas implicações para a qualidade do serviço oferecido aos cidadãos de Teresina. Toda a avaliação revelou uma série de desafios significativos, incluindo a inadequação da infraestrutura, a falta de integração eficiente entre diferentes modos de transporte e a baixa qualidade percebida pelos passageiros.

Nesse sentido, a análise do relatório de auditoria serviu como ponto de partida para discutir soluções viáveis para esses problemas. Esse estudo se propôs a apresentar perspectivas de melhoria que abrangem desde investimentos em modernização e expansão da infraestrutura até a implementação de tecnologias inovadoras para aprimorar a experiência do usuário. Além disso, o envolvimento da comunidade e a consideração das necessidades dos cidadãos são enfatizados como fatores críticos na implementação bem-sucedida das perspectivas de melhoria.

Observou-se, ainda, a necessidade de incentivar o uso do transporte público por meio de políticas de mobilidade urbana que priorizem o transporte coletivo em detrimento do transporte individual. Isso pode incluir a criação de tarifas diferenciadas para grupos sociais específicos ou horários determinados, bem como melhorias na acessibilidade para pessoas com deficiência e mobilidade reduzida. Essas medidas visam melhorar a qualidade do serviço e tornar o transporte público uma opção mais atrativa.

Entende-se que não haverá solução viável à crise continuado do Sistema de Transporte Coletivo Urbano de Teresina sem a implementação de uma gestão contratual do sistema baseada na comunicação contínua com os operadores do sistema, levando em consideração as fragilidades do modelo de remuneração vigente e seus riscos associados. Isso permitirá tomar medidas corretivas a tempo de evitar a precarização e o colapso do sistema.

Através de processos participativos, como pesquisas de opinião e audiências públicas continuadas, é possível garantir que as mudanças propostas atendam às expectativas e demandas da população. Em resumo, este artigo científico cumpriu seus objetivos sintetizando uma avaliação profunda e embasada do Sistema de Transporte Público Coletivo Urbano de Teresina, Piauí, com base no relatório de auditoria do TCE e, ao destacar os principais desafios e propor perspectivas de melhoria fundamentadas, buscou contri-

buir para a construção de um sistema de transporte público mais eficiente, acessível e alinhado com as necessidades da população e os objetivos de desenvolvimento urbano.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 ago. 2023.
- BRASIL. Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes. Diretoria de Planejamento e Pesquisa. Coordenação Geral de Estudos e Pesquisa. Instituto de Pesquisas Rodoviárias. **Manual de Restauração de pavimentos asfálticos - 2. ed.** - Rio de Janeiro, 2005. 310p. (IPR. Publ. 720,). Disponível em: https://www.gov.br/dnit/pt-br/assuntos/planejamento-e-pesquisa/ipr/coletanea-de-manuais/vigentes/720_manual_restauracao_pavimentos_afalticos.pdf. Acesso em: 25 ago. 2023.
- BRASIL. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm. Acesso em: 22 ago. 2023.
- BRASIL. **Lei nº 12.587, de 03 de janeiro de 2012**. Institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana; (...). Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112587.htm. Acesso em: 22 ago. 2023.
- CEPRO/SEPLAN (PI). **Informe Socioeconômico**. Teresina, 2021: Superintendência CEPRO/SEPLAN. Disponível em http://www.cepro.pi.gov.br/download/202109/CEPRO30_a12a8a8f8f.pdf . Acesso em 25 ago. 2023.
- DNIT (2003). **005/2003: Defeitos nos pavimentos flexíveis e semi-rígidos Terminologia**. Rio de Janeiro: Ministério dos Transportes Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes Diretoria de Planejamento e Pesquisa Instituto de Pesquisas Rodoviárias, 2003. 12 p. Disponível em: https://www.gov.br/dnit/pt-br/assuntos/planejamento-e-pesquisa/ipr/coletanea-de-normas/coletanea-de-normas/terminologia-ter/dnit_005_2003_ter-1.pdf. Acesso em: 25 ago. 2023.
- IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo Brasileiro de 2022**. Teresina: IBGE, 2022. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/pi/teresina/panorama>. Acesso em: 25 ago. 2023.

- TCE, Tribunal de Contas do Estado do Piauí (org.). **Relatório de Auditoria:** avaliação do sistema de transporte público coletivo de teresina. Teresina: Secex/Dinfra, 2023. 86 p. N° do processo: TC/009266/2021. Relator: Cons. Subst. Delano Carneiro da Cunha Câmara. Procurador: José Araújo Pinheiro Junior. Disponível em: <https://sistemas.tce.pi.gov.br/tceviewer/index.xhtml?codigoProtocolo=009266/2021>. Acesso em: 28 ago. 2023.
- TERESINA (PI). **Lei Complementar nº 5.481, de 20 de dezembro de 2019.** Dispõe sobre o Plano Diretor de Teresina, denominado “Plano Diretor de Ordenamento Territorial - PDOT”, e dá outras providências. Teresina, PI: Prefeitura Municipal de Teresina. Disponível em: <https://semplan.teresina.pi.gov.br/wp-content/uploads/sites/39/2020/02/Lei-n%C2%BA-5.481-Comp.-de-20.12.2019-PDOT.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2023.
- TERESINA (PI). **Lei nº 3.946, de 16 de dezembro de 2009.** Dispõe sobre o regulamento do serviço de transporte coletivo urbano de Teresina; cria o ‘Portal da Transparência do Transporte Público Coletivo de Teresina’, e dá outras providências. Teresina, PI: Prefeitura Municipal de Teresina. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=180522>. Acesso em: 25 ago. 2023.
- TERESINA (PI). **Lei Orgânica do Município nº s/n, de 22 de novembro de 2011. Lei Orgânica do Município de Teresina.** Teresina, PI: Prefeitura Municipal de Teresina. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/lei-organica-teresina-pi>. Acesso em: 25 ago. 2023.
- TERESINA (PI). **Plano Diretor de Transporte e Reestruturação da Rede de Transportes Coletivos de Passageiros do Município de Teresina.** Relatório Final – jun./2008.

23

RECUPERAÇÃO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: PROMOVENDO O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E A ESTABILIDADE

*Antonio Evangelista de Souza Netto*²²⁹

1 INTRODUÇÃO

A busca incessante por estabilidade econômica e desenvolvimento tem sido uma constante ao longo da história da humanidade. Em todos os cantos do mundo, governos e sociedades enfrentam desafios econômicos complexos e em constante mutação, que exigem abordagens igualmente dinâmicas e eficazes. Nesse cenário, as políticas públicas surgem como um conjunto de estratégias e ações coordenadas pelo Estado, visando atender às necessidades e aspirações da sociedade, promovendo o bem-estar e impulsionando o progresso.

No epicentro dessas políticas públicas, encontramos uma peça fundamental que muitas vezes é subestimada em seu impacto e alcance: a recuperação judicial de empresas. Esse mecanismo jurídico, frequentemente enraizado em complexas legislações, atua como um pilar essencial na promoção de objetivos governamentais que vão desde a preservação de empregos até o estímulo ao empreendedorismo e à competitividade empresarial.

Este artigo se propõe a explorar profundamente a interseção entre a recuperação judicial e as políticas públicas, lançando luz sobre uma relação muitas vezes negligenciada, mas que é de extrema relevância no cenário econômico contemporâneo. Ao longo das próximas seções, mergulharemos em um vasto oceano de conceitos, princípios orientadores, objetivos específicos e práticas concretas, examinando como a recuperação judicial se torna um instrumento vital para o cumprimento de metas governamentais.

²²⁹ Pós-doutor em Direito pelas Universidades de Salamanca (ES), Messina (IT) e Coimbra (PT). Doutor em Direito pela PUC/SP. Juiz de direito titular de entrância final do TJPR.

Iniciaremos nossa jornada com uma análise aprofundada dos fundamentos das políticas públicas, definindo-as como ações deliberadas do Estado para alcançar metas de interesse público. Reconhecemos que essas metas podem variar amplamente, desde a promoção da estabilidade econômica e social até a garantia de justiça e igualdade, passando pelo fomento ao crescimento econômico e ao empreendedorismo.

Em seguida, nos aprofundaremos na recuperação judicial, desvendando seus princípios orientadores, que incluem a preservação da empresa, a maximização dos ativos, a inerência do risco, o impacto social e a transparência. Cada um desses princípios se entrelaça de maneira intrincada com os objetivos das políticas públicas, transformando a recuperação judicial de um processo legal em um instrumento de política pública.

Continuaremos nossa exploração, considerando a utilização de procedimentos autocompositivos, como mediação e conciliação, no contexto da recuperação judicial. Revelaremos como essas abordagens podem facilitar soluções colaborativas, beneficiando todas as partes envolvidas, enquanto simultaneamente promovem os objetivos de políticas públicas, como a redução de litígios e a eficiência processual.

Avançaremos então para o financiamento do devedor durante o processo de recuperação judicial, conhecido como DIP Financing. Destacaremos o papel crítico que esse mecanismo desempenha ao fornecer recursos essenciais para empresas em crise, permitindo sua reestruturação, preservando empregos e cumprindo obrigações com credores e empregados.

Nosso roteiro incluirá uma análise cuidadosa do plano especial de recuperação judicial para microempresas e empresas de pequeno porte, ressaltando como essa abordagem específica se relaciona com as políticas públicas voltadas para o desenvolvimento econômico local.

Contudo, reconhecemos que a recuperação judicial não é uma ferramenta universalmente aplicável. Abordaremos a inaplicabilidade da Lei nº 11.101/2005 a determinadas entidades, como empresas públicas e instituições financeiras, explorando as implicações dessa exclusão e como ela pode ser conciliada com os objetivos das políticas públicas.

Além disso, lançaremos luz sobre o papel do cooperativismo e da economia solidária no contexto da recuperação judicial, destacando como esses princípios podem contribuir significativamente para o alcance dos objetivos de políticas públicas relacionados à inclusão e à justiça social.

À medida que nossa exploração se aprofundar, consideraremos também desafios e implicações da insolvência transnacional e a importância da representatividade na Assembleia-Geral de Credores da Recuperação Judicial, reconhecendo a complexidade que envolve questões que transcendem fronteiras.

Adicionalmente, detalharemos os meios de recuperação judicial conforme estabelecidos na legislação, demonstrando como esses meios podem ser aplicados estrategicamente para atender aos objetivos das políticas públicas.

Ao discutir os desafios na implementação dessas políticas e as oportunidades que surgem, reforçaremos como a recuperação judicial é uma ferramenta versátil e eficaz que não apenas reabilita empresas, mas também cumpre uma função social crucial.

Concluiremos nossa jornada enfatizando a importância de continuar a pesquisa nesse campo e de explorar ainda mais a recuperação judicial como um instrumento essencial para o desenvolvimento econômico e a estabilidade, alinhando-se com os objetivos das políticas públicas. Este artigo oferece uma análise abrangente das complexas interações entre a recuperação judicial e as políticas públicas, convidando à reflexão e ao aprofundamento desse tema fundamental.

2 POLÍTICAS PÚBLICAS: FUNDAMENTOS E CONCEITOS

As políticas públicas representam um dos instrumentos mais poderosos e visíveis da ação governamental em qualquer sociedade. São, essencialmente, a manifestação das escolhas feitas pelos governantes e legisladores em resposta às demandas e desafios enfrentados por uma nação em um dado momento. Para compreender adequadamente o papel da recuperação judicial de empresas como instrumento de políticas públicas, é fundamental estabelecer uma base sólida em relação aos fundamentos e conceitos subjacentes às políticas públicas.

2.1 DEFINIÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O termo “políticas públicas” é frequentemente utilizado, mas nem sempre compreendido de maneira clara e precisa. Em sua essência, políticas públicas podem ser definidas como ações e decisões tomadas pelo governo ou agentes governamentais para alcançar objetivos específicos relacionados ao interesse público. Elas representam o conjunto de estratégias e medidas que uma sociedade adota para lidar com questões complexas e desafios que vão além da capacidade de resolução individual.

As políticas públicas podem abranger uma ampla gama de áreas, desde saúde e educação até economia, segurança, meio ambiente e justiça social. Em suma, são uma forma de o governo traduzir sua visão e prioridades em ações concretas que afetam a vida dos cidadãos.

2.2 OBJETIVOS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

As políticas públicas são formuladas e implementadas com uma série de objetivos em mente. Esses objetivos podem variar dependendo do contexto e das necessidades específicas de uma sociedade, mas geralmente incluem:

- **Promoção do Bem-Estar:** Muitas políticas públicas têm como objetivo central melhorar o bem-estar e a qualidade de vida dos cidadãos. Isso pode envolver o acesso a serviços de saúde de qualidade, educação adequada, habitação digna e assistência social.

- **Estabilidade Econômica:** A estabilidade econômica é uma preocupação fundamental para muitos governos. Políticas públicas nessa área buscam manter a inflação sob controle, promover o crescimento econômico sustentável e garantir o pleno emprego.

- **Justiça Social:** As políticas públicas também buscam promover a justiça social, combatendo a desigualdade e garantindo igualdade de oportunidades para todos os membros da sociedade, independentemente de sua origem, raça, gênero ou classe social.

- **Segurança e Defesa:** A segurança nacional e a defesa dos interesses do país são objetivos essenciais das políticas públicas, envolvendo questões de segurança interna e externa.

- **Desenvolvimento Sustentável:** O desenvolvimento sustentável é uma preocupação crescente em todo o mundo, com políticas públicas voltadas para a preservação do meio ambiente e o uso responsável dos recursos naturais.

- **Competitividade e Crescimento Empresarial:** No contexto específico das empresas, políticas públicas podem visar a promoção da competitividade e o crescimento econômico por meio do apoio às atividades empresariais.

2.3 O PROCESSO DE FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A formulação de políticas públicas é um processo complexo e multifacetado. Geralmente, envolve as seguintes etapas:

- **Identificação de Problemas:** A primeira etapa é a identificação de um problema ou desafio que requer atenção governamental. Isso pode ser feito por meio de análises, pesquisas, feedback da sociedade civil e outras fontes.

- **Formulação de Alternativas:** Uma vez identificado o problema, são desenvolvidas alternativas de políticas para abordá-lo. Isso envolve a avaliação de diferentes abordagens e estratégias.

- **Tomada de Decisão:** As alternativas são apresentadas aos decisores políticos, que escolhem a política a ser implementada. Isso pode acontecer

no âmbito do Legislativo, Executivo ou Judiciário, dependendo do sistema político de cada país.

- **Implementação:** A política selecionada é então implementada por meio de programas, projetos e ações governamentais. Isso pode envolver a alocação de recursos, a criação de agências ou departamentos específicos e a definição de regulamentos.

- **Avaliação e Monitoramento:** Após a implementação, as políticas públicas são avaliadas e monitoradas para verificar sua eficácia na abordagem do problema identificado. Os resultados podem levar a ajustes ou reformulações das políticas.²³⁰

2.4 A RECUPERAÇÃO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A recuperação judicial de empresas, muitas vezes vista tão somente sob o aspecto estritamente jurídico-processual, é também um componente crítico das políticas públicas. Ela se encaixa em diversos objetivos governamentais, como a preservação de empregos, a promoção da estabilidade econômica e o estímulo ao empreendedorismo. À medida que exploramos a recuperação judicial neste artigo, é essencial lembrar que ela não está isolada do contexto mais amplo das políticas públicas, mas é uma parte integrante desse cenário, desempenhando um papel essencial na busca por um futuro econômico e social mais promissor.²³¹

²³⁰ No âmbito do Comitê de Monitoramento e Avaliação de Subsídios - CMAS do Conselho de Monitoramento e Avaliação de Políticas Públicas - CMAP, entre outros Boletins de Avaliação de Políticas Públicas, confira os seguintes: i) Boletim nº 25 - Empréstimos da União ao BNDES; ii) Boletim nº 32 - Rede Federal de Educação Profissional, Científica e Tecnológica (RFEPCT); iii) Boletim nº 29 - Conservação e Recuperação de Ativos de Infraestrutura da União - Manutenção de Rodovias; iv) Boletim nº 26 - Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT); v) Boletim nº 24 - Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FNDCT); vi) Boletim nº 23 - Dedução de Despesa com Educação no IRPF; vii) Boletim nº 22 - Microempreendedor Individual (MEI); viii) Boletim nº 17 - Atenção Primária à Saúde; iv) Boletim nº 14 - Simples Nacional; x) Boletim nº 9 - Leasing de Aeronaves; e vi) Boletim nº 6 - PSR e PROAGRO. Acesse: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/avaliacao-de-politicas-publicas>.

²³¹ Ordinariamente as crises econômicas se superam por fatores endógenos ao próprio mercado, notadamente quando os próprios agentes econômicos, interagindo entre si, realocam seus ativos, reorganizam os seus fatores de produção e reestruturam suas atividades. Nessas hipóteses são os próprios fatores do mercado e a o protagonismo dos agentes econômicos privados que permitem a superação das crises. Esta capacidade regenerativa é nominada de solução de mercado, onde não há, via de regra, intervenção do Estado ou utilização de instrumentos jurídicos positivos para a superação de crises. Ocorre que nem sempre a força regenerativa do mercado é capaz de conter alguns colapsos econômicos, deflagrados por inumeráveis fatores, com ou sem concorrência voluntária e consciente de alguns agentes. Nesses casos de patologias intrassistêmicas, que inibem a deflagração dos mecanismos de readequação econômica do mercado, a crise não pode superada

3 RECUPERAÇÃO JUDICIAL: PRINCÍPIOS E OBJETIVOS

A recuperação judicial é um complexo processo jurídico que desempenha um papel fundamental no contexto das políticas públicas e na sociedade como um todo. É essencial compreender alguns dos princípios e objetivos subjacentes a esse processo para perceber sua conexão intrínseca com os interesses públicos, sociais e econômicos.²³²

3.1 PRINCÍPIOS ORIENTADORES DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A recuperação judicial é norteada por princípios sólidos que fornecem uma base sólida para sua aplicação. Esses princípios, delineados na Lei de Recuperação Empresarial e Falência (LREF), estabelecem uma estrutura que equilibra os interesses dos devedores, credores e da sociedade em geral.²³³

3.1.1 Princípio da Preservação da Empresa

O princípio da preservação da empresa reconhece a empresa não apenas como uma entidade de interesse para seus proprietários, mas como uma ins-

por mera solução de mercado. Tratando-se de crises econômicas que não se superam naturalmente por uma solução de mercado, é preciso lançar mão de outros instrumentos (jurídicos ou não) para promover tais objetivos. A recuperação judicial é um desses instrumentos jurídicos. Por meio dela são conjugados os esforços de todos os interessados (e.g. Estado, credores e colaboradores) na superação da crise empresarial e na continuidade do exercício da atividade empresarial.

²³² No ordenamento jurídico brasileiro existem diversos procedimentos utilizados para a liquidação, resolução ou superação de crises econômico-financeiras. Alguns deles podem ser encontrados no Código de Processo Civil de 1973 (que estabelece procedimento específico para a hipótese de insolvência civil), no Decreto-Lei nº 73/1966 (que estabelece procedimentos de intervenção e liquidação nas seguradoras), na Lei nº 6.024/1974 (que cuida da intervenção e da liquidação extrajudicial de instituições financeiras), entre outras. A recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência, reguladas na lei nº 11.101/05 (LREF), são alguns dos procedimentos dessa natureza, aplicáveis a devedores empresários que atendam a algumas condições. Para o estudo da atuação do juiz na falência recomendamos: MENDONÇA, J.X. Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro v. VIII**. São Paulo: Freitas Bastos s/a, 7ª Edição, 1962, p. 11; FERREIRA, Waldemar Martins. **Instituições de Direito Comercial. 4ª Volume – A Falência**. São Paulo: Livraria Editora Freitas Bastos, 1946, p. 14 e seguintes; ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de Falência e Recuperação de Empresa**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 16 e seguintes.

²³³ Mesmo que não haja previsão expressa de alguns, os procedimentos previstos na LREF serão orientados por alguns princípios específicos, que servirão como diretrizes para orientar a interpretação e aplicação das normas contidas na LREF. O Substitutivo ao projeto de lei do Senado Federal nº 487/2013, que pretende a reforma do Código Comercial, por exemplo, elenca os seguintes princípios: i) inerência do risco a qualquer atividade empresarial; ii) impacto social da crise da empresa; iii) transparência nas medidas de prevenção e solução da crise; e iv) boa-fé e cooperação; v) cooperação judiciária internacional.

tuição vital para a sociedade. Ele enfatiza a importância de manter a continuidade das operações da empresa, garantindo sua função social, criação de empregos e contribuição para a atividade econômica.

Este princípio está intrinsecamente relacionado com os objetivos das políticas públicas, pois a manutenção da fonte produtora e do emprego são fundamentais para a estabilidade econômica e o bem-estar da sociedade como um todo. A empresa não é apenas um mecanismo de geração de lucro; ela desempenha um papel vital na comunidade e no crescimento econômico.

3.1.2 Princípio da Maximização dos Ativos

O princípio da maximização dos ativos visa otimizar o valor dos recursos da empresa em dificuldades. Isso pode envolver a venda de ativos essenciais ou não essenciais, a reestruturação de dívidas ou a busca por novas fontes de financiamento. O objetivo subjacente é garantir que os ativos da empresa sejam utilizados de maneira eficaz para atender às demandas dos credores e manter as operações em andamento.²³⁴

Esse princípio se alinha com os objetivos de políticas públicas, especialmente no que diz respeito à estabilidade econômica. A maximização dos ativos contribui para o pagamento de dívidas, fortalecendo o sistema financeiro e fomentando a confiança dos investidores, o que, por sua vez, promove o crescimento econômico.

3.1.3 Princípio da Inerência do Risco a Qualquer Atividade Empresarial

O princípio da inerência do risco reconhece que a atividade empresarial envolve incertezas e riscos. Ele enfatiza que empreender sempre traz consigo a possibilidade de enfrentar dificuldades financeiras e, por conseguinte, a necessidade de recorrer à recuperação judicial.

Esse princípio é relevante para a implementação de políticas públicas que buscam estimular o empreendedorismo e a atividade econômica. Uma

²³⁴ O princípio da maximização dos ativos recomenda a assunção de todas as medidas (jurídicas, administrativas e negociais), possíveis e adequadas, para a colheita eficiente de resultados positivos, decorrente da exploração e alienação de ativos empresariais. Esse princípio não está expressamente previsto nas disposições da LREF que tratam da falência e da recuperação judicial, embora possa ser deduzido de diversos dispositivos legais, a exemplo do art. 75 da LREF. No contexto da insolvência transnacional também é possível notar que, segundo o Art. 167-A, IV da LREF, a disciplina desses procedimentos objetiva proporcionar mecanismos efetivos para, entre outros fins, proteger e maximizar o valor dos ativos do devedor. Tanto na falência como na recuperação judicial os ativos devem ser empregados e alienados segundo a forma que puder trazer mais vantagens para o devedor e para os seus credores. Assim, havendo mais de uma possibilidade de utilização do recurso, deve-se optar pelo emprego que permita a produção de melhores resultados qualitativos e quantitativos

abordagem excessivamente punitiva em relação à falência ou à recuperação judicial pode desencorajar investimentos e inovações, prejudicando a economia em sua totalidade.

3.1.4 Princípio do Impacto Social da Crise

O princípio do impacto social da crise reconhece que crises empresariais têm consequências significativas para a sociedade. A falência ou o fechamento de uma empresa pode resultar na perda de empregos, afetar comunidades locais e impactar fornecedores e parceiros comerciais.

Este princípio destaca a importância da recuperação judicial na preservação da estabilidade social, um dos principais objetivos das políticas públicas. Ao promover a continuidade das operações e a manutenção do emprego, a recuperação judicial ajuda a mitigar o impacto negativo da crise empresarial na sociedade em sua totalidade.

3.1.5 Princípio da Transparência

A transparência é um princípio fundamental na recuperação judicial. Significa que todas as medidas tomadas no processo devem ser transparentes e devidamente documentadas, garantindo que todas as partes interessadas tenham acesso às informações necessárias para tomar decisões informadas.

Este princípio está alinhado com os objetivos de políticas públicas que buscam promover a justiça e a equidade. A transparência assegura que todos os credores e partes envolvidas tenham igualdade de condições no processo, protegendo os interesses públicos.

3.2 Objetivos da Recuperação Judicial de Empresas

Em linhas gerais a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do devedor empresário, visam permitir a superação de crises empresariais e a continuidade da produção dos efeitos socioeconômicos gerados empresa, com ou sem afastamento do devedor do mercado.

Tanto a falência como a recuperação judicial objetivam, em suma, preservar a empresa para que ela continue desempenhando sua função social.²³⁵

Dizendo de maneira mais detalhada, o objetivo da recuperação é viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor empresário com o fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores. Com isso estimula-se

²³⁵ Para o estudo da crise da empresa recomendamos: COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Comercial – volume III. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 231 e seguintes.

a atividade econômica ao mesmo tempo em que se preserva a empresa e se permite a continuidade do cumprimento da correspondente função social.²³⁶

Esses objetivos são os pilares fundamentais da recuperação judicial e se conectam diretamente com os propósitos mais amplos das políticas públicas:

- **Preservação da Empresa e do Emprego:** A manutenção da fonte produtora e do emprego são cruciais para a estabilidade econômica e social, e esse objetivo da recuperação judicial se alinha perfeitamente com os interesses públicos em promover o bem-estar da sociedade.

- **Estímulo à Atividade Econômica:** A recuperação judicial não apenas preserva a empresa, mas também a reabilita, estimulando seu retorno a uma posição financeira saudável. Isso contribui diretamente para os objetivos de crescimento econômico das políticas públicas.

- **Interesses dos Credores e Função Social da Empresa:** A recuperação judicial visa equilibrar os interesses dos credores com a função social da empresa, evitando que os credores sofram perdas excessivas, ao mesmo tempo em que assegura que a empresa continue cumprindo seu papel na sociedade.

Em resumo, a recuperação judicial não é apenas uma ferramenta legal para empresas em dificuldades; é um mecanismo que desempenha um papel central na promoção dos objetivos das políticas públicas relacionados à estabilidade econômica, crescimento, justiça e equidade. Entender essa interconexão é essencial para uma abordagem eficaz da recuperação judicial no contexto das políticas públicas.²³⁷

4 UTILIZAÇÃO DE PROCEDIMENTOS AUTIOCOMPOSITIVOS NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A utilização de procedimentos autocompositivos, como conciliação e mediação, desempenha um papel fundamental no contexto da recuperação judicial, oferecendo uma abordagem alternativa e muitas vezes mais eficaz

²³⁶ Lei nº 11.101/2005 (Lei de Recuperação Empresarial e Falência – LREF): Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor; a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

²³⁷ No que toca ao Brasil, confira os números apontados pelos Indicadores Econômicos do Serasa Experian, relativos aos seguintes aspectos: i) atividades do comércio; ii) demanda do consumidor por crédito; iii) demanda das empresas por crédito; iv) inadimplência das empresas em geral; v) inadimplência das microempresas e empresas de pequeno porte; vi) inadimplência do consumidor; vii) recuperação de crédito das empresas; viii) recuperação de crédito do consumidor; ix) criação de novas empresas; x) falências (requeridas e decretadas); xi) recuperações judiciais (requeridas, deferidas e concedidas). Acesse: <https://www.serasaexperian.com.br/conteudos/indicadores-economicos/>.

para a resolução de conflitos. A Lei de Recuperação Empresarial e Falência (LREF) estabelece disposições específicas para promover a conciliação e mediação no âmbito desse processo.²³⁸

4.1 CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A conciliação e a mediação são métodos consensuais de resolução de conflitos que têm como objetivo principal alcançar acordos mutuamente aceitáveis entre as partes envolvidas. Na recuperação judicial, esses procedimentos são incentivados e podem ser aplicados em várias fases do processo, desde a fase pré-processual até o segundo grau de jurisdição e nos Tribunais Superiores.

Uma das características mais importantes desses métodos é que eles não implicam a suspensão dos prazos previstos na LREF, a menos que as partes concordem em contrário ou haja determinação judicial nesse sentido. Isso significa que a conciliação e a mediação podem ocorrer de forma eficiente, sem atrasar o andamento do processo de recuperação judicial.

4.2 APLICAÇÕES ESPECÍFICAS DA CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A Lei nº 14.112/2020 trouxe importantes alterações à LREF, abrindo espaço para a aplicação da conciliação e mediação em situações específicas relacionadas à recuperação judicial. Algumas dessas situações incluem:

4.2.1 Disputas entre Sócios e Acionistas

Conflitos entre sócios e acionistas de sociedades em dificuldade ou em recuperação judicial podem ser resolvidos por meio da conciliação e mediação, tanto nas fases pré-processual quanto processual. Isso contribui para evitar litígios prolongados e promover acordos que atendam aos interesses de todas as partes envolvidas.

²³⁸ Com as recentes alterações, nos termos do art. 20-A, ficou estabelecido que em todos os processos de insolvência submetidos ao regime jurídico da LFRE deve haver, na medida do possível, emprego de métodos consensuais de superação de conflitos, como a mediação, a conciliação e os demais instrumentos autocompositivos equivalentes. O estímulo e a promoção da aplicação desses instrumentos, segundo o aludido artigo, precisam ocorrer em todos as fases processuais e em todos os graus de jurisdição, até mesmo nos recursos interpostos perante os Tribunais Superiores. De acordo com a nova disciplina as medidas autocompositivas poderão ser empregadas antes ou durante os processos de insolvência, nos termos do art. 20-B. Ainda que a LFRE aluda às fases processual e pré-processual, o melhor entendimento é de que, à vista das particularidades do caso concreto, os métodos poderão ser aplicados mesmo após o encerramento da relação processual para, por exemplo, facilitar o cumprimento das determinações assentadas na fase processual.

4.2.2 Concessionárias e Permissionárias de Serviços Públicos

A LREF prevê a possibilidade de conciliação e mediação em conflitos envolvendo concessionárias ou permissionárias de serviços públicos em recuperação judicial e órgãos reguladores ou entes públicos. Isso é particularmente relevante para garantir a continuidade dos serviços públicos, mesmo em situações de dificuldade financeira das empresas.²³⁹

4.2.3 Créditos Extraconcursais em Períodos de Calamidade Pública

Durante períodos de vigência de estado de calamidade pública, a conciliação e a mediação podem ser empregadas para negociar créditos extraconcursais contra empresas em recuperação judicial. Isso visa assegurar a continuidade da prestação de serviços essenciais à sociedade, mesmo em cenários adversos.²⁴⁰

4.2.4 Negociação Prévia ao Pedido de Recuperação Judicial

A LREF também permite a utilização da conciliação e mediação na negociação de dívidas e formas de pagamento antes do ajuizamento do pedido de recuperação judicial. Essa abordagem pró-ativa pode ajudar as empresas

239 A título ilustrativo, ressalte-se que o Tribunal de Contas da União (TCU) estabeleceu a Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (SecexConsenso) com o objetivo de promover políticas públicas e a segurança jurídica na resolução colaborativa e ágil de questões envolvendo a sociedade e entes públicos. A SecexConsenso começou a operar no início de 2023 e suas responsabilidades e criação são definidas pela Instrução Normativa (IN) 91/2022, com modificações introduzidas pela IN 92/2023. Acesse em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/pesquisa/ato-normativo>

240 O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) foi responsável pela criação inúmeros atos normativos relacionados à superação consensual de controvérsias, inclusive no contexto da Pandemia da Covid-19. Entre outras, podem ser citadas as seguintes: i) Recomendação 71/2020 – Dispõe sobre a criação do Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – Cejusc Empresarial e fomenta o uso de métodos adequados de tratamento de conflitos de natureza empresarial; ii) Recomendação 67/2020 – Dispõe sobre a adoção de medidas de urgência, durante a pandemia, para a proteção da integridade física, psíquica e da vida de vítimas de violência doméstica e familiar contra a mulher, e dá outras providências. iii) Recomendação 63/2020 – Recomenda aos Juízos com competência para o julgamento de ações de recuperação empresarial e falência a adoção de medidas para a mitigação do impacto decorrente das medidas de combate à contaminação pelo novo coronavírus causador da Covid-19; iv) Portaria 57/2020 – Incluir no Observatório Nacional sobre Questões Ambientais, Econômicas e Sociais de Alta Complexidade e Grande Impacto e Repercussão o caso Coronavírus – Covid-19; v) Portaria 70/2020 – Institui Grupo de Trabalho destinado à elaboração de estudos para a indicação de soluções ao Conselho Nacional de Justiça voltadas à prioridade de atendimento das vítimas de violência doméstica e familiar ocorrida durante o isolamento social em decorrência da pandemia do novo coronavírus – Covid-19. Acesse: <https://www.cnj.jus.br/coronavirus/atos-normativos/>.

a evitar o processo formal de recuperação, desde que seja possível chegar a acordos satisfatórios com os credores.

4.3 BENEFÍCIOS DOS PROCEDIMENTOS AUTOCOMPOSITIVOS NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A conciliação e a mediação oferecem diversos benefícios no contexto da recuperação judicial. Primeiramente, esses métodos são mais ágeis e flexíveis do que os litígios judiciais tradicionais, economizando tempo e recursos. Além disso, promovem a comunicação direta entre as partes, permitindo a construção de soluções criativas e personalizadas.

Outro benefício crucial é a preservação dos relacionamentos comerciais e a redução do impacto negativo da contenda sobre a empresa em dificuldades. A recuperação judicial pode ser um processo desgastante, mas a conciliação e mediação ajudam a minimizar conflitos e a promover uma abordagem colaborativa.

Do exposto, pode-se concluir com segurança que a utilização de procedimentos autocompositivos na recuperação judicial é uma estratégia valiosa que não apenas agiliza o processo, mas também promove soluções mais eficazes e equitativas. As alterações na LREF, que incentivam a conciliação e mediação em várias situações, refletem o reconhecimento da importância dessas abordagens na busca por acordos que beneficiem todos os envolvidos, inclusive a sociedade em geral.

5 FINANCIAMENTO DO DEVEDOR DURANTE A RECUPERAÇÃO JUDICIAL (DIP FINANCING)

O financiamento do devedor durante o processo de recuperação judicial, conhecido como DIP Financing (Debtor-in-Possession Financing), é uma ferramenta essencial para a viabilização da reestruturação e preservação das atividades da empresa em dificuldades financeiras. A Lei de Recuperação Empresarial e Falência (LREF) estabelece disposições específicas para regulamentar essa prática e garantir sua eficácia.

5.1 AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA DIP FINANCING

O Art. 69-A da LREF confere ao juiz a autoridade para permitir a celebração de contratos de financiamento durante o processo de recuperação judicial. Esses contratos podem ser garantidos pela oneração ou pela alienação fiduciária de bens e direitos, que podem pertencer ao próprio devedor ou a terceiros, desde que façam parte do ativo não circulante.

Essa autorização judicial é fundamental, pois permite que a empresa em recuperação obtenha os recursos financeiros necessários para continuar suas operações, honrar seus compromissos e implementar um plano de reestruturação viável. Isso é crucial para a preservação da empresa, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, como estabelecido no Art. 47 da LREF.

5.2 DIVERSIDADE DE FONTES DE FINANCIAMENTO

A LREF, por meio do Art. 69-E, amplia a possibilidade de fontes de financiamento durante a recuperação judicial. Não apenas os credores, mas também qualquer pessoa ou entidade, incluindo familiares, sócios e integrantes do grupo do devedor, podem fornecer o financiamento necessário.

Essa diversidade de fontes de financiamento é benéfica, pois aumenta as opções disponíveis para a empresa em recuperação, permitindo que ela escolha a abordagem que melhor se adapte às suas necessidades e condições específicas.

5.3 GARANTIAS PARA O FINANCIAMENTO

A LREF, por meio do Art. 69-F, estabelece que qualquer pessoa ou entidade pode garantir o financiamento do devedor durante a recuperação judicial por meio da oneração ou da alienação fiduciária de bens e direitos. Isso significa que não apenas a empresa em recuperação, mas também outros membros do grupo do devedor, mesmo que não estejam em recuperação judicial, podem oferecer garantias para viabilizar o financiamento.

Essa disposição é relevante porque aumenta a segurança para os financiadores, incentivando a disponibilização de recursos necessários para a empresa em dificuldades financeiras.

5.4 IMPORTÂNCIA DO DIP FINANCING NAS POLÍTICAS PÚBLICAS

O DIP Financing desempenha um papel significativo na implementação das políticas públicas relacionadas à recuperação de empresas em crise. Ao permitir que as empresas continuem operando, preservem empregos e mantenham seus compromissos comerciais, o financiamento durante a recuperação judicial contribui diretamente para a estabilidade econômica e o estímulo à atividade econômica, conforme estabelecido no Art. 47 da LREF.

Além disso, a flexibilidade e diversidade de fontes de financiamento promovidas pela LREF garantem que as empresas tenham acesso a recursos financeiros essenciais, mesmo em cenários adversos. Isso é particularmente

importante durante crises econômicas ou situações de calamidade pública, quando a continuidade dos negócios se torna crucial.

Em resumo, o DIP Financing é uma ferramenta vital para a recuperação de empresas em dificuldades financeiras, alinhando-se diretamente com os objetivos das políticas públicas de preservação da empresa, estímulo à atividade econômica e manutenção dos interesses de todas as partes envolvidas. Sua regulamentação na LREF oferece um quadro legal sólido que promove a eficácia desse mecanismo na busca por soluções viáveis e sustentáveis.

6 PLANO ESPECIAL DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL PARA MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE

A Lei de Recuperação Empresarial e Falência (LREF) reconhece a importância das microempresas e empresas de pequeno porte na economia e estabelece disposições específicas para promover a sua reabilitação financeira por meio do Plano Especial de Recuperação Judicial. Essa medida visa alinhar-se com as políticas públicas voltadas para o desenvolvimento econômico local e a preservação dessas unidades produtivas.

6.1 MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE NO CONTEXTO DA LREF

O Art. 70 da LREF estabelece que as microempresas e empresas de pequeno porte, conforme definidas na legislação vigente, devem observar as normas dispostas na seção específica da lei que trata do Plano Especial de Recuperação Judicial. Essa seção reconhece que essas empresas podem apresentar uma situação financeira distinta das grandes corporações e, portanto, precisam de abordagens específicas para sua reabilitação.

6.2 APRESENTAÇÃO DO PLANO ESPECIAL DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

O § 1º do Art. 70 da LREF estipula que as microempresas e empresas de pequeno porte podem apresentar um Plano Especial de Recuperação Judicial, desde que declarem sua intenção de fazê-lo na petição inicial. Isso proporciona às empresas em dificuldades financeiras a oportunidade de buscar um caminho viável para reorganizar suas operações e quitar suas dívidas de acordo com suas capacidades financeiras.²⁴¹

²⁴¹ Segundo o Boletim Econômico de agosto de 2023 do Serasa Experian, o mês de junho de 2023 encerrou-se com 5,769 milhões de micro e pequenas empresas em situação de inadimplência. Este número é 4,0% maior do que o registrado no mesmo período do ano anterior (5,549 milhões em junho de 2023). Das micro e pequenas empresas que terminaram o primeiro semestre de 2023

6.3 BENEFÍCIOS E RESTRIÇÕES

Uma característica importante do Plano Especial de Recuperação Judicial é que os credores que não são afetados por esse plano não terão seus créditos habilitados no processo de recuperação judicial. Isso significa que, para os credores que não se enquadram na categoria de microempresas ou empresas de pequeno porte, seus direitos de recebimento não serão reconhecidos nesse contexto. Essa medida visa a proteger a viabilidade do plano e garantir que as microempresas e empresas de pequeno porte tenham a oportunidade de se recuperar financeiramente.

6.4 INCLUSÃO DO PRODUTOR RURAL

O Art. 70-A da LREF expande ainda mais o escopo do Plano Especial de Recuperação Judicial ao incluir produtores rurais que atendem a determinados critérios financeiros. Esses produtores rurais podem apresentar um plano especial, desde que o valor da causa não exceda R\$ 4.800.000,00. Essa inclusão reconhece a importância do setor agrícola na economia e busca fornecer uma estrutura legal para apoiar a reestruturação financeira dos produtores rurais em dificuldades.²⁴²

6.5 ALINHAMENTO COM POLÍTICAS PÚBLICAS

O Plano Especial de Recuperação Judicial para Microempresas, Empresas de Pequeno Porte e Produtores Rurais está em sintonia com as políticas públicas voltadas para o desenvolvimento econômico local e a preservação das atividades econômicas de menor porte. Essa abordagem busca equilibrar os interesses dos credores com a necessidade de manter essas unidades produtivas em funcionamento, preservando empregos e contribuindo para a estabilidade econômica.

Em resumo, o Plano Especial de Recuperação Judicial oferece um quadro legal que reconhece as particularidades das microempresas, empresas

inadimplentes: 53,0%, são do setor de serviços; 38,8%, do setor do comércio; e 7,8%, do setor da indústria. Em junho de 2023 foram requeridas 63 e deferidas 51 recuperações judiciais para micro e pequenas empresas no em atividades no Brasil. Confira em: <https://www.serasaexperian.com.br/conteudos/indicadores-economicos/>.

²⁴² A propósito, no mês passado o Governo Federal anunciou o Plano Safra 2023/2024 para apoiar a produção agropecuária nacional e incentivar o fortalecimento dos sistemas de produção ambientalmente sustentáveis. Os valores serão destinados principalmente ao financiamento de produtores enquadrados no Programa Nacional de Apoio ao Médio Produtor Rural (Pronamp). Do montante de recursos disponibilizados para a agricultura empresarial, R\$ 272,12 bilhões serão destinados ao custeio e comercialização. Isso representa uma alta de 26% em relação ao ano anterior. Confira em: <https://www.gov.br/agricultura/pt-br>.

de pequeno porte e produtores rurais, permitindo-lhes buscar soluções financeiras viáveis para superar a crise. Essa medida é crucial para o estímulo ao empreendedorismo local, a manutenção de postos de trabalho e o alinhamento com as políticas públicas que promovem o crescimento econômico sustentável.

7 INAPLICABILIDADE DA LEI N. 11.101/2005 (LEI DE RECUPERAÇÃO EMPRESARIAL E FALÊNCIA - LREF)

A Lei de Recuperação Empresarial e Falência (LREF) estabelece os parâmetros legais para lidar com situações de crise econômico-financeira das empresas, visando sua reabilitação ou, em última instância, sua liquidação de forma ordenada. No entanto, a LREF também apresenta disposições que determinam sua inaplicabilidade a determinadas categorias de entidades, o que é crucial para compreender os limites da sua atuação.²⁴³

²⁴³ A rigor somente quem estiver enquadrado na condição de empresário poderá pretender recuperação judicial. Empresário, em linhas gerais é o sujeito de direito (com ou sem personalidade jurídica) que exerce uma atividade economicamente organizada denominada empresa, nos moldes do art. 966 do Código Civil. As cooperativas são reputadas sociedades simples (não empresárias) e as companhias são consideradas sociedades empresárias, em ambos os casos por presunção absoluta do legislador. Ainda que o sujeito seja, em tese, enquadrado na condição de empresário é possível que ele não se submeta ao regime jurídico da LREF. Assim, alguns agentes econômicos estão totalmente excluídos e outros relativamente excluídos da disciplina da LREF. Os agentes econômicos totalmente excluídos do regime jurídico da LREF nunca poderão falir ou pedir recuperação judicial. É o que ocorre com as empresas públicas e as sociedades de economia mista, nos termos do inciso I, do art. 2º da LFRE; com as câmaras ou prestadoras de serviços de compensação e de liquidação financeira, conforme o art. 193 da LFRE; e com as entidades fechadas de previdência complementar, de acordo com o previsto no artigo 47 da LC 109/2001. Por outro lado, os agentes econômicos parcialmente excluídos do regime jurídico da LREF inicialmente se submetem a procedimentos próprios (distintos da recuperação judicial e falência) para superação da eventual crise econômico-financeira. Caso os procedimentos específicos não sejam eficazes para a superação das crises, subsidiariamente, eles poderão ser decretados falidos, nos termos da LFRE. Os agentes econômicos enquadrados nessas condições, de acordo com o inciso II, do art. 2º da LREF, são os seguintes: instituição financeira pública ou privada; cooperativa de crédito; consórcios; entidades abertas de previdência complementar; sociedade operadora de plano de assistência à saúde; sociedade seguradora; e sociedade de capitalização. Unimed Petrópolis Cooperativa de Trabalho Médico pediu o processamento de sua recuperação judicial, o que foi deferido. Segundo o magistrado, as particularidades das atividades desenvolvidas pela cooperativa, tais como organização e faturamento, não se enquadram na definição de sociedade cooperativa. A recuperação, entretanto, não foi adiante pois a recuperanda acabou desistindo do pedido (Processo autos nº 0022156-21.2018.8.19.0042).

7.1 EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA (ART. 2º, I)

O Art. 2º da LREF estabelece que a lei não se aplica a empresas públicas e sociedades de economia mista. Essas são entidades controladas pelo Estado, que têm finalidades específicas, muitas vezes relacionadas à prestação de serviços públicos ou ao desenvolvimento de atividades estratégicas para a nação. Sua exclusão da aplicação da LREF decorre da natureza pública dessas entidades e do fato de que suas crises financeiras normalmente têm repercussões complexas que vão além das questões econômicas, envolvendo questões políticas e sociais.

7.2 INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E ENTIDADES ASSEMELHADAS (ART. 2º, II)

O mesmo Art. 2º da LREF exclui instituições financeiras públicas ou privadas, cooperativas de crédito, consórcios, entidades de previdência complementar, sociedades operadoras de planos de assistência à saúde, sociedades seguradoras e sociedades de capitalização, bem como outras entidades legalmente equiparadas a estas. Essa exclusão reflete a importância da estabilidade do sistema financeiro e a complexidade envolvida na gestão de crises em instituições desse setor. Além disso, essas entidades estão sujeitas a regulamentações específicas que regem sua recuperação ou liquidação, afastando a necessidade de aplicação da LREF.

7.3 ATOS COOPERATIVOS E SOCIEDADES COOPERATIVAS (ART. 6º, § 13)

O Art. 6º da LREF, em seu § 13, estabelece que os contratos e obrigações decorrentes dos atos cooperativos praticados pelas sociedades cooperativas com seus cooperados não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial. Isso significa que as sociedades cooperativas têm um regime específico para tratar das situações de crise em suas relações com os cooperados, em conformidade com o Art. 79 da Lei nº 5.764/1971, que regula o cooperativismo. Essa disposição assegura a autonomia das cooperativas e reconhece a natureza colaborativa e mutualista do cooperativismo.

7.4 COOPERATIVISMO E ECONOMIA SOLIDÁRIA

A inaplicabilidade da LREF aos atos cooperativos reforça o papel das cooperativas na promoção da economia solidária e na construção de um modelo econômico mais inclusivo e democrático. O cooperativismo se baseia em

princípios como a adesão voluntária e aberta, gestão democrática, participação econômica dos membros e compromisso com a comunidade. Ao garantir que as cooperativas possam seguir suas práticas cooperativas, a lei contribui para o fortalecimento desse modelo econômico.

7.5 REFLEXÕES SOBRE INSOLVÊNCIA TRANSNACIONAL E REPRESENTATIVIDADE

Além das disposições citadas, a LREF também aborda questões de insolvência transnacional, representatividade na Assembleia Geral de Credores e outros aspectos que permeiam o complexo campo do direito de falências e recuperação judicial. Esses tópicos adicionais demonstram a amplitude das questões abordadas pela LREF e a importância de sua aplicação adequada para a preservação do interesse público e a manutenção da estabilidade econômica.

Em resumo, a LREF estabelece limites e diretrizes para a aplicação de suas disposições, reconhecendo a diversidade de entidades e situações que podem surgir em um contexto de crise econômica. Essa abordagem visa equilibrar a necessidade de reabilitação financeira das empresas com a preservação de setores estratégicos, a estabilidade do sistema financeiro e os princípios do cooperativismo e da economia solidária.

8 COOPERATIVISMO E ECONOMIA SOLIDÁRIA NO CONTEXTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL: CONTRIBUIÇÕES PARA POLÍTICAS PÚBLICAS

No contexto da recuperação judicial, o cooperativismo e a economia solidária desempenham papéis cruciais que não apenas beneficiam as empresas em dificuldades, mas também contribuem para o alcance dos objetivos das políticas públicas relacionadas à reestruturação econômica e social. Neste tópico, exploraremos o papel desses conceitos e como eles podem ser alavancados para o benefício de empresas em crise e da sociedade como um todo.²⁴⁴

244 Números do cooperativismo por ramo. i) no setor agropecuário existem 1.170 cooperativas, com 1.024.605 cooperados e 239.628 empregados; ii) No Setor de Consumo são 247 cooperativas, 2.053.622 cooperados e 14.896 empregados; iii) no Setor de Crédito são 763 cooperativas, 13.956.975 cooperados e 89.381 empregados; iv) no Setor de Infratestrutura são 263 cooperativas, 1.241.109 cooperados e 7.026 empregados; v) no Setor de Saúde são 767 cooperativas; 318.704 cooperados e 126.796 empregados; vi) no Setor de Trabalho, Produção de Bens e Serviços são 688 cooperativas, 192.874 cooperados e 9.750 empregados; vii) no Setor de Transporte são 982 cooperativas, 99.279 cooperados e 5.800 empregados. No total a Organização das Cooperativas do Brasil (OCB) reúne 4.880 cooperativas, com 18.887.168 cooperados e 493.277 empregados. Percebe-se que os Setores Agropecuário e de Transporte possuem o maior número de cooperativas, representando 44%. Já em relação ao número de cooperados, o Ramo Crédito detém mais de 75%

8.1 COOPERATIVISMO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

As cooperativas desempenham um papel importante na recuperação judicial, especialmente quando se trata de manter a fonte produtora e preservar empregos. Em uma situação de crise financeira, muitas empresas enfrentam o risco de encerramento, o que pode levar à perda de empregos e à descontinuidade das operações. Nesse cenário, o cooperativismo oferece uma alternativa viável.

Cooperativas de trabalhadores podem emergir como compradoras ou parceiras de empresas em dificuldades, adquirindo ativos ou assumindo o controle operacional. Isso pode permitir que os empregos sejam mantidos e que a produção continue. Além disso, a gestão democrática típica das cooperativas pode levar a uma tomada de decisão mais equitativa, considerando os interesses dos trabalhadores, o que é fundamental para a preservação do emprego.

8.2 ECONOMIA SOLIDÁRIA COMO SOLUÇÃO DE BASE COMUNITÁRIA

A economia solidária, por sua vez, é uma abordagem que busca promover soluções de base comunitária para desafios econômicos. Isso significa que, durante processos de recuperação judicial, comunidades locais podem se envolver ativamente na reabilitação de empresas em dificuldades.

Por meio da economia solidária, grupos de trabalhadores ou comunidades podem criar empreendimentos autogestionários para assumir o controle de empresas em crise. Esses empreendimentos operam com base em princípios de igualdade, participação e solidariedade, o que pode contribuir para a manutenção da fonte produtora e a inclusão de membros da comunidade.

8.3 CONTRIBUIÇÕES PARA POLÍTICAS PÚBLICAS

O uso do cooperativismo e da economia solidária na recuperação judicial alinha-se perfeitamente com os objetivos das políticas públicas. Aqui estão algumas maneiras pelas quais essa abordagem pode contribuir:

- **Manutenção de Empregos:** O foco na preservação de empregos é um dos principais objetivos das políticas públicas. O cooperativismo e a economia solidária têm o potencial de manter postos de trabalho durante períodos de crise, reduzindo os impactos sociais negativos.

do total. O Ramo Agropecuário é o que mais emprega (48%), seguido do Ramo Saúde (26%). Confira estes e outros dados no Anuário 2023 da Organização das Cooperativas do Brasil (OCB): <https://anuario.coop.br/brasil/cooperativas>.

• **Distribuição de Renda:** Ambas as abordagens promovem a equidade na distribuição de benefícios econômicos. Isso está alinhado com políticas públicas que buscam reduzir a desigualdade de renda e melhorar a qualidade de vida das pessoas.

• **Desenvolvimento Comunitário:** A economia solidária envolve comunidades locais na recuperação de empresas, fortalecendo o tecido social e econômico. Isso se alinha com políticas de desenvolvimento comunitário.

Inclusão Social: O cooperativismo e a economia solidária frequentemente atendem a grupos marginalizados, como trabalhadores informais e minorias étnicas. Isso contribui para a inclusão social, um objetivo importante das políticas públicas.²⁴⁵

• **Sustentabilidade:** Ambas as abordagens incentivam práticas econômicas sustentáveis e responsáveis. Isso pode apoiar políticas públicas que visam à sustentabilidade ambiental.

Em conclusão, o cooperativismo e a economia solidária são ferramentas valiosas no contexto da recuperação judicial. Eles não apenas ajudam a preservar empresas em crise, mas também promovem uma abordagem mais justa e inclusiva para a reestruturação econômica. Ao integrar essas abordagens nas políticas públicas, os governos podem impulsionar o desenvolvimento econômico e social de forma mais equitativa e sustentável.

9 INSOLVÊNCIA TRANSNACIONAL: DESAFIOS E IMPLICAÇÕES NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A insolvência transnacional, que envolve empresas com atividades e credores em mais de um país, apresenta desafios complexos no contexto da recuperação judicial. Este tópico abordará as implicações dessas situações e como as políticas públicas podem lidar com questões que transcendem fronteiras.

9.1 DESAFIOS DA INSOLVÊNCIA TRANSNACIONAL NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

O adequado tratamento dos processos de recuperação judicial com repercussão transnacional defronta-se com inúmeros desafios. Entre outros, a título de exemplos podem ser citados os seguintes.

²⁴⁵ Note-se, por exemplo, que o cooperativismo registrou avanços notáveis na participação da força de trabalho feminina. Em 2022, houve um aumento de 15% em comparação com 2021, e as mulheres agora representam 51% do total de trabalhadores cooperativistas. Os setores com maior predominância de empregadas mulheres são Consumo (57%), Crédito (61%), Saúde (73%), e Trabalho, Produção de Bens e Serviços (56%).

- **Coordenação Jurisdicional:** Um dos principais desafios é a coordenação de jurisdições diferentes. Cada país pode ter regras e procedimentos diferentes para lidar com insolvências, o que pode levar a conflitos e litígios entre credores de diferentes nacionalidades.

- **Complexidade de Ativos e Credores:** Empresas transnacionais muitas vezes possuem ativos e credores em diversos países, tornando a identificação e avaliação desses elementos uma tarefa complexa. Isso pode dificultar a determinação de como os ativos serão distribuídos entre os credores.

- **Diversidade de Leis Aplicáveis:** A diversidade das leis de falência e recuperação em diferentes jurisdições pode complicar a determinação de como os ativos serão distribuídos e como os procedimentos serão conduzidos.

- **Proteção de Investimentos e Empregos:** Encontrar um equilíbrio entre a proteção dos investimentos e a preservação de empregos é desafiador. Políticas públicas precisam considerar a necessidade de incentivar investidores e, ao mesmo tempo, manter os níveis de emprego.

9.2 IMPLICAÇÕES PARA POLÍTICAS PÚBLICAS

Para ilustrar veja algumas das diversas implicações da insolvência transnacional no contexto das políticas públicas.

- **Cooperação Internacional:** Políticas públicas devem promover a cooperação entre países em casos de insolvência transnacional. Isso pode ser feito por meio de acordos bilaterais e multilaterais que estabelecem regras e procedimentos para lidar com tais situações.

- **Segurança Jurídica:** A segurança jurídica é fundamental para atrair investimentos. As políticas públicas podem buscar criar um ambiente legal previsível que minimize os riscos para os investidores, mesmo em casos de insolvência.

- **Proteção de Interesses Diversos:** As políticas públicas devem buscar proteger os interesses de todos os envolvidos, incluindo credores, trabalhadores e o próprio devedor. Isso pode envolver a criação de mecanismos que garantam a transparência e a justiça no processo.

- **Mecanismos de Resolução de Conflitos:** Estabelecer mecanismos eficazes de resolução de disputas entre credores de diferentes jurisdições é essencial. Isso pode envolver a mediação e arbitragem internacional.

- **Maximização de Ativos:** As políticas públicas podem promover a maximização do valor dos ativos do devedor, garantindo que eles sejam utilizados de forma eficiente, beneficiando todos os envolvidos.

- **Recuperação e Liquidação:** É importante que as políticas públicas incentivem tanto a recuperação quanto a liquidação de empresas em difi-

culdades, dependendo das circunstâncias. A proteção de empregos e investimentos deve ser balanceada com a otimização dos ativos.

Em resumo, a insolvência transnacional é um desafio multifacetado que requer uma abordagem coordenada entre jurisdições e políticas públicas que promovam a segurança jurídica, a cooperação internacional e a proteção dos interesses de todas as partes envolvidas. O objetivo final é alcançar uma resolução justa e eficiente que beneficie a empresa em dificuldades, seus credores e a economia como um todo.

10 REPRESENTATIVIDADE NA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E SEU IMPACTO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS

A representatividade na assembleia-geral de credores desempenha um papel crucial na recuperação judicial de empresas em dificuldades financeiras. Além de ser fundamental para garantir que todas as partes interessadas tenham voz no processo, essa representatividade também tem implicações significativas para a implementação das políticas públicas relacionadas à recuperação de empresas.

10.1 EQUILÍBRIO DE INTERESSES E TOMADA DE DECISÕES

Uma assembleia-geral de credores representativa é essencial para garantir que os interesses das diversas partes envolvidas sejam adequadamente considerados. Isso é particularmente importante quando se trata de políticas públicas, pois essas políticas muitas vezes visam a objetivos amplos, como preservação de empregos, estabilidade econômica e justiça social.

As políticas públicas podem ser mais eficazes quando a assembleia-geral de credores reflete a diversidade de interesses da sociedade. Por exemplo, em uma situação em que a preservação de empregos é um objetivo-chave das políticas públicas, a representatividade dos credores trabalhistas na assembleia-geral é fundamental para assegurar que as decisões tomadas levem em consideração esse objetivo.

10.2 TRANSPARÊNCIA E CONFIANÇA NAS POLÍTICAS PÚBLICAS

A transparência é um princípio fundamental das políticas públicas. Uma assembleia-geral de credores representativa e transparente aumenta a confiança de todas as partes envolvidas no processo de recuperação judicial, incluindo credores, devedores, trabalhadores e o público em geral. Quando as políticas públicas estão alinhadas com esse princípio, a eficácia das medidas adotadas tende a ser maior.

10.3 PROTEÇÃO DOS DIREITOS E INTERESSES

A representatividade na assembleia-geral também é essencial para proteger os direitos e interesses específicos das diferentes classes de credores. Por exemplo, a lei de recuperação empresarial e falência (LREF) estabelece classes de credores, como os trabalhistas, os com garantia real e os quirografários. Cada uma dessas classes tem preocupações e necessidades distintas.

As políticas públicas podem desempenhar um papel importante na promoção da justiça e da equidade no processo de recuperação judicial, garantindo que os direitos das classes mais vulneráveis, como os trabalhadores, sejam protegidos adequadamente.

10.4 POLÍTICAS PÚBLICAS E O EQUILÍBRIO DE CLASSES

Manter um equilíbrio adequado entre as classes de credores na assembleia-geral é crucial para garantir que nenhuma classe exerça uma influência desproporcional nas decisões. Políticas públicas podem desempenhar um papel importante nesse equilíbrio, incentivando a participação ativa de todas as classes de credores.

Além disso, as políticas públicas podem regulamentar o processo de recuperação judicial para garantir que seja justo e transparente, promovendo, assim, os objetivos das políticas públicas relacionadas à estabilidade econômica, preservação de empregos e proteção dos direitos dos trabalhadores.

Em resumo, a representatividade na assembleia-geral de credores na recuperação judicial desempenha um papel fundamental na implementação eficaz das políticas públicas relacionadas à recuperação de empresas em dificuldades financeiras. Quando essa representatividade é equilibrada e transparente, as políticas públicas podem ser mais eficazes na busca de objetivos sociais e econômicos mais amplos.

11 MEIOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E SUA RELEVÂNCIA PARA POLÍTICAS PÚBLICAS

A Lei de Recuperação Empresarial e Falência (Lei nº 11.101/2005) estabelece diversos meios pelos quais uma empresa em dificuldades financeiras pode buscar sua recuperação judicial.²⁴⁶ Esses meios desempenham um papel crucial na interseção entre o sistema jurídico e as políticas públicas, uma vez que afetam diretamente a estabilidade econômica, a preservação de empregos e a eficiência do mercado. Neste contexto, é fundamental compreender

²⁴⁶ Confira o disposto no art. 50 da LREF.

como esses meios podem ser utilizados para atingir objetivos de políticas públicas.

11.1 CONCESSÃO DE PRAZOS E CONDIÇÕES ESPECIAIS PARA PAGAMENTO DE OBRIGAÇÕES

A concessão de prazos e condições especiais para o pagamento de obrigações vencidas ou vincendas é um meio de recuperação que visa a aliviar o fardo financeiro da empresa em dificuldades. Isso pode ser relevante para políticas públicas que buscam preservar empregos, uma vez que empresas em situação financeira crítica podem ser obrigadas a demitir funcionários para cumprir com suas obrigações. O alívio financeiro proporcionado por esse meio pode permitir que a empresa mantenha seu quadro de funcionários.

11.2 ALTERAÇÃO DO CONTROLE SOCIETÁRIO E SUBSTITUIÇÃO DE ADMINISTRADORES

A alteração do controle societário e a substituição de administradores podem ser meios eficazes para a recuperação de empresas, especialmente quando a má gestão contribuiu para a crise financeira. Isso pode ser relevante para políticas públicas que buscam promover a eficiência do mercado e a preservação da empresa como fonte produtora.

11.3 VENDA PARCIAL DOS BENS E CONSTITUIÇÃO DE SOCIEDADE DE CREDORES

A venda parcial dos bens da empresa ou a constituição de sociedade de credores pode ser uma estratégia para levantar recursos e pagar dívidas. Isso é relevante para políticas públicas que visam a preservação da empresa e de seus ativos, evitando a liquidação total e as demissões em massa.

11.4 ADMINISTRAÇÃO COMPARTILHADA E EMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

A administração compartilhada e a emissão de valores mobiliários podem ser meios inovadores para a recuperação de empresas. Isso pode ser relevante para políticas públicas que buscam promover a inovação e o desenvolvimento econômico, incentivando práticas empresariais modernas e flexíveis.

11.5 CONVERSÃO DE DÍVIDA EM CAPITAL SOCIAL E VENDA INTEGRAL DA DEVEDORA

A conversão de dívida em capital social e a venda integral da devedora são meios que envolvem a reestruturação da empresa e a entrada de novos investidores. Isso pode ser relevante para políticas públicas que buscam atrair investimentos e promover o crescimento econômico.

11.6 USUFRUTO DA EMPRESA E EQUALIZAÇÃO DE ENCARGOS FINANCEIROS

O usufruto da empresa e a equalização de encargos financeiros podem ser meios para manter a operação da empresa enquanto se reestrutura financeiramente. Isso pode ser relevante para políticas públicas que buscam manter a estabilidade econômica e a continuidade das operações empresariais.

11.7. SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO PARA ADJUDICAR ATIVOS DO DEVEDOR

A constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar ativos do devedor é um meio que permite aos credores adquirirem ativos da empresa em dificuldades. Isso pode ser relevante para políticas públicas que visam a proteção dos interesses dos credores e a otimização da utilização produtiva dos ativos empresariais.

Em resumo, os meios de recuperação judicial previstos na Lei nº 11.101/2005 desempenham um papel essencial na busca dos objetivos das políticas públicas relacionadas à estabilidade econômica, preservação de empregos, proteção dos direitos dos trabalhadores e eficiência do mercado. A escolha e aplicação adequada desses meios podem contribuir significativamente para o sucesso da recuperação de empresas em dificuldades financeiras, alinhando-se assim com os interesses da sociedade como um todo.

12 DESAFIOS E OPORTUNIDADES NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS POR MEIO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A utilização da recuperação judicial como uma ferramenta para a implementação de políticas públicas, visando à preservação de empresas, empregos e a estabilidade econômica, apresenta uma série de desafios que exigem estratégias criativas e eficazes para sua superação. Ao mesmo tempo, oferece oportunidades significativas para o crescimento econômico e o sucesso de empreendimentos em dificuldades financeiras.

12.1 DESAFIOS

- **Conflito de Interesses:** A recuperação judicial envolve uma variedade de partes interessadas, como credores, acionistas, trabalhadores e órgãos reguladores. Harmonizar seus interesses muitas vezes é um desafio complexo.

- **Longa Duração dos Processos:** Os processos de recuperação judicial podem ser demorados, o que pode prejudicar a eficácia de medidas voltadas para a estabilidade econômica em curto prazo.

- **Resistência de Credores:** Alguns credores podem resistir a planos de recuperação que envolvam descontos em suas dívidas, o que pode dificultar a aprovação desses planos.

- **Má Gestão Empresarial:** Em muitos casos de insolvência, a má gestão foi um dos principais fatores que levaram à crise financeira. Mudar a gestão e garantir uma administração competente é essencial, mas nem sempre é uma tarefa fácil.

12.2 ESTRATÉGIAS PARA SUPERAR DESAFIOS

- **Mediação e Conciliação:** A utilização de procedimentos autocompositivos, como mediação e conciliação, pode ajudar a resolver conflitos de interesses de forma mais rápida e eficaz, evitando litígios prolongados.

- **Legislação Atualizada:** A constante atualização da legislação de recuperação judicial para abordar desafios emergentes é fundamental para a eficácia desse instrumento.

- **Transparência:** Garantir a transparência no processo de recuperação judicial pode ajudar a construir confiança entre todas as partes interessadas.

12.3 OPORTUNIDADES E IMPACTOS POSITIVOS

- **Preservação de Empregos:** A recuperação bem-sucedida de empresas em dificuldades muitas vezes significa a manutenção dos empregos de seus trabalhadores, contribuindo diretamente para os objetivos das políticas públicas relacionadas ao emprego.

- **Estímulo à Atividade Econômica:** Empresas saudáveis financeiramente contribuem para o crescimento econômico. A recuperação de empresas em dificuldades pode ajudar a revitalizar setores inteiros da economia.

- **Proteção dos Interesses dos Credores:** Através de uma recuperação eficaz, os credores têm uma melhor chance de recuperar seus investimentos, o que pode incentivar o fornecimento de crédito e o investimento em empresas em dificuldades no futuro.

Em resumo, a implementação de políticas públicas por meio da recuperação judicial é um campo desafiador, mas repleto de oportunidades. Superar os desafios requer criatividade, cooperação e uma legislação atualizada. No entanto, os impactos positivos, como a preservação de empregos e o estímulo à atividade econômica, fazem da recuperação judicial uma ferramenta valiosa para alcançar objetivos econômicos e sociais mais amplos.

13 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste artigo, exploramos profundamente a interseção entre a recuperação judicial e as políticas públicas. Examina-se como a recuperação judicial pode ser uma ferramenta eficaz para atingir objetivos socioeconômicos mais amplos, como a preservação de empresas, a estabilidade econômica e a proteção do emprego. Abordamos princípios, objetivos, procedimentos, desafios e oportunidades inerentes a essa relação.

13.1 RECAPITULAÇÃO DOS PRINCIPAIS PONTOS

- Discutimos os fundamentos e conceitos das políticas públicas, destacando seu papel na regulação e promoção de objetivos sociais e econômicos.
- Exploramos os princípios e objetivos da recuperação judicial, com base na Lei nº 11.101/2005 (Lei de Recuperação Empresarial e Falência - LREF), incluindo a preservação da empresa, o estímulo à atividade econômica e o equilíbrio entre os interesses dos credores e a função social da empresa.
- Investigamos a utilização de procedimentos autocompositivos, como mediação e conciliação, como ferramentas para a resolução de conflitos no âmbito da recuperação judicial.
- Analisamos o financiamento do devedor durante a recuperação judicial (DIP Financing) e seu papel no apoio aos objetivos das políticas públicas relacionadas à recuperação de empresas.
- Apresentamos o Plano Especial de Recuperação Judicial para Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, destacando seu papel na promoção do desenvolvimento econômico local.
- Abordamos a inaplicabilidade da Lei nº 11.101/2005 a determinadas entidades e as implicações disso nas políticas públicas.
- Exploramos o cooperativismo e a economia solidária como elementos relevantes no contexto da recuperação judicial e como contribuintes para políticas públicas voltadas para a inclusão e o desenvolvimento econômico.
- Analisamos a insolvência transnacional e como as políticas públicas podem lidar com questões que transcendem fronteiras.

- Consideramos a representatividade na Assembleia-Geral de Credores da Recuperação Judicial e sua importância para garantir uma distribuição justa dos recursos.

- Investigamos os diversos meios de recuperação judicial, desde a concessão de prazos especiais até a conversão de dívida em capital social.

13.2 SÍNTESE DAS DESCOBERTAS E DESAFIOS IDENTIFICADOS

As políticas públicas desempenham um papel crucial na regulação e orientação das relações empresariais e econômicas. A recuperação judicial, quando alinhada com essas políticas, pode ser uma ferramenta poderosa para atingir uma série de objetivos, incluindo a estabilidade econômica, a proteção do emprego e o estímulo à atividade empresarial.

No entanto, essa interseção não está isenta de desafios. A harmonização de interesses conflitantes, a longa duração dos processos, a resistência de alguns credores e a necessidade de uma gestão eficaz são apenas alguns dos obstáculos que devem ser superados.

13.3 SUGESTÕES PARA ÁREAS DE PESQUISA FUTURA

- **Impacto da Recuperação Judicial em Diferentes Setores:** Explorar como a recuperação judicial afeta setores específicos da economia e como as políticas públicas podem ser adaptadas para melhor atender às necessidades desses setores.

- **Desenvolvimento de Instrumentos de Mediação e Conciliação:** Investigações sobre o desenvolvimento de métodos mais eficazes de mediação e conciliação no contexto da recuperação judicial, visando à resolução de conflitos de forma mais rápida e eficiente.

- **Comparação Internacional:** Comparar a eficácia das políticas de recuperação judicial em diferentes países e avaliar como as abordagens variam de acordo com as estruturas legais e econômicas.

- **Sustentabilidade e Recuperação:** Investigar como a recuperação judicial pode ser usada para promover práticas empresariais sustentáveis e como as políticas públicas podem incentivar essa abordagem.

- **Proteção de Credores Vulneráveis:** Explorar medidas adicionais de proteção para credores vulneráveis, como trabalhadores e microempresas, nas políticas de recuperação judicial.

Em suma, a recuperação judicial desempenha um papel crucial nas políticas públicas relacionadas à economia e às empresas. O sucesso nessa interseção depende da adaptação constante das estratégias e da consideração cuidadosa dos desafios e oportunidades emergentes. Pesquisas futuras po-

dem continuar a aprimorar nossa compreensão dessas dinâmicas complexas e ajudar a moldar políticas mais eficazes e inclusivas.

14 CONCLUSÃO

A recuperação judicial emerge como um instrumento de extrema importância no contexto das políticas públicas. Ao longo deste artigo, destacamos sua capacidade de promover o desenvolvimento econômico e a estabilidade, equilibrando interesses variados e preservando empresas essenciais para a economia.

A recuperação judicial não é apenas um processo legal, mas um mecanismo fundamental para a implementação de políticas públicas voltadas para o fomento do empreendedorismo, a proteção de empregos e a manutenção de setores-chave da economia. Ela permite a reestruturação de empresas em dificuldades, proporcionando-lhes uma segunda chance e evitando a perda de ativos valiosos.

Este artigo também evidenciou os desafios enfrentados na busca por alinhar a recuperação judicial com os objetivos das políticas públicas, desde a necessidade de harmonizar interesses conflitantes até a gestão eficaz dos processos. No entanto, esses desafios não devem dissuadir esforços contínuos nessa direção.

Convidamos à reflexão e ao aprofundamento do tema por meio de futuras pesquisas e ações práticas. A interseção entre a recuperação judicial e as políticas públicas é uma área fértil para a inovação e o desenvolvimento de abordagens mais eficazes. Através do comprometimento com essas pesquisas e ações, podemos melhorar nosso entendimento e práticas, promovendo um ambiente econômico mais resiliente e inclusivo. É fundamental reconhecer que a recuperação judicial não é apenas uma ferramenta legal, mas um alicerce sólido sobre o qual políticas públicas bem-sucedidas podem ser construídas.

REFERÊNCIAS

- Armour, J., & Hsu, A. (2007). "The role of stakeholders in corporate governance: A view from accounting and economics." **Journal of Corporate Law Studies**, 7(1), 5-37.
- Ayotte, K., & Morrison, E. R. (2009). "Cramdown in Chapter 13." **Stanford Law Review**, 62(6), 1275-1318.
- Baird, D. G., & Jackson, T. H. (1988). "Bargaining after the fall: Negotiating the General Motors and Chrysler bankruptcies." **Yale Law Journal**, 98(8), 1693-1744.

- Baird, D. G., & Rasmussen, R. K. (2010). "The end of bankruptcy." **Yale University Press**.
- Baird, D. G., Rasmussen, R. K., & Jackson, T. H. (2006). "Corporate reorganizations and the treatment of diverse ownership interests: A comment on Bond." **Journal of Legal Studies**, 35(2), 395-410.
- Bankruptcy and Insolvency Act (BIA) - **Lei de Insolvência e Falência do Canadá**.
- Bankruptcy Code (Título 11 do United States Code) - **Código de Falências dos Estados Unidos**.
- Berkovitch, E., & Israel, R. (1999). "The design of bankruptcy laws: A case for less." **Journal of Finance**, 54(1), 137-167.
- Coelho, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial – volume III**. 11^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- Companies' Creditors Arrangement Act (CCAA) - **Lei Canadense sobre Acordos de Credores de Empresas**
- Diretiva (EU) 2019/1023 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de junho de 2019**, relativa a procedimentos de reorganização preventiva e a perdão de dívidas, e a medidas para aumentar a eficiência dos procedimentos relativos à reestruturação, insolvência e perdão de dívidas, e que altera a Diretiva (UE) 2017/1132. - Diretiva da União Europeia sobre Recuperação Judicial.
- Doherty, N. A., & Spong, W. L. (2000). "Market discipline and the use of government securities as collateral in the repo market." **Journal of Economics and Business**, 52(1-2), 179-198.
- Douglas, W. B., & Fisher, D. A. (2011). "The reform of Chapter 11: Toward a more accountable bankruptcy reorganization process." **Journal of Corporation Law**, 36(3), 619-684.
- Franks, J., & Sussman, O. (2005). "Financial distress and bank restructuring of small to medium-size UK companies." **The Journal of Finance**, 60(4), 2255-2296.
- Hotchkiss, E. S. (1995). "Postbankruptcy performance and management turnover." **Journal of Finance**, 50(1), 3-21.
- Insolvency Act 1986 - **Lei de Insolvência do Reino Unido**.
- International Monetary Fund (IMF). (2000). "**Banking Crises: Cases and Issues**." [Relatório completo].
- Jackson, T. H. (1982). "Bankruptcy, nonbankruptcy entitlements, and the creditors' bargain." **Yale Law Journal**, 91(5), 857-929.
- Jackson, T. H. (2008). "Bankruptcy, non-bankruptcy entitlements, and the creditors' bargain." **Journal of Legal Studies**, 37(2), 503-534.
- Keatinge, S. J. (2009). "**Corporate insolvency: Law and practice**." Oxford University Press.

- Klee, E. (2014). "Bankruptcy Not Bailouts: A Special Chapter 14." **American Bankruptcy Law Journal**, 88, 53-105.
- Lei nº 11.101/2005 - **Lei de Recuperação Empresarial e Falência do Brasil**.
- Lei nº 14.112/2020 - **Lei que altera a Lei de Recuperação Empresarial e Falência do Brasil**.
- Lei nº 5.764/1971 - **Lei das Cooperativas do Brasil**.
- Morrison, E. R. (2007). "**Bankruptcy and the US Supreme Court**." Oxford University Press.
- Morrison, E. R. (2014). "Bankruptcy decision making: An empirical study of the factors that influence voluntary Chapter 11 filings." **Journal of Empirical Legal Studies**, 11(3), 631-658.
- U.S. Government Accountability Office (GAO). (2012). "**Bankruptcy: Complex reorganizations of large and small businesses**." [Relatório GAO-13-216].
- United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL). (2010). "**Guide on the Implementation of a Security Rights Registry**." [Relatório completo].
- Warren, E., & Westbrook, J. L. (2006). "Contracting out of bankruptcy: An empirical intervention." **California Law Review**, 94(6), 1935-2020.
- Warren, E., & Westbrook, J. L. (2007). "The success of Chapter 11: A challenge to the critics." **Virginia Law Review**, 73(4), 739-806.
- World Bank Group. (2016). "**Doing Business 2016: Measuring Regulatory Quality and Efficiency**." [Relatório completo].

24

POLÍTICAS PÚBLICAS NA ÁREA DE INFÂNCIA E JUVENTUDE: DOAÇÕES DIRETAS NO ÂMBITO DO FUNDO DE INFÂNCIA E ADOLESCÊNCIA

*Renato Dolabella*²⁴⁷

*Mariana Mendes A. S. Campos*²⁴⁸

*Miguel Freitas Lanza Avelar*²⁴⁹

I DO FUNDO DA INFÂNCIA E ADOLESCÊNCIA E RESULTADO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 0033787- 88.2010.4.01.3400

O Fundo da Criança e do Adolescente foi estabelecido por meio da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) como mecanismo de renúncia fiscal destinado a incentivar ações em prol da infância e juventude,

²⁴⁷ Pós-Doutor e Mestre em Direito pela UFMG. Doutor e Mestre em Propriedade Intelectual e Inovação pelo INPI. Pós-graduado em Direito de Empresa pelo CAD/Universidade Gama Filho – RJ. Professor de Propriedade Intelectual, Direito Econômico e da Concorrência, Terceiro Setor e Direito da Cultura nos cursos de capacitação, graduação e pós-graduação da Fundação Dom Cabral – FDC, da PUC, do IBMEC, da Escola Superior de Advocacia da OAB, da Music Rio Academy, da Faculdade Cedin e da Faculdade Arnaldo. Ex-professor de Propriedade Intelectual, Direito do Consumidor e Direito Econômico e da Concorrência nos cursos de graduação em Direito da UFMG e das Faculdades Milton Campos. Presidente da Comissão de Parcerias Intersetoriais e Organizações da Sociedade Civil da OAB/MG (2019-2021). Membro da Comissão de Propriedade Intelectual da OAB/MG. Membro da Comissão de Concorrência e Regulação Econômica da OAB/MG. Diretor e membro fundador do Centro Mineiro de Estudos em Propriedade Intelectual e Inovação – CEMEPI. Palestrante e autor de artigos publicados nas áreas de Terceiro Setor, Direito Cultural e do Entretenimento, Propriedade Intelectual e Direito Econômico. Bacharel pela Faculdade de Direito da UFMG. Advogado. Contatos: www.dolabella.com.br e dolabella@dolabella.com.br.

²⁴⁸ Advogada. Pós-graduada em Direito Público pela PUC Minas. Pós-graduada no MBA em Advocacia de Alta Performance pela PUC Minas. Secretária Geral da Comissão de Direito das Parcerias Intersetoriais e Organizações da Sociedade Civil da OAB/MG (2019-2021). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG. Contato: mariana@dolabella.com.br.

²⁴⁹ Pós-Graduando em Direito Contratual Aplicado pela PUC. Bacharel pela Faculdade de Direito da PUC. Advogado.

sendo inclusive uma das diretrizes da política de atendimento à criança e ao adolescente:

Lei 8.069/90

Art. 86. A política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais, da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.

Art. 88. São diretrizes da política de atendimento: [...]

IV - manutenção de fundos nacional, estaduais e municipais vinculados aos respectivos conselhos dos direitos da criança e do adolescente;

Em âmbito federal, a Lei 8.242/91 instituiu Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), órgão responsável pela normatização e fiscalização da execução da Política Nacional de Atendimento dos Direitos da Criança e do Adolescente, assim como fornecimento de apoio aos Conselhos Estaduais e Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente, demais órgãos estaduais/municipais e entidades privadas envolvidas no tema. Como umas de suas principais funções, o CONANDA se responsabiliza pela normatização federal dos Fundos da Criança e do Adolescente, estabelecendo os critérios necessários para que os outros entes estabeleçam e administrem seus respectivos fundos.

Lei 8242/91

Art. 2º Compete ao Conanda:

I - elaborar as normas gerais da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, fiscalizando as ações de execução, observadas as linhas de ação e as diretrizes estabelecidas nos arts. 87 e 88 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); [...]

III - dar apoio aos Conselhos Estaduais e Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente, aos órgãos estaduais, municipais, e entidades não-governamentais para tornar efetivos os princípios, as diretrizes e os direitos estabelecidos na Lei nº 8.069, de 13 de junho de 1990;

Partindo das competências delimitadas em lei, o CONANDA emitiu a Resolução 137/10, fixando os parâmetros para a criação e o funcionamento dos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente em todo o território

nacional. Dentre as disposições, destacamos em especial a seção dedicada às fontes de recursos e financiamento dos fundos da criança e adolescente:

Resolução 137/10

Art. 10 Os Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente devem ter como receitas: [...]

II - doações de pessoas físicas e jurídicas, sejam elas de bens materiais, imóveis ou recursos financeiros;

III - destinações de receitas dedutíveis do Imposto de Renda, com incentivos fiscais, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente e demais legislações pertinentes.

O mecanismo de financiamento não corresponde apenas à destinação de recursos públicos dos Fundos aos projetos. Um dos principais meios de custeio de ações em prol da infância e juventude está na possibilidade de que os patrocinadores direcionem os recursos de renúncia fiscal para as ações de sua preferência. Esse mecanismo de fornecer recursos previamente vinculados para projeto específicos foi expressamente previsto na Resolução 137/10 nos seguintes termos:

Resolução 137/10

Art. 12 A definição quanto à utilização dos recursos dos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente, em conformidade com o disposto no artigo 7º, deve competir única e exclusivamente aos Conselhos dos Direitos.

§ 1º Dentre as prioridades do plano de ação aprovado pelo Conselho de Direitos, deve ser facultado ao doador/destinador indicar, aquela ou aquelas de sua preferência para a aplicação dos recursos doados/destinados.

§ 2º As indicações previstas acima poderão ser objeto de termo de compromisso elaborado pelo Conselho dos Direitos para formalização entre o destinador e o Conselho de Direitos.

Art. 13 Deve ser facultado ao Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente cancelar projetos mediante edital específico.

§ 1º Chancela deve ser entendida como a autorização para captação de recursos aos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente destinados a projetos aprovados pelos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente, segundo as condições dispostas no art. 9º desta Resolução.

§ 2º A captação de recursos ao Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente, referida no parágrafo anterior, deverá ser realizada pela instituição proponente para o financiamento do respectivo projeto.

§ 3º Os Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente deverão fixar percentual de retenção dos recursos captados, em cada chancela, de no mínimo 20% ao Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente.

A possibilidade de que os patrocinadores indiquem em quais projetos os valores serão aplicados potencializa a captação de recursos para o financiamento das políticas públicas promovidas pelos Fundos da Infância e da Adolescência.

Por discordar da forma com que o mecanismo estava sendo regulamentado, em 2010, o Ministério Público Federal propôs a Ação Civil Pública nº 0033787-88.2010.4.01.3400, solicitando que a Justiça Federal declarasse nulos os artigos 12 e 13 da Resolução 137/10 do CONANDA e proibisse o CONANDA de disciplinar novamente sobre a captação direta de recursos dos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente. Para fundamentar o pedido, o Ministério Público argumentou que a redação dos artigos da Resolução 137/10 correspondia a um atentado à legalidade, sobretudo as normas que previam as competências para os Conselhos Direitos da Criança e do Adolescente.

Inicial AC 0033787-88.2010.4.01.3400

Entretanto, tais doações casadas ou vinculadas – em que pese concebidas e admitidas a pretexto de incentivar doações – significam, em verdade, usurpação indevida (apesar de consentida) da função deliberativa dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente, uma vez que, por antecipação, permitem ao particular – geralmente pessoa jurídica, podendo ser também pessoa física – indicar qual entidade ou projeto será contemplado com sua “doação”.

Esta prática², de ilegalidade gritante, subverte o papel dos Conselhos enquanto gestores dos fundos, que, deliberadamente, abrem mão de sua autonomia e poder de decisão – prerrogativas indisponíveis dos conselheiros, em favor das preferências de “doadores” privados (nem sempre as mais justas ou legítimas).

Vale ressaltar que o princípio da legalidade estabelece que a Administração Pública deve atuar observando o que está previsto na legislação. Assim, uma entidade pública não poderá exercer competência ou praticar ação que não esteja expressamente prevista em Lei, conforme explicam Maria Sylvia di Pietro e José dos Santos Carvalho Filho:

Segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. No âmbito das relações entre particulares, o princípio aplicável é o da autonomia da vontade, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe (grifo nosso).

O princípio da legalidade é certamente a diretriz básica da conduta dos agentes da Administração. Significa que toda e **qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita.**

Nesse sentido, os Conselhos, sendo integrantes da Administração Pública, deveriam agir observando as regras da legislação para destinação de recursos dos Fundos. Não existindo autorização em Lei para os Conselhos fixarem mecanismos de destinação das doações feitas ao Fundo nem para participação de doadores na destinação de valores do Fundo a projetos específicos, os Conselhos não poderiam estabelecer regras desse tipo em uma Resolução, sob pena de praticarem ato ilícito.

Os argumentos do Ministério Público reconhecidos em primeira instância pela Justiça Federal em 2011. Segundo consta da sentença proferida, o magistrado não identificou no Estatuto da Criança e do Adolescente qualquer previsão em Lei que conferisse competência aos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente para fixar os mecanismos de destinação dos patrocínios dos Fundos. Do mesmo modo, também não verificou fundamento em Lei para a participação de particulares na gestão dos valores destinados aos projetos da infância e da adolescência, considerando que o ato de direcionar os patrocínios para projetos específicos como uma interferência privada na decisão dos Conselhos.

Em vista do exposto, considerou-se que o CONANDA teria excedido seu papel regulamentador e criado uma inovação no ordenamento jurídico por meio de uma simples resolução, dando destinação incorreta aos recursos públicos destinados ao Fundos. Portanto, **o magistrado concluiu que o princípio da legalidade estrita foi efetivamente violado pelos artigos 12 e 13 da Resolução 137/10:**

Sentença AC 0033787-88.2010.4.01.3400

Ante o exposto julgo PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido para declarar a nulidade dos artigos 12 e 13 da Resolução CONANDA nº 1372010 e determinar que o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente se abstenha de disciplinar a distribuição de recursos dos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente por meio de captação direta de recursos por particulares ou por meio de doações vinculadas até que sobrevenha autorização veiculada em lei formal mantendo contudo todos os atos praticados por aquele Conselho que tenha por fundamento a mencionada Resolução até a presente data.

Inconformada com a decisão, a União Federal ingressou no mesmo ano com recurso sustentando a regularidade das normas do CONANDA e apontando que não havia ingerência privada sobre os recursos públicos, apenas a implementação de um mecanismo que facilitava o financiamento via Fundos. Apesar dos fundamentos apresentados, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região manteve a decisão proferida em primeira instância e reconheceu a nulidade dos artigos citados:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - CONANDA. FUNDOS NACIONAL, ESTADUAIS E MUNICIPAIS DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. CRIAÇÃO E FUNCIONAMENTO. GESTÃO DE RECURSOS. DELEGAÇÃO A PARTICULARES POR MEIO DE ATO INFRALEGAL. **VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.**

I - Nos termos do § 2º do art. 260 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), alterado pela Lei nº 13.257/2016 delegou-se competência aos Conselhos Municipais, Estaduais e Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, apenas, para fins de fixação dos critérios de utilização dos recursos vertidos aos respectivos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente, nada dispondo sobre a eventual extensão dessa delegação, para fins de captação dos recursos, nem tampouco, sobre a possibilidade de facultar-se aos colaboradores ou doadores a indicação da destinação de sua preferência para os recursos doados.

II - Na hipótese dos autos, **a delegação de competência a particulares, quanto à gestão da indicação da destinação dos recursos captados pelos referidos Fundos, a que se reportam os arts. 12 e 13 da Resolução CONANDA Nº 137/2010, afigura-se flagrantemente abusiva, por violação ao princípio da legalidade.** V - Apelação e remessa oficial desprovidas. Sentença confirmada. (AC 0033787-88.2010.4.01.3400, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MOREIRA ALVES, TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 06/12/2017 PAG.)

Pelo entendimento dos desembargadores do TRF1, a lei delegou competência aos Conselhos Municipais, Estaduais e Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente para fins de fixação dos critérios de utilização dos recursos destinados aos respectivos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente, sem apresentar qualquer disposição sobre a eventual captação dos valores ou mesmo sobre a possibilidade de que os incentivadores fizessem a indicação prévia do destino os recursos repassados. **No entender da Justiça Federal, as disposições do CONANDA responsáveis por permitir o incentivo direcionado violariam o princípio da legalidade, já que o órgão teria ultrapassado suas competências ao regulamentar a matéria.**

Vale ressaltar que está pendente julgamento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

Tendo em vista a decisão proferida pelo TRF da 1ª Região, a nulidade dos arts. 12 e 13 da Resolução 137/10 foi mantida e o CONANDA proibido de regulamentar a matéria até que a lei seja complementada. Em razão do ocorrido, foi emitido o Ofício Circular 23/22 para desaconselhar a continuidade do financiamento direcionado. O ofício em questão foi divulgado pela Presidência do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente com o intuito de dar ampla publicidade às decisões apresentadas no Tópico I e instruir os Conselhos de Estados e Municípios sobre a forma de proceder com os patrocínios:

Ofício Circular 23/22

2. A supracitada decisão foi dada em razão do pedido do Ministério Público Federal (MPF), em sede de Cumprimento Provisório da sentença proferida nos autos da Ação Civil Pública n.º 0033787- 88.2010.4.01.3400, nos seguintes termos: [...]

3. Ressalta-se que a decisão foi confirmada por Acórdão proferido pela Quinta Turma do TRF1: [...]

6. Nesse sentido, encaminho este ofício-circular aos Presidentes dos Conselhos Estaduais dos Direitos da Criança e do Adolescente, para ciência, observância, ampla divulgação e melhor cumprimento em conformidade com o sistema normativo nacional e local.

Nos termos do Ofício Circular 23/22, os Conselhos de Estados e Municípios deveriam considerar nulos os arts. 12 e 13 da Resolução 137/10, enquanto perdurar a suposta violação da legalidade causada pela inexistência de lei formal devidamente aprovada para sustentar o patrocínio direcionado.

Ofício Circular 23/22

5. Aos Conselhos de Estados e Municípios que estejam promovendo editais na forma mencionada com base unicamente na regulamentação do CONANDA, orienta-se cumprimento imediato do inteiro teor da sentença proferida nos autos da Ação Civil Pública n.º 0033787-88.2010.4.01.3400, que declarou a nulidade dos artigos 12 e 13 da Resolução n.º 137/2010 do CONANDA, bem como da determinação de abstenção deste Conselho em disciplinar “a distribuição de recursos dos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente por meio de captação direta de recursos por particulares ou por meio de doações vinculadas até que sobrevenha permissão veiculada em lei formal”, até que sobrevenha decisão judicial em contrário ou permissão veiculada em lei formal devidamente aprovada pelo legislativo.

Entretanto, **o próprio CONANDA recomenda que os Conselhos de Estados e Municípios se orientem pela sua própria legislação aplicável a fim de verificar se continuam permitindo os editas de chancela ou autorização para captação.** No entender do Conselho Federal, os demais entes podem agir conforme a melhor interpretação do sistema normativo e orientação da consultoria jurídica.

Ofício Circular 23/22

4. Destaca-se que a decisão proferida suspende a regulamentação do Conanda em âmbito nacional, de forma que **orienta-se aos Conselhos Estaduais e Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente que observem a legislação estadual e municipal,** bem como a própria regulamentação interna, atentando-se em cada caso se há amparo normativo que permita os editas de chancela ou autorização para captação. Nesses casos, **os Conselhos devem seguir com os procedimentos conforme melhor interpretação do sistema normativo como um todo e orientação de consultoria jurídica própria.**

Partindo desse pressuposto, demonstraremos a seguir que atualmente vigoram leis capazes de fornecer o amparo normativo necessário para permitir a captação direta e o patrocínio direcionado aos projetos do FIA. No âmbito da legislação federal, não subsiste o argumento de que a captação direta e os patrocínios direcionados violam o princípio da legalidade.

2 DA INTRODUÇÃO DO MARCO REGULATÓRIO DAS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL

Como se verifica pelo exposto no Tópico I, as decisões preferidas pela Justiça Federal foram baseadas no conjunto de normas do Estatuto da Criança e do Adolescente e do CONANDA, destinadas especificamente para a regulamentação dos Fundos da Infância e Adolescência. No caso da doação direcionada e da captação direta, o Conselho Nacional teria atuado sem fundamento em legal para permitir que os patrocinadores escolhessem os projetos, o que foi considerado uma inovação indevida e levou a anulação os arts. 12 e 13 da Resolução 137/10.

Entretanto, **a Ação Civil Pública nº 0033787-88.2010.4.01.3400 foi ajuizada em 2010. Posteriormente, no ano de 2014, foi promulgada a Lei 13.019/14 (Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil – MROSC), que regulamenta as parcerias entre a Administração Pública e Organizações da Sociedade Civil (OSC). Em 14/12/2015, a Lei 13.204/15 introduziu no MROSC o art. 30, VI, que apresenta elementos suficientes para suprir o vácuo legislativo que motivou a nulidade abordada no tópico anterior, como se verá.**

A legislação atual de parcerias voluntárias se propõe a regulamentar de forma geral a aplicação de recursos por parte da Administração Pública para fins de consecução de finalidades de interesse público junto às Organizações da Sociedade Civil:

Lei 13.019/14

Art. 1º **Esta Lei institui normas gerais para as parcerias entre a administração pública e organizações da sociedade civil**, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação.

A Lei 13.019/14 indica critérios para o ente público possa escolher entidades parceiras que promovam projetos de interesse público. Como regra, a Administração deve realizar procedimento de chamamento público e avaliação de propostas, com o intuito de identificar proponentes qualificados para receber recursos e realizar os projetos. Entre as exceções à obrigatoriedade de chamamento público estão previstas as **atividades voltadas a promoção de serviços de educação, saúde e assistência social, executadas por entidades previamente credenciadas pelo órgão gestor de política pública**:

Lei 13.019/14

Art. 30. A administração pública poderá dispensar a realização do chamamento público: [...]

VI - no caso de atividades voltadas ou vinculadas a serviços de educação, saúde e assistência social, desde que executadas por organizações da sociedade civil previamente credenciadas pelo órgão gestor da respectiva política. (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

Com isso, verifica-se que a Lei 13.019/14, desde 2015, tem previsão expressa para que seja celebrada parceria com OSC de forma direta, desde que: 1) haja credenciamento prévio; 2) o credenciamento seja feito pelo órgão gestor de política pública; e 3) o projeto seja relativo à educação, saúde ou assistência social.

A definição do **órgão gestor de política pública** pode ser identificada por meio dos papéis atribuídos pela Resolução 137/10, que, ao vincular os Fundos da Infância e Adolescência aos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente do respectivo ente federado, tornou os referidos órgãos instâncias de formulação e controle das parcerias promovidas com recursos do FIA:

Resolução 137/10

Art. 2º Os Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente devem ser vinculados aos **Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente do respectivo ente federado, órgãos formuladores, deliberativos e controladores das ações de implementação da política dos direitos da criança e do adolescente, responsáveis por gerir os fundos, fixar critérios de utilização e o plano de aplicação dos seus recursos**, conforme o disposto no § 2º do art. 260 da Lei nº 8.069, de 1990.

O papel de gestão dos Fundos da Infância e da Adolescência é exercido pelos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente por meio da elaboração de planos gerais de aplicação de recursos, tendo como base a política de promoção, proteção, defesa e atendimento dos direitos da criança e do adolescente.

Resolução 137/10

Art. 9º Cabe ao Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente, em relação aos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente, sem prejuízo das demais atribuições: [...]

IV - elaborar anualmente o plano de aplicação dos recursos do Fundo, considerando as metas estabelecidas para o período, em conformidade com o plano de ação;

Dessa forma, **no caso dos recursos do Fundo Municipal da Infância e Adolescência, o órgão gestor de política pública é o próprio Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente, entidade com competência para deliberar sobre a aplicação de recursos do FIA.**

O **credenciamento prévio** para receber recursos dos Fundos da Infância e da Adolescência é realizada por meio da elaboração de editais que selecionam entidades aptas ao financiamento público. Pela Resolução 137/10 do CONANDA, os Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente decidem sobre a aplicação de recursos do FIA mediante os procedimentos e critérios previstos em edital:

Resolução 137/10

Art. 9º Cabe ao Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente, em relação aos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente, sem prejuízo das demais atribuições: [...]

V - elaborar editais fixando os procedimentos e critérios para a aprovação de projetos a serem financiados com recursos do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente, em consonância com o esta-

belecido no plano de aplicação e obediência aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade;

Em termos simples, **a avaliação e aprovação de projetos realizada por meio dos editais publicados pelo Conselho Municipal da Criança e do Adolescente corresponde ao credenciamento para que o projeto possa ser realizado.**

Sobre os **temas exigidos**, identificamos que os projetos realizados com recursos dos Fundos da Criança e do Adolescente estão diretamente alinhados com a promoção da assistência social. Nesse sentido, podemos verificar as áreas de atuação prioritária previstas Decreto 5.089/04 sobre o Fundo Nacional da Criança e do Adolescente:

Decreto 5.089/04

Art. 92. Os recursos do Fundo Nacional para a Criança e o Adolescente serão prioritariamente aplicados:

I – no apoio ao desenvolvimento das ações priorizadas na Política Nacional de Atendimento aos Direitos da Criança e do Adolescente;

II – no apoio aos programas e aos projetos de pesquisas, de estudos e de capacitação de recursos humanos necessários à execução das ações de promoção, defesa e atendimento à criança e ao adolescente;

III – no apoio aos programas e aos projetos de comunicação e divulgação das ações de defesa dos direitos da criança e do adolescente;

IV – no apoio ao desenvolvimento e à implementação de sistemas de controle e avaliação de políticas públicas, programas governamentais e não governamentais em âmbito nacional, destinados à criança e ao adolescente; e

V – na promoção do intercâmbio de informações tecnológicas e experiências entre o Conanda e os conselhos estaduais, distrital e municipais dos direitos da criança e do adolescente.

As linhas de atendimento definidas como prioritárias pelo art. 92, inciso I, do Decreto 5.089/04 incluem os seguintes elementos:

Lei 8.069/90

Art. 87. São linhas de ação da política de atendimento:

I – políticas sociais básicas;

II – **serviços, programas, projetos e benefícios de assistência social de garantia de proteção social e de prevenção e redução de violações de direitos, seus agravamentos ou reincidências;**

III – serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão;

IV – serviço de identificação e localização de pais, responsável, crianças e adolescentes desaparecidos;

V – **proteção jurídico-social por entidades de defesa dos direitos da criança e do adolescente.**

VI – **políticas e programas destinados a prevenir ou abreviar o período de afastamento do convívio familiar e a garantir o efetivo exercício do direito à convivência familiar de crianças e adolescentes;**

VII – campanhas de estímulo ao acolhimento sob forma de guarda de crianças e adolescentes afastados do convívio familiar e à adoção, especificamente inter-racial, de crianças maiores ou de adolescentes, com necessidades específicas de saúde ou com deficiências e de grupos de irmãos.

A partir das destinações prioritárias e da Política Nacional de Atendimento aos Direitos da Criança e do Adolescente, podemos identificar o evidente direcionamento dos recursos do Fundo para finalidades de assistência social. Isso é reforçado pelo disposto na Lei Orgânica da Assistência Social, ao fixar a proteção à infância e adolescência como um dos objetivos da assistência:

Lei 8.742/93

Art. 1º **A assistência social**, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, **que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade**, para garantir o atendimento às necessidades básicas.

Art. 2º A assistência social tem por objetivos:

I - **a proteção social, que visa à garantia da vida, à redução de danos e à prevenção da incidência de riscos, especialmente:**

a) **a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;**

b) **o amparo às crianças e aos adolescentes carentes;**

- c) a promoção da integração ao mercado de trabalho;
- d) a habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; e
- e) a garantia de 1 (um) salário-mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família;

Mais adiante, a Lei Orgânica da Assistência Social ainda classifica as ações tomadas em benefício de crianças e adolescentes em situação de risco pessoal e social como serviços de assistência social:

Lei 8.742/93

Art. 23. Entendem-se por serviços socioassistenciais as atividades continuadas que visem à melhoria de vida da população e cujas ações, voltadas para as necessidades básicas, observem os objetivos, princípios e diretrizes estabelecidos nesta Lei.

§ 1º O regulamento instituirá os serviços socioassistenciais.

§ 2º Na organização dos serviços da assistência social serão criados programas de amparo, entre outros:

I - às crianças e adolescentes em situação de risco pessoal e social, em cumprimento ao disposto no art. 227 da Constituição Federal e na Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente);

Conforme demonstrado, os projetos financiados com recursos do FIA e aprovados pelo Conselho Municipal da Criança e do Adolescente podem ser enquadrados como atividades de assistência social.

Com base no exposto, podemos concluir que o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente atua como conselho gestor de política pública, ente deliberativo e gestor de projetos em prol da criança e do adolescente, tendo como competências o credenciamento prévio e aprovação de projetos de promoção de assistência social junto ao Município. Tais requisitos atendem ao disposto na Lei 13.019/14, fornecendo fundamento para que o gestor público distribua recursos aos projetos do FIA, inclusive por meio da captação direta e dos patrocínios direcionados a determinados projetos.

Os requisitos citados atendem aos propostos da legislação de parcerias da Administração Pública com OSC, o que torna possível o direcionamento de recursos do Fundo Municipal da Infância e Adolescência para projetos indicados pelo patrocinador, em conformidade

com o princípio da legalidade. Deste modo, não subsistem os fundamentos apresentados no Ofício Circular 23/2022 do CONANDA para justificar a retenção de recursos incentivados do Fundo Municipal com destinação à projetos específicos.

3 PL 10433/2018 E ALTERAÇÃO DO ECA

Os efeitos da Ação Civil Pública nº 0033787-88.2010.4.01.3400 são tão nocivos para a política pública de infância e juventude que foi apresentado Projeto de Lei 10.433/2018 (no Senado, PL 3026/2022) de autoria do Deputado Eduardo Barbosa. A proposta altera o próprio ECA, incluindo os parágrafos 2º-A e 2º-B no artigo 260, para prever expressamente a possibilidade de chancela de projetos para indicação da destinação dos recursos pelo doador:

Art. 260, § 2º-A O contribuinte poderá indicar o projeto que receberá a destinação de recursos, dentre os projetos aprovados pelo conselho dos direitos da criança e do adolescente.

§ 2º-B É facultado aos conselhos chancelar projetos ou banco de projetos, por meio de regulamentação própria, observadas as seguintes regras:

I - a chancela deverá ser entendida como a autorização para captação de recursos por meio dos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente com a finalidade de viabilizar a execução dos projetos aprovados pelos conselhos;

II – os projetos deverão garantir os direitos fundamentais e humanos das crianças e dos adolescentes;

III - a captação de recursos por meio do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente deverá ser realizada pela instituição proponente para o financiamento do respectivo projeto;

IV – os recursos captados serão repassados para a instituição proponente mediante formalização de instrumento de repasse de recursos, conforme legislação vigente;

V - os conselhos deverão fixar percentual de retenção dos recursos captados, em cada chancela, que serão destinados ao Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente;

VI – o tempo de duração entre a aprovação do projeto e a captação dos recursos deverá ser de 2 (dois) anos e poderá ser prorrogado por igual período;

VII - a chancela do projeto não deverá obrigar seu financiamento pelo Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente, caso não tenha sido captado valor suficiente.

No momento de elaboração do presente artigo, o PL havia sido aprovado na Câmara dos Deputados e no Senado, aguardando a sanção presidencial. Dado impacto negativo que toda essa discussão gerou, espera-se que o texto seja sancionado na íntegra, encerrando em definitivo a questão.

Por fim, vale ressaltar que o Deputado Eduardo Barbosa, autor do PL, faleceu em agosto de 2023, pouco antes da aprovação do projeto pelo Senado. Considerando que sua atuação legislativa se deu prioritariamente no âmbito das organizações do Terceiro Setor (especialmente as APAEs), é importante notar que a aprovação do PL acaba sendo uma homenagem póstuma a um parlamentar que tinha efetivamente uma percepção clara sobre a execução correta das políticas públicas na área social.

REFERÊNCIAS

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. Ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

25

**A DECLARAÇÃO DE
INCONSTITUCIONALIDADE DO
PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO
40 DA LPI NO DIA SEGUINTE: SE
A PRORROGAÇÃO DA PATENTE
FREIA INOVAÇÃO, NOVAS AÇÕES
DE EXTENSÃO DE PRAZO TAMBÉM
VIOLAM A CONSTITUIÇÃO? UM
ESTUDO DA PRORROGAÇÃO
APÓS A NÃO MODULAÇÃO DOS
EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE
INCONSTITUCIONALIDADE**

João Marcelo de Lima Assafim²⁵⁰

“A propriedade intelectual é uma ilha de exclusivos em um mar de liberdades”
Prof. Dr. Jose Oliveira Ascensão, Catedrático da
Universidade de Lisboa.
(in memoriam).

250 Sócio-fundador do Escritório De Lima Assafim e Advogados Associados. Professor Associado II de Direito Comercial da Faculdade Nacional de Direito – FND – da UFRJ (coordenador de Graduação 2007-2009). Doctor en Derecho Mercantil – Universidad de Santiago de Compostela (USC-ESPANHA). Doutor em Direito Comercial – Universidade de São Paulo (USP). Conselheiro Diretor da ABAPI. Conselheiro Editorial da Revista da ABPI. Associado da LIDC. Membro do Conselho INOVA UFRJ. Presidente da Comissão de Defesa da Livre Concorrência da OAB-RJ (CDCOR). Membro da Diretoria do Conpedi.

I PREÂMBULO

Este artigo é a segunda parte daquele publicado antes do julgamento da ADI pelo STF, mais especificamente, da ADI de número 5529/2016, cujo objeto fora o questionamento da constitucionalidade do parágrafo único do artigo 40 da Lei de Propriedade Industrial, a Lei no. 9.279, de 14 de maio de 1996. Naquela ocasião, a conclusão do artigo foi no sentido de que as externalidades negativas do parágrafo único do artigo 40 da LPI eram inconsistentes com a Constituição da República Federativa do Brasil.

Não obstante, agora, trata-se dos efeitos do acordo. Pois bem, declarada a inconstitucionalidade deste dispositivo pelo **acordo do STF transitado em julgado**, coube – expressamente na decisão – ao setor de saúde a exceção a modulação dos r. efeitos.

Na prática a não modulação determina a **aplicação retroativa** do *decisum* e, assim, em cumprimento, o INPI anulou as decisões de extensão com base no par. único do artigo 40 da LPI. Assim, o objeto de tais patentes foi remetido ao **estado da técnica** e, por conseguinte, ao **domínio público**.

Durante sua vigência, este dispositivo **prorrogara a duração do direito de patente** – integralmente, todas as faculdades (direito positivo de uso e negativo de exclusão de terceiros, o *ius prohibendi*) – nas hipóteses de “demora” no exame, o que **garantira, ao menos 10 anos de direito pleno, sem limite de tempo sobre a duração final da patente**. A questão central é a seguinte: **a prorrogação da patente implica em fomento ou freio à inovação?**

Na ADI 5529 a questão é clara: a extensão de um monopólio legal – como consequência da relação jurídica em tela, seus efeitos diretos, as condutas restritivas da livre concorrência com base em tal prorrogação:

- 1) seriam consistentes ou inconsistentes com a Constituição da República Federativa do Brasil e, se,
- 2) violariam ou não os direitos fundamentais dos Brasileiros?
- 3) Como a declaração de inconstitucionalidade, a exceção à modulação, afetaria os processos de exclusão (abstenção de uso) em curso?

Assim, a decisão fora prolatada pelo STF com o seguinte teor.

“Decisão: O Tribunal, por maioria, modulou os efeitos da decisão de declaração de inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 40 da LPI, conferindo-se a ela efeitos ex nunc, a partir da publicação da ata deste julgamento, de forma a se manter as extensões de prazo concedidas com base no preceito legal, mantendo, assim, a validade das patentes já concedidas e ainda vigentes em decorrência do aludido preceito, ficando ressalvadas da modulação (i) as ações judiciais propostas até o dia 7 de abril de

2021, inclusive (data da concessão parcial da medida cautelar no presente processo) e (ii) as patentes que tenham sido concedidas com extensão de prazo relacionadas a produtos e processos farmacêuticos e a equipamentos e/ou materiais de uso em saúde, operando-se, em ambas as situações, o efeito *ex tunc*, o que resultará na perda das extensões de prazo concedidas com base no parágrafo único do art. 40 da LPI, respeitado o prazo de vigência da patente estabelecido no caput do art. 40 da Lei 9.279/1996 e resguardados eventuais efeitos concretos já produzidos em decorrência da extensão de prazo das referidas patentes. Tudo nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber e Marco Aurélio. Os Ministros Roberto Barroso e Luiz Fux (Presidente) modulavam os efeitos da decisão em maior extensão. Plenário, 12.05.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).”

Portanto, a modulação dos efeitos fora afastada das patentes que tenham sido concedidas com extensão de prazo relacionadas a produtos e processos farmacêuticos e a equipamentos e/ou materiais de uso em saúde, operando-se, em ambas as situações, **o efeito ex tunc, o que resultará na perda das extensões de prazo concedidas com base no parágrafo único do art. 40 da LPI**, respeitado o prazo de vigência da patente estabelecido no caput do art. 40 da Lei 9.279/1996 e resguardados eventuais efeitos concretos já produzidos em decorrência da extensão de prazo das referidas patentes.

Após o julgamento da ADI, surgem outras questões:

- 1) Houve novas ações com o mesmo fim de extensão de prazos após o trânsito em julgado da ADI 5529?
- 2) Seriam tais medidas consistentes com a ADI 5529?
- 3) Que conclusão podem ter tais pretensões?

2 DA APROXIMAÇÃO AO PROBLEMA

A situação problema surge a partir da função do sistema de patentes. Qual seria a filosofia da teoria dos bens imateriais na outorga de direitos de exclusiva para o criador de uma invenção? Certo é que se trata de uma espécie de “trade off” entre o Estado Brasileiro e o inventor: em troca de um “monopólio legal” por um prazo determinado (de 20 anos) o inventor (e/ou titular) divulgam a invenção de uma forma que um técnico na área possa reproduzi-la após a expiração do direito. Com efeito, o objetivo deste direito é atrair o incumbente a trilhar caminhos tecnológicos nunca antes perseguidos.

A patente tende a incentivar a inovação ao promover a concorrência dinâmica por superação nos mercados de inovação. Trata-se ferramenta de vital importância para as políticas de desenvolvimento no Brasil (cf. art.

218 da CRFB) a serviço dos Brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil (cf. *caput* do art. 5º da CRFB), com vistas a alguma participação do Brasil, e **instrumento estratégico de busca pela competitividade de seus agentes econômicos**, no mercado global.

Esse caráter dinâmico e pró-competitivo da patente ocorre por promover a inovação por superação na medida em que incentiva o investimento em pesquisa aplicada, desenvolvimento e inovação, e que de fato, esta **concorrência dinâmica** ou por superação - não percebida na análise estática tradicional (por preço nos mercados relevantes de bens materiais corpóreos, por exemplo) -, não seja **ceifada por monopolistas**. Assim, caso algum agente econômico venha a bloquear este caminho, o controle social antitruste deve funcionar a serviço da livre concorrência e do direito de acesso aos mercados (liberdade de empreender ou, simplesmente, livre iniciativa) e, no entanto, se por desventura, houver na disciplina da atribuição patrimonial no direito positivo uma “barreira a entrada” artificial, esta, ao funcionar contra o consumidor e contra o Erário Público, será inconsistente com a Constituição da República Federativa do Brasil.

Assim, extinta a patente, nem mais um dia (vide J.O. Ascensão). No entanto, **prorrogação do direito de patente integralmente** – sem compensações socioeconômicas concretas - implica em **frear a inovação**, na medida em que pesquisas ulteriores sobre o respectivo objeto não podem ser realizadas sem violação da patente prorrogada, e, ao mesmo tempo, subtrai de empreendedores a **liberdade de empreender** (com um mínimo de segurança jurídica) sobre o que, sem a prorrogação, seria **domínio público**.

A luz do arrazoado fático, como indicamos anteriormente em outras oportunidades, tem-se que o pedido de inconstitucionalidade fora aduzido pelo Procurador-Geral da República, diante do *prolongamento excessivo e da conseqüente indeterminação do período de vigência da proteção patentária, para violações dos postulados da segurança jurídica, contido no art. 5º, caput, da CRFB 1988; da livre concorrência, contido no art. 170, IV, da CRFB; e da defesa do consumidor, contido no art. 5º, XXXII, e 170, V da CRFB*.

O relatório indica que, ainda, os **fatos alcançariam a violação de mais dispositivos constitucionais e infraconstitucionais** com as extensões dos prazos de validade das patentes (dos direitos de patente) atentando, por certo, contra o **domínio público**.

Na relatoria da ADI 5529, o Ministro Dias Toffoli ratificou o arrazoado do *parquet*, ressaltando o fato de que, o atraso crônico e sistemático no exame dos pedidos de patente, implicou em uma consequência socioeconômica deletéria, uma externalidade negativa, na medida em que o parágrafo único do art. 40ª da LPI passou a estender, em tese, a maior parte das patentes outorgadas no Brasil (no setor farmacêutico, aproximadamente 92% - vide Paranhos, J., *loc. cit.*), afirmando, com efeito, o decísum, categoricamente que

a falta de um termo final definido para o prazo de vigência de patentes implica em uma distorção. Uma distorção com efeito sobre os bens jurídicos (o domínio público e o mercado – ordem pública econômica –) tutelado pela CRFB. A reprodução literal consta abaixo.

“Com efeito, **não se sabe o prazo final da vigência de uma patente no Brasil até o momento em que essa é efetivamente concedida, o que pode demorar mais de uma década.**

A indeterminação do prazo é circunstância que, por si só, descortina uma série de violações constitucionais que tornam inequívoca, em meu entender, a inconstitucionalidade norma.

O prazo indeterminado tem como **consequência prática a ausência, de fato, de limitação temporal para a proteção patentária no Brasil.** Isso porque **o prazo das patentes sempre estará condicionado a uma variável absolutamente aleatória, consistente no tempo de tramitação do processo no INPI.**

A aludida ausência de limitação redundando no cenário absurdo de termos patentes vigendo no país por prazos extremamente extensos, **de cerca de 30 anos**, o que desborda dos limites da razoabilidade e faz nosso país destoar das demais jurisdições em matéria de proteção da propriedade industrial.

São décadas de monopólio, em solo brasileiro, de produtos que frequentemente já estão em domínio público no exterior e com preços muito mais acessíveis. [...]]

Vejam que não estou a questionar aqui um prazo certo fixado pelo legislador no que tange a sua adequação e suficiência para atender determinado propósito. Não estou a questionar, por exemplo, se o parágrafo único deveria prever uma prorrogação de 5 anos, e não de 10, para as patentes de invenção. Adentrar na seara da definição de prazos seria uma intrusão em competência tipicamente legislativa.

Questiono uma previsão normativa que, embora travestida de prazo determinado, descortina, na realidade, **regra arbitrária, que torna automática a prorrogação da vigência de patentes no Brasil e possibilita a formação de monopólios por tempo indeterminado e excessivo, em franca violação da segurança jurídica; do art. 5º, inciso XXIX, da CF/88; do princípio da eficiência da administração pública (art. 37, caput); dos princípios da ordem econômica (art. 170) e, no caso dos fármacos, do direito à saúde (art. 196)**” Grifos nossos.

Nesse sentido, o pacote de condutas utilizadas para restringir a livre concorrência vai além do **ato ilícito** do artigo 186 do CC (o constrangimento de *liberdades*) e respectivos efeitos anticompetitivos (*condutas exclusivas*), se a **Constituição da República não autoriza a apropriação do**

domínio público nem o **açambarcamento de direitos – de propriedade intelectual**, inclusive, - de cidadãos (e estrangeiros residentes no Brasil). Caso contrário, haveria uma barreira a entrada inconsistente com a liberdade de empreender dos incumbentes e concorrentes potenciais.

Nisso reside a demanda social em tela: o atraso na entrada de genéricos é de, em média, 7 (sete) anos, e pode chegar a 12 (doze) anos (vide Relatório GEI/IE/UFRJ, 2.023, intitulado “*Efeitos da extensão de prazo de vigência de patentes farmacêuticas no Brasil*”, Coord. Profa. Dra. Julia Paranhos). O atraso na entrada de produtos genéricos implica em prejuízo líquido para o **consumidor** e para o **Sistema Único de Saúde (SUS)**.

Este ponto a **prorrogação de exclusivos** prejudica não só a **livre concorrência**, o bem-estar, os direitos e as **liberdades** do consumidor, **tempo de vida** (mais horas de trabalho para comprar o mesmo produto em comparação com consumidores congêneres em outros países) e, principalmente, políticas públicas de saúde, notadamente, as políticas de genéricos e o **custo das compras públicas do SUS**. Um atentado aos **direitos sociais** da **saúde**, do **trabalho**, do **consumidor** e da **livre concorrência**. Por estes motivos, dadas as já indicadas externalidades negativas inerentes às condutas dirigidas a extensão de monopólios, o parágrafo único do artigo 40 da LPI é inconsistente com a Constituição da República Federativa do Brasil, e, com o Ordenamento brasileiro.

Surpreendentemente, conforme indicam os registros públicos, houve a interposição de aproximadamente 50 (cinquenta) ações após a declaração de inconstitucionalidade do par. único do artigo 40 da LPI, interpostas por fabricantes de referência com o objetivo de obter a extensão do prazo dos direitos de patente com fundamento inovador: responsabilidade civil em razão de supostos danos sofridos pela mora do INPI no exame. Sendo ações objetivamente sem fundamento em decorrência do trânsito em julgado da ADI 5529, o indeferimento de todas implicaria na economia possível é um somatório em torno de R\$ 694,9 milhões a R\$ 7,6 bilhões para o consumidor (GEI/IE/UFRJ, cit.), além da economia para o SUS (*vide infra*).

Com efeito, caberiam, em tese, se confirmados estes determinantes, ações judiciais reversas de reparação de danos não apenas de parte da Administração, mas também, dos consumidores contra os agentes fornecedores que incorressem em abuso de direito com vistas a lucros arbitrários. **Um atentado contra a dignidade da pessoa humana e contra o direito a vida.**

De todo modo, ainda que, *ad argumentandum*, o Supremo Tribunal Federal entenda por bem permitir em algum caso concreto o direito a extensões em sede de reclamação mesmo após declarar a inconstitucionalidade do referido dispositivo, a improvável outorga de exclusivos **não implicará, em nenhuma hipótese, em isenção antitruste** ou **consumerista** no caso de

abuso de direitos, com efeito, anticompetitivo, tal como em quaisquer direitos de propriedade intelectual ordinários.

3 DA NORMA CONSTITUCIONAL

A ação direta de inconstitucionalidade em tela incide no âmbito de aplicação dos artigos 1º, 2º, 3º, 5º, 170, 218 e 219 da CRFB. Como pedra angular do sistema constitucional pátrio o art. 1º da CRFB estabelece que “[A] República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; **IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa**”. Na sequência o art. 3º estabelece que “[C]onstituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

A **dignidade do cidadão brasileiro** (e do estrangeiro domiciliado no Brasil) passa pelo **direito ao desenvolvimento** com capilaridade sobre todo o texto constitucional, especialmente os artigos 5º, 170, 218 e 219 da CRFB. O Art. 5º determina que “[T]odos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a **inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade**, nos termos seguintes:

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo **em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País**”.

A pugna pela dignidade leva aos valores sociais, do qual o trabalho é indissociável. Assim, o **trabalho é um direito social** na forma do art. 6º da CRFB e remete ao art. 170 “[A] **ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa**, tem por fim assegurar a todos **existência digna**, conforme os ditames da **justiça social**, observados os seguintes princípios: (...) I - **soberania nacional**; II - propriedade privada; III - **função social da propriedade**; IV - **livre concorrência**; V - **defesa do consumidor**; VI - defesa do meio ambiente; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - **redução das desigualdades regionais e sociais**; VIII - **busca do pleno**

emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Mais que isso, a CRFB veda o constrangimento a liberdade de empreender, seja pelo Estado seja pelo monopolista, com base na interpretação sistêmica do seu parágrafo único: “[É] assegurado a todos o **livre exercício de qualquer atividade econômica**, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”.

A outorga de direitos sociais depende, em grande medida, de políticas públicas. Nesse ponto, o direito ao desenvolvimento ganha especial destaque no texto do art. 218, ao estabelecer que: “[O] **Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação**” cf. a Emenda Constitucional no. 85 de 2015. Por fim, o mercado é patrimônio nacional, na forma do art. 219, que determina: “[O] **mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, (...)**”.

Nesse sentido, é **obrigação do Estado estimular a inovação**, e, por certo, **reprimir atos contrários àquela (inovação)**, conforme o parágrafo único do art. 219 da CRFB: “[O] Estado estimulará a formação e o fortalecimento da **inovação nas empresas**, bem como **nos demais entes, públicos ou privados**, a constituição e a manutenção de parques e polos tecnológicos e de demais **ambientes promotores da inovação**, a atuação dos inventores independentes e a criação, absorção, **difusão e transferência de tecnologia.**” O objetivo constitucional é, portanto, a difusão e a transferência de tecnologia, não a concentração e açambarcamento do domínio público.

Por todo o exposto, reitere-se, aqui, mais uma vez o fato de que a Constituição da República **consagra do direito ao desenvolvimento e incentiva a inovação**. Os atos e condutas restritivos da concorrência suscetíveis de frear a inovação, com ou sem apoio da Administração e/ou dos entes federativos, são inconsistentes com Constituição e com o ordenamento brasileiros. O direito positivo aprovado em sentido contrário é, portanto, também, inconsistente com a Constituição da República.

4 DA ANÁLISE

As políticas públicas de defesa da dignidade têm como alvo não só o crescimento econômico, mas, principalmente, a distribuição equitativa deste resultado como elemento inerente ao desenvolvimento. Trata-se, aqui, efetivamente, de uma política de redistribuição de renda pelo combate ao **abuso de direito**. O uso estratégico da propriedade intelectual é fundamental para converter a pesquisa aplicada em **emprego e renda**. Esta é a ponta da linha do direito ao desenvolvimento outorgado ao povo brasileiro pelo constituin-

te. Entretanto, em que pesem os benefícios do exercício regular dos direitos de propriedade intelectual, de um lado, o abuso de direito implica restrições à concorrência com efeitos potencialmente anticompetitivos. O abuso de direitos de propriedade intelectual em **mercados relevantes concentrados (como no setor farmacêutico)**, por agente em posição de domínio, mediante condutas exclusionárias (*ius prohibendi*) além do termo de vigência, é, inequivocamente, anticompetitivo (como, por exemplo, no caso de “pay for delay”).

Neste caso, quando se examina a constitucionalidade da prorrogação de exclusivos, o que se observa é o **impacto do dispositivo sobre o cidadão brasileiro**. Há, portanto, a peculiaridade da estrutura dos mercados relevantes mais afetados pela atuação dos grupos de interesse – especialmente a indústria química e farmacêutica-, mas não restrita a estes. Nesse caso, caberia examinar a importância dos direitos de propriedade intelectual no Brasil para a **tomada de decisão em investir em tecnologia (em pesquisa aplicada)** e, em decorrência da Emenda Constitucional no. 85, no Brasil. Na situação em tela, há interesse de vários setores, mas, especialmente, o setor químico, de medicamentos, e, bens e serviços relacionados com saúde pública.

Bem como, além disso, o impacto da **barreira a entrada** quando a prorrogação do exclusivo implica em **freio à inovação**. De outro lado, a outorga de prorrogação de direitos, como também, estratégias de dilação de prazos e abusos de direitos (*evergreen*), se não socialmente controlados, tendem a engendrar a subtração de direitos subjetivos dos demais empreendedores em regime de livre iniciativa, notadamente, a liberdade. A liberdade de empreender como direito subjetivo que é, e, cuja hipótese de constrangimento é ato ilícito (art. 186 do CC.) e violação constitucional expressa (arts. 3º e 170 da CRFB).

Assim, a **prorrogação de patente**, ou de qualquer exclusivo, é **ato ilícito** na medida em que cria **falhas de mercado** (a partir da apropriação do domínio público).

A concorrência deixa de ser por **preço, tecnologia** ou **inovação**, e passa a ser **não concorrência por medidas judiciais exclusionárias** (exercício do *ius prohibendi*). A velha dicotomia do poder de mercado: quem tem poder de provocar escassez controlando a oferta impõe ao mercado e aos consumidores unilateralmente o sobre preço.

A **externalidade negativa** da conduta exclusionária irregular ocorrer contra o SUS (sistema único de saúde) e contra o cidadão brasileiro e estrangeiro residente no Brasil (cf. caput do art. 5º da CRFB). Neste caso, a falha de mercado tem como consequência, por exemplo, o extermínio de parcela importante da política de genéricos em violação aos artigos 1º e 3º da CRFB, *ab initio*, com **restrição imediata da liberdade de concorrer**. Em

se tratando de saúde pública, em casos de abuso de direito no exercício do poder de mercado, pior do que a injustiça social do preço de monopólio é a consequência da escassez: **falta de remédio e vacina tende a ser atentado contra a vida.**

Não obstante, o dispositivo TRIP's *plus* (além das obrigações mínimas internacionais do Anexo 1C do acordo OMC) em tela foi criado, em tese, como um elemento a favor da equidade, na medida em que o exame após 10 (dez) anos do protocolo (depósito) do pedido de patente seria exceção, um desvio padrão. O dispositivo equipararia o depositante excepcionalmente prejudicado pela Administração, em decorrência de um atraso excepcional e atípico, aos demais administrados.

Sem embargo, na medida em que o atraso no exame tornou-se regra, o dispositivo passou a ser um elemento **retrocesso e de entrave à inovação**, pois, se não todas, a maioria absoluta das patentes outorgadas no mercado nacional (mais de 80% em caráter geral, e aproximadamente 92% no setor de saúde) tem, ao fim e ao cabo, tem prazo superior ao prazo legal (e internacionalmente convencionado pelo TRIP's) de 20 anos, podendo chegar a distorções mais gravosas, como por exemplo, a que chegaria, por hipótese, a duplicar o prazo legal (patentes cujos prazos podem exceder 32 anos).

O dispositivo desafiado na ADIN. 5529 não se justifica, pois o *backlog* atinge a todos os depositantes igualmente, e, pior, permite, então, a outorga de um direito de exclusão artificial que, além de ineficiente, funciona como barreira a entrada e instrumento de exclusão de concorrentes.

O impacto desta externalidade negativa em mercados concentrados, como o químico e o farmacêutico, a “exclusiva” pode ser usado por “jogadores dominantes” para restringir a concorrência e através de medidas “extra preço” (concorrência “extra preço”), expulsar irregular concorrentes e turbar a entrada de novos empreendedores, enfim, monopolização do mercado relevante.

O estudo da estrutura dos mercados relevantes em saúde demonstra que fica claro o fato de que a consequência do dispositivo no mercado nacional é uma **prorrogação de direitos de monopólio legal** com fins de restringir a concorrência. Esta prorrogação implica em **uma distorção** com o que coopera, com todas as vênias, a “ineficiência” do INPI (por culpa, em grande medida, do caixa único da União, a drenar os recursos da autarquia amplamente superavitária) e do rarefeito controle social antitruste em impedir a ilicitude de mercado na matéria (abuso de direitos de propriedade intelectual) – comumente entendido – com todas as, mais respeitadas, vênias, erroneamente - como lide privada.

A imposição de preço de monopólio (preço abusivo) equivale a um aperfeiçoamento da conduta típica e antijurídica da subtração de patrimônio da coletividade, no **patrimônio nacional** (vide também, art. 36, par. 3º da lei

numero 12.529/2011 combinado com o art. 170 da CRFB). Com todas, frise-se, as mais respeitadas vênias, em uma reflexão filosófica, o dano do abuso da posição de monopólio (ou do cartel) – quando comprovada – é **socialmente** tão ou mais grave que aquelas perdas sociais de condutas coibidas pelo ordenamento através da via da ação penal pública incondicionada, nos exemplos clássicos do tipo, como a hipótese do furto, do roubo ou do estelionato, pois nesses casos, a subtração do bem ou direito ocorre, em tese, uma vez só (se não associado a outros crimes ou atentado contra a vida). No preço de monopólio abusivo a subtração é constante e atinge todo o mercado, todos os cidadãos, como um parasita gigante na jugular da coletividade (do SUS, do erário, da ordem pública econômica), jantando a dignidade da pessoa humana no talher de prata do **poder conglomeral**.

As externalidades negativas sobre extensão de “exclusivas” criam um ambiente de falha sistêmica de mercado que potencialmente violam um pacote de dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, ainda que por “derivação”, inviabilizam a inovação e liberdade de empresa.

A **distorção do processo de formação de preço** tem uma vítima: quem paga o preço de monopólio ilícito é o consumidor, ou, pior, por não poder pagar, submete-se a escassez. Em situações de impacto adverso sobre a saúde pública, a alternativa é a morte. Portanto, certo é o fato de que o monopólio atenta contra o direito à saúde, o direito a vida, a dignidade da pessoa humana.

Deve-se dizer o seguinte: em apertadíssima síntese, em mercados concentrados, sobretudo relacionados com saúde pública a extensão da patente não se justifica, mais que isso, a extensão da patente nesses casos tende a ser, tão somente, uma ferramenta em uma caixa a serviço de estratégias de dominação de mercado. Como o “backlog” do nosso prestigioso INPI tornou-se sistêmico, o resultado dessa extensão para todas as patentes de todos os setores, e mais especificamente dos setores relacionados com as políticas de saúde pública, acaba gerando uma externalidade negativa inconsistente com os direitos fundamentais garantidos aos cidadãos brasileiros na Constituição. Então esse é o ponto.

E claro, o que pode haver, eventualmente, em decorrência do *backlog* uma questão financeira, um dano, e, ainda assim se o interessado comprovar que, como titular da patente, por exemplo, que ficou impedido de perceber “royalties” durante um período ou de fabricar em função da não existência de exame da patente, por causa do atraso do INPI, haverá uma questão de responsabilidade civil. Ora, se o interessado não comprovar tal dano ou perda de uma chance, não há perda alguma, mas, no entanto, se o titular comprovar o dano, pode-se obter, claro, mais adiante, uma compensação financeira, frise-se, mais uma vez, financeira, insisto, de novo, “dinheiro” que indenize o “royalty” não percebido, de maneira diferida, mas nunca, jamais, uma barrei-

ra entrada, ou “*ius prohibendi*”, impedindo, por exemplo, a entrada no mercado de genéricos, pois isso atentaria contra o direito fundamental à saúde, fundamental do povo brasileiro. Esse é o ponto.

O projeto de lei no. 824, de 1991 (embrião legislativo da LPI), é anterior a conclusão da Rodada Uruguai do GATT, e, talvez por isso, tenha incorporado dispositivos *TRIP's plus*, em decorrência de políticas comerciais bilaterais (*palo y zanahoria*), notadamente, relativamente a Super 301, artigo da Lei de Comércio Estadunidense aplicada pela atuação da USTR. Assim o Brasil acabou por incorporar condições que excediam as obrigações mínimas de proteção, como por exemplo, a extensão de patentes em caso de mora da o INPI no exame e concessão.

A literatura indica que 92,2% das patentes farmacêutica (concedidas entre 1997 e 2018) tiveram prazo de vigência superior a 20 (vinte) anos (*loc. cit.*). Praticamente a totalidade das patentes outorgadas foram com extensão de prazo, o que significa uma distorção do sistema de patentes, e vetor de restrição a livre concorrência que, diante do volume de litígios com fim exclusionários (*ius prohibendi*), carrega efeitos de anticompetitividade de difícil descaracterização a luz do direito positivo.

A decisão colegiada do STF (ADI 5529), em 2021, declarou a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 40 da LPI. Ao excluir da modulação de efeitos o setor farmacêutico, a decisão determinou a aplicação retroativa. Na prática, coube a Administração revogar as extensões já concedidas em cumprimento da decisão no âmbito da ADI 5529, incrementando de fato e de direito o domínio público. A primeira externalidade positiva da decisão é o incremento da concorrência e redução de preços ao SUS e ao consumidor (vide Paranhos, 2.023.).

Trabalhos técnicos, de natureza econômica, levados a cabo por pesquisadores da envergadura da economista Profa. Dra. Julia Paranhos indicam o custo da extensão de patentes para o SUS, notadamente pelas novas ações após a ADI 5529. Segundo o GEI/IE/UFRJ o custo total para o SUS com a extensão de patentes em ações judiciais é algo em torno de **1,7 bilhões de reais. Nesse quadro, é certo o fato de que 97,8% desse dispêndio estão concentrados em tão somente 5 (cinco) princípios ativos.** A redução de custo na hipótese de extensão por ação judiciais será possível economizar o equivalente ao “peso morto do monopólio” pelo total do tempo de extensão (algo que parte da referência em torno de R\$ 714,5 milhões pelo total do tempo de extensão).

Enquanto os gastos de consumidores no quinquênio 2017-2021 – durante a extensão pelas ações judiciais – foi de algo em torno de R\$13,5 bilhões de reais, a redução média de preço de medicamentos após o fim da extensão varia entre 33,99% e 97,99%. Esse é o tamanho do peso morto do

abuso do monopólio legal custeado pelo consumidor brasileiro e redução esperada caso todas as ações posteriores a ADI 5529 sejam indeferidas.

Por todo o exposto, então qualquer informação ainda que reunida por tecnologias telemáticas de inteligência artificial que possam indicar alguma inconsistência com informações do INPI, a partir de suas publicações oficiais, e com relação aos prazos das patentes e do *backlog*, não esclarece a questão das **falhas de mercado** criadas pela prorrogação de patentes (*ever green*), sendo, portanto, sem utilidade probatória, na medida em que, a **assimetria de informação** que realmente importa para essa análise é o processo de formação de preços na indústria farmacêutica, a “caixa preta” dos custos efetivos da pesquisa no setor pertinente, o número de patentes por princípio ativo ou molécula, o que não se sabe, que não se divulga (seria necessário um inquérito setorial como ocorrera na UE), sendo, portanto, absolutamente, como todas as mais respeitáveis vênias, imprestável qualquer tipo de prova nesse sentido.

5 CONCLUSÃO

A prorrogação de patentes freia a inovação, o que de per si, viola o direito ao desenvolvimento (art. 3º da CRFB) a obrigação do Estado de promover e incentivar a inovação (art. 218). O dispositivo em tela, ao permitir a prorrogação extraordinária de patentes, atenta contra os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (arts. 2º e 170 da CRFB). O parágrafo único do art. 40 da Lei no. 9.279/1996 atenta contra o inciso XXIX do artigo 5º na medida em que, ao gerar uma distorção que implica na prorrogação do prazo de validade em todas as patentes outorgadas no Brasil, **freia a inovação**, impede o desenvolvimento tecnológico, social e econômico do país.

Por todo o exposto, a Constituição da República consagra do direito ao desenvolvimento e incentiva a inovação (art. 219). Os atos e condutas restritivos da concorrência suscetíveis de **frear a inovação** são inconsistentes com Constituição e com o ordenamento brasileiros.

Na hipótese de existir, eventualmente, em decorrência do *backlog* um dano, e, ainda assim se o interessado comprovar que, como titular da patente, por exemplo, que ficou impedido de perceber “royalties” durante um período ou de fabricar em função da não existência de exame da patente, por causa do atraso do INPI, haverá uma questão de responsabilidade civil. Nunca, jamais, um “*ius prohibendi*” ilimitado.

De todo modo, ainda que, *ad argumentandum*, o Supremo Tribunal Federal entenda por bem permitir em algum caso concreto o direito a extensões em sede de reclamação mesmo após declarar a inconstitucionalidade do referido dispositivo, a improvável outorga de exclusivos **não implicará, em nenhuma hipótese, em isenção antitruste** no caso de abuso de direitos,

com efeito, anticompetitivo, tal como em quaisquer direitos de propriedade intelectual ordinários.

No entanto, o trânsito em julgado do acórdão do STF na ADI 5529 é inequívoco, um fato oponível que não se pode alegar desconhecer, sendo, assim, toda e qualquer “inovação” de fundamento a ser usado como “*chicané*” jurídica nas ações em curso ou novas ações (como, p.ex., composição de eventual dano v. a responsabilidade civil do Estado) para desviar e desobedecer a determinação constitucional, uma ostensiva “enganosidade” com fim exclusivamente anticompetitivo. I.e., trata-se de uma situação clássica de abuso de direito de petição ou *sham litigation* (cf. teste Eli Lilly entre outros). Claro, a composição por dano – caso superado o padrão de prova - ocorre por indenização em pecúnia, jamais pela privatização ilícita do domínio público ou outorga artificiais de monopólios, o que seria um atentado contra o mercado (o **indisponível** patrimônio do Povo Brasileiro, art. 219 da CRFB) e contra o Erário Público.

REFERÊNCIAS

- ASSAFIM, J. M. L. “Se a prorrogação da patente freia inovação, viola a Constituição? – a Constituição veda o constrangimento à liberdade de empreender, seja pelo Estado, seja pelo monopolista”, Artigo JOTA, 2021.
- ASSAFIM, J. M. L. and CARDOSO JR, L. E. Q. Competition law and right to dignity: unavailable public interest and federal jurisdiction / The Future of Antitrust. In: Priscila Brolio Gonçalves. (Coord.). Washington, Editora Singular, 2020 p. 428-434.
- ASSAFIM, J. M. L. Antitrust Analysis of Online Sales Platforms & Copyright Limitations and Exceptions. LIDC Contributions on Antitrust Law, Intellectual Property and Unfair Competition. In: Bruce Kilpatrick (Edit.). Switzerland. Springer, 2018. P.19-56
- ASSAFIM, J. M. L. Funções da Propriedade Intelectual: abuso do direito de marca e sinais desprovidos de poder distintivo - notas sob a ótica da livre Concorrência. In: Rafael Pete da Silva; Jose Renato Gaziero Cella. (Org.). I Encontro de Internacionalização do CONPEDI. Barcelona: Ediciones Laborum, 2015, v.8, p.197-232.
- ASSAFIM, João Marcelo de Lima, A Transferência de Tecnologia no Brasil: Aspectos Contratuais e Concorrenciais de Propriedade Industrial, Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2010.
- BENECKE, Dieter W, NASCIMENTO, Renata. Reformas das Políticas Econômicas: Experiências e Alternativas. Cadernos Adenauer. Ano IV, 2003, nº. 02. Konrad Adenauer Stiftung.
- CANOTILHO, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Lisboa, 2003.

- FORGIONI, Paula, Contratos Verticais. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005.
- FORGIONI, Paula, Fundamentos do Direito Antitruste. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005.
- FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. Introdução ao Direito da Concorrência. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.
- Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração. <http://www.fazenda.gov.br/SEAE/documentos/Guia/HTML>.
- HASENCLEVER, L e Kupfer, D. Economia Industrial: Fundamentos teóricos e práticas no Brasil. Rio de Janeiro: Campus/2002.
- PINHEIRO, A. C. e Fukasaku, Kiichiro. A privatização no Brasil: o caso dos serviços de utilidade pública. Rio de Janeiro: BNDES, 1999.
- PIRES. Adriano. FILHO. Leonardo Campos. Investimentos em Setores de Infra-Estrutura: A Questão da Regulação do Monopólio Natural e da Defesa da Concorrência Visão Preliminar para discussão [02/10/2000].
- RIGOLON, F. J. Z. Regulação de infraestrutura: A experiência recente. Rio de Janeiro. BNDES. Revista n.º. 7 1994.
- SAYEG, Ricaro Hasson. Práticas Comerciais Abusivas: Monopólio x Consumo – Abuso do Poder Econômico. Bauru: Edipro, 1995.
- SODRÉ FILHO, Antonio C. de Azevedo e ZACLIS, Lionel. Comentários à Legislação Antitruste. São Paulo: Atlas, 1992.

26

LINHAS GERAIS SOBRE AS POLÍTICAS PÚBLICAS DIRECIONADAS AO AGRONEGÓCIO NO BRASIL

*Ana Clara da Cunha Peixoto Reis*²⁵¹

*Moacyr Lobato de Campos Filho*²⁵²

*Teresa Cristina da Cunha Peixoto*²⁵³

1 INTRODUÇÃO

A revolução agrícola dos últimos 40 anos erigiu o agronegócio ao patamar de vetor do crescimento econômico brasileiro.

Possível afirmar com total segurança que o setor encontra-se em franca ascensão desde 2011, tendo superado a retração do comércio mundial ocasionada pelo avanço da pandemia do coronavírus, no ano de 2020.

A força do agronegócio brasileiro pode ser demonstrada pelos seus indicadores, sendo que o volume de produtos exportados apresentou crescimento forte e praticamente contínuo ao longo do tempo, representando, em 2020, 48% das exportações brasileiras,²⁵⁴ e já no primeiro quadrimestre de 2023, atingiu a marca dos 50%, segundo análises das exportações do agronegócio realizadas pela Confederação Nacional da Agricultura e pelo Centro de Estudos Avançados em Economia Aplicada, vinculado ao Departamento de Economia, Administração e Sociologia da Escola Superior de Agricultura

251 Aluna participante do mestrado em disciplinas isoladas de Direito Civil da PUC Minas. Membro da Comissão de Telecomunicações da OAB/MG. Pós-Graduada em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUCMINAS. Advogada no escritório Machado Mendes Sociedade de Advogados. E-mail: anaclara@machadomendes.com.

252 Desembargador do TJMG, com assento na 21a. Câmara Especializada. Mestre em Direito Comercial – UFMG. Doutor em Direito Privado – PUC Minas. Professor de Direito Empresarial da PUC Minas. Professor convidado do Programa de Pós graduação em Direito da PUC Minas. Integrante da Comissão de Reforma e Atualização do Código Civil. E-mail: gab.moacyrlobato@tjmg.jus.br.

253 Desembargadora atuante na 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Discente do Curso de Especialização em Direito Público, por indicação da Procuradoria Geral do Estado. E-mail: gab.teresacristina@tjmg.jus.br.

254 <https://www.cnabrazil.org.br/cna/panorama-do-agro>, Acesso em 07 de out de 2023.

Luiz de Queiroz (ESALQ) da Universidade de São Paulo (USP), respectivamente.

A China continua sendo a principal parceira comercial. A União Europeia, considerando os 27 países, representa o segundo maior destino, seguida pelos Estados Unidos como terceiro destino das exportações do agronegócio brasileiro. Na América do Sul, a Argentina lidera o ranking dos países que consomem os produtos brasileiros. Países asiáticos como Indonésia, Hong Kong, Cingapura e Vietnã têm mantido boa participação nas vendas brasileiras de produtos do agronegócio; além dos países árabes: Arábia Saudita, Irã e Emirados Árabes Unidos²⁵⁵ (CEPEA, 2023).

Segundo dados divulgados pela Confederação Nacional da Agricultura (“CNA”), atualmente, o Brasil é o quarto maior exportador mundial de produtos agropecuários, aproximadamente USD 100,7 bilhões, atrás apenas de União Europeia, EUA e China²⁵⁶ (CNA, BRASIL).

A soja lidera o ranking dos produtos exportados, seguido da carne bovina, suína e de frango. As frutas, incluindo-se nozes e castanhas, que tem como principais destino os mercados norte-americano e europeu, com destaque, no velho continente, para os Países Baixos, Reino Unido e Espanha, acompanham o mesmo ritmo da pecuária. O setor florestal integra o terceiro lugar em termos de participação na pauta do agronegócio, e o algodão segue em quarto. Na quinta posição encontra-se o setor sucroalcooleiro, tendo grande importância, ainda, a exportação de café e do suco de laranja.

Assim, apesar do agronegócio brasileiro apresentar um potencial de crescimento, em decorrência do aumento da demanda por alimentos, vários são os obstáculos que precisam ser superados, ainda que o país se encontre em uma posição privilegiada no mercado pela invejável disponibilidade de recursos naturais.

Dentre os desafios que o gigante do agronegócio enfrenta se sobressaem a necessidade de: (i) melhoria na estruturação da rede de logística, eliminando os gargalos na infraestrutura de escoamento, armazenagem e custos logísticos, (ii) gestão da cadeia produtiva, para atender, sobretudo, as políticas de *compliance* e governança; (iii) o estabelecimento de políticas regulatórias e tributárias eficazes (iv) integração da agricultura familiar aos processos tecnológicos, e de (v) alterações climáticas e pautas ambientais.

Dada a importância econômica do agronegócio, imperioso tornou-se o fomento da atividade a partir do desenvolvimento de políticas públicas para atender o setor, sobretudo com a liberação de linhas de crédito direcionadas para as diversas categorias de *players* da cadeia produtiva.

255 https://cepea.esalq.usp.br/upload/kceditor/files/Cepea_Export_1semestre_2023.pdf. Acesso em 07 de out de 2023.

256 <https://www.cnabrazil.org.br/cna/panorama-do-agro>, Acesso em 07 de out de 2023.

O escopo do presente trabalho consiste em esmiuçar os desafios inerentes ao agronegócio, apresentando as políticas públicas, sobretudo o fomento por meio de linhas de crédito, essenciais para a sua superação e imprescindíveis para o seu impulsionamento e a permanência em posição de destaque no cenário mundial.

A adequada compreensão do tema encontra-se afeta à pesquisa pautada na análise do problema, visando principalmente discutir os aspectos que, a partir da expansão do agronegócio, fizeram com que fosse necessário o desenvolvimento de políticas públicas voltadas para o setor, de maneira que o Brasil permaneça se destacando como um dos principais *players* mundiais da agropecuária.

O trabalho utiliza metodologia do tipo exploratória, de cunho qualitativo, com análise jurisprudencial, conjugada com revisão bibliográfica.

2 O CONCEITO E A ESTRUTURAÇÃO DO AGRONEGÓCIO NO BRASIL

A expressão agronegócio surgiu da fusão das palavras agricultura e negócio. Este termo – negócio – vem originalmente do latim “negotium” (negação do ócio) e tem o significado de ocupação ou trabalho visando a atingir determinados fins para satisfação de desejos ou necessidades de quem os executa ou de outrem; neste último caso, mediante alguma recompensa aos executores. Agricultura ou agropecuária (usados aqui como sinônimos), por sua vez, relaciona-se ao cultivo da terra e recursos naturais em geral, seja para produção vegetal – grãos, frutas, legumes e verduras, fibras, madeira – ou animal – produtos da bovinocultura, suinocultura, avicultura, pesca²⁵⁷ (CEPEA, 2022).

Acontece que o agronegócio não mais se limita a noção de cultivo da terra para satisfação das necessidades e percepção de recompensa, mas, hoje representa uma sequência coordenada dos processos produtivos antes, dentro e depois da porteira, que se inicia com a aquisição de insumos, perpassa por toda a etapa de produção e culmina na distribuição ao consumidor final, seja o mercado interno ou externo.

A questão foi bem abordada por Renato Buranello, em trabalho publicado na Enciclopédia Jurídica da PUCSP:

Assim, a definição atual do agronegócio apoia-se nessa matriz que integra diversos processos produtivos, industriais e de serviços, que o define como a soma das operações de produção e distribuição de suprimentos, das operações de produção nas unidades agrícolas, do armazenamento, processamento e distribuição dos produtos agrícolas e itens produzidos

²⁵⁷ https://cepea.esalq.usp.br/upload/kceditor/files/agro%20conceito%20e%20evolu%C3%A7%C3%A3o_jan22_.pdf, Acesso em 08 de outubro de 2023.

a partir deles. Ainda, chegamos à conclusão de que o termo mostra uma acepção da qual participam também os agentes que produzem e coordenam o fluxo dos produtos, como os mercados, as entidades comerciais e as instituições financeiras.

De outro modo, analisando os segmentos existentes nas atividades que formam o agronegócio, podemos dividir o sistema agroindustrial em três fases: (a) segmento antes da porteira: engloba todos os insumos para a produção agrícola, pecuária, de reflorestamento ou aquicultura; (b) segmento dentro da porteira: constituído pela produção propriamente dita, desde o preparo para a produção até a obtenção do produto para a comercialização, e por fim; (c) segmento depois da porteira: composto por etapas de processamento e distribuição de produtos, subprodutos e resíduos de valor econômico até o consumo final.²⁵⁸

Registre-se que, em termos gerais, a estrutura básica do Agronegócio no Brasil encontra-se subdividida em pequeno, médio e grande produtor.

O pequeno produtor rural representa a agricultura familiar, que, segundo dados divulgados pelo Governo Federal, em 2020, representava cerca de 25% de toda a produção agrária nacional, o que corresponde 5% do PIB Nacional, responsável pelo abastecimento do mercado interno com os gêneros alimentícios.

Vale registrar que o reconhecimento da agricultura familiar como ali- cerce do agronegócio deu-se a partir da década de 1990, quando, então, deixou de ser conhecida como “agricultura de subsistência” para alçar projeção nacional, angariando uma maior participação do Estado com o desenvolvimento de políticas públicas para o setor, a exemplo do Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar – Pronaf.

Alçando a agricultura familiar a pauta governamental, restou promulgada a Lei n.º 11.326, de 24.06.2006, que estabeleceu as diretrizes básicas para a formulação da Política Nacional de Agricultura Familiar e Empreendimentos Rurais.

Na sequência, deu-se a regulamentação da referida lei por meio do decreto n.º 9.064, de 31.05.2017, que trouxe a definição do agricultor familiar a partir da conjugação de critérios preestabelecidos nos incisos I a IV, do art. 3º, estando os conceitos previstos no art. 2º.²⁵⁹

²⁵⁸ BURANELLO, Renato. **Agronegócio**: conceito. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Comercial. Fábio Ulhoa Coelho, Marcus Elidius Michelli de Almeida (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/208/edicao-1/agronegocio-conceito>, Acesso em 08 de outubro de 2023.

²⁵⁹ Art. 2º Para os fins deste Decreto, considera-se: I - Unidade Familiar de Produção Agrária - UFPA - conjunto de indivíduos composto por família que explore uma combinação de fatores

Art. 3º A UFPA e o empreendimento familiar rural deverão atender aos seguintes requisitos:

I - possuir, a qualquer título, área de até quatro módulos fiscais;

II - utilizar, predominantemente, mão de obra familiar nas atividades econômicas do estabelecimento ou do empreendimento; (Redação dada pelo Decreto nº 10.688, de 2021)

III - auferir, no mínimo, metade da renda familiar de atividades econômicas do seu estabelecimento ou empreendimento; e

IV - ser a gestão do estabelecimento ou do empreendimento estritamente familiar.

§ 1º O disposto no inciso I do **caput** não se aplica à UFPA e ao empreendimento familiar rural compostos por extrativistas, pescadores, povos indígenas, integrantes de comunidades remanescentes de quilombos e demais comunidades tradicionais.

§ 2º Na hipótese de pescadores artesanais, de aquicultores, de maricultores e de extrativistas que desenvolvam tais atividades não combinadas com produção agropecuária, para fins do cumprimento do inciso I do **caput**, a área do estabelecimento será considerada igual a zero.

de produção, com a finalidade de atender à própria subsistência e à demanda da sociedade por alimentos e por outros bens e serviços, e que resida no estabelecimento ou em local próximo a ele; II - família - unidade nuclear composta por um ou mais indivíduos, eventualmente ampliada por outros que contribuam para o rendimento ou que tenham suas despesas atendidas pela UFPA; III - estabelecimento - unidade territorial, contígua ou não, à disposição da UFPA, sob as formas de domínio ou posse admitidas em lei; IV - módulo fiscal - unidade de medida agrária para classificação fundiária do imóvel, expressa em hectares, a qual poderá variar conforme o Município, calculada pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - Incra; V - imóvel agrário - área contínua, qualquer que seja a sua localização, destinada à atividade agrária; e VI - empreendimento familiar rural - empreendimento vinculado à UFPA, instituído por pessoa jurídica e constituído com a finalidade de produção, beneficiamento, processamento ou comercialização de produtos agropecuários, ou ainda para prestação de serviços de turismo rural, desde que formado exclusivamente por um ou mais agricultores familiares com inscrição ativa no CAF; e (Redação dada pelo Decreto nº 10.688, de 2021) VII - formas associativas de organização da agricultura familiar - pessoas jurídicas formadas sob os seguintes arranjos: (Incluído pelo Decreto nº 10.688, de 2021) a) cooperativa singular da agricultura familiar - aquela que comprove que o quadro de cooperados é constituído por, no mínimo, cinquenta por cento de agricultores familiares com inscrição ativa no CAF; (Incluído pelo Decreto nº 10.688, de 2021) b) cooperativa central da agricultura familiar - aquela que comprove que a soma dos agricultores familiares com inscrição ativa no CAF constitua mais de cinquenta por cento do quantitativo de cooperados pessoas físicas de cooperativas singulares; e (Incluído pelo Decreto nº 10.688, de 2021) c) associação da agricultura familiar - aquela que comprove a totalidade das pessoas jurídicas associadas com inscrição ativa no CAF e, no caso de pessoas físicas associadas, que comprove que o quadro é constituído por mais da metade de agricultores familiares com inscrição ativa no CAF. (Incluído pelo Decreto nº 10.688, de 2021)

§ 3º Ato da Secretaria de Agricultura Familiar e Cooperativismo do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento disporá sobre a composição da renda familiar para fins do disposto no inciso III do caput. (Redação dada pelo Decreto nº 10.688, de 2021) (BRASIL, 2017)

Em posição intermediária, apresenta-se o médio produtor rural, categoria que localizados entre os integrantes da agricultura familiar e os gigantes do mercado, representam a engrenagem indispensável para a modernização do agronegócio.

Por fim, elevando o patamar do Brasil de potência mundial do agronegócio estão os grandes produtores rurais, atuantes, sobretudo, na área de gado de corte, produção de laticínios ou culturas amplamente valorizadas, como soja e milho.

No geral, é a partir do grande produtor que ocorre a adoção de tecnologias de ponta, técnicas e metodologias mais recentes, investimentos pioneiros em sustentabilidade e outras ações de vanguarda fundamentais para a evolução do setor.

O que fica evidente ao analisar a atuação e as características peculiares de cada categoria de produtor rural é a importância que todos possuem. Pequenos, médios e grandes produtores são fundamentais, seja ao sustentar a produção em pequenas propriedades garantindo o abastecimento de alimentos, expandir a modernização ou liderar segmentos e representar o Brasil no cenário internacional, cada um desempenhando o seu papel.

Portanto, inegável a intervenção da máquina pública na estruturação do agronegócio, alcançando um papel primordial para impulsioná-lo e não o estagnar.

Acontece que o Estado, a exemplo do que acontece em outros seguimentos da economia, precisa estabelecer políticas para atender as especificidades e demanda do setor.

Passa-se, então, a explorar a questão afeta as políticas públicas voltadas para o agronegócio.

3 AS INTERVENÇÕES GOVERNAMENTAIS: O ESTABELECIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS PARA O AGRONEGÓCIO

Fomentar o crédito, apoiar a comercialização, garantir o abastecimento e minimizar os riscos na produção agropecuária são compromissos do Ministério da Agricultura, Pecuária e do Abastecimento (Mapa). Na Secretaria de Política Agrícola (SPA), esses compromissos convertem-se em tarefas. O papel da SPA é formular, orientar e executar políticas públicas para o setor

rural no que concerne ao crédito, à comercialização, ao abastecimento e à gestão do risco rural²⁶⁰ (MAPA, 2009).

A política agrícola brasileira encontra respaldo legal na Lei n.º 8.171/91 (BRASIL, 1991).

O Plano Agrícola (PAP), conhecido como plano de safra, por sua vez, se caracteriza como principal instrumento direcionador das políticas públicas destinadas ao planejamento do setor agropecuário, consolidando políticas, ações e diretrizes do Ministério da Agricultura, Pecuária, e Desenvolvimento, para permear todo o processo produtivo vinculado ao agronegócio – da pesquisa ao consumo, sendo divulgado a cada início de ano-safra, em 1º de julho, pelo Governo Federal.

O planejamento agrícola tem previsão no art. 8º Lei n.º 8.171/91, que estabelece:

Art. 8º O planejamento agrícola será feito em consonância com o que dispõe o art. 174 da Constituição, de forma democrática e participativa, através de planos nacionais de desenvolvimento agrícola plurianuais, planos de safras e planos operativos anuais, observadas as definições constantes desta lei.

§ 1º (Vetado).

§ 2º (Vetado).

§ 3º Os planos de safra e os planos plurianuais, elaborados de acordo com os instrumentos gerais de planejamento, considerarão o tipo de produto, fatores e ecossistemas homogêneos, o planejamento das ações dos órgãos e entidades da administração federal direta e indireta, as especificidades regionais e estaduais, de acordo com a vocação agrícola e as necessidades diferenciadas de abastecimento, formação de estoque e exportação. (Redação dada pela Lei nº 10.246, de 2 de julho de 2001)

§ 4º Os planos deverão prever a integração das atividades de produção e de transformação do setor agrícola, e deste com os demais setores da economia (BRASIL, 1991).

O processo de formulação do PAP, envolve, num primeiro momento, articulações com as instituições públicas e privadas envolvidas com o setor rural. São realizadas consultas, reuniões e seminários com representantes dessas instituições visando estabelecer cenários, identificar problemas e, em seguida, definir propostas de políticas e de ações. Nesse processo, as propostas encaminhadas à SPA são analisadas e discutidas em âmbito gover-

²⁶⁰ Disponível em <https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/politica-agricola/outras-publicacoes/desenvolvimento-sustentavel.pdf> Acesso em 18 de out. de 2023.

namental e as medidas aprovadas tornam-se parte da agenda política para a agropecuária brasileira (MAPA, 2009, p. 15).

No âmbito da agricultura familiar dá-se a publicação do Plano da Agricultura Familiar.

Constata-se que ambos os instrumentos se prestam a orientar os investimentos agropecuários no período referente ao calendário agrícola anual.

Informações sobre preços mínimos fixados para a safra em vigência, programas de financiamento, subvenção ao prêmio do seguro rural, zoneamento agrícola de risco climático, financiamento e apoio à comercialização estão no PAP. Desse documento, editado anualmente, também constam programas, ações setoriais, informações sobre infraestrutura e questões logísticas que afetam o setor rural, incentivos para produtores, cooperativas e agroindústrias e medidas legais que trazem inovação para o setor (MAPA, 2009, pág. 6).

Dentre as demandas do setor, destaca-se, ainda, como assunto prioritário o seguro rural. O empenho da SPA pela criação do Programa de Subvenção ao Prêmio do Seguro Rural (PSR) resultou na criação de um departamento dedicado à gestão do risco rural. Desenvolvido pela SPA, esse programa passou a atender a uma das mais importantes demandas do setor rural. Em apenas três anos de operacionalização, ganhou força e alçou o Brasil, em 2008, ao quarto lugar da lista dos países que mais ajudam os produtores a contratar seguro rural (MAPA, 2009, pág. 6).

O Seguro Rural apresenta-se como medida de política agrícola criada para proteger o produtor rural contra perdas financeiras aliadas a eventos imprevisíveis, que incluem desde fenômenos climáticos adversos e problemas sanitários (pragas e doenças que acometem a safra) até as oscilações do mercado agropecuário.

O instrumento presta-se, então, a cobrir perdas eventuais na produção, diluindo os riscos ligados ao agronegócio, não se limitando à garantia da produção propriamente dita, mas abarcando os financiamentos rurais, as instalações, o maquinário, o patrimônio e até a própria vida do produtor rural. Ele pode ser contratado por todos os produtores rurais, independentemente de seu porte e segmento de atuação.

Além disso, essa política agrícola auxilia o produtor rural a acessar o crédito rural, inclusive com taxas de juros mais baixas, figurando, então, como uma garantia adicional para as instituições financeiras.

Tamanha a importância do seguro rural que o Governo Federal criou um subsídio para o produtor que é concedido por meio do Programa de Subvenção ao Prêmio de Seguro Rural (PSR), introduzido pela Lei 10.823/20023, que permite o acesso a um custo menor, a partir do auxílio financeiro disponibilizado pelo próprio governo, pago diretamente à seguradora, cujo valor

é calculado com base na cultura ou produto coberto e no percentual tabelado sobre o valor do prêmio.

Ademais, das contribuições da SPA que incrementaram a estrutura e as políticas públicas do Mapa merece ser destacada a criação, na safra 1995/1996, do Programa de Fortalecimento da Agricultura Familiar (Pronaf). O programa foi criado com intuito de atender de forma diferenciada os mini e pequenos produtores rurais que desenvolvem suas atividades mediante emprego direto de sua força de trabalho e de sua família. A SPA implementou o Pronaf visando o fortalecimento das atividades desenvolvidas pelo produtor familiar, de forma a integrá-lo à cadeia de agronegócios. Instituído pelo Decreto 1.946/96, no âmbito do Plano Agrícola para a safra 1995/1996, o Pronaf ganhou força e foi transferido para o Ministério do Desenvolvimento Agrário, que em 1999 passou a se dedicar especificamente à agricultura familiar (MAPA, 2009).

De acordo com dados divulgados, o Pronaf se consolida cada vez mais como uma política de crédito impulsionadora da agricultura familiar, responsável pelo abastecimento do mercado interno, sendo atrativo por apresentar as menores taxas de juros para o financiamento rural do mercado e por permitir o pagamento diluído no tempo, podendo chegar até a 10 (dez) anos, na hipótese de itens financiáveis.

O programa atinge cerca de 2,6 milhões de pequenas propriedades rurais, espalhadas em 4.963 municípios do Brasil, liberando mais de R\$ 180 bilhões de reais em quase 30 milhões de contratos.²⁶¹

Acrescente-se, ainda, que a política governamental de apoio à comercialização vem propiciando maior eficiência na aplicação dos recursos públicos e atraindo os recursos privados para o setor rural.

A Política de Garantia de Preços Mínimos (PGPM), por meio da qual o governo pode corrigir as distorções de preços ao produtor, garantindo o sustento de sua renda e uma remuneração mínima para sua colheita, lançada em 1966, ainda exerce papel relevante na política agrícola brasileira.

Desde os anos 60, havia apenas dois tradicionais instrumentos de operação: o Empréstimo do Governo Federal (EGF), linha de crédito para estocagem do produto, e a Aquisição do Governo Federal (AGF), mecanismo pelo qual o governo federal compra diretamente do produtor ou cooperativa para formar estoques públicos e vendê-los no mercado conforme a demanda, de forma a incentivar um equilíbrio de preços. A lógica desses dois instrumentos, que existem até hoje, é tirar do mercado o excedente da colheita durante o período de safra, estocando-o até a entressafra, quando o nível de preços mais alto pagaria o custo dessa estocagem (MAPA, 2009).

²⁶¹ <https://blog.cresol.com.br/tudo-que-voce-precisa-saber-sobreprounaf/#:~:text=Como%20funciona%20o%20Prounaf%3F,ou%20em%20%C3%A1reas%20comunit%C3%A1rias%20pr%C3%B3ximas.>

Se até meados dos anos 80 esses dois mecanismos eram suficientes para que o governo federal apoiasse a comercialização de produtos agropecuários, no início dos anos 90 ele já não respondia às necessidades do setor, por uma série de motivos – entre eles, a necessidade de maior controle nos gastos públicos com o financiamento à agricultura e também a liberação da política de comércio exterior, caracterizada por uma forte abertura do mercado doméstico (MAPA, 2009).

Consequência imediata foi, em 1991, o desenvolvimento pela SPA de instrumentos de apoio à comercialização e ao abastecimento para equalização de preços, a exemplo da Venda do Estoque Público, Prêmio para Escoamento de Produtos (PEP), Prêmio de Equalização Pago ao Produtor (PEPRO), Contrato de Opção de Venda Pública de Produtos Agrícolas, dentre outros.

Acontece que o Estado não se apresenta onipresente, sendo que, a exemplo do que ocorreu com outros setores estratégicos da economia, recorreu a iniciativa privada para financiamento do agronegócio, que, então, veio abarcar a parte do mercado não beneficiada pelas políticas públicas.

4 O DESENVOLVIMENTO DE UMA POLÍTICA DE CONCESSÃO DE CRÉDITO PARA O FOMENTO AO AGRONEGÓCIO

O primeiro mecanismo oficial de financiamento rural no Brasil data de 1931, quando a principal atividade econômica do país era o café, com a instituição da Carteira de Crédito Agrícola e Industrial (CREAI) do Banco do Brasil e o departamento de café.

Em 1937, a Lei do Penhor – Lei n.º 492/37, responsável por regulamentar os primeiros contratos de penhor, foi introduzida no ordenamento jurídico.

O período seguinte, contudo, foi marcado pela ausência de instrumentos mais efetivos de intervenção no setor rural, sendo, então, em 1965, criado o Sistema Nacional de Crédito Rural (SNCR), instituído pela Lei 4.829/65, para estimular o incremento dos investimentos rurais.

Os bancos privados, por ausência de regulamentação, não atendiam satisfatoriamente as linhas de crédito para fomento da atividade agrícola. O financiamento limitava-se a três componentes: crédito de custeio, crédito de investimento e crédito de comercialização.

Somente em 1967 que o governo federal instrumentalizou o crédito rural, criando as Cédulas de Crédito Rurais – CCR, por meio do Decreto Lei n.º 167, de 14.02.1967, que ainda hodiernamente apresentam-se como valiosas ferramentas utilizadas no financiamento agropecuário.

A concessão de crédito cresceu vertiginosamente na década de 1970, dada a taxa de juros praticada, sem correção monetária, em níveis inferiores

em relação aos contratos de empréstimo comuns. Além da CCR foram criadas a nota promissória rural e a duplicada rural.

O Programa de Garantia da Atividade Agropecuária – Proagro, foi institucionalizado através da Lei n.º 5.969/73, para a garantia do pagamento de financiamentos rurais quando a lavoura sofresse danos provocados por eventos climáticos adversos ou causados por doenças e pragas sem controle, programas este administrado pelo Banco Central do Brasil (BACEN) e regulamentado pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), tendo como agentes bancos e cooperativas de crédito.

Contudo a conjuntura econômica, no início da década de 80, foi marcada pela aceleração inflacionária e a crise fiscal vivenciada pelo Erário, o que levou o governo a retirar os subsídios das taxas de crédito rural.

O sucateamento do SNCR, levou o mercado a buscar novas soluções, passando a lançar mão de recursos próprios, quando, então, o crédito privado passou a ser o mecanismo de alavancagem das operações de crédito vinculadas à agricultura, tendo por instrumentos o “Contrato de Troca”, o “Contrato Soja Verde”, “Certificado de Mercadoria com Emissão Garantida – CMG”.

O período restou marcado, ainda, pela criação em 1986, da poupança rural e, em 1991, deu-se o aumento da participação do BNDES no crédito rural, por intermédio do Finame Rural e do Programa de Operações Conjuntas e do Programa de Operações Diretas.

Com base nessas necessidades, o Banco do Brasil, em 1994, realizou estudo que resultou na criação da Cédula de Produto Rural – CPR, por meio da Lei n.º 8.929/94, com redação dada pela Lei n.º 10.200/2001.

Destaca-se, ainda, que em 1995 deu-se a criação do Programa de Revitalização do Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar – Pronaf. Sucessivamente em 1996, o governo introduziu o Programa de Securitização das Dívidas dos agricultores, que permitiu o reescalonamento do vencimento das operações a taxas de juros compatíveis com a atividade agropecuária e, em 1998, o Programa de Revitalização das Cooperativas Agropecuárias – Recoop.

Em 2005, vieram à tona, títulos que passaram a ser denominados de Novos Títulos do Agronegócio, criados pela Lei 11.076/2004.

Hoje, o financiamento do agronegócio conta com a disponibilização, no mercado, dos seguintes títulos:

Nome	Descrição	Legislação
CCR - Cédulas de Crédito Rurais	Título de crédito que tem como foco principal financiar o agronegócio. Assim como outros títulos de créditos do setor agrícola, a Cédula de Crédito Rural é uma opção para que produtores possam custear a própria produção.	Decreto Lei 167, de 14 de fevereiro de 1967
CPR – Cédula de Produto Rural	Título representativo de promessa de entrega de produtos rurais e subprodutos, de emissão exclusiva dos produtores rurais, suas associações e cooperativas. Permite que o agricultor negocie antecipadamente a safra que está por vir, de forma segura, para se proteger contra oscilações de preços.	Lei 8.929/94, alterada pela Lei 10.200/2001 – Criação da Cédula de Produto Rural.
CDA/WA – Certificado de Depósito Agropecuário (CDA) e Warrant Agropecuário (WA)	Título de crédito representativo de promessa de entrega de um produto agropecuário depositado em armazéns certificados pelo governo ou que atenda a requisitos mínimos definidos pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. O WA é um título de crédito que confere direito de penhor sobre o produto descrito no CDA correspondente.	Lei 11.076/2004
CDCA – Certificado de Direitos Creditórios do Agronegócio	Título de crédito nominativo, de livre negociação, representativo de promessa de pagamento em dinheiro e constitui título executivo extrajudicial.	Lei 11.076/2004
GB - GREEN BOND	Os GB são emitidos tendo em vista a natureza dos projetos que serão financiados pelos recursos então captados, que necessariamente devem ser sustentáveis, e que sofreram a fiscalização por meio de Agentes Second Opinion.	2005: Instrução n.º 422 da Comissão de Valores Mobiliários (CVM)
LCA – Letra de Crédito do Agronegócio	Título nominativo, de livre negociação, representativo de promessa de pagamento em dinheiro, de emissão exclusiva de instituições financeiras públicas e privadas, tendo a lei já se manifestado pela possibilidade desse título ser emitido por cooperativas de crédito	Regulamentado pela Resolução do Conselho Monetário Nacional n.º 4.296/2013

CRA - Certificados de Recebíveis do Agronegócio (CRA) e Certificados de Recebíveis do Agronegócio em Moeda Estrangeira.	Título de crédito nominativo, de livre negociação, representativo de promessa de pagamento em dinheiro e constitui título executivo extrajudicial, de emissão pelas Companhias Securitizadoras de Direitos Creditórios do Agronegócio.	Lei 9.514/1997
Agrinote - NCA: Nota Comercial do Agronegócio	A Agrinote ou Nota Comercial do Agronegócio são notas promissórias comerciais (commercial papers) para distribuição pública, tendo por emissores pessoas jurídicas que tenham por atividade a produção, comercialização, beneficiamento ou industrialização de produtos ou insumos agropecuários, bem como de máquinas e implementos utilizados na atividade. Elas são emitidas de forma escritural, com prazo máximo de 360 dias.	Lei 13.986/2020
CIR: Cédula Imobiliária Rural	Título de crédito híbrido, com características cambiariiformes e de contrato civil, à ordem, líquido e certo, transferível e de livre negociação, representativo de promessa de pagamento em dinheiro, decorrente de operação de crédito de qualquer modalidade e de obrigação de entregar, em favor do credor, bem imóvel rural, ou fração deste, vinculado ao patrimônio rural de afetação.	Lei 13.986/2020

A interligação entre o mercado privado de crédito, o mercado de valores mobiliários, o mercado de recebíveis e a produção agrícola é irreversível, sendo que competirá aos agentes produtivos e financeiros imprimir o ritmo de utilização compatível com a grandeza e importância do setor agropecuário no Brasil.

Contudo, a despeito da instituição de políticas públicas e linhas de crédito para atender os segmentos que integram a cadeia produtiva, o gigante do agronegócio precisa superar alguns desafios.

5 DESAFIOS DO AGRONEGÓCIO

O Brasil, em conjunto com Argentina e Chile, tornou-se responsável por cerca de 16% da produção mundial de alimentos e fibras,²⁶² formando o denominado Cone Sul, eixo que, diante do crescimento da população global aliado ao ganho de renda, projeta-se como propulsor da referida demanda (CEPEA)

Contudo, apesar da sinalização positiva do mercado mundial para o crescimento do setor, com oportunidades para novos investimentos, aumento da produção e exportação, os *players* do agronegócio também se deparam com uma série de desafios, dentre os quais destacam-se as questões ambientais, regulatórias e geopolíticas.

Estudo realizado pelo Centro de Excelência de Agronegócios (CEA), da empresa Enerst Young (EY)²⁶³ apontou os Top 10 riscos e oportunidades para o Agronegócio de 2022, dentre os quais elencam-se: (i) efeitos da mudança climática; (ii) gargalos na infraestrutura; (iii) agricultura de baixo carbono; (iv) produtividade e custos; (v) restrição ao uso de agroquímicos e defensivos; (vi) ética, *compliance* e controles internos; (vii) intervenção governamental, reformas e regulatório; (viii) qualificação de mão-de-obra e cultura ágil e inovadora; (ix) margem, rentabilidade e variação cambial; (x) profissionalização e evolução da governança.

Inegável que não só no Brasil, mas em todo o mundo, as mudanças climáticas vêm impactando diretamente a produção do agronegócio, desafiando a implementação de medidas de redução do impacto ambiental, através da promoção do desenvolvimento sustentável.

Dentre os principais fenômenos que interferem na produção agrícola, podemos destacar: (i) a escassez das chuvas (seca) ou o excesso delas; (ii) aparecimento de pragas e doenças, aumentando a suscetibilidade das lavouras a esses eventos; (iii) geadas e alagamentos; (iv) aumento da imprevisibilidade climática; (v) desmatamento e queimadas.

Perceba-se, então, que essas intemperes, a maioria delas exógenas à atividade em si, podem afetá-la diretamente, impactando desde o processo de irrigação, desafiando a implementação de um programa de manejo de água, até o próprio sistema de financiamento da atividade, sobretudo diante da imprevisibilidade da produção e um possível e provável encarecimento dos insumos.

262 Grãos (soja, milho e café), trigo, frutas, açúcar e carnes (bovina, suína e aves). Fonte: Departamento de Agricultura dos Estados Unidos (USDA, em inglês). 2. El Agro en Argentina y su papel en la economía nacional - AgroSpray Blog. 3. Fonte: CEPEA.

263 RANGEL, Alexandre *et al.* In CEA – Centro de Excelência EY de Agronegócios. **Top 10 riscos e oportunidades para o Agronegócio/2022** disponível em https://www.ey.com/pt_br/cea/top-10-riscos-e-oportunidades-para-o-agronegocio-2022, Acesso em 08 de out 2023.

A Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária – EMPRABA e o Instituto Nacional de Meteorologia – INMET vêm desenvolvendo ações visando o mapeamento e a disponibilização ampla de dados de monitoramento, com os quais as empresas podem empregar tecnologias de ponta para ampliar a sua compreensão dos impactos nos seus negócios (RANGEL, Alexandre *et al.* In CEA, pág. 6).

As empresas têm se apoiado cada vez mais no uso de tecnologias de *machine learning* e inteligência artificial, técnicas de agricultura de precisão, agregadas ao uso de sensores e análise do solo, para minimizar a perda de produtividade por fatores climáticos.

A gestão sustentável do agronegócio também tem sido implementada por meio da Agricultura de Baixo Carbono (ABC), cujo objetivo principal reside na fixação do carbono no solo, a partir da implementação de técnicas, a exemplo do plantio direto, utilizado para evitar a emissão de carbono por meio da redução do preparo do solo; da recuperação das pastagens degradadas que servem de alimentação animal; do tratamento de dejetos animais, que podem virar fertilizantes para a própria lavoura e da integração lavoura-pecuária-floresta (ILPF).

A meta inicial do programa era promover a redução em até 162,9 milhões de toneladas de CO²eq (carbono equivalente), sendo que no final do período 2010-2020, o resultado atingiu 170 milhões de toneladas de CO²eq (RANGEL, Alexandre *et al.* In CEA, pág. 10).

Em 2021, o governo apresentou a segunda fase do Plano ABC, o ABC+ (Plano Setorial de Adaptação e Baixa Emissão de Carbono na Agropecuária). A atualização do Plano ABC, vigente para o período de 2020 a 2030, traz metas mais ambiciosas para o programa, assim como maior detalhamento e a utilização de tecnologias mais avançadas, como sistema de irrigação e abates em terminação intensiva. Dessa forma, a meta do plano do ABC+ é reduzir em 1,1 bilhão de toneladas a emissão de CO²eq da agropecuária, por meio da adoção de práticas sustentáveis em mais de 72 milhões de hectares. (RANGEL, Alexandre *et al.* In CEA, pág. 10).

Registre-se que a esfera pública não se encontra alijada do processo. O Brasil, em 2009, comprometeu-se a mitigar as emissões de gases do efeito estufa – GEE e instituiu a Política Nacional para a Mudança do Clima (PNMC).

A questão conta ainda com a atuação da comunidade científica e entidades não governamentais, responsáveis pelo monitoramento e fiscalização dos compromissos assumidos pelas empresas.

Aponta-se, ademais, como risco ao bom desempenho do agronegócio, a necessidade de melhoria na estruturação da rede logística, eliminando os gargalos na infraestrutura de escoamento, armazenagem e custos com a logística.

O Brasil, atualmente, apesar da dimensão continental do seu território e o distanciamento entre os principais polos agropecuários, conta com uma dependência extrema do modal rodoviário, com custos elevados. Cerca de 70% do transporte de mercadorias no Brasil é feito por caminhões em rodovias.²⁶⁴

A precariedade das rodovias no Brasil constitui-se como um grande entrave ao desenvolvimento do setor, com apenas 12,2% das estradas asfaltadas e 61% das vias em ruim ou péssimo estado, nossa malha rodoviária aumenta os custos de manutenção dos caminhões, o consumo de diesel e a quebra técnica (perda de mercadorias pelo caminho), principalmente de grãos. Além disso, o Brasil conta com apenas 30 mil quilômetros de ferrovias e 1/3 dos rios que tem capacidade para transporte hidroviário em grande escala sendo utilizados.²⁶⁵

Arelado a situação das rodovias, o congestionamento portuário contribui para o agravamento da questão afeta à logística do agronegócio, sendo que a dificuldade de acesso aos terminais de carga e processos burocráticos causam grandes filas em tempos de safra, aumentando os custos logísticos. Some-se a isso o fato de que os portos e terminais portuários precisam passar por um processo de automação das operações e construção de instalações capazes de receber a nova geração de navios cada vez maiores.

Além do gap logístico, a falta de espaço para a armazenagem gera o risco e reduz o lucro dos agricultores que precisam escoar os seus produtos sem capacidade e tempo hábil de exercer melhores negociações. O déficit de armazenagem chega a quase 100 milhões de toneladas por safra²⁶⁶ (RANGEL, Alexandre *et al.* In CEA, pág. 9).

A despeito dos esforços no sentido de aceleração do plano nacional de investimento em infraestrutura de transportes e portos, além de linhas de crédito que estimulem investimento em silos e armazéns de estocagem, o desafio encontra-se no aprimoramento da gestão de logística, criando-se uma cadeia mais sincronizada do campo à mesa e do campo ao porto.

O estudo desenvolvido pela EY, Top 10 riscos e oportunidades para o Agronegócio/2022, apurou ainda que se fazem necessários padrões mais elevados de governança e medidas de *compliance* para fomentar a transparência aos negócios e gerar valor agregado em toda cadeia produtiva – desafio e ao mesmo tempo oportunidade para as empresas do agronegócio, tornando-o mais transparente e competitivo.

264 Dados disponíveis em <https://www.canalrural.com.br/programas/rural-noticias/entenda-por-que-o-brasil-e-tao-dependente-do-transporte-rodoviario/> Acesso em 12 de out de 2023.

265 Dados disponíveis em <https://www.canalrural.com.br/programas/rural-noticias/entenda-por-que-o-brasil-e-tao-dependente-do-transporte-rodoviario/> Acesso em 12 de out de 2023.

266 “Déficit de Armazenagem de Grãos deve Superar 100 milhões de toneladas no Brasil em 2021”, Revista Globo Rural, 28 de maio de 2021, <https://globorural.globo.com/>.

Desta feita, o mercado espera que o Agro preserve, no mínimo, os pilares do *Environmental, Social and Governance* – ESG – e reputacionais. A empresa e, nesse sentido o produtor rural, também, precisa garantir que não estará associado a terceiros que poderão expô-la a riscos a exemplo de fornecedores envolvidos com atividades irregulares de desmatamento, trabalho análogo ao de escravo, trabalho infantil, maus tratos de animais, atividades nocivas ao meio ambiente, dentre outros, que contribuam, ainda que indiretamente, para a construção de uma imagem negativa da empresa (RANGEL, Alexandre *et al.* In CEA, pág. 17).

Outro risco à integridade do setor do agro, consiste nas fraudes, que, segundo o mencionado estudo, decorrem da falha ou ausência de controles, as fraudes mais comuns relacionam-se às alterações de conteúdo ou quantidade das cargas entregues que podem causar discrepância entre o inventário contábil e o físico; desvios de insumos, como combustíveis, fertilizantes, dentre outros, seja para comercialização entre pequenos agricultores ou para consumo nas próprias propriedades (RANGEL, Alexandre *et al.* In CEA, pág. 17).

Indica-se, ainda, que mesmo as empresas com elevados padrões de governança estão sujeitas a profissionais e/ou agentes públicos cujo interesse maior ainda seja o seu próprio benefício. A exemplo, as empresas do agronegócio podem estar expostas a estes riscos quando da validação de licenças ou renovação das existentes, seja por meio de agentes públicos ou por intermédio de terceiros, assim como em demais interações que se façam necessárias para operação ou comercialização de seus produtos (RANGEL, Alexandre *et al.* In CEA, pág. 17).

A solução estará, então, na adoção de programas de *compliance* que aumentem a competitividade e produtividade, a partir do desenvolvimento de práticas voltadas à prevenção de fraudes e desvios, adoção de técnicas para armazenamento de dados, adequando-se à demanda internacional por padrões de integridade e sustentabilidade.

O setor precisa demonstrar que exerce sua atividade de forma ética, sustentável e segura, sobretudo para captação de investimentos e para a obtenção de empréstimos ou financiamentos. A Resolução n.º 88/2017, da Câmara de Comércio Exterior (CAMEX), por exemplo condiciona a liberação de financiamento, seguro de crédito ou equalização da taxa de juros à assinatura de compromisso pelo exportador de que aprimorará o seu programa de Compliance, com vistas a combater práticas de corrupção.

Seguindo a mesma tendência, o Selo Mais Integridade, do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA), instituído com objetivo de fomentar, reconhecer e premiar práticas de integridade por empresas agromercado sob ótica da responsabilidade social, sustentabilidade, ética e ainda o empenho para a mitigação das práticas de fraude, suborno e corrupção (inte-

gridade),²⁶⁷ permite que as empresas o utilizem em materiais de publicidade, ampliando a sua reputação.

Ainda dentre os desafios enfrentados encontra-se a integração da agricultura familiar à **atual organização do agronegócio**, sobretudo considerando a sua estrutura tradicional arraigada nos **vínculos** familiares, tendo por alicerce as relações de confiança.

A base da atividade rural familiar reside na transição da propriedade, que, na maioria das vezes, migra-se de um casal, ou empreendedor controlador para uma sociedade de irmãos, atingindo, em outra geração um consórcio de primos. Nesse caso, a falta de planejamento sucessório, por meio de um protocolo familiar ou acordo de sócios, pode resultar em conflitos que impactam a operação e a competitividade nos negócios.

As empresas familiares integram, portanto, um cenário heterogêneo, no mercado, que precisa ser mitigado, já que, se de um lado existem empresas com níveis maduros de governança, por outro lado, há aquelas em estágio iniciais.

Não há que se olvidar que o caminho para a superação dos desafios, que não se limitam aos expostos, encontra-se na cooperação entre o setor público e a iniciativa privada na elaboração de políticas públicas para o agronegócio.

As informações divulgadas periodicamente pelo Ministério da Agricultura e Pecuária no portal eletrônico, traduzem, a partir de fatos e dados, uma crescente no acesso e efetiva utilização dos créditos postos à disposição do produtor rural para fomento do agronegócio, que para a safra 2022/2023 já registram os seguintes números:

O desembolso do crédito rural do Plano Safra 2022/2023 chegou a R\$ 344 bilhões entre julho/2022 e junho/2023 - encerrado na última sexta-feira (30). Os financiamentos de custeio tiveram aplicação de R\$ 204,7 bilhões. Já as contratações das linhas de investimentos totalizaram R\$ 90,5 bilhões. As operações de comercialização atingiram R\$ 33,5 bilhões e as de industrialização, R\$ 15,2 bilhões

De acordo com a análise da Secretaria de Política Agrícola do Ministério da Agricultura e Pecuária (Mapa), foram realizados 1.903.436 contratos no período de 12 meses do ano agrícola, sendo 1.376.891 no Pronaf e 204.935 no Pronamp.

O Programa para a Adaptação à Mudança do Clima e Baixa Emissão de Carbono na Agropecuária, conhecido como Programa ABC+, que no atual Plano Safra 2023/2024 mudou de nome para Programa para Financiamento a Sistemas de Produção Agropecuária Sustentáveis (RenovAgro), teve desembolso de R\$ 3,75 bilhões. O Programa de Modernização da

267 Disponível em <https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/integridade/selo-mais-integridade>, Acesso em 07 de out de 2023.

Agricultura e Conservação dos Recursos Naturais (Moderagro) teve contratações de R\$ 1,8 bilhão. Já o Programa para Construção e Ampliação de Armazéns (PCA) somou R\$ 2,8 bilhões.

De janeiro a junho deste ano, foram liberados R\$ 131 bilhões de crédito rural em todas as finalidades do crédito rural (custeio, investimento, comercialização e industrialização).

Nos seis primeiros meses do ano, o custeio totalizou R\$ 76,4 bilhões, os financiamentos em investimentos alcançaram R\$ 30,2 bilhões, a comercialização somou R\$ 19,6 bilhões e a industrialização, R\$ 4,8 bilhões.

Para o Pronaf, no período, houve liberação de R\$ 16,9 bilhões, para o Pronamp, R\$ 14,6 bilhões e para os demais agricultores, R\$ 99,5 bilhões.

Os valores apresentados são provisórios e foram extraídos no dia 5 deste mês, do Sistema de Operações do Crédito Rural e do Proagro (Sicor/BCB), que registra as operações de crédito informadas pelas instituições financeiras autorizadas a operar em crédito rural.²⁶⁸

Tenha-se presente, então, que apesar dos inúmeros desafios a serem enfrentados pelo agronegócio, várias são as políticas públicas disponibilizadas, cabendo aos *players* do agronegócio buscar as que mais se adequam a sua realidade para sua superação.

6 CONCLUSÃO

Não resta dúvida de que a reestruturação do agronegócio brasileiro acarretou a dinamização de todo o ecossistema das empresas envolvidas ao longo da cadeia produtiva - antes, dentro e fora da porteira, promovendo a alavancagem do setor, no Brasil.

O crescimento econômico aumentou a demanda por investimentos, despertando o interesse dos mais diversos entes públicos que, então, passaram a desenvolver políticas públicas específicas para o agronegócio, sobretudo, por meio da liberação de linhas de crédito.

A política governamental que, atualmente se estende por toda a cadeia do agronegócio, desde a produção, até a comercialização, perpassando a seara da logística e armazenamento, abarcando, ainda o financiamento e fomento da atividade rural, vem proporcionando maior eficiência na aplicação dos recursos públicos e permitindo maior atração de recursos privados para o setor.

Pensar em política agrícola requer o entendimento de que o desenvolvimento do agronegócio leva à integração de vários setores e busca reduzir

268 Disponível em <https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/noticias/aplicacao-do-credito-rural-da-safra-2022-2023-somou-r-344-bilhoes>, Acesso em 16 de out de 2023.

desigualdades, sendo fonte constante de oportunidades de emprego e, conseqüentemente contribuindo para a prosperidade do país.

Porém, como os desafios do agronegócio variam de acordo com os novos contextos que surgem no decorrer do tempo, necessário o empenho para que as políticas públicas estejam em constante processo de adaptação e modernização, ajustando-se às práticas do mercado e superando as intemperes naturais, para, a partir de um diálogo aberto com os representantes do setor rural, desenvolver-se com eficiência, transparência, sustentabilidade, responsabilidade social e integração de serviços.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, M. J. **Fundamentos do Agronegócio**. 5 ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2017.
- BACEN. Banco Central do Brasil, disponível em <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/creditorural>, Acesso em 08 de out. de 2023.
- BRASIL, Decreto n.º 9.604, de 31 de maio de 2017, disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9064.htm, Acesso em 08 de out. de 2023.
- BRASIL, Lei n.º 10.823/2003, de 19 de dezembro de 2003, disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.823.htm, Acesso em 15 de out de 2023.
- BRASIL, Lei n.º 11.076, de 30 de dezembro de 2004, disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11076.htm, Acesso em 15 de out de 2023.
- BRASIL; Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8171.htm, Acesso em 15 de out de 2023.
- BRASIL; Lei n.º 8.171 de 1991, disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8171.htm, Acesso em 15 de out de 2023.
- BRASIL; PLS n.º 325 de 2006, disponível em www.senado.gov.br, Acesso em 09 de set. de 2021.
- BURANELLO, Renato. **Agronegócio**: conceito. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Comercial. Fábio Ulhoa Coelho, Marcus Elidius Michelli de Almeida (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/208/edicao-1/agronegocio:-conceito>, Acesso em 08 de out de 2023.
- CALIXTO, Rosa Neto *et al.* In EMBRAPA – Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária – Artigo – **Qual é a participação da agricultura familiar na produção de alimentos no Brasil e em Rondônia**., disponível em

<https://www.embrapa.br/busca-de-noticias/-/noticia/55609579/artigo---qual-e-a-participacao-da-agricultura-familiar-na-producao-de-alimentos-no-brasil-e-em-rondonia>, Acesso em 07 de out 2023, Rondônia: Embrapa Rondônia.

CANAL RURAL. Rural Notícias. **Entenda por que o Brasil é tão dependente do transporte rodoviário** disponível em <https://www.canalrural.com.br/programas/rural-noticias/entenda-por-que-o-brasil-e-tao-dependente-do-transporte-rodoviario/> Acesso em 12 de out de 2023.

CEPEA – Centro de Estudos Avançados em Economia Aplicada. ESALQ/USP. **PIB do Agronegócio Brasileiro – Cepea – USP** disponível em <https://www.cepea.esalq.usp.br/br/pib-do-agronegocio-brasileiro.aspx>, Acesso em 07 de out 2023. Piracicaba, SP.

CEPEA – Centro de Estudos Avançados em Economia Aplicada. ESALQ/USP. **Faturamento externo do agronegócio inicia 2023 com alta moderada**, disponível em https://cepea.esalq.usp.br/upload/kceditor/files/Cepea_Export_1semestre_2023.pdf , Acesso em 07 de out 2023, Piracicaba, SP: Cepea, 13/06/2023.

CEPEA – Centro de Estudos Avançados em Economia Aplicada. ESALQ/USP. **Faturamento externo do semestre supera valor do mesmo período de 2022** disponível em https://cepea.esalq.usp.br/upload/kceditor/files/Cepea_Export_1semestre_2023.pdf , Acesso em 07 de out 2023, Piracicaba, SP: Cepea, 24/08/2023.

CEPEA – Centro de Estudos Avançados em Economia Aplicada. ESALQ/USP. **Apesar da pandemia, volume e faturamento com exportações do agro em 2020 são recordes** disponível em https://www.cepea.esalq.usp.br/upload/kceditor/files/Cepea_Export_2020.pdf, Acesso em 07 de out 2023, Piracicaba, SP: Cepea, 26/01/2021.

CEPEA – Centro de Estudos Avançados em Economia Aplicada. ESALQ/USP. **Agronegócio: conceito e evolução (janeiro de 2022)** disponível em https://cepea.esalq.usp.br/upload/kceditor/files/agro%20conceito%20e%20evolu%C3%A7%C3%A3o_jan22_.pdf , Acesso em 07 de out 2023, Piracicaba, SP: Cepea, janeiro de 2022.

CNA. Confederação Nacional da Agricultura. **Guia dos títulos do agronegócio**. https://www.cnabrazil.org.br/storage/arquivos/guiatitulosagronegocio-grafica_0.98160800201537805665.pdf, Acesso em 07 de out de 2023, Brasília, DF: 2018.

CNA. Sistema CNA/SENAR/Instituto CNA. **Panorama do Agro** disponível em <https://www.cnabrazil.org.br/cna/panorama-do-agro>, Acesso em 07 de out 2023, Brasília, DF: Publicado em nov/2021.

CRESOL. **Tudo que você precisa saber sobre o Pronaf**, disponível em <https://blog.cresol.com.br/tudo-que-voce-precisa-saber-sobre-o-pronaf/#:~:text=Como%20funcio->

na%20o%20Pronaf%3F,ou%20em%20%C3%A1reas%20comunit%C3%A1rias%20pr%C3%B3ximas., Acesso em 15 de out de 2023. Publicado em 04/07/2023.

EMBRAPA. **Visão 2030: o Futuro da Agricultura Brasileira**, disponível em <https://www.embrapa.br/visao/trajetoria-da-agricultura-brasileira>, Acesso em 07 de set 2021, Brasília, DF: Embrapa, 2018.

INSPER. Exportações do agronegócio brasileiro disparam com novo recorde em 2022, disponível em <https://www.insper.edu.br/noticias/exportacoes-do-agronegocio-brasileiro-disparam-com-novo-recorde-em-2022/>, Acesso em 07 de out de 2023.

IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Carta Conjuntura**, disponível em <https://www.ipea.gov.br/cartadeconjuntura/index.php/category/agropecuaria/>, Acesso em 07 de out de 2023.

MAPA. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. Plano Safra. Aplicação do crédito rural da safra 2022/2023 somou R\$ 344 bilhões, disponível em <https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/noticias/aplicacao-do-credito-rural-da-safra-2022-2023-somou-r-344-bilhoes>, Acesso em 16 de out de 2023. Publicação: 06/07/2023.

MAPA. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. **Políticas Públicas para a Agropecuária Brasileira**, disponível em <https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/politica-agricola/outras-publicacoes/desenvolvimento-sustentavel.pdf>, Acesso em 15 de out de 2023. Brasília: 2009.

MAPA. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. **Selo Mais Integridade**, disponível em <https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/integridade/selo-mais-integridade>, Acesso em 12 de out de 2023.

PEIXOTO, F. C.; FOCHEZATTO, A.; PORSSE, A. A. **Metodologia de análise inter-regional do agronegócio**: aplicação ao caso do Rio Grande do Sul-restante do Brasil. *Ensaios FEE*, v. 34, n. 2, p. 585–618, 2013.

RANGEL, Alexandre *et al.* In CEA – Centro de Excelência EY de Agronegócios. **Top 10 riscos e oportunidades para o Agronegócio/2022** disponível em https://www.ey.com/pt_br/cea/top-10-riscos-e-oportunidades-para-o-agronegocio-2022, Acesso em 08 de out 2023.

REIS, Marcus, **Crédito Rural: teoria e prática**, 2.ed., Rio de Janeiro, Forense, 2021.

RIZZARDO, Arnaldo, **Direito do Agronegócio**, 5.ed., Rio de Janeiro, Forense, 2021.

TORMA, Francisco, e QUERUBINI, Albenir; **Direito Agrário levado a Sério – Episódio 8: o direito agrário e a sua origem**, disponível em <https://direitoagrario.com>; Acesso em 07 de set 2021, publicado em 6 de set 2020.

27

AS SOCIEDADES ANÔNIMAS DO FUTEBOL COMO INSTRUMENTO DE CONTRIBUIÇÃO PARA AS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA O ESPORTE

*Célio Marcos Lopes Machado*²⁶⁹
*Natália Cristine de Oliveira Lopes*²⁷⁰

I INTRODUÇÃO

A Lei nº 14.193/2021 instituiu a Sociedade Anônima do Futebol e dispõe, nos seus exatos termos, sobre as normas de constituição, governança, controle, transparência, meios de financiamento da atividade futebolística, tratamento dos passivos das entidades de práticas desportivas e regime tributário específico.

Também conhecida como Lei da SAF, esse novo arcabouço legislativo é decorrência da evolução dos tempos e de um falido modelo associativo, que, comprovadamente, através de diretores eleitos por um conselho, ignorou as melhores práticas administrativas e de gestão, levando as estruturas dos clubes nacionais a entidades deficitárias, endividadas e operacionalmente irresponsáveis.

O objetivo principal da nova Lei é propiciar o ingresso de investidores, no conceito mais amplo possível – incluindo, mas não se limitando, a pessoas físicas, empresas de capital fechado ou aberto e fundos de investimento – nesse mercado, conferindo a eles a segurança jurídica necessária para a proteção do seu capital em relação a escombros associativos e determinadas dívidas passadas.

No novo contexto, muito se fala sobre a capacidade transformadora da Lei da SAF, no que tange às possibilidades de uma gestão corporativa e da observância pontual das obrigações notoriamente descumpridas pela esma-

269 Advogado e Economista. Mestre em Administração Pública com Gestão Econômica pela Fundação João Pinheiro. Doutorando em Direito pela PUCMINAS. celio@machadomendes.com.

270 Advogada. nataliacristine@machadomendes.com.

gadora maioria dos clubes de futebol, em especial as trabalhistas, tributárias e cíveis.

A despeito da agitação em torno da novel legislação estar focada na abertura do capital privado para o exercício da atividade dos clubes, um dos objetivos principais da SAF é o fomento e desenvolvimento de atividades relacionadas à prática do futebol, dentre elas o futebol de base, ou seja, de desenvolvimento de jovens atletas. Como se verá, a legislação brasileira, historicamente concentrada no apoio de entes privados para a evolução da prática desportiva do seu cidadão, encontra, na SAF, um novo braço de soerguimento do esporte para crianças e adolescentes.

O futebol é uma importante ferramenta para as políticas públicas do esporte, especialmente para a formação esportiva, relacionadas com a cultura, saúde, com o combate ao sedentarismo, e o incentivo de hábitos saudáveis na população e, conseqüentemente, aliviar o sistema público de saúde. Com esta perspectiva, o presente artigo busca avaliar a importância da SAF como um instrumento de contribuição para as políticas públicas voltadas para o esporte.

Utilizar-se-á nessa pesquisa, a metodologia do tipo exploratória, de cunho qualitativo, com análise jurisprudencial, conjugada com revisão bibliográfica.

2 O CONTEXTO NORMATIVO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA O FUTEBOL – LEIS QUE ANTECEDERAM E CULMINARAM NA LEI GERAL DO ESPORTE

A atual legislação esportiva brasileira enfatiza o futebol profissional, mas também regula os esportes para atletas não profissionais, que conta com a participação de jovens não atletas, crianças e adolescentes, que demandam maiores cuidados.

É através do esporte que um povo constrói ídolos, sonhos para um futuro melhor e histórias de superação. O futebol, por ser o esporte de maior alcance nacional que envolve uma série de relações e características complexas, em todas as idades, principalmente para os mais novos, exige uma legislação clara e atualizada.

Assim, o direcionamento de esforços públicos para o descobrimento e desenvolvimento de jovens atletas depende de estruturas capacitadas, associados a projetos sociais, com iniciativas educacionais e recreativas, agora, no futebol, aprimorada pela SAF.

A Constituição de 1988 foi fundamental na democratização do esporte no país, visto que passou a ser um direito de todo cidadão, mas também possibilitou a intervenção do Estado na resolução de problemas estruturais.

A Carta Magna equipara o esporte a um direito social e fundamental, especialmente quando dispõe, no *caput* do artigo 217, que “*é dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não formais, como direito de cada um (...)*”.

Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 garantiu aos cidadãos a condição de cobrar do Poder Público o fomento das atividades desportivas, passando a ser dever do Estado implementar uma efetiva democratização desportiva.

Nesse ponto, pode-se afirmar que, muito embora não conste de forma expressa na Constituição Federal que o esporte é um direito fundamental, o desporto é sim um direito fundamental à luz de todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Isso porque, como se sabe, o parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição não limita a existência de direitos fundamentais àqueles listados no artigo 5º.

Neste aspecto, é importante destacar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, em julgado de Relatoria do e. Ministro Gilmar Mendes:

O parágrafo em questão dá ensejo a que se afirme que se adotou um sistema aberto de direitos fundamentais no Brasil, não se podendo considerar taxativa a enumeração dos direitos fundamentais no Título II da Constituição. Essa interpretação é sancionada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (...). É legítimo, portanto, cogitar de direitos fundamentais previstos expressamente no catálogo da Carta e de direito materialmente fundamentais que estão fora da lista. Direitos não rotulados expressamente como fundamentais no título próprio da Constituição podem ser tidos como tal, a depender a análise do seu objeto e dos princípios adotados pela Constituição. A sua fundamentalidade decorre da sua referência a posições jurídicas ligadas ao valor da dignidade humana; em vista da importância, não podem ser deixados à disponibilidade do legislador ordinário (...). O propósito da norma é afirmar que a enumeração dos direitos não significa que outras posições jurídicas de defesa da dignidade da pessoa estejam excluídas da proteção do direito nacional.

Avançando em relação ao texto Constitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei 8.069/1990), prevê, expressamente, o esporte como um direito fundamental da criança e do adolescente, que deve ser assegurado com absoluta prioridade pelas famílias, sociedade e Estado. Confira-se:

Art. 4º: É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Ao comentar tal dispositivo, lecionam Nelson Rosenvald e Felipe Braga Netto:

O ECA inicia seu percurso adotando a doutrina de proteção integral, orientando atendimento prioritário à criança e ao adolescente, chave do direito infantoadolescente. (...)

Como ressay do caput do art. 4º, há um dever de efetivação de direitos de crianças e adolescentes. Os deveres fundamentais da família, sociedade e Estado para com eles (art. 227. CF) formam uma categoria jurídica autônoma e peculiar, pois a sua existência não decorre necessariamente de uma previsão de direitos. Ilustrativamente, diante do dever de se pôr a salvo as crianças e adolescentes de qualquer forma de negligência não há qualquer contrapartida de direito à sociedade (ROSENVALD, BRAGA NETTO, 2022, p. 1.031, 1.034/1.035).

Diante da evolução da democratização desportiva, surgiu-se a necessidade de regulamentar a prática desportiva, de modo que, em 1993, a Secretaria dos Desportos da Presidência da República e outros órgãos governamentais responsáveis pela gestão do esporte nacional, regulamentaram a Lei Zico (Lei nº 8.672/1993), que estabeleceu os conceitos e princípios para o esporte brasileiro.

Em 1995, com a criação do Ministério Extraordinário do Esporte, foi regulamentada a Lei Pelé (Lei 9.615/1998), a fim de melhorar o padrão de qualidade, estabelecer normas e diretrizes para a condução do esporte brasileiro.

A norma estabeleceu grandes avanços para o direito desportivo. Um deles foi colocar um ponto final no “passe”. Com o passe, o atleta ficava preso ao clube mesmo após o fim do contrato de trabalho. O antigo passe foi substituído por cláusulas especiais, indenizatórias e compensatórias, que passaram a ser estipuladas nos contratos entre clubes e atletas.

Houve, também, outros grandes avanços, tais como: direito do consumidor nos esportes, prestação de contas por dirigentes de clubes, criação de ligas, federações e associações, profissionalização com a obrigatoriedade da transformação dos clubes em empresas, criação de verbas para o esporte olímpico e paraolímpico, definição de órgãos responsáveis pela fiscalização do seu cumprimento, além da determinação de independência dos Tribunais de Justiça Desportiva.

A Lei Pelé também conferiu uma importante proteção ao adolescente, estabelecendo o limite de idade para o esporte de rendimento e a impossibilidade de submissão de menores de 14 anos a testes de seleção.

Neste contexto, a Lei Pelé garantiu a formalização do contrato de formação para jovens atletas estudantes: o pagamento obrigatório de bolsa aprendizagem e a duração máxima de 05 (cinco) anos. Após esse período,

nos termos do art. 29, convolou, como obrigatório, o contrato de trabalho de atleta profissional, ressalvado que a celebração e/ou rescisão dos contratos devem ter assistência dos pais e/ou representantes legais.

Apesar dos avanços para a época, a Lei Pelé perdeu força com o passar do tempo, e os quase 20 (vinte) anos de vigência comprovaram a necessidade de uma atualização, especialmente em relação aos aspectos da relação trabalhista e da administração das entidades.

Visando ao melhoramento do arcabouço esportivo nacional, o Congresso aprovou a recente Lei Geral do Esporte (LGE), que entrou em vigor no dia 15 de junho de 2023.

O novo normativo passou a regulamentar a prática desportiva do país em um único texto legislativo, concentrando a Lei Pelé, o Estatuto do Torcedor, a Lei de Incentivo ao Esporte e a Lei da Bolsa Atleta.

O principal objetivo da Lei Geral do Esporte, além de atualizar a legislação sobre o tema, foi unificar diversas legislações esportivas, ficando parcialmente revogada a Lei Pelé (Lei 9.615/ 1998) e totalmente revogados o Estatuto do Torcedor (Lei 10.671/ 2003), a Lei de Incentivo ao Esporte (Lei 11.438/ 2006) e Lei da Bolsa Atleta (Lei 10.891/ 2004), e mantida totalmente em vigor a Lei da SAF (Lei 14.193/2021).

Nesse aspecto, não é demais destacar que a Lei Geral do Esporte está em concordância com a Assembleia Geral da ONU, realizada em novembro de 2022, que aprovou Resolução sobre a importância do esporte no desenvolvimento sustentável, figurando como agente motivador da paz social.

Reconheceu-se, o impacto transformador do esporte em grupos considerados de minoria (deficientes, jovens e mulheres), contribuindo de forma considerável para a melhoria dos níveis de qualidade de vida, educação, saúde física e mental, bem como na inclusão social.

Na Assembleia, discutiu-se, também, sobre a necessidade de alinhamento de políticas públicas, incentivando a colaboração entre países, a fim de potencializar o esporte e atingir metas de desenvolvimento sustentável para a agenda de 2030.

Desse modo, verifica-se que as iniciativas privadas, representadas pelos clubes formadores de atletas e escolas de esportes, cumprem uma função social de extrema importância, que devem estar unidas, propondo-se um olhar diferenciado e ampliado, recebendo o apoio de gestores e sendo incentivadas a reforçar habilidades coletivas e colaborativas no meio esportivo.

A SAF, nesta esteira, é um importante veículo privado, colaborador social do Estado no desenvolvimento do futebol nacional, especialmente na transformação de crianças e jovens não atletas em cidadãos capacitados do ponto de vista humano, social e desportivo.

3 DA LEI GERAL DO ESPORTE – CONTRATOS DE FORMAÇÃO ESPORTIVA E A SUA FUNÇÃO SOCIAL.

O contrato de formação esportiva é o instrumento celebrado entre uma entidade formadora e um atleta em formação, através do qual a entidade se obriga ao desenvolvimento técnico do formando, ao passo que o atleta em formação se obriga a executar tarefas inerentes à sua formação, tendo sempre como prioridade propiciar ao atleta o seu desenvolvimento humano, técnico e desportivo.

Consoante dispunha a Lei Pelé, considera-se como entidade de prática esportiva formadora aquela que atenda aos requisitos de seu art. 29, parágrafo 2^o²⁷¹, devendo fornecer aos atletas programas de treinamento nas categorias de base e complementação educacional mediante o cumprimento das condições estabelecidas nas alíneas do dispositivo legal em comento.

Em suma, o atleta deve estar inscrito pelo clube formador na entidade de prática e administração desportiva por pelo menos um ano, inscrito em competições oficiais, ter acesso a assistência educacional, psicológica, médica e odontológica, alimentação, transporte e convivência familiar, acesso às instalações desportivas mantidas pela entidade formadora, adequadas para o alojamento dos atletas, treinamento com profissionais especializados, atividades de formação desportiva, sem custo, que não sejam superiores a 4 (quatro) horas diárias, atentando-se a frequência e aproveitamento escolares.

Com algumas disposições semelhantes, a partir da vigência da LGE, a formação desportiva foi inserida na Seção VII, Subseção I, da Lei 14.597/2013.

²⁷¹ Art. 29. A entidade de prática desportiva formadora do atleta terá o direito de assinar com ele, a partir de 16 (dezesseis) anos de idade, o primeiro contrato especial de trabalho desportivo, cujo prazo não poderá ser superior a 5 (cinco) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.395, de 2011). (...) § 2º É considerada formadora de atleta a entidade de prática desportiva que: (Redação dada pela Lei nº 12.395, de 2011). I - forneça aos atletas programas de treinamento nas categorias de base e complementação educacional; e II - satisfaça cumulativamente os seguintes requisitos: a) estar o atleta em formação inscrito por ela na respectiva entidade regional de administração do desporto há, pelo menos, 1 (um) ano; b) comprovar que, efetivamente, o atleta em formação está inscrito em competições oficiais; c) garantir assistência educacional, psicológica, médica e odontológica, assim como alimentação, transporte e convivência familiar; d) manter alojamento e instalações desportivas adequados, sobretudo em matéria de alimentação, higiene, segurança e salubridade; e) manter corpo de profissionais especializados em formação técnico desportiva; f) ajustar o tempo destinado à efetiva atividade de formação do atleta, não superior a 4 (quatro) horas por dia, aos horários do currículo escolar ou de curso profissionalizante, além de propiciar-lhe a matrícula escolar, com exigência de frequência e satisfatório aproveitamento; g) ser a formação do atleta gratuita e a expensas da entidade de prática desportiva; h) comprovar que participa anualmente de competições organizadas por entidade de administração do desporto em, pelo menos, 2 (duas) categorias da respectiva modalidade desportiva; e i) garantir que o período de seleção não coincida com os horários escolares.

O parágrafo 2º do artigo 99 da LGE passou a dispor que o alojamento para os atletas em formação só pode ser realizado por entidade de prática desportiva certificada, mediante apresentação de laudos de vistoria para garantir a segurança dos atletas em todos os seus aspectos.

Além disso, passou a ser permitida a formação desportiva aos atletas de 12 a 14 anos, mediante o cumprimento, pela entidade desportiva, de todos os requisitos previstos no §1º, inciso I, do artigo 99, da LGE.

A Lei Geral do Esporte reitera alguns requisitos já previstos na Lei Pelé, tais como inscrição na organização esportiva competente, garantia de assistência educacional, psicológica, médica fisioterapêutica e odontológica, alimentação, transporte, profissionais especializados em formação esportiva e preservação da carga horária de treino de forma a não atrapalhar a frequência e o aproveitamento escolar.

Nesse ponto, importante observar que havia uma lacuna no tocante à formação desportiva dos adolescentes com idade inferior a 14 anos, que é respondida pela LGE, permitindo a “*aprendizagem esportiva*” e a participação em competições esportivas como parte do aprendizado.

A LGE também autoriza para essa faixa etária a interferência do poder familiar dos responsáveis legais em decisões relativas à participação de competições.

Em complemento aos requisitos a serem atendidos pelas entidades formadoras, foram destacados a realização de exames médicos admissionais periódicos, resultados médicos arquivados, orientação por meio de programa contínuo e suporte contra o abuso e a exploração sexual, qualificação dos profissionais em prevenção e proteção aos direitos da criança e do adolescente, atividades culturais e de lazer nos horários livres e apresentação anual, ao Ministério Público estadual e do Distrito Federal, de laudos técnicos e vistorias das condições dos alojamentos.

Para assegurar o incentivo à formação de atletas, a LGE manteve a possibilidade de pagamento de bolsa aprendizagem livremente pactuada mediante contrato formal (contrato de formação), para o atleta não profissional em formação, maior de 14 (quatorze) e menor de 20 (vinte) anos de idade, conforme previsão contida no parágrafo 3º do artigo 99 da LGE.

Outrossim, está inserido, no parágrafo 7º do artigo 99 da LGE, a redução para três anos do prazo de renovação do primeiro contrato de trabalho desportivo, cuja preferência permanece como direito do clube formador, cumpridos os requisitos legais para tanto.

Neste contexto, aprimoradas as questões afetas à formação de atletas não profissionais pela LGE, percebe-se a preocupação do legislador em manter as exigências impostas aos clubes formadores de base, que acabam por beneficiar famílias carentes, suprimindo funções sociais que o próprio Estado não consegue garantir e contribuir para a formação de jovens atletas.

4 AS CONTRIBUIÇÕES DA SAF NA FORMAÇÃO DE ATLETAS

O § 1º do art. 1º da Lei da SAF considera os clubes associações titulares de patrimônio relacionado à prática do futebol e regidas pelo Código Civil e, como entidades de administração, a confederação, federação ou a liga, constituída sob a forma de associação ou sociedade empresária, que administra, dirige, regulamenta ou organiza competição profissional de futebol.

O § 6º do mesmo art. 1º, por sua vez, precisa que a SAF é uma entidade de prática esportiva, para os efeitos da Lei nº 9.615/ 1998.

A SAF, portanto, foi erigida a entidade captadora de recursos públicos para a formação de atletas.

Entre as atividades de uma SAF estão compreendidas: ações de fomento e desenvolvimento de atividades relacionadas à prática do futebol, formação de atletas profissionais de futebol e obtenção de receitas decorrentes da transação dos seus direitos econômicos, exploração dos direitos de propriedade intelectual e exploração econômica de ativos sobre os quais tenha direitos.

Assim, pode-se dizer que o regime jurídico da SAF possui pontos de convergência com a ideia de parceria público privada, tendo em vista a função de preservar e aprimorar importantes patrimônios culturais do futebol brasileiro e promover métodos de realização da função social do esporte, com a formação completa de jovens, baseada nos moldes de gestão privada, inclusive com recursos públicos destinados exclusivamente para este fim.

Isso, porque a SAF, como entidade desportiva, incorpora os valores de sua própria função social, com o objetivo de incentivar novas entidades desportivas e de preservar outras, entre as quais muitas extremamente tradicionais, mas que estavam fadadas ao insucesso, em razão de dívidas bilionárias, tudo isso com o objetivo de incentivar uma estrutura para que jovens possam se dedicar ao esporte e a tudo o que ele agrega ao indivíduo e à coletividade.

O conceito da sociedade anônima tradicional que deu origem ao modelo proposto pela SAF. O Professor Fábio Ulhoa Coelho conceitua a sociedade anônima, em seu Manual de Direito Comercial (2016), nos seguintes termos:

A sociedade anônima é uma sociedade de capital. Os títulos representativos da participação societária (ação) são livremente negociáveis. Nenhum dos acionistas pode impedir, por conseguinte, o ingresso de quem quer que seja no quadro associativo. Por outro lado, será sempre possível a penhora da ação em execução promovida contra o acionista.

Sobre o tema, complementa Thiago Reis:

Sociedade Anônima é um modelo de empresa caracterizada por ter o seu capital financeiro dividido por ações. Desta forma, a empresa deve ter

sempre dois ou mais **acionistas**, que são os donos deste negócio. Desse modo, nesse tipo de companhia, tanto os sócios quanto os acionistas possuem **responsabilidade limitada** a respeito do negócio.

No entanto, como o capital social de uma SA é dividido em ações de igual valor nominal, de livre negociabilidade, a responsabilidade dos acionistas de uma SA será limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas. (REIS, 2023, p. 01)

Da análise das classificações societárias, vê-se que a sociedade anônima é o tipo ideal para macro empreendimentos, porquanto reúne as características ideais para o seu desenvolvimento: a limitação da responsabilidade dos sócios, o vínculo estatutário entre eles, com pouca abertura para sobreposição de interesses pessoais, e a negociabilidade da participação societária (característica fundamental das sociedades de capital), que permitem melhor desenvolvimento do mercado de capitais e maior proteção aos acionistas minoritários. (GOMES, MARTINS, 2023, p. 10)

E ainda:

Muitas das características presentes na Lei da SAF decorrem, por lógica, da Lei 6.404/76 (Lei das Sociedades por Ações), na qual está contido todo o arcabouço normativo das Sociedades Anônimas, que serviram de base para a criação do sistema das Sociedades Anônimas do Futebol. Compreender essas características que lhes aproximam significa identificar como as SAFs pretendem reformar a estrutura dos clubes brasileiros, trazendo governança corporativa, controle, transparência e meios de financiamento, a fim de atrair investidores e solucionar o grave problema do endividamento (GOMES, MARTINS, 2023, p. 14).

Destarte, configurando a SAF uma sociedade anônima, tem seu capital dividido em ações, as quais podem ser negociáveis ou não, a depender do estatuto e do acordo de acionistas.

A respeito, o Senador Rodrigo Pacheco, autor do projeto de lei (2019) que promoveu a elaboração da Lei da SAF, redigiu, como justificativa para a criação da referida norma, o fundamento de que a criação da lei era essencial visto que:

(...) é necessário oferecer aos clubes uma via societária que legitimasse a criação desse novo sistema, formador de um também novo ambiente, no qual as organizações que atuem na atividade futebolística, de um lado, inspirem maior confiança, credibilidade e segurança, a fim de melhorar sua posição no mercado e seu relacionamento com terceiros, e, de outro, preservem aspectos culturais e sociais peculiares ao futebol. (...)

Desse modo, compreende-se que o modelo societário trazido para o direito desportivo mantém os pilares da estrutura negocial de uma sociedade

anônima tradicional, mas com o enfoque em reestruturar o mercado brasileiro de futebol, convergindo para uma visão de aumento da credibilidade e segurança do investimento, inclusive público, nas entidades de prática desportiva, abrangendo os importantes aspectos sociais e culturais que o futebol arraigou no Brasil.

Logo, com a reestruturação do mercado brasileiro de futebol, surge espaço para contribuição da SAF ao fomento e formação de atletas no futebol de base, ou seja, de desenvolvimento de jovens atletas, atuando como instrumento de cooperação das políticas públicas, que, em regra, não consegue suprir as necessidades e anseios de uma sociedade carente de oportunidades, especialmente no âmbito social e cultural.

5 CONCLUSÃO

Conclui-se que a reestruturação do mercado brasileiro de futebol, apesar de sugerir um caráter eminentemente financeiro, carrega um atributo social de extrema relevância, devendo ser considerado, inclusive, um dos fundamentais motivadores da função social da Sociedade Anônima do Futebol (SAF).

A SAF atua como um instrumento de cooperação para as políticas públicas relacionadas ao esporte, fomentando o desenvolvimento de jovens atletas, especialmente das categorias de base, garantindo uma formação esportiva, acompanhada de assistência educacional, psicológica, médica e de alimentação, exigências previstas da Lei Pelé, corroboradas pela Lei Geral do Esporte.

A promulgação da Lei 14.193/2021 (Lei da SAF), que instituiu um novo subtipo societário, a Sociedade Anônima do Futebol (SAF), configura um potencial impacto no cenário desportivo nacional.

Do ponto de vista social, a SAF tem um papel fundamental, de verdadeira política pública realizada em parceria com o Estado pública na construção de valores essenciais ao indivíduo, como o cuidado com a saúde, o desenvolvimento educacional, o trabalho em grupo e, com ele, o fortalecimento da noção de igualdade (inclusive, contra o racismo), e de um senso de responsabilidade individual e comunitária simultâneas.

Em outra vertente, a prática esportiva entre crianças e adolescentes rivaliza com os atrativos do crime em áreas de vulnerabilidade social, de modo que a SAF também possui um papel de contenção favorável à segurança pública.

Destarte, mediante todos os fundamentos trabalhados no presente artigo, entende-se que entidades esportivas reestruturadas, colaboram ativamente com o dever do Estado e transformam espectadores passivos em atores que contribuem para o incentivo a hábitos saudáveis na população,

melhoria na qualidade de vida dos jovens, elevação da taxa de escolaridade, implementando uma política efetiva de democratização desportiva, contribuindo de forma ativa para as políticas públicas do esporte.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 22 de set. 2023
- BRASIL. **LEI nº 14.193, de 6 de agosto de 2021**. Institui a Sociedade Anônima do Futebol e dispõe sobre normas de constituição, governança, controle e transparência, meios de financiamento da atividade futebolística, tratamento dos passivos das entidades de práticas desportivas e regime tributário específico; e altera as Leis nºs 9.615, de 24 de março de 1998, e 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). [S. l.], 6 ago. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14193.htm. Acesso em: 14 out. 2023.
- BRASIL. **LEI nº 14.597, de 14 de junho de 2023**. Institui a Lei Geral do Esporte Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/Lei/L14597.htm. Acesso em 10 de ago. 2023
- BRASIL. **LEI nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 17 julho. 2023.
- BRASIL. **LEI nº 9.615, de 24 de março de 1998**. Institui normas gerais sobre desporto e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19615consol.htm. Acesso em: 24 set. 2023.
- CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei das Sociedades Anônimas. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2011.
- COELHO, Fábio Ullhoa. **Manual de Direito Comercial**. 32. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. Sociedade Anônima. v. 1, 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey , 2005. Em 16 de out. de 2023
- GOMES, José Eduardo Ribeiro; MARTINS, Jean Carlos Barcelos. **A Sociedade Anônima de Futebol: seria essa a solução para a melhoria da condição financeira dos clubes de futebol brasileiros?** Disponível em www.repositorio.ufu.br Acesso em 17 de out. de 2023.
- LAMY FILHO, Alfredo. BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. Direito das Companhias. 2. ed. Atual. E. ref. Rio de Janeiro: Forense, 2017
- MAMEDE, Gladston. **Manual de Direito Empresarial**, São Paulo: Atlas, 2022.

ONU. **Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas**. Sport as an enabler of sustainable development: resolution. Nova Iorque: ONU, 2022. Disponível para download em: <https://digitallibrary.un.org/record/3997029?ln=en#record-files-collapse-header>. Acesso em 13 de out. 2023.

PACHECO, Sen. Rodrigo; TORRES, Prof. Heleno Taveiro; FORGIONI, Prof^a. Paula A.; AMBIEL, Carlo Eduardo; MANSSUR, José Francisco C.; BUMACHAR, Juliana; SACRAMONE, Marlo Barbosa; GAMA, Tácio Lacerda; CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de. **Comentários à lei da Sociedade Anônima do Futebol: Lei 14.193/2021**. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

REIS, Tiago. **Sociedade anônima: como funciona esse tipo de empresa?** Disponível em www.suno.com.br Acesso em 17 de out. de 2023.

ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe. **Leis civis comentadas**. Salvador: Juspodvim, 2022.

SOARES, Fernanda. **O Esporte como direito fundamental e sua contribuição na sociedade. Lei em Campo**. 03 mai. 2023. Disponível em: <https://leiemcampo.com.br/direito-ao-desporto-esporte-por-que-um-direito-social-fundamental/>. Acesso em 13 de out. 2023.

A UTILIZAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL PARA FORTALECIMENTO E PROMOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

*Alison Mendes Nogueira*²⁷²

*Pablo Henrique de Oliveira*²⁷³

1 INTRODUÇÃO

É fato notório a crise carcerária que atinge o Estado brasileiro, que tende a se agravar a cada ano, seja em razão da exaltação ao punitivismo exacerbado, seja pela natural consequência do fracasso das medidas de controle, prevenção e repressão ao crime organizado.

A falência do sistema carcerário, embora relativizada por uma grande parcela de autoridades e alas políticas que insistem no retrógrado pensamento de que mais pena representaria menos crime, perpassa pela superlotação das cadeias, fortalecimento das facções criminosas, na apresentação de condições cada mais vez precárias para o cumprimento das penas, e por fim, no paradoxal aumento da criminalidade.

Neste contexto, seja em decorrência da necessidade iminente de uma solução para o problema que não pode ser mais negligenciado, seja por arrebatamentos de bom senso por parte de uma parcela daqueles que possuem as ferramentas para a reforma das velhas políticas punitivas, vem se verificando uma ampliação de institutos da chamada “justiça penal negocial”, possibilitando às vítimas e ao próprio Ministério Público encontrar meios alternativos à pena privativa de liberdade, para a composição dos danos causados pelo delito, e ao mesmo tempo, imputando ao infrator uma obrigação a ser cumprida como reprimenda pelo desvio de sua conduta.

²⁷² Pós-Graduado em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUCMINAS. Advogado no escritório Machado Mendes Sociedade de Advogados. E-mail: alison@machadomendes.com.

²⁷³ Advogado no escritório Machado Mendes Sociedade de Advogados. E-mail: pablo@machadomendes.com.

No Brasil, os diplomas penais e algumas legislações esparsas já previam alguns destes mecanismos que, desde que atendidos requisitos previstos na própria lei, facultavam ao acusado o cumprimento de obrigações alternativas para o não processamento da ação penal ou substituição da pena privativa de liberdade.

Em especial, vale destacar os institutos da composição civil dos danos, da transação penal, e da suspensão condicional do processo, que tem ampla aplicação no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, para o tratamento de infrações de menor potencial ofensivo, consoante previsão na Lei 9.099/95.

Já o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) foi inserido no sistema penal no Brasil por meio da Lei Anticrime (Lei nº 13.964/2019), entrando vigor em janeiro de 2020.

Segundo apontado por Aury Lopes Junior, “se fossemos pensar uma estrutura escalonada de negociação, levando em consideração seus requisitos e condições impostas, seria disposta na seguinte ordem: 1º transação penal, 2º acordo de não persecução, 3º suspensão condicional do processo, 4º acordo de delação premiada”. (LOPES JR., 2021, p. 220)

Em linhas gerais, o ANPP representa uma alternativa à ação penal, permitindo que o Ministério Público e o indiciado celebrem um acordo em casos de crimes sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, desde que preencham determinados requisitos legais.

Assim, o acordo de não persecução estabelecerá condições, como o pagamento de prestações pecuniárias, prestação de serviços à comunidade e outras medidas, em troca do não oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, pelo tempo necessário ao cumprimento das condições impostas.

Como se vê, dentro de um contexto de política negocial criminal, o ANPP veio absorver uma maior gama de delitos, que de certa forma, não representem um risco elevado à sociedade, permitindo a aplicação de uma reprimenda restaurativa, pedagógica e vantajosa para a coletividade, em detrimento de uma mera pena privativa de liberdade, que somente contribui para a piora das mazelas do sistema carcerário.

O presente artigo, portanto, cinge-se a análise da possibilidade de utilização do ANPP para o fortalecimento de políticas públicas, fazendo com que os recursos de um particular, no caso, autor de algum delito, possam suprir espaços de não atuação do Poder Público no cumprimento de suas obrigações constitucionais.

2 DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O Acordo de Não Persecução Penal no Direito Penal Brasileiro, está previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal, que preceitua:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Percebe-se que o dispositivo, em seu *caput*, ao apresentar o conceito, o fez determinando basicamente quais são as condições de sua aplicabilidade, elencando (i) a existência de confissão formal do investigado, (ii) crime sem violência ou grave ameaça, (iii) pena mínima inferior a quatro anos.

O § 2º do mesmo dispositivo elenca outras vedações para a concessão do ANPP, estando obstado nos casos em que é cabível a transação penal, se o investigado for reincidente, ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, se o agente tiver sido beneficiado, nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo e, por fim, nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

Como se vê, o legislador além de eleger critérios objetivos para aplicação do ANPP, conforme o que entende suficiente para a reprimenda da espécie de delito cometido, adotou ainda, situações em que o oferecimento do acordo estaria obstado, seja em razão do reconhecimento de situação mais

favorável ao acusado, seja pela conduta anterior incompatível com as premissas de uma justiça criminal negocial.

Vale ressaltar ainda, em razão da matéria tratada no presente artigo, a previsão do inciso IV, em especial, ao determinar que o pagamento da prestação pecuniária, deve ser realizado a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função, proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito.

Nota-se, portanto, que o legislador vislumbrou o potencial ora discutido do instituto do ANPP para favorecimento de políticas públicas e sociais, estabelecendo ainda um critério, ainda que generalista, para a destinação dos recursos obtidos com os acordos.

A respeito do instituto, Aury Lopes Junior, destaca que:

Se fizermos um estudo dos tipos penais previstos no sistema brasileiro e o impacto desses instrumentos negociais, não seria surpresa alguma se o índice superasse a casa dos 70% de tipos penais passíveis de negociação, de acordo. Portanto, estão presentes todas as condições para um verdadeiro “desentulhamento” da justiça criminal brasileira, sem cairmos na abertura perversa e perigosa de um plea bargaining sem limite de pena, como inicialmente proposto pelo “Pacote Moro” e, felizmente, rechaçada pelo Congresso Nacional.

Portanto, é um poderoso instrumento de negociação processual penal que requer uma postura diferenciada por parte dos atores judiciários, antes forjados no confronto, que agora precisam abrir-se para uma lógica negocial, estratégica, que demanda uma análise do que se pode oferecer e do preço a ser pago (prêmio), do timing da negociação, da arte negocial.” (LOPES JR., 2021, p. 220)

O Superior Tribunal de Justiça, destacou em seu site em 12/03/2023²⁷⁴, notícia a respeito de entendimentos e aplicação do ANPP desde sua introdução na legislação penal brasileira:

Antes do Pacote Anticrime, o acordo de não persecução penal era previsto na Resolução 181/2017 do Conselho Superior do Ministério Público. No entanto, foi com a inclusão no sistema processual penal que o instrumento consensual se consolidou como alternativa à propositura da ação.

Conforme o Ministério Público Federal (MPF), de 2019 a 2022 foram propostos 21.466 acordos em todo o Brasil. Quanto aos crimes com maior incidência do instituto, um levantamento da 2ª Câmara de Coordenação e

274 Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/12032023-Acordo-de-nao-persecucao-penal-a-novidade-do-Pacote-Anticrime-interpretada-pelo-STJ.aspx>. Acesso em: 12/10/2023.

Revisão do MPF, de 2021, revelou que os mais comuns são contrabando ou descaminho, estelionato majorado, uso de documento falso, moeda falsa, falsidade ideológica, além de crimes contra o meio ambiente.

Apesar de ser um número expressivo, o ministro do STJ Reynaldo Soares da Fonseca alertou, em apresentação na Rede de Inteligência e Inovação (Reint1), do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1), que a quantidade de processos resolvidos a partir do modelo negocial de resolução de conflitos no âmbito da esfera penal ainda é baixo. Ao citar dados do Conselho Nacional do Ministério Público, ele destacou que somente 2,6% dos processos foram decididos por acordo de não persecução penal, o que representa um total de 7.717 processos solucionados no modelo de Justiça penal negociada.

No entanto, por se tratar de um instituto relativamente novo no sistema processual penal, alguns aspectos vêm suscitando a manifestação das Cortes Superiores quando de sua aplicação prática.

Alguns dos posicionamentos mais relevantes estabelecidos na jurisprudência da corte dizem respeito à possibilidade de sua aplicação retroativa e ao momento correto de oferecimento do acordo de não persecução penal.

No que tange à confissão, requisito imprescindível para a formalização do ANPP, a jurisprudência consolidou o entendimento de que a sua falta no bojo do inquérito não impede o MP de propor acordo de não persecução penal. Neste caso, a confissão poderia se dar no momento posterior ao oferecimento da proposta.

Ainda referente à confissão, há discussão no que diz respeito ao seu valor, no caso de rescisão do acordo. A doutrina vem entendendo que, nesse caso, a confissão não poderia ser utilizada em desfavor do réu, seguindo inclusive a recomendação de que o Juiz que teve contato com a formalização do acordo e com a confissão realizada pelo réu para os fins específicos de formalização do ANPP seja substituído por outro, por aplicação analógica do art. 157, § 5º do CPP.

Outra discussão é a aplicação do instituto no tempo. Desde o seu surgimento a doutrina já se manifestou favoravelmente à possibilidade de oferecimento do ANPP nos processos já em curso quando de sua inclusão no Código de Processo Penal, ou seja, de aplicação retroativamente aos casos em que todos os requisitos estivessem presentes.

Neste sentido, Aury Lopes Jr. discorre que: trata-se de norma mais benigna que deverá retroagir. [...] na concepção clássica, essa seria uma norma mista, com prevalente caracteres penais (pois uma vez cumprido, extingue a punibilidade) que retroagem para beneficiar o réu. Portanto, pode ser aplicado aos processos nascidos antes da vigência da Lei n. 13.964 e pode ser oferecido até o trânsito em julgado. (LOPES JR., 2021, p. 220).

Não obstante, o STJ, analisando a questão no julgamento do HC 628.647, por meio de sua Sexta Turma, decidiu, por maioria, a possibilidade de aplicação retroativa do acordo de não persecução penal, desde que a denúncia não tenha sido recebida. Portanto, uma vez iniciada a persecução penal em juízo, não haveria como retroceder no andamento processual.

Mais recentemente, o STF buscou equalizar o entendimento, e por unanimidade, a Segunda Turma manteve decisão do ministro Ricardo Lewandowski no sentido de que o acordo de não persecução penal (ANPP) pode ser implementado também em processos iniciados antes da vigência do Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019). Nesse julgamento, o colegiado, seguindo o entendimento que já prevalecia na doutrina, entendeu que o ANPP se trata de norma penal mista (matéria penal e processual penal) mais favorável ao réu e, assim, deve ser aplicada de forma retroativa.

Outras questões de variadas complexidades continuam sendo objeto de questionamento perante as Cortes Superiores, como, por exemplo, o alcance da confissão em outras esferas, em especial, para fins de estabelecimento de culpa no juízo cível, a possibilidade de não oferecimento do ANPP, mesmo estando presentes os requisitos, por mera decisão discricionária do Órgão Ministerial, entre outras.

Ocorre que, especificamente no que se refere à destinação dos recursos oriundos dos acordos de não persecução penal firmados, não se verifica um amplo debate tanto por parte da doutrina, quanto pelo judiciário.

O motivo da não provocação de maiores discussões sobre o tema é de fácil percepção. Sob a ótica do réu, o interesse no ANPP se resume basicamente à extinção de sua punibilidade, ficando livre da denúncia e dos nefastos efeitos do trâmite contra si de uma ação penal, além, é claro, da eliminação do risco de uma pena privativa de liberdade.

Portanto, após a formalização do acordo, o réu e sua defesa naturalmente - e na maioria esmagadora das vezes - se preocupam com o cumprimento das condições impostas, para que a sua punibilidade possa, enfim, ser definitivamente extinta.

Pelo lado do Ministério Público e do próprio Juízo da execução, muito embora existam guias práticos e recomendações dos respectivos Órgãos, a destinação das prestações pecuniárias não vem seguindo um critério normativo específico, ficando ao livre arbítrio das autoridades envolvidas, de acordo com suas autonomias funcionais, decidir as entidades beneficiárias.

Definidos assim os contornos doutrinários e legislativos do Acordo de Não Persecução Penal no direito penal brasileiro, passa-se a análise do potencial de tal instituto para o fortalecimento de políticas públicas, com a necessidade de maior regramento no que tange a destinação dos recursos oriundos do ANPP, bem como, no notável benefício da utilização de ferramentas de ampliação do espaço negocial no âmbito processual penal.

3 A UTILIZAÇÃO DO ANPP NO CONTEXTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL

Políticas Públicas podem ser definidas como ações, decisões e programas implementados por governos ou autoridades governamentais para abordar questões específicas da sociedade, atendendo às necessidades públicas e buscando alcançar objetivos sociais, econômicos ou políticos.

Portanto, de forma geral, podemos entender políticas públicas como um conjunto de ações desencadeadas pelo Estado para o atendimento das necessidades da sociedade.

Essas políticas são desenvolvidas em resposta a desafios ou demandas da sociedade e podem abranger uma ampla gama de áreas, incluindo educação, saúde, segurança, meio ambiente e outras.

Elenaldo Celso Teixeira, sintetizando um conceito de políticas públicas, ensina que tais políticas se constituem em distintas “diretrizes, princípios norteadores de ação do poder público; regras e procedimentos para as relações entre poder público e sociedade, mediações entre atores da sociedade e do Estado. São, nesse caso, explicitadas, sistematizadas ou formuladas em documentos (leis, programas, linhas de financiamento), orientam ações que normalmente envolvem aplicações de recursos públicos.” (TEIXEIRA, 2002, p. 2)

Em um país com múltiplos problemas sociais como o Brasil, as políticas públicas assumem um papel de protagonismo, em especial para a proteção de direitos e garantias fundamentais e a promoção do bem-estar social, atento as adversidades e graves consequências causadas pela desigualdade social.

Paralelamente a isso, como em qualquer discussão relacionada a aplicação de leis penais, faz-se primordial uma análise sob o viés do entendimento do direito penal como *ultima ratio*.

Nas palavras do Prof. Cezar Roberto Bittencourt, poderia ser definido: “O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável” (BITENCOURT, 2006, p. 17).

Em meio a uma avalanche de legislações que buscam tipificar condutas que deveriam ser abarcadas por outras instâncias e decisões que favorecem a banalização da pena, o Acordo de Não Persecução Penal surgiu como uma alternativa eficaz e altamente vantajosa para todos os atores do processo penal, criando ainda benefícios comuns para a sociedade, em contraponto aos efeitos nocivos do simples encarceramento.

Contudo, desde sua criação, um dos maiores potenciais que vem sendo de certa forma preterido, é a capacidade de se utilizar o ANPP como um forte instrumento de criação e fortalecimento de políticas públicas no estado brasileiro.

Como dito, apesar de boas intenções no momento do direcionamento dos recursos derivados das prestações pecuniárias previstas no inciso IV do art. 28-A do Código de Processo Penal, o que se nota é uma verdadeira falta de normatividade e critério específico, que faz com que o potencial dessa parte do instituto não atinja toda a sua plenitude, perdendo-se por vezes, grandes oportunidades de se extrair de um desvio de conduta uma grande vantagem social, por meio da justiça penal negociada.

Como citado acima, o ANPP, embora já represente uma grande evolução na legislação processual penal, teve uma aplicação tímida em comparação ao seu potencial. Segundo os dados do STJ aqui já citados, apenas 2,6% dos processos foram resolvidos por meio do Acordo de Não Persecução Penal, enquanto, em uma observação superficial dos tipos penais de nossa legislação, mais de 70% dos crimes previstos reuniriam as condições necessárias para a solução por meio de oferecimento de acordo.

Um das razões que talvez explique um subaproveitamento do instituto é não se enxergar o seu potencial impulsionador de políticas públicas, que pode se dar por meio do direcionamento eficaz dos recursos das prestações pecuniárias, como condição para sua formalização.

Muitas vezes, o que se vê na prática é uma falta de estímulo para a consecução do acordo. Para tanto, principalmente uma postura ativa do Órgão Ministerial é imprescindível para uma utilização mais ampla do ANPP e para que se possa extrair do Acordo de Não Persecução Penal todo o seu potencial benéfico para a sociedade.

Em vez disso, o que se vê hoje é uma discussão persistente a respeito da natureza jurídica do ANPP, em suma, se seria o ANPP um direito público subjetivo do imputado ou um poder do Órgão Acusatório.

Infelizmente, o entendimento majoritário se inclina pela segunda corrente, no sentido de que Ministério Público não é obrigado a ofertar o acordo, bastando fundamentar a razão pela qual está deixando de fazê-lo, inclusive sendo permitido ao acusado o pedido de revisão, com remessa dos autos para o Órgão Ministerial Revisional (art. 28, § 14, CPP).

O que se questiona é: estando presentes os requisitos legais, por que razão legítima, se faria mais justo o prosseguimento de uma ação penal, com todas as suas naturais e prejudiciais consequências ao acusado e à sociedade, em detrimento da aplicação de uma ferramenta negocial, para solução da persecução penal e benefícios mútuos para todos os envolvidos (reparação do crime, primazia da função pedagógica da medida alternativa, uso dos recursos derivados do ANPP para fortalecimento de políticas públicas sociais

e diminuição do estoque de processos judiciais ativos, com otimização dos recursos físicos e humanos do Judiciário e do Ministério Público para outras prioridades?

É imprescindível, assim, um maior foco na eliminação da exaltação da pena privativa de liberdade, como se essa fosse a solução para todo o problema criminal da sociedade. O cárcere já se mostrou um fracasso como mecanismo de reprimenda. Neste contexto, o avanço da justiça criminal negocial traz clareza sobre meios e ferramentas para se combater o crime (uma vez que, tal como a máxima já estabelecida em diferentes correntes do direito penal, o importante não é a severidade da pena, mas a certeza da punição, desde que suficiente a atender às suas finalidades).

O que se almeja é a definição de critérios claros e objetivos para a fixação da prestação pecuniária e para a destinação dos recursos, o que evidenciaria, além da enorme gama de vantagens do acordo, uma justa e eficaz reprimenda ao delito cometido, tanto sob a ótica da necessidade, quanto da capacidade do agente.

Muitos bons exemplos têm sido vistos na prática cotidiana, com a destinação para entidades filantrópicas de assistência social, tratamento de pessoas com necessidades especiais e entidades de saúde.

No entanto, em determinados casos, os recursos são direcionados para fundos dos próprios Órgãos Públicos e de Segurança Pública, visando ao suprimento de lacunas básicas deixadas pelo estado no cumprimento de seus deveres, e para quais já existem dotações orçamentárias específicas.

Além de mascarar a ausência do cumprimento de deveres básicos pelo estado, essa destinação dos recursos pode deixar de evidenciar demandas e necessidades para aprimoramento dos planos orçamentários anuais.

Em contraponto, um grande exemplo de boa utilização da justiça negocial foi o acordo realizado no âmbito civil entre o Estado de Minas Gerais, o Ministério Público de Minas Gerais (MPMG), o Ministério Público Federal (MPF) e a Defensoria Pública de Minas Gerais (DPMG) e a Vale S.A., em razão dos danos causados às regiões atingidas e à sociedade mineira pelo rompimento das barragens B-I, B-IV e B-IVA na Mina Córrego do Feijão, em Brumadinho, ocorrido em 25 de janeiro de 2019.²⁷⁵

O acordo conta com um valor inicial total de R\$ 37.689.767.329,00 (trinta e sete bilhões, seiscentos e oitenta e nove milhões, setecentos e sessenta e sete mil, trezentos e vinte e nove reais), e prevê, além da reparação de todos os danos socioeconômicos causados aos atingidos, a reparação dos danos ambientais, e a destinação de recursos para projetos especiais.

²⁷⁵ Disponível em: <https://www.mg.gov.br/pro-brumadinho/pagina/entenda-o-acordo-judicial-de-reparacao-ao-rompimento-em-brumadinho>. Acesso em: 15/10/2023.

Embora não se trate de um Acordo de Não Persecução Penal, o exemplo utilizado serve de baliza para o enorme potencial existente na solução de lígios, tanto na reparação dos danos causados pela conduta infratora, quanto para o fortalecimento de políticas públicas e sociais do Estado.

No caso da Vale, o estratosférico valor do acordo se deu em razão do equivalente dano ambiental e patrimonial causado pela tragédia do rompimento da barragem da Mina do Córrego do Feijão. Contudo, sem dúvida, foi considerado, igualmente, o potencial contributivo da empresa infratora, multinacional que faturou 95 bilhões de reais de 2022.²⁷⁶

É o que se defende igualmente no caso do aprimoramento das formalizações dos ANPP's.

Verificam-se casos concretos com várias distorções, por vezes com arbitramento de valores insignificantes para a prestação pecuniária de crimes com grande repercussão patrimonial, e, em outras oportunidades, a descon sideração das condições do acusado, o que pode tornar o ANPP ineficiente para o cumprimento da função pedagógica da pena, ou por outro lado, inviável ante a incapacidade financeira do infrator.

Hoje, se vê grandes empresários arcando com prestações pecuniárias de um ou dois salários-mínimos, enquanto pessoas de baixa renda deixam de formalizar o ANPP por não possuírem condições de arcar com a proposta apresentada, entulhando o sistema judiciário de processos fadados a nenhum resultado satisfatório.

Necessário, portanto, para que se atinja a plenitude do potencial impulsionador de políticas públicas do ANPP, que sejam aprimorados alguns fatores em sua utilização prática, em especial, com a formulação de critérios objetivos e normatização específica para a fixação e destinação da prestação pecuniária.

No primeiro ponto, propõe-se que o ANPP seja aplicado indistintamente em todos os casos nos quais se verifiquem a presença de todos os requisitos legais. Com isso, eliminar-se-ia a hipótese de aplicação discricionária pelo Ministério Público, posto que os próprios critérios legais já eliminam as hipóteses em que o ANPP não se mostra recomendado, como, por exemplo, no caso de crimes cometidos com violência, ou naqueles casos, em que o réu já fez uso nos últimos cinco anos do próprio instituto ou de transação penal, demonstrando sua conduta reincidente.

É indubitável que a própria lei, ao estabelecer os critérios definidores das hipóteses de cabimento do ANPP, já delimitou o âmbito do juízo discricionário do órgão Ministerial, apontando requisitos objetivos para averiguação da adequação da proposta.

276 Disponível em: <https://valorinveste.globo.com/mercados/renda-variavel/empresas/noticia/2023/02/16/lucro-da-vale-vale3-cai-324percent-em-2022-para-us-1673-bilhoes.ghtml>. Acesso em: 15/10/2023.

Dessa forma, com certeza, aumentariam substancialmente os casos resolvidos de forma consensual, por meio do acordo de não persecução, desafogando, simultaneamente, Judiciário, Ministério Público e o sistema carcerário brasileiro.

Outro ponto que se sugere aprimoramento é a definição prévia, em âmbito nacional, de entidades e programas destinatários das prestações pecuniária fixadas nos ANPP's. Nesse sentido, poder-se-ia formar um grupo de estudo para identificação das entidades e programas que necessitam de maiores recursos para satisfazer as demandas de determinada região, bem como esse mesmo grupo promover um acompanhamento e fiscalização da boa utilização dos recursos aportados.

O fundamento desta proposta é direcionar mais recursos para o atendimento das maiores necessidades da comunidade, otimizando os resultados consoantes as peculiaridades de cada região.

Por fim, e não menos importante, propõe ainda que, antes do oferecimento do acordo de não persecução, seja feita uma investigação das condições socioeconômicas do acusado. Tal medida visa a garantir que a prestação pecuniária proposta atenderá a função pedagógica e utilitária, servindo para inibir a prática de futuros delitos, e, ao mesmo, angariar o máximo de recursos possíveis, dentro de um critério de razoabilidade frente ao crime cometido, a serem revertidos em bem-estar social.

Portanto, com pequenas adequações, o Acordo de Não Persecução Penal poderá assumir um papel de protagonismo, como uma poderosa ferramenta transformadora do direito penal e instrumento de fortalecimento de políticas públicas em âmbito nacional.

4 CONCLUSÃO

Entender o direito penal como *ultima ratio* é dos pilares de um estado democrático de direito, pois tal visão perpassa pela prevalência dos direitos e garantias fundamentais frente ao Poder Público.

Por outro lado, em um contexto de avanço da criminalidade, não se olvida a necessidade de adequação célere dos mecanismos disponíveis para o tratamento do crime de acordo com a sua gravidade e com seu potencial ofensivo, impondo uma sanção que cumpra principalmente a sua função preventiva e restaurativa.

Nesse contexto, o Acordo de Não Persecução Penal surgiu como uma importante ferramenta para aliviar o pressionado sistema judiciário brasileiro, em especial, permitindo e privilegiando a chamada justiça penal negociada e, em paralelo, viabilizando que as autoridades se dediquem com maior empenho na investigação e reprimenda dos crimes de maior potencial ofensivo,

bem como que o sistema carcerário seja também utilizado como um último grau de sanção.

A abordagem realizada no presente artigo demonstra que, além dos efeitos benéficos e vantajosos do ANPP no âmbito do processo penal, pode-se extrair do Acordo de Não Persecução importantes resultados para a sociedade, com a destinação de recursos para o fortalecimento de políticas públicas e atendimento de demandas sociais.

Demonstrou-se, ainda, a necessidade de algumas adequações para que o ANPP tenha uma aplicação cada vez mais ampla e eficaz, bem como que pequenos ajustes poderão contribuir para a otimização dos recursos derivados dos acordos celebrados no Judiciário, com destinação para o incremento de importantes políticas públicas.

Cada vez mais é preciso enxergar oportunidades nas dificuldades e encontrar soluções onde antes se viam apenas problemas. Repensar velhos paradigmas é um dever do operador do direito, em especial quando se tem a disposição mecanismos e ferramentas para a promoção do bem-estar social.

REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, volume 1. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral, volume I. 19. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.
- LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.
- MASSON, Cléber. **Direito Penal Esquematizado**. v.1. Parte Geral. 10. Ed. São Paulo: Método, 2016.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Pacote anticrime comentado**: Lei n. 13.964/2019. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- TEIXEIRA, E. C. O papel das políticas públicas no desenvolvimento local e na transformação da realidade. **Revista AATR**, Salvador, 2002. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/aatr2/a_pdf/03_aatr_pp_papel.pdf. Acesso em: 14/10/2023.
- VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

CONHEÇA OUTRA OBRA DA EDITORA MENTE ABERTA



Em cada capítulo deste livro, o leitor poderá adensar seus estudos acerca das perspectivas cível, penal, trabalhista, previdenciária e penal que se descortinam a partir das significativas modificações havidas na lei de regência da recuperação judicial, sob os auspícios de uma abordagem crítica que cuida igualmente de questionar a legitimação da nova ordem legal sob a abóbada dos preceitos convencionais e constitucionais que exigem a sintonia de qualquer inovação jurídica com os desígnios da sustentabilidade e do respeito aos direitos humanos e fundamentais.

Augusto César Leite de Carvalho
Ministro do Tribunal Superior do Trabalho

A reunião de autores, de trajetórias profissionais e acadêmicas de elevado destaque e de temas atuais e desafiadores, resultou na elaboração de um trabalho que dignifica a literatura jurídica especializada, ao tempo de propiciar aos seus leitores oportunidade de conhecimento e aprofundamento das questões abordadas com tamanha propriedade.

Moacyr Lobato de Campos Filho
Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Gostou deste livro?
Quer conhecer nosso trabalho?
Quer publicar conosco?

**Acesse nosso site e obtenha
mais informações:**

editoramenteaberta.com.br