

# REVISTA

# MPC • PR

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO PARANÁ

**CENTRO  
DE ESTUDOS**  
**MPC • PR**



**JULHO | DEZEMBRO 2023**

**NÚMERO 19 | VOLUME X**  
**ISSN 2359-0955**



REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

# MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

---

Revista do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná/ Ministério Público de Contas do Estado do Paraná. - n. 19 (2023) - \_ Curitiba: Ministério Público de Contas do Paraná, 2023.

Semestral

Resumo em português e inglês

Disponível em <http://www.mpc.pr.gov.br/index.php/revista-mpc-pr/>

1. Direito. 2. Direito Administrativo. 3. Direito Constitucional. I. Ministério Público de Contas do Estado do Paraná.

CDU 336.126.55(816.5) (05)

#### Cobertura temática (classificação do CNPq)

Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).

Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).

Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direitos Especiais (6.01.04.00-7)

#### Revista classificada no estrato B3 no Qualis da CAPES – Área de Direito na avaliação realizada em 2023.

##### Conselho Editorial

VALÉRIA BORBA	Presidente
FLÁVIO DE AZAMBUJA BERTI	Membro
MICHAEL RICHARD REINER	Membro
KÁTIA REGINA PUCHASKI	Membro
ANGELA CASSIA COSTALDELLO	Membro
ÉLIDA GRAZIAN PINTO	Membro
FABRÍCIO MACEDO MOTTA	Membro
HELENO TAVEIRA TORRES	Membro
INGO WOLFGANG SARLET	Membro
JUAREZ FREITAS	Membro
MARCO ANTONIO CARVALHO TEIXEIRA	Membro
MARCOS ANTÔNIO RIOS DA NÓBREGA	Membro
MARIA PAULA DALLARI BUCCI	Membro
RODRIGO LUÍS KANAYAMA	Membro
VANICE LIRIO DO VALLE	Membro

**Editor-Chefe:** SAULO LINDORFER PIVETTA

**Projeto gráfico:** NÚCLEO DE IMAGEM DO TCE/PR

**Diagramação:** NÚCLEO DE IMAGEM DO TCE/PR

**Capa:** NÚCLEO DE IMAGEM DO TCE/PR

**Ministério Público de Contas do Estado do Paraná – Secretaria do Conselho Editorial**

Praça Nossa Senhora da Salete, s/n – Centro Cívico – Curitiba – PR

Contato – <[revista@mpc.pr.gov.br](mailto:revista@mpc.pr.gov.br)> - Tel (41) 3350-1909



# sumário

**APRESENTAÇÃO.....10**

**ARTIGOSCIENTÍFICOS.....11**

**INTERESSE DE QUEM? MEDIDAS INCONSTITUCIONAIS COM FULCRO NA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO X INDIVIDUAL.....12**

Lucas Mateus Rodrigues de Freitas e Giovanni Amaral Cosenza

**AS LEIS ORÇAMENTÁRIAS NOS MUNICÍPIOS PARA A EFETIVA GARANTIA DOS DIREITOS SOCIAIS.....36**

Mario Galavoti

**O ART. 20 DA LINDB E O DIREITO AMBIENTAL: UM ESTUDO SOBRE O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL.....50**

Nelson Tonon Neto

**AGÊNCIAS REGULADORAS SEGUNDO A LEI 13.848: ANÁLISE DO IMPACTO REGULATÓRIO (AIR) NA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE .....68**

Luciano Nascimento Silva e Nycole Maia Pereira

**O BENEFÍCIO DA PRESTAÇÃO CONTINUADA E A INCLUSÃO SOCIAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: UMA ANÁLISE DOS REQUISITOS LEGAIS E DA ASSISTÊNCIA SOCIAL.....87**

Murilo Muniz Fuzetto e Giovana Vitória Fernandes Mármore

**CAPTURE DE IMAGENS DURANTE O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE POLICIAL: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL PENAL E A NECESSIDADE DA REGULAMENTAÇÃO DO USO DESSE DISPOSITIVO DURANTE AS OCORRÊNCIAS POLICIAIS.....103**

Bruno Roberto de Lima e Antônio Marloves Gomes Vieira Júnior

**SOLUÇÕES CONSENSUAIS NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO: SECEXCONSENSO E A INSTRUÇÃO NORMATIVA N. 91/2022.....119**

Taís Fernanda Kusma

**SUSTENTABILIDADE E GENOMA HUMANO: DEBATES ÉTICOS E JURÍDICOS SOBRE A TERAPIA GÊNICA GERMINATIVA .....136**

Beatriz Andrade Gontijo da Cunha, Cláudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva Loureiro e Isadora Machado Pereira

**REVISTA DO MPC/PR - ORIENTAÇÕES PARA O ENVIO DE ARTIGOS.....157**

*Observação: opiniões e conceitos emitidos nos artigos, bem como a exatidão, adequação e procedência das citações bibliográficas, são de exclusiva responsabilidade dos autores, não refletindo, necessariamente, o posicionamento do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná.*



# apresentação

A Revista do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná chega em sua 19ª edição com 8 artigos científicos elaborados por autores de diversos Estados do país. Todos os textos são inéditos e foram aprovados por ao menos dois pareceristas independentes, seguindo a sistemática do double-blind peer review. Os artigos ora publicados são os seguintes:

1) Interesse de quem? Medidas inconstitucionais com fulcro na supremacia do interesse público x individual, de Lucas Mateus Rodrigues de Freitas e Giovanni Amaral Cosenza;

2) As leis orçamentárias nos Municípios para a efetiva garantia dos direitos sociais, de Mario Galavoti;

3) O art. 20 da LINDB e o Direito Ambiental: um estudo sobre o princípio da proibição do retrocesso ambiental, de Nelson Tonon Neto;

4) Agências reguladoras segundo a Lei 13.848: análise do impacto regulatório (air) na judicialização da saúde, de Luciano Nascimento Silva e Nycole Maia Pereira;

5) O benefício da prestação continuada e a inclusão social da pessoa com deficiência: uma análise dos requisitos legais e da assistência social, de Murilo Muniz Fuzetto e Giovana Vitória Fernandes Mármora;

6) Captura de imagens durante o exercício da atividade policial: uma análise sob a perspectiva da instrução processual penal e a necessidade da regulamentação do uso desse dispositivo durante as ocorrências policiais, de Bruno Roberto de Lima e Antônio Marloves Gomes Vieira Júnior;

7) Soluções consensuais no âmbito do Tribunal de Contas da União: secexconsenso e a Instrução Normativa n. 91/2022, de Taís Fernanda Kusma;

8) Sustentabilidade e genoma humano: debates éticos e jurídicos sobre a terapia gênica germinativa, de Beatriz Andrade Gontijo da Cunha, Cláudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva Loureiro e Isadora Machado Pereira

Boa leitura!



Valéria Borba

Procuradora-Geral do MPC-PR

Saulo Lindorfer Pivetta

Editor-Chefe da Revista do MPC-PR

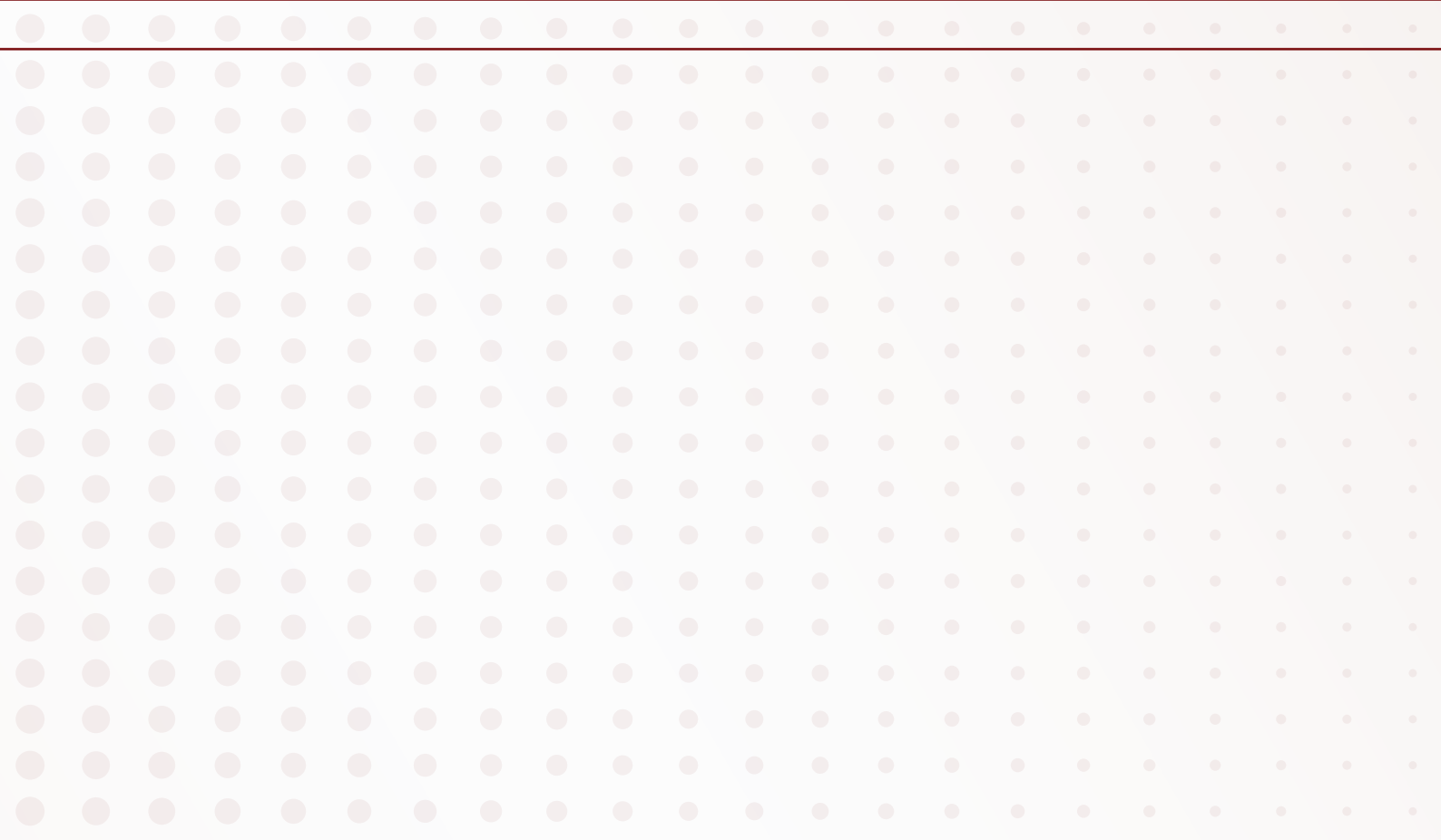






.....

# artigos científicos



# artigos científicos

INTERESSE DE QUEM? MEDIDAS INCONSTITUCIONAIS COM FULCRO NA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO X INDIVIDUAL

*WHOSE INTEREST? UNCONSTITUTIONAL MEASURES BASED ON THE SUPREMACY OF THE PUBLIC VS. INDIVIDUAL INTEREST*

Lucas Mateus Rodrigues de Freitas<sup>1</sup>

Giovanni Amaral Cosenza<sup>2</sup>

## <sup>2</sup>RESUMO

O presente trabalho possui como intuito principal abordar a supremacia do interesse público sobre o individual em um cenário de pandemia, analisando a Medida Provisória N° 936. O princípio da supremacia do ente público sobre os direitos individuais deve assegurar que o bem coletivo prevaleça sobre o interesse individual, sobretudo num momento de caos como o enfrentado por todo o mundo durante a Pandemia do SARS COV-2 (corona vírus). No decorrer do trabalho será sopesado a valoração do interesse público como justificativa de sobreposição dos interesses individuais, inclusive afrontando cláusulas pétreas, como é o caso da referida MP, qual trata da redução salarial com fim de garantir a preservação da economia durante o período da pandemia de 2020 no Brasil.

**Palavras-chave:** Supremacia do interesse público sobre o individual, MP 936, bem do coletivo, corona vírus.

## ABSTRACT

The main purpose of this work is to address the supremacy of the public interest over the individual in a pandemic scenario, analyzing Provisional Measure No. 936. The principle of supremacy of the public entity over individual rights must ensure that the collective good prevails over the individual interest, especially in a moment of chaos like the one faced by the whole world during the SARS COV-2 Pandemic (Corona virus). In the course of the work, the valuation of the public interest will be weighed

1 Graduação em Direito pela Universidade Positivo (UP), Graduando em Medicina pela Universidade Nove de Julho, Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Positivo e Especialista em Direito Médico pela UniFederal SP. <https://orcid.org/0009-0002-7119-5848>. [rodriguesdefreitaseassociados@gmail.com](mailto:rodriguesdefreitaseassociados@gmail.com)

2 Tecnólogo em Produção Cênica pela Universidade Federal do Paraná (UFPR) e Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), MBA em Dança pela Faculdade Inspirar, Especialista em Gestão Cultural pela Universidade Estadual do Paraná (UNESPAR). Mestrando em Direito Socioambiental pela PUCPR. <https://orcid.org/0009-0006-0950-2447>. [giovannicosenza1996@gmail.com](mailto:giovannicosenza1996@gmail.com)

as a justification for the overlap of individual interests, including facing stony clauses, as is the case of the aforementioned MP, which deals with wage reduction in order to guarantee the preservation of the economy during the pandemic period 2020 in Brazil.

**Keywords:** Public interest supremacy over the individual, MP 936, collective good, corona virus.

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 CONTEXTO HISTÓRICO DO COVID-19. 2.1 Principais pandemias da história. 2.2 Covid-19. 3 SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O INDIVIDUAL. 3.1 Definição de supremacia do interesse público sobre o individual. 3.2 Agir administrativo legal, impessoal, imparcial, eficiente e moral. 3.3 Crítica ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. 4. MEDIDAS ADOTADAS NA PANDEMIA. 5. MEDIDA PROVISÓRIA Nº936/Lei nº 14.020, de 6 de julho de 2020. 5.1 Possível inconstitucionalidade na Medida Provisória Nº 936. 5.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade 6363. 6 A FLEXIBILIZAÇÃO DO MANDAMENTO CONSTITUCIONAL COM ARGUMENTO DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O INDIVIDUAL NO QUE TANGE A MP 936. 7 POSSÍVEIS DANOS À CONSTITUIÇÃO FEDERAL NO CASO DA APLICAÇÃO INDISCRIMINADA DE NORMAS DE RESTRIÇÃO DE DIREITOS. 8 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS. LEVANTAMENTO BIBLIOGRÁFICO.

## 1. INTRODUÇÃO

Em 01/12/2019 foi descoberto o novo agente do corona vírus (CID10), após casos registrados na China do SARS COV-2 (COVID-19), o qual é de uma família de vírus que causam infecções respiratórias. Os primeiros casos de corona vírus em humanos foram isolados pela primeira vez em 1937. No entanto, foi em 1965 que o vírus foi descrito como corona vírus, em decorrência do perfil na microscopia, parecendo uma coroa. O novo agente do corona vírus gerou tamanho alarde devido suas características particulares. O mesmo pode ficar incubado de dois (2) a quatorze (14) dias, ainda este pode ser assintomático para algumas pessoas, o que provoca o aumento da sua disseminação. Desde o primeiro caso do vírus em humanos em Wuhan, Hubei, China em dezembro de 2019 até o dia 10 de maio de 2020 foram 4.088.393 (quatro milhões oitenta e oito mil e trezentos e noventa e três) casos confirmados e 281.893 (duzentas e oitenta e um mil oitocentas e noventa e três) de mortes. Nos seis meses seguintes o número de mortes no mundo aumentou em mais de 1 milhão. Com isso surgiu a necessidade de atuação estatal na contenção da pandemia e na proteção da sociedade, que gerou opiniões diversas. Quais os limites de atuação estatal frente aos direitos individuais? O bem do coletivo “da sociedade”, sobressai ao individual? Seria juridicamente legal isolar pessoas infectadas sem seu consentimento para prevenir um número maior de mortes? Juridicamente é possível o fechamento de estabelecimentos para contenção da propagação de um vírus?

A pandemia trouxe mudanças drásticas na vida e rotina das pessoas impondo ao Poder Público atuação intensa e cogente, diante da grave ameaça a toda a população, impondo restrições a direitos individuais, como medidas restritivas de liberdade (isolamento social, quarentena, fechamento de fronteiras), mediadas econômicas (reduzibilidade salarial, auxílio emergencial) e outras.

Nosso ordenamento trata a saúde pública como um bem jurídico tutelado qual deve ser protegido, sendo que o descumprimento das regras e medidas que tutelam a saúde pública impõe consequências em diversos âmbitos do Direito, como exemplo, o Código Penal Brasileiro que define em seu artigo 267 como crime causar epidemia, mediante a propagação de germes patogênicos. Em seu artigo subsequente, o Código Penal apenas aquele que infringir as determinações do Poder Público, introduzindo ou propagando doença contagiosa.

Inobstante o momento novo e inédito para a maioria da população, com medidas de isolamento social, de incertezas e medos, o ordenamento jurídico vigente já reconhece a problemática tratando-a e definindo como crime a inobservância das regras de proteção à saúde pública. Entretanto, a utilização do Direito Penal como ferramenta única de controle social enfrenta diversos problemas, como bem salientado por Gisele Leite:

“Positivamente tanto no Brasil como na Itália existem problemas de legitimação de utilização do direito penal como mecanismo eficaz de controle social em tempos de pandemia, por várias razões, dentre as quais elencamos as principais, a saber:

- i) a dificuldade de cognição ao conteúdo incriminador da norma penal em branco face ao uso das técnicas de reenvio à farta normativa administrativa diuturnamente alterada;
- ii) os tipos penais relacionados configuram-se, na sua maioria, como de perigo abstrato, em presunção *juris et de jure*, elemento constitutivo maior da sociedade de risco e do chamado Direito Penal de Perigo (ou de Risco), como forma de antecipação da tutela, antes exceção, agora se torna regra de aplicação;
- iii) os delitos são dolosos e há as dificuldades de delimitação do nexo de causalidade em razão da alta propagação da doença na sociedade, razão pela qual a configuração da tipicidade objetiva e subjetiva se demonstra de difícil configuração até mesmo nos delitos mais graves (v.g. lesão corporal);
- iv) as penas criminais têm alto déficit de execução, isto porque dificilmente serão aplicadas em razão do baixo potencial ofensivo dos delitos correlacionados e muitos processos vão ser arquivados ainda na fase de investigação;
- v) a cifra oculta dos delitos é altíssima em razão do nível de contaminação e da ausência de fiscalização administrativa capaz de reportar todos os descumprimentos diários ao distanciamento social; e
- (vi) a determinação de quarentena e de isolamento dos afetados à Covid-

19 é totalmente contraditória à exigência de que os autuados pelos delitos compareçam presencialmente às autoridades policiais e judiciais, o que torna totalmente contraproducente o sancionamento penal em razão da geração de mais riscos pela punição pelo incremento de contaminação pela doença (fim colimado pela norma penal) etc.<sup>3</sup>

Nesse cenário, surgiram diversas normas de proteção à saúde e sociedade, visando combater a propagação do vírus e manter a economia estável, valorando o interesse coletivo sobre o individual. Durante as normas editadas temos a Medida Provisória 936, qual sofreu ação de inconstitucionalidade, por ir contra o princípio da irredutibilidade salarial.

A pandemia do SARS COV-2 é recente e ainda está tendo seus desdobramentos, todavia esta não fora a primeira, como a Peste Bubônica em que os países afetados tiveram de tomar medidas muitas vezes vistas como drásticas, mas que, à época, julgaram necessárias para a contenção da doença.

O presente trabalho se enseja sob o prisma da supremacia do interesse público sobre o individual, no que tange a validade e efetividade da Medida Provisória 936.

## 2. CONTEXTO HISTÓRICO DO COVID-19

### 2.1. PRINCIPAIS PANDEMIAS DA HISTÓRIA

Ao analisar a história da humanidade percebe-se que a Sars-CoV-2 não é a primeira pandemia que assola a humanidade, também não é a mais cruel entre todas. Todavia realmente fez as pessoas pararem, ou pelo menos desacelerar suas vidas, uma vez que o atual momento da história é o mais desenvolvido em questões de comunicação, e pesquisas científicas, o que favoreceu para frear a propagação do vírus, em que através da mídia e meios eletrônicos as organizações de saúde conseguem alertar a toda a população de seu risco. No entanto em outros momentos o avanço tecnológico não era como o atual e tivemos casos de pandemias que foram enfrentadas, porém muitas vezes com certa dificuldade, como é o caso da Peste Bubônica.

A Peste Bubônica também conhecida como peste negra (*Yersinia pesti*) transmitida por pulgas ou roedores contaminados assolou a Europa no século 14, foi responsável pela morte de 75 a 200 milhões de pessoas na antiga Eurásia<sup>4</sup>, isso é o que os dados e as pesquisas podem comprovar, todavia vale ressaltar que o sistema da época não era tão preciso quanto o atual, então provavelmente o número de mortes pode ter sido maior. As medidas adotadas pelas autoridades da época em cada país foram diversas e muitas vezes errôneas e precipitadas, porém toda medida

3 LEITE, Gisele. Texto para LEXMAGISTER, disponível em: [http://www.lex.com.br/doutrina\\_28018890\\_DIREITO\\_PENAL\\_E\\_O\\_COMBATE\\_AO\\_COVID\\_19.aspx](http://www.lex.com.br/doutrina_28018890_DIREITO_PENAL_E_O_COMBATE_AO_COVID_19.aspx), acesso realizado no dia: 07/05/2020.

4 Luiza Monteiro para a revista galileu, disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/Ciencia/Saude/noticia/2020/03/conheca-5-maiores-pandemias-da-historia.html>, acesso realizado no dia: 07/05/2020.

tomada era com o intuito de conter a peste. Por mais que não fosse tratado com a nomenclatura que temos hoje, percebe-se facilmente o uso do princípio do bem coletivo sobre o individual, como por exemplo no isolamento dos contaminados, ou no funeral em que os mortos pela doença eram enterrados em covas coletivas para não se ter contato e se quer possuíam identificação, sendo assim vários direitos eram negados aos portadores da peste, porém era a forma encontrada pelas autoridades para tentar contê-la.

A varíola um vírus mortal, qual além de possuir sintomas parecidos com o da gripe apresenta irritação na pele, este perigoso vírus não possui tratamento ou cura, somente vacina com alto risco de efeito colateral. Tivemos nomes como Luís XV da França, Maria II da Inglaterra e Ramsés II que sofreram com a temida “bexiga” como era chamada, não obstante o vírus Orthopoxvírus variolae segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS) matou somente no século XX, mais de 300 milhões de pessoas<sup>5</sup>. Graças a grande campanha de vacinação em massa e a união de nações contra este vírus ele foi erradicado em 1980. No Brasil a vacinação contra a varíola fora obrigatória, o que somente a posteriori fora permitida a escolha, no entanto quem não fosse vacinado possuía alguns direitos restritos, tais como matrícula em escola, contrato de trabalho, certidão de casamento e outros, neste sentido encontramos a supremacia do ente coletivo sob o individual, uma vez que a opção de escolha não era uma possibilidade, sendo assim um direito negado ao cidadão, porém uma ação necessária para toda a sociedade.

“No Brasil, o uso de vacina contra a varíola foi declarado obrigatório para crianças em 1837 e para adultos em 1846. Mas essa resolução não era cumprida, até porque a produção da vacina em escala industrial no Rio só começou em 1884. Então, em junho de 1904, Oswaldo Cruz motivou o governo a enviar ao Congresso um projeto para reinstaurar a obrigatoriedade da vacinação em todo o território nacional. Apenas os indivíduos que comprovassem ser vacinados conseguiriam contratos de trabalho, matrículas em escolas, certidões de casamento, autorização para viagens etc.”<sup>6</sup>

Quando se trata de atualidade temos que falar sobre a cólera, sua primeira epidemia mundial ceifou a vida de centenas de milhares de pessoas no ano de 1817, todavia como dito esta bactéria é atual, uma vez que desde sua primeira epidemia a bactéria *Vibrio cholerae* já sofreu várias mutações e gerou diversos ciclos epidêmicos, sendo assim ainda é considerada uma pandemia. A cólera possui vacina, todavia não é de total eficácia, também possui tratamento à base de antibióticos. O que não a deixa tão “famosa” quanto o corona vírus é que a última afeta a todos, sem distinções, já a cólera afeta pessoas de baixo IDH, uma vez que sua transmissão se dá por água contaminada.

Em 1919 faleceu possivelmente do vírus influenza mortal o presidente do Brasil Rodrigues Alves. Estimasse que mais de um quarto da população mundial da

5 Organização Mundial da Saúde (OMS) celebra 40 anos da erradicação da varíola, disponível em: <https://sbim.org.br/noticias/1200-organizacao-mundial-da-saude-oms-celebra-40-anos-da-erradicacao-da-variola>, acesso realizado no dia: 09/05/2020.

6 FIOCRUZ. A revolta da vacina. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/revolta-da-vacina-2>, acesso realizado no dia 16/11/20



época fora infectada pelo vírus causador da “Gripe Espanhola”. Hoje erradicada a gripe espanhola só teve sua primeira vacina fabricada em 1944.

Não obstante a gripe suína do mesmo subtipo de vírus H1N1 da gripe espanhola matou cerca de 17 mil pessoas<sup>7</sup>, seu surto foi entre 2009 e 2010. O vírus qual antes era restrito aos suínos (origem da nomenclatura popular), após sofrer mutação passou a infectar humanos no México, e rapidamente se propagou pelo mundo.

Deste modo percebe-se que a covid-19 não fora a primeira pandemia da história e provavelmente não será a última, porém em todas elas há o que se falar em supremacia do interesse público sobre o individual, uma vez que em alguns extremos deve ser feita uma valoração de direitos quando envolve o bem de toda sociedade. O órgão competente de cada país deve tomar medidas para tentar conter os danos causados em sua população, como nos casos citados em que as pandemias foram erradicadas. Todavia se o Poder Público não tomar suas devidas providências ocorre como no caso da Cólera em alguns países em que essa doença os arroteia por anos e não fora erradicada, provocando mortes em massa.

A atuação firme e ríspida do Poder Público sempre se mostrou necessária para controlar a propagação das doenças que assolaram a humanidade e para preservar a economia e a sociedade em um conjunto. Inobstante o mesmo fora feito na pandemia de 2020.

## 2.2. COVID-19

Em primeiro de dezembro de 2019 em Wuhan na província Hubei, República popular da China, foi identificada a doença COVID-19, causada pelo vírus SARS-CoV-2, todavia o primeiro caso fora reportado apenas em 31 de dezembro do mesmo ano, desde então não demorou muito para que se tornasse uma pandemia, em onze de março de 2020 a OMS declarou a COVID-19 uma pandemia.

Em quase um ano já foram mais de 55.600.000 (cinquenta e cinco milhões e seiscentos mil) casos confirmados, sendo mais de 1.300.000 (um milhão e trezentas) mortes. Leia-se a pandemia do corona vírus ceifou vidas assustadoramente rápido, chamando a atenção dos governantes e os incentivando a tomar medidas de contenção.

O COVID-19 possui alto índice de contaminação e propagação assustadoramente rápida desde que fora descoberto. Segundo World Health Organization:

“O vírus que causa a COVID-19 é transmitido principalmente por meio de gotículas geradas quando uma pessoa infectada tosse, espirra ou exala. Essas gotículas são muito pesadas para permanecerem no ar e são

<sup>7</sup> Celso Granato, infectologista do Fleury Medicina e Saúde, para a Revista VEJA, disponível em: <https://saude.abril.com.br/medicina/gripe-quais-foram-as-maiores-epidemias-da-historia/>, acesso realizado no dia: 09/05/2020.

rapidamente depositadas em pisos ou superfícies.

Você pode ser infectado ao inalar o vírus se estiver próximo de alguém que tenha COVID-19 ou ao tocar em uma superfície contaminada e, em seguida, passar as mãos nos olhos, no nariz ou na boca”.<sup>8</sup>

Devido ao alto índice de contaminação da covid-19 as medidas a serem adotadas tiveram de ser feitas de forma rápida, haja visto a dimensão da expansão da pandemia, com isso se teve a criação de Medidas Provisórias e outras formas para tentar a atenuar os danos causados pela pandemia.

A MP 936 teve tamanha importância e fora alvo de críticas e elogios. Não obstante sofreu uma ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade). Ajuizada pelo partido Rede Sustentabilidade, todavia a MP manteve-se eficaz e tornou-se Lei.

### 3. SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O INDIVIDUAL

#### 3.1. DEFINIÇÃO DE SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O INDIVIDUAL

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é a norma basilar que leva o Poder Público a adotar medidas impositivas de sujeitos aos particulares em favor de toda a coletividade, como elenca Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último.”<sup>9</sup>

Não obstante, há o que se falar em interesses primário e secundário, assim como elencados pelo doutrinador italiano Renato Alessi os interesses coletivos são denominados primários, já o interesse pertinente ao sujeito individual é descrito como secundário:

*“L’organizzazione giuridica della collettività rappresenta il prevalere di una determinata serie di interessi collettivi su ogni altro interesse, individuale o collettivo, esistente nel seno della collettività stessa, che sia in contrasto con quello: il complesso degli interessi collettivi prevalenti si è chiamato, com una formula sintetica, interesse collettivo primario. Questo interesse collettivo primario, pur essendo l’espressione unitaria di molteplici interessi individuali coincidenti proprio ad ogni singolo soggetto giuridico (individuo od ente giuridico) membro della collettività, si distingue idealmente i individuale di ogni singolo soggetto, che può con esso coincidere ovvero*

8 BRASIL. World Health Organization. Traduzido por SDL Inc. disponível em: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>, acesso realizado no dia 15/05/20.

9 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Elementos de direito administrativo. 1 ed. 6 tir. São Paulo: RT, 1987, p. 08.

*con esso essere in conflitto: questi interessi individuali propri di ogni singolo soggetto membro della collettività si son denominati ineressi secondari: interessi, pertanto, soggettivi, in quanto propri del singolo soggetto, od anche in senso assai lato, patrimoniali, in quanto integranti quello che, in senso assai lato è il patrimonio del soggetto: complesso di rapporti ad esso mettenti capo. La soddisfazione dell'interesse coletivo primario si ottiene o con una tutela diretta, indipendentemente da interessi secondari con esso eventualmente coincidenti, ovvero indirettamente, vale dire mediante il soddisfacimento appunto degli interessi secondari coincidenti com l'interesse coletivo primario. L'interesse c. d. pubblico non è nient'altro che lo interesse coletivo primario, considerato come oggetto di diretta tutela dell'azione amministrativa, mentre lo interesse dell'amministrazione in quanto soggetto giuridico a sè stante, non rappresenta se non uno degli interessi esistenti nel gruppo sociale"<sup>10</sup>*

O direito do indivíduo privado é sim importante e deve ser levado em consideração, todavia este só deverá ser considerado se não estiver em confronto com o interesse primário que seria o do bem coletivo. Neste sentido defendendo a supremacia do interesse público BANDEIRA DE MELLO ressalta o seguinte:

*“O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludam ou impliquem manifestações concretas dele.”<sup>11</sup>*

Di Pietro entende que este princípio da supremacia do interesse público sobre o individual não é específico do direito administrativo, e ainda é essencial.

*“Os dois princípios fundamentais, e que decorrem da assinalada bipolaridade do Direito Administrativo – liberdade do indivíduo e autoridade da Administração – são os princípios da legalidade e da supremacia do interesse público sobre o particular, que não são específicos do Direito Administrativo porque informam todos os ramos do Direito Público; no entanto, são essenciais, porque, a partir deles, constroem-se todos os demais”.<sup>12</sup>*

Leia-se, o que ocorreu na MP 936 foi uma Flexibilização do Mandamento Constitucional, qual ocorre quando em situação ou fato sui generis, a norma ganha um entendimento com o intuito de abarcar o fato, mesmo sendo contra o entendimento pretérito. E no caso em tela ouve essa flexibilização com o intuito de garantir o emprego.

### 3.2. **AGIR ADMINISTRATIVO LEGAL, IMPESSOAL, IMPARCIAL, EFICIENTE E MORAL**

A administração pública deve cumprir algumas finalidades estabelecidas por

10 ALESSI, Renato. Diritto amministrativo. Milano: Giuffrè, 1949, p.125.

11 BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio. CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO. Malheiros. São Paulo 2010, p. 96.

12 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 28. ed. São Paulo, Atlas, 2015, p. 97.

lei, e ainda assegurar o interesse da coletividade, sempre agindo de acordo com a *intentio legis*, ou seja, em finalidade da lei.

“A Administração Pública está, por lei, adstrita ao cumprimento de certas finalidades, sendo-lhe obrigatório objetiva-las para colimar o interesse de outrem: o da coletividade. É em nome do interesse público – o do corpo social – que tem de agir, fazendo-o na conformidade da *intentio legis*”.<sup>13</sup>

O agir administrativo não pode ser baseado no interesse do governante ou de uma ou outra determinada pessoa, haja que este deve sempre ser impessoal, sob pena de lesão flagrante à supremacia do interesse público. Se baseado no princípio da isonomia a impessoalidade do agir administrativo é fundamental, outrora o art.5º da CF assegura a igualdade e não distinção de sua população. Sendo assim o Estado-Administração deve buscar pela impessoalidade.

“A impessoalidade no trato da coisa pública garante exatamente esta qualidade da res gerida pelo Estado: a sua condição de ser pública, de todos, patrimônio de todos voltado à concretização do bem de todos e não de grupos ou de algumas pessoas.”<sup>14</sup>

Ademais, é de suma importância a neutralidade do agir administrativo, tendo em vista que deve ser dissociado os interesses, sempre garantindo a imparcialidade, e como objetivo essencial resguardar a concórdia da atuação administrativa com o sistema normativo, em consoante com a ideia de justiça. Nos ensinamentos de Maria Teresa de Melo Ribeiro o princípio da imparcialidade administrativa é: “uma conduta objetiva, desinteressada, isenta, neutra e independente que tem por base critérios lógico-rationais”.<sup>15</sup>

A Administração Pública, ao cumprir com sua finalidade deve agir de modo probo e urbano com os cidadãos, sempre agindo de forma clara e expondo suas ações antes de serem feitas, não podendo agir de surpresa ou de má fé. Sendo assim o Estado-Administração deverá resguardar condutas como boa-fé e lealdade para com sua população. Como assevera a ministra do STF Cármen Lúcia:

“A questão moral, aliás, em qualquer campo no qual ela seja cuidada, pertine, como antes anotado, à finalidade da atuação e, para o seu atingimento, à qualidade dos meios utilizados. A moralidade não é mais que o conjunto de normas orientadoras do homem na realização de seu fim. Ora, se o fim normativamente definido não foi buscado, se dele se desviou, a conduta é considerada moralmente questionável.”<sup>16</sup>

No que se refere ao agir de surpresa, a CF traz em seu artigo 37 os princípios que a administração pública deverá obedecer:

“Art. 37. 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,

13 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 98.

14 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Op. cit., p. 147

15 RIBEIRO, Maria Teresa de Melo. O princípio da imparcialidade da Administração Pública. Lisboa: Almedina, 1996.

16 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Op. cit., p. 212.

publicidade e eficiência.<sup>17</sup>

Em consoante com este o Estado-Administração deverá seguir o princípio da publicidade, qual veta o “agir de surpresa”, deste modo todas suas ações que foram e serão tomadas devem ser expostas de forma clara para a população. Inobstante o exercício ético do Estado necessita da disponibilidade das informações.

“Para alcançar o interesse público, a gestão administrativa deve ser transparente, garantindo a todos o controle de sua validade e eficácia, porque a coisa administrada é pública. O fundamento do princípio da publicidade, expresso no caput do art. 37 da Constituição de 1988, reside na necessária correspondência entre publicidade da titularidade do bem e publicidade na sua gestão.”<sup>18</sup>

Referente ao princípio da eficiência percebe-se que este dispõe sobre realizar suas atribuições com excelência, assim como acentua Bandeira de Mello “a norma só aceita a solução excelente”<sup>19</sup>. Meirelles define o princípio da eficiência como:

“O que se impõe a todo o agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento profissional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros”.<sup>20</sup>

O princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o privado é de fato importante para o Direito, todavia para que este não seja corrompido ou mal interpretado há princípios que o resguarda, assegurando que o interesse público não seja confundido com o interesse do governante ou de um particular e ainda que o agir do Estado-Administração seja sempre LEGAL, IMPESSOAL, IMPARCIAL, EFICIENTE E MORAL.

### 3.3. CRÍTICA AO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO

Há um debate entre doutrinadores referente ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, com isso questões são levantadas, tais como se o princípio da indisponibilidade do interesse público e o princípio da finalidade realmente derivam do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. E ainda que o princípio seria de criação doutrinária e jurisprudencial, já que este não possui previsão legal.

Binenbojm entende que até a nomenclatura do princípio é exacerbada, uma vez que

17 BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm), acesso realizado no dia 28/11/20.

18 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no direito administrativo brasileiro. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (coords.). Direito Administrativo e interesse público – estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 89-116, p. 109.

19 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 123.

20 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2002.

afirma a supremacia do interesse público em todos os casos, e para este deve ser ponderada caso a caso, ainda só deverá optar pela solução legalmente autorizada.

“Só se coloca quando a Administração Pública se vê diante de interesses legítimos de parte a parte, quando então deverá socorrer-se de algum parâmetro normativo para balancear os interesses em jogo na busca da solução constitucional e legalmente autorizada.”<sup>21</sup>

Alguns doutrinadores contemporâneos afirmam que o direito administrativo contemporâneo tende ao abandono da vertente autoritária, assim como Tácito:

“O direito administrativo contemporâneo tende ao abandono da vertente autoritária para valorizar a participação de seus destinatários finais quanto à formação da conduta administrativa. O direito administrativo de mão única caminha para modelos de colaboração acolhidos em modernos textos constitucionais e legais, mediante a perspectiva de iniciativa popular ou de cooperação privada no desempenho das prestações administrativas.”<sup>22</sup>

Neste sentido não se nega que exista o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, todavia o debate é acerca da sua origem doutrinária e jurisprudencial, uma vez que tal princípio não possui previsão legal, apenas doutrinária e jurisprudencial, e ainda sobre a “supremacia”, em que em um estado de igualdade de direitos é mal vista, pois entende-se que todos são iguais e não que um é soberano ao outro. Desta forma para que a supremacia do interesse público sobre o privado prevaleça, deve-se averiguar caso a caso em suas circunstâncias fáticas e legais.

#### 4. MEDIDAS ADOTADAS NA PANDEMIA

Os governos de cada país foram incumbidos de procurar soluções para amenizar os impactos da pandemia, tendo em vista que esta afetou não somente a saúde da população, mas sim todo o contexto social, como a economia, e a forma de vida. Francine Picard Mukazi publicou em 17 de junho de 2020 no International Institute for Sustainable Development uma matéria sobre os impactos da COVID-19 e a busca por um equilíbrio neste momento de pandemia com título “*Ensuring a Balance of Power in the Face of COVID-19*”:

*“Crises are paradoxical times in the world of politics; they heighten the demands for effectiveness that are placed on those in power while simultaneously testing the strength of institutions.”*<sup>23</sup>

Basicamente sua tradução seria que as crises são tempos paradoxais no mundo da política, e que elas aumentam as demandas por eficácia que são feitas

21 BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 90

22 TÁCITO, Caio. Direito administrativo participativo. Revista de direito administrativo. Rio de Janeiro, n. 242, out-dez, p. 133-138, 2005, p. 134.

23 MUKAZI, Francine Picard. IISD. International Institute for Sustainable Development, disponível em: <https://www.iisd.org/articles/ensuring-balance-power-face-covid-19>, acesso realizado no dia 18/05/2020.

àqueles que estão no poder, ao mesmo tempo que testam a força das instituições.

De fato, esta crise mundial que a Covid-19 trouxe realmente testou os países e as pessoas, no Brasil por exemplo aumentou significativamente o uso de aplicativos de entrega, não obstante inovações em vários setores para que o SARS COV-2 não agredisse tanto seus negócios, por outro lado o governo adotou medidas como o auxílio emergencial para fornecer ajuda a população que teve sua renda afetada pela pandemia.

Ainda se tratando de medidas adotadas pelos governos, segundo o International Institute for Sustainable Development no Malawi, o Supremo Tribunal bloqueou a implementação de medidas de bloqueio público com base no fato de o governo não ter mostrado como os cidadãos mais pobres do país seriam protegidos nas consequências. Essa decisão sem precedentes contrasta com muitos lugares do mundo onde os parlamentos cederam diante da ação governamental.

*“In Malawi, the High Court blocked the implementation of public lockdown measures on the grounds that the government had failed to show how the country’s poorest citizens would be protected in the fallout. This unprecedented decision contrasts with many places in the world where parliaments have yielded in the face of government action”.*<sup>24</sup>

O COVID-19 levantou desafios únicos para a capacidade dos parlamentos de continuar o seu trabalho. Devido às medidas de distanciamento e contenção social, quase 20% dos parlamentos, incluindo os do Reino Unido, Mianmar e China, atualmente não estão reunidos, de acordo com a União Interparlamentar (UIP). Outros adotaram soluções tecnológicas para permitir que os parlamentos se reúnam virtualmente. Pouco mais de 30% das assembleias legislativas conseguiram manter a presença física, mas com restrições como a limitação do número de parlamentares autorizados a assistir às sessões plenárias e às comissões. No Senegal, 33 parlamentares de 165 votaram a favor de um projeto de lei que autoriza o Presidente da República a governar por decreto executivo sobre questões normalmente situadas no domínio jurídico, a fim de responder à pandemia. Por um período de três meses, o Presidente não é obrigado a passar pela Assembleia Nacional para aprovar legislação sobre questões económicas, orçamentais, financeiras, jurídicas, de saúde e de segurança.

*“COVID-19 has raised unique challenges for parliaments’ capacity to continue their work. Due to social distancing and containment measures, nearly 20% of parliaments, including those of the United Kingdom, Myanmar, and China are currently not sitting, according to the Inter-Parliamentary Union (IPU). Others have adopted technological solutions to allow parliaments to meet virtually. Just over 30% of legislative assemblies have been able to maintain physical attendance, but with restrictions such as limitations on the number of parliamentarians allowed to attend plenary sessions and committees. In Senegal, 33 parliamentarians out of 165 voted for a bill empowering the President of the Republic to rule by executive decree on issues normally*

24 MUKAZI. Francine Picard. IISD. International Institute for Sustainable Development, disponível em: <https://www.iisd.org/articles/ensuring-balance-power-face-covid-19>, acesso realizado no dia 18/05/2020



*situated in the legal domain in order to respond to the pandemic. For a period of three months, the President is not required to go through the National Assembly to pass legislation on economic, budgetary, financial, legal, health, and security issues.*<sup>25</sup>

Diante o exposto percebe-se que os países tiveram de se adequar ao novo cenário, utilizando os meios eletrônicos e remotos para não parar com seus funcionamentos, não obstante no que diz respeito ao judiciário obtivemos audiências por videoconferência, o que é um avanço no que diz respeito a tecnologia e agilidade processual, antes da pandemia já podíamos notar o desenvolvimento tecnológico aumentando, como por exemplo no Paraná estado que possui todos os processos de forma eletrônica com o sistema do Projudi e Eproc.

É notório que todos os países tiveram que tomar algumas providências para que fossem amenizados os efeitos desta pandemia, a China onde tudo se início decretou quarentena logo no início na cidade de Wuhan já no dia 23 de janeiro, logo depois a quarentena passou a valer para toda a província de Hubei, no que diz respeito a Coreia do Sul estabeleceram logo no início também a partir do dia de janeiro<sup>26</sup>, qual foi o dia em que fora relatado o primeiro caso uma extensa rede de diagnósticos, com o intuito de já identificar os casos que estavam no início. A Itália país que foi fortemente afetado pela Pandemia no dia 23 de março todas as atividades produtivas não essenciais no país foram suspensas<sup>27</sup>, não obstante as viagens para outros municípios também foram proibidas. A Espanha realizou a proibição imediata qual em 14 de março restringiu a circulação de pessoas. Nos Estados Unidos alguns estados como a Califórnia e Nova York decretaram o confinamento obrigatório dos cidadãos até que os aumentos de casos diminuíssem.

A pandemia do SARS COV-2 afetou diretamente a economia mundial, uma vez que esta obrigou um afastamento social, sendo assim com a quarentena é notório que alguns ramos do comércio sofreriam um forte impacto, tais como os comércios que possuíam mais contato físico, como por exemplo bares, baladas, lojas, shoppings, etc.

## 5. **MEDIDA PROVISÓRIA Nº936/LEI Nº 14.020, DE 6 DE JULHO DE 2020**

### **Do que trata a MP 936**

Diante este cenário de crise, várias medidas foram necessárias para tentar obter a contenção ou redução dos danos sofridos, tais como Medidas Provisórias, decretos, etc. Seria uma falácia dizer que há a possibilidade de mencionar cada Medida Provisória editada no ano de 2020 devido à

25 MUKAZI. Francine Picard. IISD. International Institute for Sustainable Development, disponível em: <https://www.iisd.org/articles/ensuring-balance-power-face-covid-19>, acesso realizado no dia 18/05/2020.

26 BRASIL. Notícias UOL. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/efe/2020/03/25/medidas-adotadas-por-paises-contra-a-covid-19.htm>, acesso realizado no dia 19/05/2020.

27 BRASIL. Notícias UOL. <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/efe/2020/03/25/medidas-adotadas-por-paises-contra-a-covid-19.htm>, acesso realizado no dia 19/05/2020.



pandemia, haja visto que somente até 3 de junho foram 58 medidas editadas<sup>28</sup>, e segundo a câmara dos deputados até novembro já foram mais de 90. Todavia percebe-se a supremacia do bem coletivo sob o individual na maioria dessas MPs.

No dia 1º de abril de 2020 foi aprovada a medida provisória N°936, qual trata de algumas medidas que poderiam ser adotadas pelas empresas, segundo esta com o intuito de manter a economia do país aquecida nesta época de pandemia, e ainda assegurar o emprego, para que não ocorra uma demissão em massa causada pela crise econômica do covid19.

A referida MP traz a possibilidade de reduzir o salário de acordo com a redução da carga horária, permitindo que esta seja feita em acordo entre empresa e funcionário, sem a necessidade do sindicato.

Ainda introduz a possibilidade de suspensão do contrato de trabalho por 90 dias, entretanto se isso ocorrer o funcionário possuirá estabilidade no emprego por mais 180 dias após seu retorno.

Com o fechamento dos comércios em decorrência da propagação do vírus, manter os contratos de trabalhos se tornou excessivamente oneroso para algumas empresas, haja que alguns ramos não possuem a possibilidade de trabalho remoto, como é o caso de clínicas de estéticas, salões, casas noturnas, fábricas e outros. Deste modo a saída encontrada fora a MP 936, tendo em vista que com a redução da demanda não seria interessante para a empresa manter um funcionário com o mesmo custo, sendo que este teria o trabalho reduzido, ou até mesmo ficaria em casa, desta forma a MP em questão assegura a proteção ao emprego no passo que admite a possibilidade de reduzir a carga horária do funcionário e ainda o salário de forma proporcional, desta forma seria mais “viável” ao empregador reduzir o salário do que realizar a demissão, já que a última possui muitos custos para a empresa.

Ainda traz a alternativa de suspender o contrato de trabalho por tempo determinado de até 90 (noventa) dias, levando em consideração que este período de 3 (três) meses seria o suficiente para a empresa se adequar ao mercado no momento de pandemia, isso em relação as medidas de segurança interna, e a administração. Vale ressaltar que o funcionário é amparado pela MP, no sentido de proteção de seu emprego, levando em consideração que este possuirá estabilidade.

Deste modo a Medida Provisória foi criada com o intuito de assegurar os contratos de trabalho no período de pandemia, reduzir as demissões em massa e ainda diminuir a possibilidade de falência das empresas, no passo da redução de custos para esta.

28 MALI, Tiago e Mateus Maia. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/governo/comeco-de-2020-e-o-que-tem-mais-medidas-provisorias-editadas-na-historia/>, acesso realizado no dia 18/11/20

## 5.1. POSSÍVEL INCONSTITUCIONALIDADE NA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 936

Com fulcro na Constituição Federal 88 e seu artigo 7º inciso VI a irredutibilidade salarial é inconstitucional, já no artigo 8º percebemos que os sindicatos são necessários para acordos coletivos de trabalho, o que está a ser desprezado pela referida MP, não obstante o artigo 7º e 8º quais são protegidos por cláusula pétrea, estes não podem ser abolidos e muito menos reduzidos por emenda constitucional. Perceba o que expressam:

“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;

Art. 8. VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;<sup>29</sup>

Como citado este se trata de cláusula pétrea desta forma o art. 7º não pode ser abolido, se quer reduzido este poderia ser, uma vez que versa sobre direito do trabalhador:

Art. 60. § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

IV - os direitos e garantias individuais.<sup>30</sup>

Não obstante feriria o princípio da “Proibição do Retrocesso Social”, uma vez que falar em redutibilidade salarial é desconsiderar todas as lutas que os trabalhadores e seus sindicatos passaram até hoje para garantir direitos básicos. Nas palavras de Ingo W. Sarlet o princípio de Proibição do Retrocesso Social é:

“toda e qualquer forma de proteção de direitos fundamentais em face de medidas do poder público, com destaque para o legislador e o administrador, que tenham por escopo a supressão ou mesmo restrição de direitos fundamentais (sejam eles sociais, ou não)”<sup>31</sup>

Economistas afirmam que só é aquecida a economia se houver gastos e fonte de renda, desta forma reduzindo salários se reduz o consumo, desacelerando a economia, não obstante levando a nação a problemas realmente drásticos e até uma possível crise econômica. Como diz o jurista e Juiz do Trabalho Rafael da Silva Marques:

29 BRASIL. Constituição (1988). São Paulo. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm), acesso realizado no dia 25/05/2020

30 BRASIL. Constituição (1988). São Paulo [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm), acesso realizado no dia 25/05/2020.

31 Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. A assim designada proibição de retrocesso social e a construção de um direito constitucional comum latinoamericano. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC. Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jul./set. 2009.

“Consumir é, antes de tudo, comprar, despender parcela econômica de capital para adquirir uma coisa. E isso faz girar a economia. Quanto mais se consome mais renda há. Mais o dinheiro circula, criando empregos e renda.”<sup>32</sup>

Ao analisar a hermenêutica do assunto e da MP N°936 esta poderia ser inconstitucional, uma vez que viola o expresse na lei, e ainda despreza clausula pétrea, perceba o que diz a referida MP.

“Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dá outras providências.”<sup>33</sup>

No que se refere a Convenções Internacionais esta MP colide frontalmente com as Convenções Internacionais 98, 151 e 154, já que esta não respeita o que descreve estas convenções da OIT, como por exemplo a C098 que trata de direito de sindicalização e de negociação coletiva, o que claramente não ocorre na MP, uma vez que esta se quer é coerente com o artigo 7º e 8º, já a C151 trata de direito de sindicalização e relações de trabalho na administração pública, e a C154 fomento à negociação coletiva, não necessita se quer o texto destas convenções para perceber a incoerência com a MP, todavia disponibilizarei um trecho da última para evidenciar este.

c) seja estimulado o estabelecimento de normas de procedimentos acordadas entre as organizações de empregadores e as organizações de trabalhadores;<sup>34</sup>

O intuito de preservar o emprego e a renda é louvável, todavia com as medidas a serem tomadas com esta MP, não serão alcançados os objetivos esperados, uma vez que não é reduzindo o salário de um funcionário que iremos melhorar a economia, já que a empresa existe para oferecer um certo produto ou serviço para a sociedade, e se esta não possui renda para pagar por este serviço e/ou produto o que ocorrerá será a falência da empresa. Então o expresse no seguinte artigo é de fato além de inconstitucional como anteriormente demonstrado é incoerente, uma vez que não oferece uma solução de fato útil: II - a redução proporcional de jornada de trabalho e de salários;<sup>35</sup>

32 BRASIL. Jus Brasil. Conceito de Consumo, disponível em: <https://espaco-vital.jusbrasil.com.br/noticias/3011953/o-conceito-de-consumo>, acesso realizado no dia 07/06/2020.

33 BRASIL. Câmara Legislativa, disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2020/medidaprovisoria-936-1-abril-2020-789923-publicacaooriginal-160242-pe.html>, acesso realizado no dia 07/06/2020.

34 BRASIL. OIT. Organização Internacional do Trabalho, disponível em: [https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS\\_236162/lang-pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_236162/lang-pt/index.htm), acesso realizado no dia 19/06/2020.

35 BRASIL. Câmara Legislativa, disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2020/medidaprovisoria-936-1-abril-2020-789923-publicacaooriginal-160242-pe.html>, acesso realizado no dia 20/06/2020.

A MP 936 teve proposta de ação de inconstitucionalidade contra ela, porém teve indeferimento e fora convertida em Lei, a defesa da possível inconstitucionalidade desta teve o intuito de demonstrar que mesmo tal medida podendo ser inconstitucional em tempos de calamidade se faz necessária para o bem do coletivo, sendo assim percebe-se que a supremacia do ente público deve-se sobressair.

## 5.2. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6363

O Supremo Tribunal Federal (STF) por maioria dos votos não referendou a medida cautelar deferida pelo ministro Ricardo Lewandowski na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6363<sup>36</sup>, ajuizada pelo partido Rede Sustentabilidade, mantendo assim a eficácia da MP 936, qual autoriza a redução salarial proporcionalmente com a jornada de trabalho, e até mesmo a suspensão temporária do contrato de trabalho, através de acordos individuais, devido a pandemia enfrentada, vale ressaltar que o acordo não necessita da anuência dos sindicatos da categoria.

Para o Ministro Alexandre de Moraes a previsão de acordo individual é razoável, uma vez que neste momento excepcional tal medida irá garantir uma renda mínima ao trabalhador e assegurar o vínculo empregatício durante a crise. Ainda afirma que a exigência de atuação do sindicato, abrindo negociação coletiva ou não se manifestando no prazo legal, geraria insegurança jurídica e aumentaria o risco de desemprego.<sup>37</sup>

Inobstante de Moraes afirma que a MP não fere princípios constitucionais, pois não há conflito entre empregados e empregadores, e sim uma convergência sobre a necessidade de manutenção da atividade empresarial e do emprego<sup>38</sup>. Diante da excepcionalidade e da limitação temporal, a regra está em consonância com a proteção constitucional à dignidade do trabalho e à manutenção do emprego.

Em relação à proteção do trabalhador percebe-se que este será preservado, haja visto que de acordo com a MP o mesmo terá retorno ao salário normal em 90 dias, tendo direito a 180 dias de estabilidade.

Os ministros que acompanharam o entendimento de Alexandre de Moraes foram Roberto Barroso, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Dias Toffoli (presidente), ficando vencidos além do relator o ministro Edson Fachin e a ministra Rosa Weber.

Na sessão do dia 17/04/20 o ministro Lewandowski em 6/4 proferiu deferimento parcial a medida cautelar para determinar que, após serem comunicados

36 STF. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441651&ori=1>, acesso realizado no dia 19/11/2020.

37 STF. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441651&ori=1>, acesso realizado no dia 19/11/2020.

38 STF. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441651&ori=1>, acesso realizado no dia 19/11/2020.

dos acordos individuais, os sindicatos teriam a possibilidade de manifestação no que tange sua validade. Todavia o ministro Fachin votou pelo deferimento integral da cautelar sendo seguido por Weber. Segundo ele, ainda que admita a possibilidade de acordos individuais, a Constituição Federal assegura que a redução salarial só pode ocorrer mediante negociação coletiva<sup>39</sup>. Ainda alerta que não há espaço para que a legislação ordinária substitua a regra constitucional qual prevê a participação sindical em acordos com essa finalidade.

Seguindo a decisão muitos juristas e doutrinadores afirmam que a mesma traz mais segurança jurídica para as relações de trabalho, neste viés o especialista em Direito do Trabalho Antônio Carlos Aguiar entende o seguinte:

“a decisão do STF traz segurança jurídica às relações trabalhistas em tempos de calamidade pública”. “Não há conflito coletivo a ser resolvido, mas convergência na necessidade de alternativas para manutenção de ambos os envolvidos: a empresa na sua atividade e o empregado na sua dignidade (sobrevivência digna).”<sup>40</sup>

A obrigação de se fazer um acordo coletivo como demonstrado pelo ministro de Moraes poderia causar em uma demissão em massa, ou até mesmo a falência de uma empresa, haja visto que com a diminuição da procura pelo produto da empresa suas vendas caíram, subsequentemente sua receita também, não é necessário ter domínio em administração para perceber que com o lucro lá em baixo e com as despesas altas as saídas seriam redução de custos ou falência. No mesmo entendimento do ministro Alexandre de Moraes, Marcelo Marinho afirma:

“Estamos vivendo um momento histórico na economia e nas relações de trabalho da era moderna. A cassação da liminar gera uma maior segurança jurídica para empregadores e empregados, porque confere a possibilidade de celebração de acordo individual diretamente entre as partes, sem a chancela do sindicato profissional. Tanto os empregadores quanto os empregados precisam de medidas rápidas e urgentes. Levar todos os acordos celebrados à chancela sindical significaria prejudicar enormemente o objetivo da norma, que é a preservação dos empregos e consequentemente da economia. Momento excepcional, medida excepcional.”

## 6. A FLEXIBILIZAÇÃO DO MANDAMENTO CONSTITUCIONAL COM ARGUMENTO DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O INDIVIDUAL NO QUE TANGE A MP 936

A flexibilização do Mandamento Constitucional ocorre no passo da situação ou fato sui generis, em que a norma ganha um entendimento com o intuito de

39 STF. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441651&ori=1>, acesso realizado no dia 19/11/2020.

40 AGUIAR, Antônio Carlos. Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-17/advogados-decisao-stf-mp-936-traz-seguranca-juridica>

abarcam o fato, mesmo sendo contra o entendimento pretérito.

No caso em tela houve a flexibilização do Mandamento Constitucional, mais em específico o artigo 7º inciso VI da CF que trata da irredutibilidade salarial e artigo 8º da CF que assegura os acordos coletivos de trabalho com sindicato. Essa flexibilização possui o intuito de garantir o emprego, haja que, o trabalhador que tiver redução da jornada de trabalho proporcional ao salário, ou for suspenso seu contrato possuirá o direito a estabilidade pelo dobro do tempo do acordo feito entre empregador e trabalhador. Ainda na redução da jornada de trabalho de no máximo 90 dias, o trabalhador terá direito a 180 dias de estabilidade.

Neste sentido Martins conceitua a flexibilização da seguinte forma:

“A denominação flexibilização parece mais adequada. Flexibilidade é qualidade de flexível; elasticidade, destreza, agilidade, flexão, flexura; faculdade de ser manejado; maleabilidade; aptidão para variadas coisas ou aplicações; é o que pode dobrar ou curvar; é o contrário de rigidez. Flexível vem do latim *flexibile*. Na prática, os estudiosos acabaram preferindo o termo flexibilização.

A palavra flexibilização é um neologismo, não encontrado nos dicionários. É originária do espanhol *flexibilización*. [...]

O certo não seria falar em flexibilização do Direito do Trabalho, mas em flexibilização das condições de trabalho, pois estas que serão flexibilizadas. [...]

Prefiro dizer que a flexibilização das condições de trabalho é o conjunto de regras que tem por objetivo instituir mecanismos tendentes a compatibilizar as mudanças de ordem econômica, tecnológica, política ou social existentes na relação entre capital e o trabalho”<sup>41</sup>

Uriarte assevera que é possível a flexibilização no âmbito do Direito do Trabalho:

“Em termos muito gerais e no âmbito do Direito do Trabalho, a flexibilidade pode ser definida como eliminação, diminuição, afrouxamento ou adaptação da proteção trabalhista clássica, com a finalidade – real ou pretensa – de aumentar o investimento, o emprego ou a competitividade da empresa”.<sup>42</sup>

No que tange a supremacia do interesse público sobre o individual percebe-se que apesar de ser um princípio de origem doutrinária e jurisprudencial, este é de extrema importância como destaca renomados doutrinadores, entre eles Bandeira de Mello e Di Pietro. Ainda a discussão referente a supremacia do interesse público sobre o individual é em relação a análise caso a caso, haja que o princípio sugere que em todos os casos o interesse público deva ser supremo, no entanto doutrinadores contemporâneos defendem o estudo do caso.

No que se refere a Medida provisória Nº 936 a mesma sofreu uma ação

41 MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do trabalho. 21. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 21-25

42 URIARTE, Oscar Ermida. La flexibilidad. Montevideo: FCU. 2004, p. 217-252

de inconstitucionalidade, sendo assim fora analisada sua constitucionalidade e o ministro Lewandowski, do Supremo Tribunal Federal (STF), deferiu em parte medida cautelar na ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6363, mantendo a mesma base da MP 936, todavia acrescentando características como a necessidade de informar o sindicato. Desta forma a supremacia do interesse público somente se sobressaiu devido a sua necessidade e legalidade. Adiante a referida MP tornou-se a LEI Nº 14.020, DE 6 DE JULHO DE 2020.

“Art. 1º Esta Lei institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.”<sup>43</sup>

Neste sentido o ministro ressalta que:

“Diante das graves proporções assumidas pela pandemia da Covid-19, é necessário agir com cautela, visando preservar resguardar os direitos dos trabalhadores e, ao mesmo tempo, evitar retrocessos. Sua decisão, assim, tem o propósito de promover a segurança jurídica de todos os envolvidos na negociação, “especialmente necessária nesta quadra histórica tão repleta de perplexidades”<sup>44</sup>

## 7. POSSÍVEIS DANOS À CONSTITUIÇÃO FEDERAL NO CASO DA APLICAÇÃO INDISCRIMINADA DE NORMAS DE RESTRIÇÃO DE DIREITOS

É sabido que o Estado brasileiro possui um “núcleo duro” constitucional, ou seja, existem princípios estruturantes que são considerados os elementos constituintes da própria estrutura do Estado, inobstante é através desta que será capaz de garantir todos os demais direitos consagrados na Constituição. Sendo assim faz-se mister ressaltar que juridicamente estes são imutáveis (salvo por nova Constituição).

Ainda há o que se falar em cláusulas pétreas que ademais é uma segurança para a sociedade, haja visto que permite apenas a alteração através de emendas, não sendo possível serem promulgadas Emendas tendentes a abolir, apenas pode uma emenda ampliar ou melhorar as garantias constitucionais previstas no art. 60 § 4º.

Inobstante esta flexibilização do mandamento constitucional que ocorrera na Medida Provisória 936, foi pauta de uma ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade), como dito anteriormente. A mesma traz uma possibilidade de flexibilização do artigo 7º e 8º da Constituição, qual possui matéria referente à irredutibilidade salarial

43 BRASIL. LEI Nº 14.020, DE 6 DE JULHO DE 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/L14020.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14020.htm), acesso realizado dia 29/11/20.

44 BRASIL. STF. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=440927&caixaBusca=N#:~:text=O%20ministro%20Ricardo%20Lewandowski%2C%20do,de%20trabalho%20previstos%20na%20Medida>, acesso realizado no dia 29/11/20.



e os acordos por sindicato, sendo assim há o que se falar em possíveis danos à Constituição Federal no caso da aplicação indiscriminada de normas de restrição de direitos.

Ademais, estudiosos afirmam que políticos estão utilizando o pretexto de “momentos de calamidade”, como subterfúgios para realizarem o que bem entenderem sem ao menos se importarem com a própria Constituição. Ainda muitos afirmam que esta “aplicação indiscriminada de normas de restrição de direitos” poderá causar possíveis danos à Constituição Federal. Agamben pontua o seguinte:

“há uma tendência crescente de usar o estado de exceção como paradigma normal de governo”

(AGAMBEN, 2020e).<sup>45</sup>

Perceba para Agamben, este “estado de exceção”, ou “momento de calamidade” é algo exacerbado e descabido, tendo em vista que o maior vilão segundo sua perspectiva não é a pandemia em si, mas sim estes políticos que a usam como pretexto.

“o estado de exceção, ao qual os governos nos acostumaram há algum tempo, tornou-se verdadeiramente a condição normal”.

(AGAMBEN, 2020e).<sup>46</sup>

Adiante, como aponta o filósofo esloveno Slavoj Zizek (2020), não fora apenas a pandemia que nos acometeu neste fatídico momento, todavia houve também uma propagação do “surto de vírus ideológicos”, qual estava em um estado adormecido assim como as teorias da conspiração, os casos de racismo como ocorreu nos Estados Unidos, ou a propagação desenfreada de Fake News.<sup>47</sup>

O ponto crucial é saber sopesar entre as medidas realmente necessárias no momento de calamidade e a aplicação indiscriminada de normas de restrição de direito, tendo em vista que as medidas impulsivas e o medo podem ser mais perigosos que o próprio vírus.

## 8. CONCLUSÃO

Assim, de se ver, que apesar das críticas ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, este se faz necessário em muitos casos, inobstante sua origem ser doutrinária e jurisprudencial, não o desqualifica, haja que como Bandeira de Mello descreve este é um dos principais princípios do Direito

45 AGAMBEN. Giorgio. Visões da pandemia - As teses de Giorgio Agamben como idealizações do Ocidente. Disponível em: file:///C:/Users/USURIO~2/AppData/Local/Temp/102-Texto%20do%20artigo-340-1-10-20210115.pdf, acesso realizado em 04 de novembro de 2021.

46 AGAMBEN. Giorgio. Visões da pandemia - As teses de Giorgio Agamben como idealizações do Ocidente. Disponível em: file:///C:/Users/USURIO~2/AppData/Local/Temp/102-Texto%20do%20artigo-340-1-10-20210115.pdf, acesso realizado em 04 de novembro de 2021.

47 ZIZEK. Slavoj. PANDEMIC! Covid-19 Shakes the World. São Paulo: Boitempo, 2020.



Administrativo.

Deste modo percebe-se que a flexibilização do Mandamento Constitucional é de suma importância quando envolve a preservação do bem público. Neste sentido houve a flexibilização do Mandamento Constitucional, no que se refere a Medida Provisória N° 936, qual teve como intuito a manutenção do emprego e da renda, assegurando e resguardando os contratos de trabalho.

O debate referente a esta MP foi enorme, sofrendo ela ainda uma ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade), qual fora deferida em parte, alterando então algumas características da MP 936, como passar a ter a obrigatoriedade de informar o sindicato. Inobstante a referida MP tornou-se a LEI N° 14.020, DE 6 DE JULHO DE 2020.

Assim como a pandemia do SARS COV 2, houveram outras pandemias na história, algumas até com efeitos mais drásticos, como a pandemia da Peste Bubônica, o que se observa em todas é a necessidade do agir por parte do Estado-Administração, muitas vezes seguindo o princípio do interesse público sobre o privado e realizando a flexibilização do Mandamento Constitucional, para assegurar a população uma proteção aos efeitos da pandemia.

Nesse sentido, não se nega a contradição da Medida Provisória N° 936 com a norma constitucional em seus artigos 7° e 8°, no que se refere a irredutibilidade salarial e ao sindicato, inobstante assegura que tal MP fora constitucional, haja que em momentos como este em que o interesse público é ameaçado é necessária uma flexibilização do Mandamento Constitucional, para resguardar o bem do coletivo.

## REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. **Visões da pandemia - As teses de Giorgio Agamben como idealizações do Ocidente**. Disponível em: <file:///C:/Users/USURIO-2/AppData/Local/Temp/102-Texto%20do%20artigo-340-1-10-20210115.pdf>, acesso realizado em 04 de novembro de 2021.
- ZIZEK, Slavoj. **PANDEMIC! Covid-19 Shakes the World**. São Paulo: Boitempo, 2020.
- AGUIAR, Antônio Carlos. *Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-17/advogados-decisao-stf-mp-936-traz-seguranca-juridica>. Acesso realizado no dia 18/11/2020.
- ALESSI, Renato. **Diritto amministrativo**. Milano: Giuffrè, 1949, p.125.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **A noção jurídica de interesse público no direito administrativo brasileiro**. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (coords.). *Direito Administrativo e interesse público – estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 89-116, p. 109.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Elementos de direito administrativo**. 1 ed. 6 tir. São Paulo: RT, 1987, p. 08.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 90.
- BRASIL. **World Health Organization. Traduzido por SDL Inc.** disponível em: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>, acesso realizado no dia 15/05/20.

BRASIL. **Notícias UOL**. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/efe/2020/03/25/medidas-adotadas-por-paises-contra-a-covid-19.htm>, acesso realizado no dia 19/05/2020.

BRASIL. **Constituição (1988)**. São Paulo. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm), acesso realizado no dia 25/05/2020.

BRASIL. **Jus Brasil. Conceito de Consumo**, disponível em: <https://espaco-vital.jusbrasil.com.br/noticias/3011953/o-conceito-de-consumo>, acesso realizado no dia 07/06/2020.

BRASIL. **OIT. Organização Internacional do Trabalho**, disponível em: [https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS\\_236162/lang-pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_236162/lang-pt/index.htm), acesso realizado no dia 19/06/2020.

BRASIL. **Câmara Legislativa**, disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2020/medidaprovisoria-936-1-abril-2020-789923-publicacaooriginal-160242-pe.html>, acesso realizado no dia 20/06/2020.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm), acesso realizado no dia 28/11/20.

BRASIL. **LEI Nº 14.020, DE 6 DE JULHO DE 2020**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/L14020.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14020.htm), acesso realizado dia 29/11/20.

BRASIL. **STF. Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=440927&caixaBusca=N#:~:text=O%20ministro%20Ricardo%20Lewandowski%2C%20do,de%20trabalho%20previstos%20na%20Medida>, acesso realizado no dia 29/11/20.

**Celso Granato, infectologista do Fleury Medicina e Saúde**, para a Revista VEJA, disponível em: <https://saude.abril.com.br/medicina/gripe-quais-foram-as-maiores-epidemias-da-historia/>, acesso realizado no dia: 09/05/2020.

Cf. SARLET, **Ingo Wolfgang. A assim designada proibição de retrocesso social e a construção de um direito constitucional comum latinoamericano**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC. Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jul./set. 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28. ed. São Paulo, Atlas, 2015. p. 97.

FIOCRUZ. **A revolta da vacina**. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/revolta-da-vacina-2>, acesso realizado no dia 16/11/20.

LEITE, Gisele. **Texto para LEXMAGISTER**, disponível em: [http://www.lex.com.br/doutrina\\_28018890\\_DIREITO\\_PENAL\\_E\\_O\\_COMBATE\\_AO\\_COVID\\_19.aspx](http://www.lex.com.br/doutrina_28018890_DIREITO_PENAL_E_O_COMBATE_AO_COVID_19.aspx), acesso realizado no dia: 07/05/20.

**Luiza Monteiro para a revista galileu**, disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/Ciencia/Saude/noticia/2020/03/conheca-5-maiores-pandemias-da-historia.html>, acesso realizado no dia: 07/05/2020.

MALI. **Tiago e Mateus Maia**. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/governo/comeco-de-2020-e-o-que-tem-mais-medidas-provisorias-editadas-na-historia/>, acesso realizado no dia 18/11/20.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 21. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 21-25.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MUKAZI. Francine Picard. IISD. **International Institute for Sustainable Development**, disponível em: <https://www.iisd.org/articles/ensuring-balance-power-face-covid-19>, acesso realizado no dia 18/05/2020.

**Organização Mundial da Saúde (OMS) celebra 40 anos da erradicação da varíola**, disponível em: <https://sbim.org.br/noticias/1200-organizacao-mundial-da-saude-oms-celebra-40-anos-da-erradicacao-da-variola>, acesso realizado no dia: 09/05/2020.

RIBEIRO, Maria Teresa de Melo. **O princípio da imparcialidade da Administração Pública**. Lisboa: Almedina, 1996.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Op. cit.

STF. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441651&ori=1>, acesso realizado no dia 19/11/2020.

TÁCITO, Caio. **Direito administrativo participativo**. Revista de direito administrativo. Rio de Janeiro, n. 242, out-dez, p. 133-138, 2005, p. 134.

URIARTE, Oscar Ermida. **La flexibilidad**. Montevideo: FCU. 2004.

ZIZEK, Slavoj. **PANDEMIC! Covid-19 Shakes the World**. São Paulo: Boitempo, 2020.

## LEVANTAMENTO BIBLIOGRÁFICO

ALESSI, Renato. **Diritto amministrativo**. Milano: Giuffrè, 1949.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **A noção jurídica de interesse público no direito administrativo brasileiro**. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (coords.). **Direito Administrativo e interesse público – estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Elementos de direito administrativo**. 1 ed. 6 tir. São Paulo: RT, 1987.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 21. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2002.

RIBEIRO, Maria Teresa de Melo. **O princípio da imparcialidade da Administração Pública**. Lisboa: Almedina, 1996.

TÁCITO, Caio. **Direito administrativo participativo**. Revista de direito administrativo. Rio de Janeiro, n. 242, out-dez, p. 133-138, 2005.

URIARTE, Oscar Ermida. **La flexibilidad**. Montevideo: FCU. 2004.

ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvania. **Direito administrativo**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

ZIZEK, Slavoj. **PANDEMIC! Covid-19 Shakes the World**. São Paulo: Boitempo, 2020.

## AS LEIS ORÇAMENTÁRIAS NOS MUNICÍPIOS PARA A EFETIVA GARANTIA DOS DIREITOS SOCIAIS *BUDGETARY LAWS IN MUNICIPALITIES FOR EFFECTIVE GUARANTEE OF SOCIAL RIGHTS*

Mario Galavoti<sup>1</sup>

### RESUMO

O objetivo deste trabalho é analisar a importância das leis orçamentárias em nível municipal na efetivação de direitos sociais previstos na Constituição Federal. Não raras vezes, pela falta de uma compreensão mais profunda sobre o processo orçamentário, os responsáveis pela elaboração e discussão das leis cometem falhas que comprometem a boa execução do orçamento, pois acabam negligenciando políticas públicas àqueles que dependem totalmente do Poder Público. Assim, ganha destaque o planejamento do orçamento público, tornando-se necessário que os responsáveis pela sua elaboração adquiram o conhecimento adequado sobre sua formulação, a fim de capacitá-los a discutir os elementos principais dessas leis, as quais regem o dinheiro dos contribuintes e ditam os rumos da sociedade.

**Palavras-Chave:** Leis; Orçamento; políticas sociais.

### ABSTRACT

The objective of this work is to analyze the importance of budgetary laws at the municipal level in implementing social rights provided for in the Federal Constitution. Not infrequently, due to the lack of a deeper understanding of the budget process, those responsible for drafting and discussing laws commit mistakes that compromise the good execution of the budget, as they end up neglecting public policies for those who depend entirely on the Public Power. Thus, adequate planning of the public budget gains prominence, making it necessary for those responsible for its preparation to acquire knowledge about its formulation, in order to enable them to discuss the main elements of these laws, which govern public money. taxpayers and dictate the direction of society.

**Keywords:** Laws; Budget; social politics.

### SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO. 2. O ORÇAMENTO PÚBLICO COMO GARANTIA DOS DIREITOS SOCIAIS.

<sup>1</sup> Palestrante, Professor, Assessor e Consultor Orçamentário, Especialista em Finanças Públicas, Especialista em Processo e Técnica Legislativa, Especialista em Administração Pública Municipal, Regimentalista. Autor dos Livros "Orçamento Público: Normas e Procedimentos. 1ª Ed. 2009" e "Orçamento Público Municipal: Conceito e uma Crítica as Falhas Legislativas. 1ª Ed. 2023. Servidor Aposentado da Câmara Municipal de Cascavel, onde trabalhou por 30 anos, atuando mais da metade na elaboração de pareceres e consultoria aos projetos de lei orçamentários. ORCID 0009-0002-1079-3107 marioagalavoti@bol.com.br

3. AS FALHAS LEGISLATIVAS NA APROVAÇÃO DAS LEIS ORÇAMENTÁRIAS E QUE IMPEDEM A GARANTIA DAS POLÍTICAS SOCIAIS. 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS

## INTRODUÇÃO

Muito se questiona sobre a implantação das políticas públicas que são apresentadas pelos administradores públicos quando estão no comando da gestão pública. Questionamentos esses que surgem após a constatação de políticas públicas mal planejadas e que, em muitos casos, são mal elaboradas e não atendem à demanda e aos anseios da população, em especial daqueles que mais necessitam de prestações do Estado à título de educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade, à infância e à assistência aos desamparados (art. 6º, CR/1988).

Algumas perguntas precisam ser feitas, como, por exemplo: por que houve aumento de pessoas em situação de rua nos perímetros urbanos das cidades e existem tantas outras vivendo na linha da pobreza? Por que famílias sofrem com a falta de saneamento ou de médicos em postos de saúde? Por que há falta de políticas efetivas de geração de empregos? Essas e tantas outras perguntas impactam negativamente na população local e deveriam ser respondidas pelos gestores públicos.

Nesse palco de problemas, constata-se a ausência de um ator importante: o planejamento.

Planejar as ações governamentais por meio das leis orçamentárias é obrigatório e necessário, em especial quando falamos do Plano Plurianual, que tem uma abrangência para quatro anos. Para Faria (2016), o planejamento tem se tornado muito mais que uma mera recomendação. Trata-se de uma exigência das normas constitucionais e legais, e que está levando os órgãos de fiscalização, como os Tribunais de Contas, a exigirem uma maior responsabilidade por parte dos gestores públicos.

Em nível municipal, muitos elaboram as leis orçamentárias como meras leis simbólicas, onde se preveem programas, ações e metas e estimam a receita e fixam despesas sem conhecimento técnico, sem participação popular e sem seguir os ritos de um planejamento público que possa trazer para a população serviços de qualidade e que atendam ao bem comum de todos, em especial os serviços sociais prioritários como saúde, educação, saneamento básico, transporte, proteção à maternidade e à infância, alimentação e, hoje em dia, as políticas públicas de enfrentamento à violência contra a mulher, contra o idoso, contra o racismo, contra grupos minoritários, entre tantas outras.

Sem esse planejamento público orçamentário, o Poder Executivo se torna obrigado a elaborar e encaminhar a deliberação a um Legislativo que “fecha os olhos” a esse importante instrumento de gestão pública e garantia dos direitos

sociais da população, deixando de cumprir sua missão de bem representar o povo, especialmente aquela parcela da população que mais necessidade do amparo estatal.

É nítido nos debates eleitorais, em período de campanha, o anúncio de diversos programas sociais para educação, inclusive com melhorias salariais à classe de professores, melhorias à saúde, transporte e até mesmo, em alguns casos, políticas de transferências de renda. Porém, sabemos que essas promessas não irão se concretizar e são apenas palavras vazias para conquistar o voto do eleitor, seja porque eles – os eleitores – em sua grande maioria, não possuem conhecimentos sobre finanças públicas ou políticas sociais, seja porque os próprios candidatos não conhecem a realidade orçamentária do seu município.

Para tanto, é preciso que o Princípio da Eficiência Constitucional seja cumprido à risca pelos nossos gestores quando da análise e elaboração das políticas públicas sociais, mediante a elaboração de leis orçamentárias eficientes, eficazes e que possam garantir que a população, em especial os “dependentes” do Poder Público, seja atendida em todos os serviços sociais atinentes ao município.

Nos dizeres de Bittencourt, “o Princípio da Eficiência exige que a atividade estatal seja exercida com presteza e rendimento funcional, não se atentando apenas à legalidade, mas também aos resultados positivos e satisfatórios para a população”<sup>2</sup>.

Assim, o presente estudo busca, de modo singelo, apontar problemas de ordem prática e técnica que resultam da ausência de um planejamento orçamentário e que, conseqüentemente, frustram a efetivação de direitos sociais.

## 9. O ORÇAMENTO PÚBLICO COMO GARANTIA DOS DIREITOS SOCIAIS.

“Nas grandes cidades, o saneamento básico atinge apenas 30% da sociedade, a saúde é prestada de forma precária. Desnecessário lembrar da cidade do Rio de Janeiro ou de outras cidades do Nordeste e Norte. A educação atinge a quase todos formando um amontoado de analfabetos e analfabetos virtuais. O desemprego grassa por todos os lados. Indígenas estão afastados dos bens modernos da vida. A prostituição grassa. ... O transporte é mal prestado. O asfalto não chega a toda as residências enfim, o Brasil é uma país desequilibrado”<sup>3</sup>.

O Governo tem como responsabilidade fundamental alcançar o melhor nível dinâmico de bem-estar à coletividade. Para tanto, utiliza-se de técnicas de planejamento e programação de ações que são condensadas no chamado sistema de planejamento integrado.

Esse planejamento, como se sabe, se dá por meio de uma tríade orçamentária

2 BITTENCOURT, Marcus. (s.d). Programa em Governança Municipal. Livro I.

3 OLIVEIRA, Regis Fernandes de “Processo Legislativo: teoria e prática, Capítulo 16. pag. 341. Ed. Juspodivm. 1ª edição.

prevista na Constituição Federal, que obriga a elaboração de três leis: Plano Plurianual – PPA, Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO e Lei Orçamentária Anual – LOA, todas revestidas de compatibilidades entre elas.

Todas essas leis orçamentárias devem obrigatoriamente prever programas, ações, metas e recursos para atendimento das políticas sociais. Porém, será que realmente essas leis proporcionam condições para que essas políticas públicas sociais sejam concretizadas na prática em favor das pessoas nos municípios?

Na Constituição Federal de 1988, é o art. 6º o balizador dos direitos sociais. Porém, será que as leis orçamentárias realmente alocam e distribuem programas, ações e recursos financeiros necessários ao atendimento desses direitos? Em nível municipal, principalmente em cidades consideradas de pequeno porte, sequer o básico é planejado e programado ou apenas garantem os limites constitucionais mínimos para saúde e educação.

O abandono das leis orçamentárias nos municípios mostra que escolhas políticas não bastam para a solução dos problemas; é necessário que o eleitor saiba escolher seus representantes dentre os políticos que pensem a administração pública como um todo e não com base apenas em interesses partidários, ideológicos e pessoais. O eleitor precisa também rever conceitos na hora de depositar o seu voto, pois a escolha errada impacta negativamente nas políticas públicas sociais, gerando uma desordem social de grande proporção.

Percebe-se que, na maioria dos municípios, a péssima implantação de políticas públicas sociais não é por má fé do gestor, mas, sim, por falta de capacidade técnica e de pessoal qualificado, e isso deve gerar preocupação, pois a falta de pessoal qualificado e de gestores comprometidos com essas políticas públicas estão levando a um aumento considerado de pessoas na chamada linha da pobreza, além de criar inúmeros problemas de saúde pública, de precárias políticas educacionais, da falta de saneamento, da falta de planejamento ao atendimento de tragédias climáticas (políticas habitacionais), entre tantas outras políticas públicas sem finalidade e necessidade.

Muito se questiona nos últimos anos acerca da implantação das políticas públicas sociais e se elas são realmente prioritárias ou ao menos necessárias ao atendimento das demandas sociais da população dos municípios. São políticas feitas e lançadas sem um norte, sem objetivos concretos, com metas insuficientes e em alguns casos impossíveis de serem realizadas, fugindo o orçamento público da receita municipal. Ora, quantos gestores municipais estão neste exercício de 2023 baixando decretos de contingenciamento de despesas por não possuir receitas suficientes ao atendimento das ações? Por que será? A falta de planejamento das leis orçamentárias pode ser uma das respostas a essas indagações.

Não basta que os gestores continuem a depender de recursos financeiros das transferências governamentais. Há, sim, necessidade de rever conceitos



orçamentários municipais, como revisão da planta genérica do IPTU, revisão das alíquotas do ISS, programas de incentivo ao emplacamento de veículos para aumento da arrecadação do IPVA, entre outras medidas que podem colaborar no aumento da arrecadação própria dos municípios.

Infelizmente, porém, vivemos momentos individualistas dessas políticas, em alguns casos até ideológicas, sem atentar-se para os reais problemas sociais sérios que assolam muitas pessoas em seus municípios e, principalmente, as minorias sociais que se aglomeram nos perímetros urbanos das cidades, gerando problemas sociais de toda ordem.

O Estado falha absurdamente e não consegue controlar essa grave situação. Afinal, não basta somente dar “banho e sopão” ou apenas prever os programas mínimos que a Constituição Federal ou as leis ordinárias exigem, pois essas atitudes são paliativas e livram o gestor de planejar, de inovar, de buscar novos programas, de sair às ruas e conversar com a população e segmentos organizados da sociedade para saber quais são as políticas públicas sociais que realmente são necessárias, e acima de tudo que se torne eficientes.

São nos municípios que essas inovações deveriam nascer e a União e os Estados apenas deveriam completar as políticas locais dos municípios ou apenas garantir os recursos orçamentários e financeiros necessários ao atendimento dessas políticas sociais. Faltam aos municípios um grupo de projetos e gestores mais comprometidos para garantir uma eficiência no atendimento das políticas públicas sociais da população municipal.

É fato que a maioria dos municípios brasileiros, para manter ou implantar suas políticas sociais, dependem dos Governos Federal e Estadual por meio das transferências de recursos financeiros, e hoje podemos citar, ainda, as emendas impositivas orçamentárias, que servirão para subsidiar e garantir, ainda que precariamente, os serviços públicos básicos. E por que precariamente? Porque não se tem o planejamento dessas políticas, são alocadas de maneira errônea e imediatistas, sem saber ao certo se os programas e ações serão, de fato, concretizados.

Ora, quantos programas foram implementados em Planos Plurianuais que não tinham a mínima condição de ser cumpridos pelos municípios? Muitos e isso mostra uma preocupação geral aos orçamentaristas que enxergam um vasto problema municipal, principalmente para aqueles pequenos municípios com escasso quadro de servidores técnicos na área de planejamento orçamentário, que é o do “copia e cola” das peças plurianuais de outros municípios.

Existe até hoje uma dificuldade por parte dos agentes públicos municipais em adquirir esse conceito de planejamento para com as ações públicas. As políticas imediatistas e, infelizmente, nos dias atuais, as ideológicas, sobrepõem ao planejamento, pois é visível que “politicamente” é melhor para o gestor, pois, irá agradar grupos específicos em detrimento do planejamento orçamentário de médio



e longo prazo.

Quando se fala em orçamento público, é fato que essas importantes leis municipais são elaboradas apenas para cumprir os mandamentos constitucionais e legais mínimos, deixando de fora o seu real conceito que é o de garantir a efetiva alocação e distribuição de recursos públicos ao atendimento das políticas públicas ao bem comum da população.

Em muitos municípios brasileiros, em especial nos considerados de pequeno porte, se implantam programas, ações, metas, estimam receitas e fixam despesas, sem conhecimento técnico, sem a participação popular e sem seguir os ritos de um planejamento público que possa trazer para a população, serviços necessários e, principalmente, de qualidade.

O transporte público, a educação e a saúde são exemplos da péssima qualidade dos serviços sociais oferecidos pelo poder público municipal, pois, infelizmente, na maioria dos municípios há falta de médicos, de materiais básicos como: seringas, luvas para os enfermeiros, sem falar na falta de medicamentos essenciais ao atendimento ao tratamento de doenças consideradas crônicas, como diabetes, pressão arterial, etc. Professores ainda lecionam com giz e quadros negros depreciados e antiquados; alunos não possuem materiais básicos para o aprendizado e não há água tratada para muitos moradores.

Com efeito, o cenário é preocupante, pois ainda temos gestores apadrinhados, corruptos e acima de tudo, despreparados para lidar com as políticas públicas, onde as leis orçamentárias são usadas para agradar e alocar “benefícios” aos grupos apoiadores de sua campanha.

Como exemplo desse cenário, pode-se citar as renúncias tributárias à iniciativa privada que impactam negativamente na implantação das políticas públicas sociais e refletem no aumento considerável da dívida pública, pois, na maioria dos municípios, as operações de créditos são o instrumento usado para que os prefeitos possam realizar novos investimentos, comprometendo porcentual significativo dos recursos livres municipais, sem falar de municípios que possuem alta dívida de precatórios e de parcelamentos previdenciários que sugam anualmente milhões de reais dos cofres públicos municipais.

Pode-se entender que sem um planejamento público e sem uma responsabilidade na elaboração das peças orçamentárias, há um risco de manter e continuar com um amontoado de papel, onde o executivo se torna obrigado a elaborar e encaminhar a deliberação de um legislativo que “fecha os olhos” a esse importante instrumento de gestão pública e garantidor das políticas sociais.

Nesta conjuntura de desigualdades sociais, cada vez mais a Administração Pública depara-se com desafios que só poderão ser transpostos por mecanismos que atentem para a necessidade de administrar eficazmente os recursos públicos

arrecadados, transformando-os em verdadeiros benefícios à sociedade. Noutras palavras, não planejar adequadamente, resulta em mal gosto do dinheiro público, em prioridades imediatistas e muitas vezes subjetivas ou de conveniência circunstancial (eleitoreira ou em troca de apoio político) e, também, em projetos que sequer serão concluídos, o que irá comprometer a administração pública na entrega de bens e serviços a toda população.

É fato que, muitos gestores públicos não alocam de forma correta os recursos públicos nas leis orçamentárias, seja por não possuírem conhecimento ou por não possuírem um aparelhamento técnico para assessorá-los. Porém, o que gera preocupação, são aqueles gestores que apenas para agradar determinado grupo político ou determinada classe da sociedade que o apoiou, não preveem em suas leis orçamentárias qualquer tipo de programa e alocação de recursos para enfrentamento às políticas ideológicas que vem assolando e acabando com programas sociais de enfrentamento ao preconceito de raça, de credo, de gênero, entre tantos outros.

É preciso que os chefes do Executivo e do Legislativo Municipal saiam de dentro de suas salas e se apresentem aos moradores dos bairros, dos distritos, das associações de moradores, das organizações não governamentais, dos grupos das minorias, entre vários outros locais para ouvir as necessidades e as prioridades da população a serem inseridas nas Leis Orçamentárias, evitando o uso das leis orçamentárias para inflamar a politização ideológica das políticas públicas e a “guerra” de classes.

Para Souza (2022), as posições sociais dentro de uma sociedade são relativas e conjunturais. A mera volta de pobres e negros à miséria e à marginalidade passa a ser vivida, pela classe média, como uma conquista de seus velhos privilégios escravocratas, assegurada, precisamente, pela distância social em relação aos mais frágeis.

Não há mais espaço para leis orçamentárias copiadas e defasadas, muitas delas sem condizer com a realidade do município, em especial quanto à sua arrecadação e despesa. A elaboração e a aprovação de leis orçamentárias sem o mínimo de planejamento, conhecimento, estudos, transparência e participação popular, configura verdadeiro desrespeito e falta de comprometimento com a população que elege gestores públicos e legisladores para os representarem nas mais diversas decisões, sendo o orçamento a mais importante delas.

Quanto dinheiro em políticas públicas desnecessárias foi desperdiçado? Quantas renúncias fiscais tributárias foram concedidas sem haver uma contrapartida do beneficiado? Por que grandes empresários, alguns educacionais particulares, grandes cooperativas agrícolas e pecuárias, entre tantos outros, ainda continuam sendo beneficiados com renúncias tributárias sem conceder uma contrapartida em políticas sociais à população? Isso não está sendo revisto nas leis orçamentárias pelos

gestores públicos, causando ainda mais impactos negativos às finanças públicas em detrimento de ações necessárias a população, em especial, as mais carentes e que necessitam do poder público municipal.

Planejar a alocação dos recursos públicos em garantias sociais como educação, saúde, segurança, transporte, e, principalmente, em programas de enfrentamento e combate à violência contra a mulher e o idoso, contra pessoas trans, contra a intolerância religiosa, contra o racismo, entre várias outras, também é política pública a ser pensada em nível municipal.

Não é aceitável que a orçamentação pública nos municípios se pautem apenas em garantir os percentuais mínimos a serem alocados para educação, saúde e assistência social. É preciso mais; é preciso planejar os direitos sociais na alocação dos recursos orçamentários e garantir que programas sociais sejam revistos e criados com um simples propósito: garantir que todos, sem exceção, sejam beneficiários dos serviços públicos.

Não é mais plausível apenas dizer que os direitos sociais são os que a Constituição Federal de 1988 definiu no art. 6º; é preciso que os gestores públicos, eleitos para isso, apresentem por meio das leis orçamentárias esses programas que aqui já foram expostos, condicionando também aos programas de grupos considerados minoritários, uma vez que não há previsão expressa no referido artigo constitucional para excluir este grupo social, apesar de o contido no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal já garante essa prioridade ao dizer que “todos são iguais perante a lei”<sup>4</sup>, sendo uma dessas leis, as orçamentárias, como normas garantidoras dessa igualdade na alocação e distribuição dos recursos públicos municipais.

A proposta apresentada por muitos gestores ao elaborar as leis orçamentárias parte apenas do pressuposto de garantir que a população acredite que os programas sociais serão implantados em determinado período. Com isso, não se planeja corretamente, apenas insere programas sociais para fins de ainda estarem acomodados com o famoso orçamento autorizativo, ou seja, executa-se tais programas se houver disponibilidade financeira.

Ora, ao manter esse conceito do orçamento autorizativo, em especial para os programas sociais, mostra-se mais uma vez o descaso da classe política acerca de um assunto de grande importância que é o orçamento público, pois em nenhum país do mundo se tem o orçamento autorizativo, somente no Brasil, para desviar a incompetência administrativa de nossos gestores públicos, se criou esse conceito de que a maioria dos programas e ações constantes na lei orçamentária não é de execução obrigatória pelos gestores públicos.

A verdade é que o orçamento público é obrigatório. Primeiro, por ser uma lei aprovada pelas Casas Legislativas, e, depois, com o advento fortalecido da Emenda Constitucional nº 100, de 2019, que previu a execução obrigatória das programações

4 CF. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:(...)

orçamentárias como garantia à efetiva entrega de bens e serviços à sociedade<sup>5</sup>.

Porém, há perguntas que devem ser feitas em nível municipal: por que as leis orçamentárias a cada ano preveem aumento de dotações orçamentárias em programas sociais como educação e saúde, por exemplo, e ainda continuamos a ter precariedade na execução desses programas? Afinal, não basta dizer que houve aumento de recursos para que esses recursos estejam, de fato, autorizados à execução orçamentária. Quantas leis orçamentárias estão com suas estimativas de receitas superestimadas simplesmente para agradar o ego político do gestor?

Para responder essas perguntas e talvez muitas outras, é preciso dizer que o desrespeito aos direitos sociais faz do art. 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil<sup>6</sup>, mero material acadêmico, estando na prática muito longe da realidade do cidadão comum, que não recebe do Estado a garantia de seus direitos fundamentais, como educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, proteção à maternidade e à infância, bem como assistência aos desamparados.

Não cabe mais nos dias atuais apenas garantir as previsões orçamentárias mínimas constitucionais nas políticas públicas sociais, é preciso um orçamento planejado e eficiente, que traga para uma realidade as reais necessidades que a maioria da população precisa.

O pobre, o preto, o mendigo, a educação pública, a saúde pública, a segurança pública, ou seja, as políticas sociais esculpidas no art. 6º da Constituição Federal precisam ser revistas e alocadas de maneira eficaz pelos nossos gestores, garantindo uma dos pilares da nossa Constituição Federal que é o da dignidade da pessoa humana em todos os seus conceitos, evitando que as leis orçamentárias sejam apenas fictícias ou em muitas das vezes garantidoras de favores para grandes grupos sociais elitizados.

Para isso, é preciso vontade política, servidores preparados e capacitados e gestores públicos e legislativos fortes e fiscalizadores, que pensem o planejamento orçamentário como meio de resolução dos problemas sociais existente nos municípios.

Não cabe mais as políticas públicas politiquerias em detrimento das políticas sociais que atendam mais que o básico das pessoas menos favorecidas pela sorte, seja essa qual for. As leis orçamentárias em nível municipal precisam e devem ser elaboradas e discutidas com mais seriedade, sem levar ao agrado desse ou daquele grupo político.

Quem tem fome, quem tem necessidade de água tratada, de saneamento urbano, de educação pública de qualidade, de saúde pública, não pode mais ficar

5 EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 100, DE 26 DE JUNHO DE 2019. Altera os arts. 165 e 166 da Constituição Federal para tornar obrigatória a execução da programação orçamentária proveniente de emendas de bancada de parlamentares de Estado ou do Distrito Federal;

6 CAVALCANTE, Denise Lucena e CABRAL, Denise Maciel de Albuquerque. Os custos das políticas públicas: um olhar para o orçamento com Foco no gasto. Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário. Brasília, 2014.

sendo “traído” nas campanhas eleitorais com grandes projetos políticos para as áreas sociais e, quando esses políticos assumem a gestão municipal, não implantam na prática essas políticas ofertadas na campanha eleitoral.

Em estudo sobre o mapa da pobreza realizado pela Fundação Getúlio Vargas no ano de 2021<sup>7</sup>, a pobreza aumentou durante a pandemia no Brasil. De acordo com o estudo, o contingente de **pessoas com renda domiciliar per capita de até R\$ 497 mensais atingiu 62,9 milhões de brasileiros em 2021**, o que representa 29,6% da população total do país.

Já uma pesquisa feita pela Organização Ponte Social “Um quarto da população brasileira, 52,7 milhões de pessoas, vive em situação de pobreza ou extrema pobreza<sup>8</sup>”.

Não se pode deixar de notar que essa pobreza está implantada nos perímetros urbanos das cidades, o que mostra, mais uma vez, que cabe aos gestores municipais, garantir por meio das leis orçamentárias, programas e alocação de recursos para atender e diminuir esses dados alarmantes. Os problemas existem e os gestores precisam solucionar.

Aquele que busca no pleito eleitoral municipal ocupar um cargo público no Executivo ou no Legislativo tem a obrigação de garantir, mesmo que as dificuldades orçamentárias e financeiras existam, políticas públicas sociais de qualidade, com eficiência e acima de tudo, que possam ser cumpridas.

É preciso que esses políticos deixem de lado as campanhas politiqueras, e ainda, e talvez o mais lamentável nos dias atuais, a mania de culpar terceiros pelos seus equívocos e incompetência administrativa pública e busquem sanar e resolver esses problemas sociais que a cada ano parece aumentar ainda mais.

## **10. AS FALHAS LEGISLATIVAS NA APROVAÇÃO DAS LEIS ORÇAMENTÁRIAS E QUE IMPEDEM A GARANTIA AS POLÍTICAS SOCIAIS.**

Quando se fala em planejamento orçamentário, não se pode deixar de fora o Poder Legislativo Municipal que, tendo como pilar constitucional a representação popular, deve ser o responsável em discutir junto à população o planejamento público ora exposto pelo Executivo Municipal.

Porém, existe uma preocupação que é a falta de comprometimento daqueles que deveriam legislar e fiscalizar os programas e ações que possam garantir os direitos sociais: os legisladores municipais.

Lamentavelmente, não é incomum escutar Vereadores dizendo que as leis

7 FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Mapa da nova pobreza: 2022. [www.portal.fgv.br](http://www.portal.fgv.br)

8 BRASIL. OIT. Organização Internacional do Trabalho, disponível em: [https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS\\_236162/lang-pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_236162/lang-pt/index.htm), acesso realizado no dia 19/06/2020.

orçamentárias não são de sua responsabilidade, e sim, do Prefeito. Triste realidade a de um legislativo submisso e compromissado em defender os anseios de um Executivo que o domina.

Muitos legisladores continuam omissos e descompromissados com essas peças orçamentárias quando da sua deliberação, dando somente importância às famigeradas emendas parlamentares, sem fundamento e sem conexão técnica e legal, apenas para garantirem apoio político daqueles que não tem o conhecimento orçamentário necessário. Isso sem falar naqueles que aprovaram as emendas impositivas orçamentárias, que em nível municipal, sem a correta legalidade e planejamento, estão comprometendo em muito as finanças municipais.

É estarrecedor o número de emendas impositivas orçamentárias aprovadas por Câmaras Municipais destinando recursos orçamentários para atender – mesmo que de maneira apenas política – a programas assistenciais sem nenhum tipo de projeto básico, ou mesmo de garantia a execução do referido projeto, comprometendo em muito as já escassas políticas sociais daquele município.

Nos dizeres de Conti (2022), nosso sistema de fiscalização financeira e orçamentária tem no Poder Legislativo seu principal responsável, dando legitimidade democrática ao controle dos gastos, e se sustenta na atuação independente e autônoma dos tribunais de contas, fazendo deles um dos pilares do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Mas será que tais responsabilidades vêm sendo realmente cumpridas pelos nossos legisladores municipais? As Câmaras Municipais se tornaram no linguajar popular “meros aprovadores de projetos do executivo”. Lamentável. Pois, são essas Câmaras Municipais, por meio dos vereadores e vereadoras os verdadeiros representantes da população, tendo como uma das suas principais atribuições garantir, por meio das leis orçamentárias, os direitos sociais da população que os elegeram.

Triste realidade de uma Câmara Municipal cujos Vereadores não sabem o que estão discutindo e votando nas leis orçamentárias, se protegendo no manto constitucional da imunidade do voto. Será que não está na hora de revermos essa imunidade? Afinal, não há mais espaço para Parlamentares que aprovam as leis orçamentárias apenas para agradar o Prefeito, ou, no mais das vezes, a troco de um “parquinho infantil em sua comunidade.”

Dentre os instrumentos disponíveis, a Lei de Responsabilidade Fiscal, em seu art. 48, definiu o incentivo à participação popular e realização de audiências públicas durante os processos de elaboração e de discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos. Assim, não é mais aceito que os legisladores municipais embarquem ou simplesmente não cumpram esses mandamentos legais e não discutam com a população as leis orçamentárias.

A maioria das Câmaras Municipais realizam audiências públicas apenas para atender a esse dispositivo da lei de responsabilidade fiscal, sem se preocuparem em organizar uma audiência pública que tragam soluções e que garantam que os direitos sociais serão implantados nas leis orçamentárias ao atendimento da população local.

Essa falha legislativa é absurda, por não dizer possível causadora de políticas públicas desnecessárias e que não atenda ao bem comum da população. Não discutir com a população local as políticas públicas que são inseridas pelo Executivo é mostrar um desrespeito enorme por parte dos legisladores para com os cidadãos que os elegeram. Isso sem falar em possível ato de infração política administrativa, uma vez que o descumprimento de mandamentos legais por parte de quem legisla pode ocasionar punições, inclusive por falta de ética e decoro parlamentar. Além do que, caso aprovada as leis orçamentárias sem as devidas audiências públicas, estará o Prefeito executando um orçamento viciado em seu processo legislativo, o que poderá ocasionar ações diretas de inconstitucionalidades.

## 11. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao tratar sobre o planejamento na elaboração do orçamento público, e após pesquisa em diversos sites oficiais, mediante análise de várias leis orçamentárias em vigor de diversos municípios, ficou visível que a maioria dos municípios não possui um sistema de planejamento orçamentário adequado e que atendam aos interesses públicos.

A falta de um planejamento mais adequado e dentro dos parâmetros de realidade e prioridades, em especial as que tratam acerca de garantir os direitos sociais da população, está levando a administração pública a cometer erros e efetuar dispêndios financeiros exagerados e ineficientes em ações que na maioria das vezes não atendem aos interesses públicos da sociedade.

É preciso que os gestores públicos tenham mais cautela e responsabilidade quando da elaboração do orçamento público. Noutras palavras, não planejar adequadamente, enseja gastar mal o dinheiro público, em prioridades imediatistas e muitas vezes subjetivas ou de conveniência circunstancial (eleitoreira ou em troca de apoio político) e, também, com projetos que sequer serão concluídos. O que de fato, irá comprometer a administração pública na entrega de bens e serviços a toda população.

O Orçamento Público de maneira geral, precisa e deve ser colocado por quem o elabora e aprova, como mecanismo prioritário, como peças essenciais e de valores morais, para que se possa obter resultados positivos a toda população. Sem isso, continuar-se-á com o escárnio orçamentário e com a falta de respeito dos gestores ao dinheiro “suado” do contribuinte.

Conhecer as leis orçamentárias, por meio do arcabouço das normas



constitucionais, legais e infralegais que as regem, é fundamental para que o Executivo e o Legislativo, em nível municipal, possam conduzir as políticas públicas dentro da mais apurada organização e do planejamento público. Pois, somente assim, teremos alocações de recursos necessários e prioritários nas leis orçamentárias e que poderão atender a população em educação, saúde, segurança, esporte e lazer, meio ambiente, entre tantas outras políticas públicas, e, principalmente, as que tratam acerca da proteção e garantias sociais dos grupos considerados minoritários.

Implantar a cultura do planejamento é uma atitude assaz ousada, mais ainda, se o quadro político e técnico considerar o planejamento como uma exigência formal.

Planejar é preciso, é necessário e é obrigatório quando falamos em administração pública e garantia dos direitos sociais a toda nossa população, sem nenhuma distinção, pois, como regra da nossa Carta Magna, “todos são iguais perante a lei”.

É fundamental que os gestores públicos comecem a rever os seus conceitos e tratamentos com as leis orçamentárias para que possam enfrentar esses problemas sociais com mais eficiência, eficácia e efetividade. Saindo essas políticas públicas do papel da lei, para a prática executória.

Para Cavalcante e Cabral (2014) cumpre ressaltar, porém, que nessa missão de estudar o gasto público, é preciso não só entender o orçamento, como também ir além e enfrentar o problema da má gestão pública e da corrupção que desvia as verbas orçamentárias para fins não sociais.

Apenas para colaborar nessa falha de planejamento das políticas públicas, o Ministro Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, em entrevista à CNN Brasil, em setembro de 2022, disse: “A educação básica no Brasil é uma falsa prioridade...”. E concluiu a sua fala dizendo que a educação no Brasil como a saúde, a segurança, a assistência social, entre outras políticas públicas são meros “motes eleitorais”, sendo usados como conquistas de votos junto à população, pois, sabemos que na prática a realidade é outra.



## REFERÊNCIAS

- ABRAHAM, Marcus. **Imprescindibilidade do Planejamento dos Gastos Público**. 2018. [www.genjuridico.com.br](http://www.genjuridico.com.br)
- BRASIL. **Constituição Federal de 1998**. Brasília: Senado Federal.
- BRASIL. **Lei Complementar nº 101, de 2 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)
- BITTENCOURT, Marcus. **Programa em Governança Municipal**. Livro I. (s.d.)
- CAVALCANTE, Denise Lucena e CABRAL, Denise Maciel de Albuquerque. **OS CUSTOS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: UM OLHAR PARA O ORÇAMENTO COM FOCO NO GASTO**. Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário – RDIET. 2014.
- CERVO Francismery da Ponte. **O Orçamento Público como Instrumento Público de Planejamento e Controle**. Trabalho apresentado à Escola de Administração Fazendária – ESAF. Brasília. 2012.
- CONTI, José Mauricio. **A luta pelo Direito Financeiro**. Ed. Blucher. São Paulo. 2022.
- EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 100, DE 26 DE JUNHO DE 2019. **Altera os arts. 165 e 166 da Constituição Federal para tornar obrigatória a execução da programação orçamentária proveniente de emendas de bancada de parlamentares de Estado ou do Distrito Federal**. <http://www.planalto.gov.br>
- FARIA, Karolyni. **O Planejamento Orçamentário na Administração Pública**. 2016. [www.jusbrasil.com.br](http://www.jusbrasil.com.br)
- GALAVOTI, Mario. **Orçamento Público Municipal: Conceito e uma Crítica as Falhas Legislativas**. 1ª Edição. 2023.
- <https://portal.fgv.br/noticias>. **Mapa da Nova Pobreza**. 2022.
- OLIVEIRA, Weder. **Curso de Responsabilidade Fiscal**. 1ª Edição Fórum. 2013.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes. **“Processo Legislativo: Teoria e Prática”**, Capítulo 16. pag. 341. Editora JusPodivm. 1ª Edição.
- SOUZA, Jessé. **A Herança do Golpe**. 2. Ed. Rio de Janeiro. Ed. Civilização Brasileira. 2022.

artigos  
científicos

## O ART. 20 DA LINDB E O DIREITO AMBIENTAL: UM ESTUDO SOBRE O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL

*ARTICLE 20 OF THE LINDB AND ENVIRONMENTAL LAW: A STUDY ON THE PRINCIPLE OF PROHIBITION OF ENVIRONMENTAL RETROGRESSION*

Nelson Tonon Neto<sup>1</sup>

### RESUMO

O princípio da proibição do retrocesso ambiental consiste em tema de cada vez maior relevância no direito ambiental brasileiro. O art. 20 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB), incluído pela Lei n. 13.655/2018, em certa medida representa posituação do ideário associado ao pragmatismo jurídico e ao consequencialismo no ordenamento jurídico brasileiro. Estabelece o art. 20 da LINDB que, nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Tem-se como objetivo geral do estudo, desta maneira, averiguar se o princípio da proibição do retrocesso ambiental pode ou não ser dotado de “valor jurídico abstrato” nos termos do art. 20 da LINDB. Além disso, como objetivação específica, são contrastados os comandos jurídico-normativos da aplicação do princípio com o pragmatismo jurídico e o consequencialismo, que são fortes no texto do art. 20 da LINDB e representam manifestações do pensamento teórico concebido como Análise Econômica do Direito. O método utilizado é indutivo, desenvolvido através de pesquisa, seleção, leitura, fichamento e estudo do material bibliográfico encontrado. Com o estudo desenvolvido, conclui-se, sobretudo, que o princípio da proibição do retrocesso ambiental ter sim valor jurídico abstrato e, conseqüentemente, só pode ser aplicado em decisão administrativa ou judicial se forem consideradas as consequências práticas da decisão, a rigor do art. 20 da LINDB.

**Palavras-chave:** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro; Pragmatismo jurídico; Consequencialismo; Análise econômica do direito; Princípio da proibição do retrocesso ambiental.

### ABSTRACT

The principle of non-regression is a topic of increasing relevance in Brazilian environmental law. The art. 20 of the Law of Introduction to the norms of Brazilian Law (LINDB), included by Law no. 13.655/2018, to a certain extent represents a positive idea associated with legal pragmatism and consequentialism in the

<sup>1</sup> Advogado. Sócio do escritório Farenzena & Franco Advogados Associados. Mestrando em Direito pelo PPGD da Universidade Federal de Santa Catarina. Especialista em Direito Ambiental e Gestão Estratégica da Sustentabilidade pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. Especialista em Direito Processual Civil pelo Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (CESUSC). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. E-mail: nelson.tonon.neto@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-8168-0374>.

Brazilian legal system. Establishes art. 20 of LINDB that, at the administrative, controlling and judicial levels, decisions will not be made based on abstract legal values without considering the practical consequences of the decision. The general objective of the study, therefore, is to ascertain whether or not the principle of non-regression can be endowed with “abstract legal value” under the terms of art. 20 from LINDB. Furthermore, as a specific objectification, the legal-normative commands for the application of the principle are contrasted with legal pragmatism and consequentialism, which are strong in the text of the art. 20 of LINDB and represent manifestations of theoretical thought conceived as Economic Analysis of Law. The method used is inductive, developed through research, selection, reading, recording and study of the bibliographic material found. With the study developed, it is concluded, above all, that the principle of non-regression in environmental law does have an abstract legal value and, consequently, can only be applied in an administrative or judicial decision if the practical consequences of the decision are considered, in accordance with art. 20 from LINDB.

**Keywords:** Law of Introduction to the Norms of Brazilian Law; Legal pragmatism; Consequentialism; Economic analysis of law; Principle of non-regression in environmental law.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. ART. 20 DA LINDB, PRAGMATISMO, CONSEQUENCIALISMO E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO. 2. O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL. 3. PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL COMO “VALOR JURÍDICO ABSTRATO” E O ART. 20 DA LINDB. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

## INTRODUÇÃO

No direito brasileiro, a tendência de judicialização de conflitos é muito forte e significativa. Em que pese o positivo crescimento, na prática, de soluções extrajudiciais de contendas; o mainstream (convencional) do nosso direito é desembocar discussões no Poder Judiciário.

Em nosso entendimento, isso se dá tanto por razões históricas e culturais; quanto pela sistemática posta pelo ordenamento jurídico em vigor.

Histórica e culturalmente é muito forte, no ideário geral da população, o desejo por “justiça”. Basta ligar a televisão (ou acessar mídias assemelhadas) e perceber o que dizem populares que são entrevistados sobre casos que estão a tramitar no Poder Judiciário: com exceção de comentários mais técnicos feitos por juristas e/ou por pessoas que conheçam com alguma profundidade a matéria de fundo, as falas giram em torno de chavões como “só quero que seja feita a justiça”, “foi feita justiça”, e “a justiça não falha”.

Tão visceral é essa sina pela “justiça”, que – mantendo-nos ainda em um cenário de entrevistas com populares – quando um cidadão está a comentar um

caso concreto que, em sua concepção, “a justiça (Poder Judiciário) não tenha feito justiça (não tenha proferido a decisão que ele considerava justa)”, é bem comum que sua reação ainda seja direcionada à justiça (ainda que metafísica). Nesse particular, ilustramos aqui falas como “mas Deus sabe da verdade e da justiça dele ninguém escapa”, “se não foi feita a justiça dos homens, será feita a justiça de Deus”.

Isto é, tão enraizada está na cultura a ideia de ter um terceiro dando justiça a um caso concreto, que muitas vezes até a religião será acessada com esse objetivo.

De mais a mais, as regras básicas do nosso sistema jurídico dão a tônica do caráter central, basilar e estruturante que tem o Poder Judiciário (e, conseqüentemente, a judicialização). A rigor, o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Nesse cenário, dentre as tantas demandas judiciais que tramitam no nosso Poder Judiciário, há aquelas que têm como matéria de fundo a preservação e a proteção do meio ambiente.

Muitas vezes essas demandas ambientais são bastante complexas, tanto jurídica quanto tecnicamente (até pela recorrente multidisciplinaridade das questões controvertidas). Grande parte das discussões judiciais envolvendo direito ambiental é, verdadeiramente, de considerável grau de dificuldade para solução por parte do juízo.

Junta-se um arcabouço gigantesco de normas (federais, estaduais e municipais – muitas vezes conflitando-se direta e expressamente umas com as outras); uma base principiológica extensa (com vasto rol de precedentes que aplicaram tais princípios, mas muitas vezes com pouco ou nenhum rigor técnico-jurídico a justificar o porquê e como o princípio teve de ser invocado para resolver aquele julgado específico); e multidisciplinaridade e profundidade da matéria de fundo e está gabaritada uma demanda judicial de complexa solução<sup>2</sup>.

Ademais, no direito ambiental é recorrente que a tomada de decisão administrativa ou judicial tenha considerável repercussão prática.

Não raro há conflitos inclusive de direitos constitucionalmente fundamentais. No caso de uma ocupação de baixa renda irregular sob o ponto de vista das leis ambientais e de uso e ocupação do solo, por exemplo, poderá haver conflito entre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, CRFB/1988) e o direito à moradia (art. 6º, CRFB/1988).

Em resumo, na maioria dos casos a tomada de decisão em processos judiciais ambientais não consistirá em tarefa tecnicamente fácil ao julgador.

Nesse particular, desde 26/04/2018, quando entrou em vigor a Lei n.

2 TONON NETO, Nelson. O amicus curiae (amigo da corte) em demandas judiciais ambientais. In: BRAZ, Laura Cecília; LIMA, Raphael Leal R. (org.) Direito ambiental e animal: novas perspectivas. Salvador: Mente Aberta, 2022, p. 102-114.

13.655/2018 (que alterou o Decreto-Lei n. 4.657/1942 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB), existe mais um dispositivo legal que tem de ser aplicado em muitas tomadas de decisão em processos judiciais relacionados ao meio ambiente.

Trata-se do atual art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB, que em seu caput dispõe que “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”.

O presente estudo tem especial enfoque no princípio da proibição do retrocesso ambiental, que tem sido fundamento de diversas decisões judiciais relacionadas ao direito ambiental. Tem-se como objetivo geral, desta maneira, averiguar se o princípio, em virtude de suas bases legais e doutrinárias, pode ou não ser dotado de “valor jurídico abstrato” nos termos do art. 20 da LINDB.

Além disso, como objetivação específica, serão contrastados os comandos jurídico-normativos da aplicação do princípio com o pragmatismo jurídico e o consequencialismo, que são fortes no texto do art. 20 da LINDB e representam manifestações do pensamento teórico concebido como Análise Econômica do Direito.

O método utilizado será o indutivo, desenvolvido através de pesquisa, seleção, leitura, fichamento e estudo do material bibliográfico encontrado, com a posterior concatenação dos conceitos para a análise do objeto de pesquisa.

Devidamente introduzidos os limites e objetivos deste estudo, partimos agora ao seu desenvolvimento.

## 1. **ART. 20 DA LINDB, PRAGMATISMO, CONSEQUENCIALISMO E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB é uma norma de especial importância e relevância no ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque seu conteúdo está associado a diversos aspectos que impactam diretamente na aplicação e interpretação das normas jurídicas no país.

O atual art. 20, caput, da LINDB estabelece que “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”.

Por sua vez, o parágrafo único do dispositivo dispõe que “A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas”.

O referido art. 20 foi regulamentado pelo Decreto n. 9.830/2019, o qual

entrou em vigor em 11/06/2019. O ato normativo também regulamenta o art. 30 da LINDB.

No que importa ao conteúdo deste trabalho, ressalta-se que, nos termos do art. 3º, § 1º, do Decreto n. 9.830/2019, “consideram-se valores jurídicos abstratos aqueles previstos em normas jurídicas com alto grau de indeterminação e abstração”.

O art. 20 da Lindb representa um evidente sinal de incorporação, pelo ordenamento jurídico brasileiro, do pensamento pragmatista e consequencialista, fortes na teoria da Análise Econômica do Direito. Nas palavras de Charles J. Giacomini<sup>3</sup>:

O artigo 20 da LINDB claramente incorpora o “postulado hermenêutico do pragmatismo”. Em seu conjunto, o dispositivo parece buscar “o equilíbrio entre fundamentação adequada e resultado prático das decisões”. Assim, a partir da vigência da norma, impõe-se “a conjugação dos elementos ‘estruturação jurídica da argumentação’ com os ‘aspectos práticos – e exequíveis’ – da decisão”. Trata-se, portanto, da exigência de motivação qualificada, com o objetivo de reduzir a indeterminação das decisões, afinal, ser pragmático é ter “propensão para considerar mais os efeitos práticos de decisões do que debater soluções para problemas concretos em torno de conceitos vagos, teorias ambiciosas e generalidades”.

Neste ponto, é necessário que lancemos mão de alguns conceitos antes de dar seguimento à digressão proposta neste estudo.

A Análise Econômica do Direito - AED (*Economic Analysis of Law*) representa um movimento ou método que engloba várias escolas, como a Escola de Chicago (*Chicago Law and Economics*), Escola de Yale, Escola da Nova Economia Institucionalista (*Institucional Law and Economics*), Escola das Escolhas Públicas (*Public Choice Theory*), entre outras<sup>4</sup>.

Em linhas gerais, a Análise Econômica do Direito traduz-se em um movimento ou método que se presta de conceitos econômicos para a interpretação do Direito<sup>5</sup>.

O pragmatismo jurídico e o consequencialismo são manifestações do pensamento teórico concebido como Análise Econômica do Direito, tendo Richard Posner e Neil MacCormick como dois de seus expoentes<sup>6</sup>.

Richard Posner é um célebre magistrado norte-americano e professor da Universidade de Chicago. O autor é referência no chamado pragmatismo jurídico.

3 GIACOMINI, Charles J. Pragmatismo jurídico e consequencialismo: a análise econômica do direito pede ingresso na magistratura. Direito Hoje. Disponível em: < [https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina\\_visualizar&id\\_pagina=2365#:~:text=O%20estudo%20da%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20do,na%20motiva%C3%A7%C3%A3o%20das%20decis%C3%B5es%20judiciais.>](https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=2365#:~:text=O%20estudo%20da%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20do,na%20motiva%C3%A7%C3%A3o%20das%20decis%C3%B5es%20judiciais.>) Acesso em 15 maio 2023.

4 LAZARI, Rafael José Nadim de; COSTA, Ana Carolina Pazin. Análise econômica do direito ambiental. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2023, p. 21-22.

5 LAZARI, Rafael José Nadim de; COSTA, Ana Carolina Pazin. Análise econômica do direito ambiental. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2023, p. 22.

6 GIACOMINI, Charles J. Pragmatismo jurídico e consequencialismo: a análise econômica do direito pede ingresso na magistratura. Direito Hoje. Disponível em: < [https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina\\_visualizar&id\\_pagina=2365#:~:text=O%20estudo%20da%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20do,na%20motiva%C3%A7%C3%A3o%20das%20decis%C3%B5es%20judiciais.>](https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=2365#:~:text=O%20estudo%20da%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20do,na%20motiva%C3%A7%C3%A3o%20das%20decis%C3%B5es%20judiciais.>) Acesso em 15 maio 2023.

Posner estabelece diferenciação entre o método de trabalho do juiz positivista do juiz pragmático. De acordo com ele, o magistrado positivista começa e normalmente encerra sua atividade com análise e estudo das normas aplicáveis e da jurisprudência. Já o juiz pragmatista tem outras prioridades, de modo a perquirir a decisão que melhor atenda às necessidades presentes e futuras<sup>7</sup>.

O filósofo escocês Neil MacCormick, por sua vez, compreende que o processo decisório consiste no estabelecimento de padrões de comportamento, seja para o julgador, seja para o destinatário da norma. Para o autor, as “consequências jurídicas” a serem ponderadas pelo magistrado não se relacionam apenas aos efeitos causais e aos resultados específicos da decisão. Na verdade, dentro de sua ideia de consequencialismo, os impactos prováveis que uma decisão terá no comportamento das pessoas também são enquadrados como “consequências jurídicas” de um ato decisório<sup>8</sup>.

O consequencialismo jurídico, portanto, importa em entender o caráter universalizante de uma decisão jurídica – que, além de solucionar um caso concreto, também servirá de critério para todas as outras contendas análogas<sup>9</sup>.

A redação do atual art. 20 da Lindb é bastante associada ao ideário consistente no pragmatismo e consequencialismo jurídico. Fredie Didier Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira<sup>10</sup> estabelecem que:

O caput do art. 20 inaugura, em termos dogmáticos, o postulado hermenêutico do pragmatismo, segundo o qual as consequências práticas devem ser consideradas no momento da valoração e da escolha de um dos sentidos possíveis do texto normativo de conteúdo semântico aberto.

De todo modo, Marçal Justen Filho bem pondera que o art. 20 da Lindb não simplesmente impôs a preponderância de uma concepção consequencialista do direito. Também não estabeleceu que a avaliação dos efeitos é que determinará a solução a ser adotada, independente das regras jurídicas aplicáveis. De acordo com a lição do Professor, “o dispositivo restringe-se a exigir, de modo específico, que a autoridade estatal tome em consideração as consequências práticas da decisão a ser adotada, inclusive para efeito de avaliação da proporcionalidade da decisão a ser adotada”<sup>11</sup>.

7 ALVES, Francisco Sérgio Maia. O novo paradigma da decisão a partir do art. 20 da LINDB: análise do dispositivo segundo as teorias de Richard Posner e Neil MacCormick. Revista de Direito Administrativo, [S. l.], v. 278, n. 3, p. 113–144, 2019. DOI: 10.12660/rda.v278.2019.80832. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/80832>. Acesso em: 15 maio. 2023.

8 ALVES, Francisco Sérgio Maia. O novo paradigma da decisão a partir do art. 20 da LINDB: análise do dispositivo segundo as teorias de Richard Posner e Neil MacCormick. Revista de Direito Administrativo, [S. l.], v. 278, n. 3, p. 113–144, 2019. DOI: 10.12660/rda.v278.2019.80832. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/80832>. Acesso em: 15 maio. 2023.

9 GIACOMINI, Charles J. Pragmatismo jurídico e consequencialismo: a análise econômica do direito pede ingresso na magistratura. Direito Hoje. Disponível em: < [https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina\\_visualizar&id\\_pagina=2365#:~:text=O%20estudo%20da%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20do,na%20motiva%C3%A7%C3%A3o%20das%20decis%C3%B5es%20judiciais.>](https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=2365#:~:text=O%20estudo%20da%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20do,na%20motiva%C3%A7%C3%A3o%20das%20decis%C3%B5es%20judiciais.>) Acesso em 15 maio 2023.

10 DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n. 73, jul/set, p. 118, 2019. [S. l.], v. 278, n. 3, p. 113–144, 2019. DOI: 10.21056/aec.v20i75.1068. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1068>. Acesso em: 15 maio. 2023.

11 JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. Revista de Direito Administrativo, [S. l.], p. 13–41, 2018. DOI: 10.12660/rda.v0.2018.77648. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77648>. Acesso em: 15 maio. 2023.



Pois bem. Inicialmente delimitado o conteúdo normativo do art. 20 da Lindb – além de discorrido acerca de sua intrínseca relação com o pensamento da Análise Econômica do Direito, e reflexos do pragmatismo e consequencialismo jurídico – parte-se agora ao objeto específico deste estudo: o princípio da proibição do retrocesso ambiental a eventual implicação do art. 20 da Lindb em seus comandos jurídico-normativos.

## 2. O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL

Originalmente, o princípio do “Não Retrocesso”, também conhecido como da “Não Regressão” ou da “Proibição do Retrocesso”, limitava-se à proteção de direitos fundamentais e dentro de uma concepção social. A intenção original era evitar que conquistas anteriores fossem reduzidas ou suprimidas do ordenamento, tornando o instituto intimamente ligado aos direitos prestacionais<sup>12</sup>.

Analisando o princípio, o português J. J. Gomes Canotilho<sup>13</sup> afirma que o núcleo essencial dos direitos já regulamentados por lei não deve ser revogado sem que sejam instituídos “esquemas” compensatórios ou substitutivos, estando assim o legislador vinculado a esses critérios sob o risco de cair em inconstitucionalidade. Nesse sentido, com base nas lições do autor, infere-se que o princípio não permitia a edição de normas que previam um retrocesso na implementação de direitos fundamentais já instituídos por lei, exigindo que fossem aprovadas medidas que assegurassem a proteção do núcleo do direito envolvido, podendo ser elas políticas públicas, resoluções e novas normas.

É possível afirmar que o surgimento dessa construção doutrinária estrangeira advém da crise do Estado de bem-estar social, pois ainda na Alemanha, durante a década de 1970, foi discutida a possibilidade de restrição e/ou supressão de benefícios sociais. Ocorre que a Lei Fundamental alemã não garantia os direitos sociais, levando parte da doutrina a defender a impossibilidade de edição de normas que reduzissem de forma relevante direitos já concretizados, passando a se falar em princípio do “Não Retrocesso Social”.

Cabe nesse sentido reforçar as enormes diferenças legislativas entre o ordenamento alemão e o brasileiro. Mesmo que compreendendo a importância do direito estrangeiro como fonte hermenêutica e de influência legislativa, não é possível aplicar instrumentos externos à realidade e características locais sem um mínimo temperamento. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 assegura de forma expressa uma larga lista de direitos sociais, afastando-se da concepção alemã - fato este que precisa ser considerado.

Em relação especificamente ao princípio do “Não Retrocesso Social”, não existe

12 COSTA, Mateus Stallivieri da; TONON NETO, Nelson. O princípio do não retrocesso ambiental e o Supremo Tribunal Federal – O Renascimento de uma discussão superada. In: BURMANN, Alexandre; ANTUNES, Paulo de Bessa. (org.) *Advocacia ambiental: desafios e perspectivas*. Londrina: Thoth, 2021, p. 669-688.

13 CANOTILHO, J. GOMES. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 320-321.



previsão expressa destes nos dispositivos constitucionais, porém sendo possível mencionar entendimentos doutrinários que defendem a sua previsão implícita, como faz Ingo Wolfgang Sarlet<sup>14</sup>, ou até mesmo a sua categorização como modalidade de eficácia de princípio fundamentais, como entendem Luís Roberto Barroso<sup>15</sup> e Ana Paula de Barcellos<sup>16</sup>.

Para além da natureza implícita, a aplicação do instrumento vem sendo estendida a todos os direitos fundamentais, inclusive para as normas de matéria ambiental e de cunho não prestacional, ao contrário do originalmente defendido.

Especificamente sobre o avanço da proibição do retrocesso social à proibição do retrocesso socioambiental, assim lecionam Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer<sup>17</sup>:

A proibição de retrocesso socioambiental, da mesma forma como ocorre com a proibição de retrocesso social, está, por sua vez, relacionada ao princípio da segurança jurídica e dos seus respectivos desdobramentos (princípio da proteção da confiança e as garantias constitucionais do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada), bem como guarda conexão com os limites materiais à reforma constitucional, considerando que tais institutos também objetivam a tutela de direitos e bens de matriz constitucional em face de atos e/ou medidas de caráter retroativo ou que venham, de algum modo, afetar situações e posições jurídicas.

Essa interpretação surge da consolidação do direito ao meio ambiente equilibrado como um direito fundamental após a previsão do art. 225 da Constituição Federal, o que incluiria a proteção ao meio ambiente dentro de uma noção de obrigatoriedade de “progresso contínuo”. Quanto ao conceito, Michel Prieur<sup>18</sup> afirma existir uma obrigação positiva dos estados em “evoluir” em matéria ambiental, que, embasada em diferentes textos internacionais de direitos humanos, todos correlatos com o meio ambiente, tornam a progressividade vinculada a uma obrigação negativa de Não Retrocesso.

No Brasil já existem diversos entendimentos dentro da doutrina pela extensão do princípio para a matéria ambiental, podendo citar como defensores Antonio Herman Benjamin<sup>19</sup>, Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer<sup>20</sup>, Patrick de Araújo

14 SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise, in: (Neo)constitucionalismo. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2003.

15 BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. P. 379-380.

16 BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2011. P.87.

17

18 PRIEUR, Michel. O princípio da “não regressão” no coração do direito do homem e do meio ambiente. Tradução: Liton Lanes Pilau Sobrinho e Marcos Vinícius Viana da Silva. Artigo publicado em Ch. Cournil et Cath. Fabregoule ed. Changements environnementaux globaux et droits de l'homme, CERAP et Iris, Université Paris 13, 2012. Disponível em <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/3634/2177>. Acesso em: 3 de Março de 2024.

19 BENJAMIN, Antônio Herman. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. In: Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental. Brasília: Senado Federal; Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle, 2012. P. 121-206.

20 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Direito Constitucional Ambiental: estudos sobre a Constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P. 121-206

Ayala<sup>21</sup> e Carlos Alberto Molinaro<sup>22</sup>. No âmbito prático é possível afirmar que começa a se consolidar entendimento semelhante.

O reconhecimento do princípio como elemento constitucional implícito acabou por gerar preocupações de certos setores, principalmente no tocante ao seu potencial de “engessamento” das práticas legislativas, falando-se em limitação à liberdade conformativa, à mutabilidade do Direito e à autonomia do legislador. Ao julgar a Medida Cautelar na ADI n. 4.543/DF o ministro Gilmar Mendes, em tom crítico, alertou para a possibilidade de que em certo momento todas as leis consideradas boas passariam a integrar de certa forma um conceito constitucional, tornando-se irrevogáveis.

Na Europa, local de origem do princípio, debates como o realizado pelo ministro já vinham ocorrendo, gerando inclusive mudanças de posicionamentos de autores que antes defendiam a aplicabilidade do princípio. J.J. Canotilho<sup>23</sup>, por sua vez, acabou por realizar reflexões quanto à eficácia normativa do princípio da proibição do retrocesso, afirmando que seria necessário relativizar o discurso que ele mesmo enfatizou em trabalhos anteriores em virtude de que a realidade momentânea vivida por Portugal tornaria insustentável a defesa de um princípio da “Não Reversibilidade Social”.

Ao abordar especificamente o princípio voltado para a área ambiental é preciso atenção ainda maior, principalmente considerando a complexidade que envolve a utilização dos recursos naturais. O direito fundamental ao meio ambiente equilibrado não é apenas um direito prestacional, objeto inicial do “Não Retrocesso”, mas sim um direito “fundamental completo” que abrange um leque de posicionamentos que acarretam um direito de proteção, direito de defesa e também procedimental, conforme expõe Alexy<sup>24</sup>. Qualquer proibição de alteração legislativa em matéria ambiental não envolve assim apenas posturas estatais, mas todo um escopo econômico e social que acarreta em repercussões na esfera de direitos de toda coletividade.

Torna-se evidente que a simples importação do princípio para as terras brasileiras pode apresentar dificuldades de implementação, tanto pelas diferenças normativas, como também pela existência de revisões quanto ao entendimento na própria origem do instrumento.

Já devidamente introduzida a origem e o que, em linhas gerais, entende-se por seu conteúdo jurídico-normativo, avança-se agora ao estudo quanto ao enquadramento ou não do princípio da proibição do retrocesso ambiental como

21 AYALA, Patrick de Araújo. Direito fundamental ao meio ambiente e a proibição de regresso nos níveis de proteção ambiental na Constituição brasileira. In: Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental. Brasília: Senado Federal; Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle, 2012. P. 207-246 SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. 2. A garantia constitucional de proibição de retrocesso: da proibição de retrocesso social à proibição de retrocesso (socio)ambiental In: SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. Direito constitucional ambiental. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais, 2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/direito-constitucional-ambiental/1267794284>. Acesso em: 3 de Março de 2024.

22 MOLINARO, Carlos Alberto. Direito Ambiental: proibição de retrocesso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

23 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudos sobre Direitos Fundamentais. Coimbra: Almedina, 2004. p. 111.

24 ALEXY, Robert. A Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.

“valor jurídico abstrato” nos termos do art. 20 da LINDB.

### 3. PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL COMO “VALOR JURÍDICO ABSTRATO” E O ART. 20 DA LINDB

Conforme já referido neste artigo, o Decreto n. 9.830/2019 regulamenta o art. 20 e o art. 30 da LINDB. O art. 3º, § 1º, do Decreto regulamentador estabelece que são considerados “valores jurídicos abstratos aqueles previstos em normas jurídicas com alto grau de indeterminação e abstração”.

Sobre a expressão “valores jurídicos abstratos”, Fredie Didier Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira discorrem que “Pensamos que a expressão “valores jurídicos abstratos” é utilizada para designar os princípios normativos menos densificados, isto é, aqueles que são enunciados em termos amplos, sem um sentido unívoco, e que carecem de densificação diante do caso concreto”<sup>25</sup>.

Como visto acima, o princípio da proibição do retrocesso ambiental é reconhecido por renomados juristas inclusive como elemento constitucional, ainda que de natureza implícita.

É fato, contudo, que o referido princípio não está expresso em nossa legislação interna cogente. Igualmente não está expresso em nossa Constituição da República. Mas a doutrina e a jurisprudência admitem sua existência e aplicação.

Mesmo assim, na interpretação do exposto por Fredie Didier Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira, associa-se o princípio da proibição do retrocesso ambiental justamente como um “princípio normativo menos densificado”, a carecer de densificação diante de um caso concreto.

Nesse particular, é pertinente trazer à tona o que escreve o Juiz Federal Charles Giacomini em artigo sobre pragmatismo jurídico, consequencialismo e Análise Econômica do Direito e as novas exigências argumentativas na motivação das decisões judiciais decorrentes da Lei n. 13.655/2018 (que trouxe o art. 20 da Lindb, aqui objeto de especial estudo) e da Resolução do Conselho Nacional de Justiça n. 432/2021.

Ao abordar o pragmatismo jurídico, o magistrado pondera que se trata “de uma resposta aos supostos excessos resultantes do uso indiscriminado de princípios com elevado grau de abstração na fundamentação de decisões administrativas e judiciais”<sup>26</sup>.

25 DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n. 73, jul/set, p. 118, 2019. [S. l.], v. 278, n. 3, p. 113-144, 2019. DOI: 10.21056/aec.v20i75.1068. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1068>. Acesso em: 3 de Março de 2024.

26 GIACOMINI, Charles J. Pragmatismo jurídico e consequencialismo: a análise econômica do direito pede ingresso na magistratura. Direito Hoje. Disponível em: < [https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina\\_visualizar&id\\_pagina=2365#:~:text=O%20estudo%20da%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20do,na%20motiva%C3%A7%C3%A3o%20das%20decis%C3%B5es%20judiciais.>](https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=2365#:~:text=O%20estudo%20da%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20do,na%20motiva%C3%A7%C3%A3o%20das%20decis%C3%B5es%20judiciais.>) Acesso em 15 maio 2023.

O autor ainda vai além, ao dispor que “O pragmatismo jurídico é orientado pela noção de que o processo de tomada de decisões judiciais não pode se limitar ao exame da legislação e da jurisprudência a partir de construções teóricas tipicamente jurídicas, como a hermenêutica dos princípios”<sup>27</sup>.

De fato, como já enuncia há alguns anos o Professor Lenio Streck, vive-se atualmente no mundo jurídico brasileiro uma era de “pan-principiologismo”, “verdadeira usina de produção de princípios despídos de normatividade”<sup>28</sup>.

Infelizmente, não raro princípios são evocados em decisões judiciais sem que haja uma adequada investigação a respeito da égide do instituto e de sua real pertinência e aplicação ao caso concreto. Nesses casos, os brocardos, ao fim e ao cabo, são utilizados como “varinhas de condão”<sup>29</sup> para que o julgamento tenha o desfecho pretendido pelo julgador, a despeito do que estritamente dispõe a legislação aplicável à matéria. Muitas vezes, princípios, que sequer se questiona de onde e em que contexto surgiram, são aplicados como se fossem hierarquicamente superiores ao texto legal.

O princípio da proibição do retrocesso, da forma como utilizado em algumas decisões judiciais, nada mais é do que verdadeira “varinha de condão” que dá ao julgador o poder de decidir o caso da maneira que mais lhe apetece e parece justa. Essa questão fica ainda mais visível e problemática quando a matéria do julgamento é de ordem ambiental, que é uma das mais suscetíveis a ideologias e paixões no mundo jurídico.

Some-se a tudo isso os tempos de “politicamente correto” em que se vive, que também traz reflexos nas discussões envolvendo direito ambiental, e tente tecer críticas e fazer ponderações a um princípio que, como o próprio nome diz, “proíbe o retrocesso em termos de proteção ao meio ambiente”. O raso raciocínio de quem não tem a oportunidade de estudar a fundo o brocardo e refletir sobre as práticas consequências da consolidação de sua interpretação é bastante singelo (e gramaticalmente lógico, é verdade): quem é a favor do meio ambiente defende o princípio da vedação ao retrocesso ambiental e o contrário é verdadeiro.

É importante registrar, contudo, entendimentos em sentido contrário, na linha de ser cogente e impositiva a aplicação do princípio da proibição do retrocesso ambiental no direito brasileiro. Neste sentido, assim expõe Gabriel Tedesco Wedy<sup>30</sup>:

Muito tem-se falado na imprensa, e no meio jurídico brasileiro, nos últimos tempos, e não à toa, em proibição de retrocessos ambientais.

27 GIACOMINI, Charles J. Pragmatismo jurídico e consequencialismo: a análise econômica do direito pede ingresso na magistratura. Direito Hoje. Disponível em: < [28 STRECK, Lenio Luiz. O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto. Consultor Jurídico, 2012. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto> >. Acesso em: 15 maio 2023.](https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=2365#:~:text=0%20estudo%20da%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20do,na%20motiva%C3%A7%C3%A3o%20das%20decis%C3%B5es%20judiciais.> https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=2365#:~:text=0%20estudo%20da%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20do,na%20motiva%C3%A7%C3%A3o%20das%20decis%C3%B5es%20judiciais.> Acesso em 15 maio 2023.</p></div><div data-bbox=)

29 RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Boa-fé não pode ser uma varinha de condão nas lições de Jan Peter Schmidt. Consultor Jurídico, 2014. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2014-dez-10/direito-comparado-boa-fe-objetiva-nao-varinha-condao-liceo-jan-peter-schmidt> >. Acesso em: 15 maio 2023.

30 WEDY, Gabriel Tedesco. O Brasil e a vedação constitucional de retrocessos ambientais. Consultor Jurídico, 2019. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2019-mai-25/ambiente-juridico-brasil-vedacao-retrocessos-ambientais/> >. Acesso em: 4 de março de 2024.

Retrocessos, em face da estrutura do sistema constitucional pátrio, estão, para que não se façam rodeios, absolutamente vedados.

Beira à estultice, para se evitar fadiga intelectual, se insistir neste ponto. Ainda aqueles que analisam o tema apenas de modo pragmático, ou consequencialista, não podem, permissa vênia, chegar a conclusão diversa.

Porém, a relação entre “defensores do princípio” e “defensores do meio ambiente” não é simples e direta como uma matemática “regra de três”. Inicialmente, a proposição “defender o princípio” sequer expressa muito sentido por si só, já que se atribui mais de uma linha interpretativa a ele. Em segundo lugar, toda análise jurídica - inclusive em direito ambiental, por óbvio - deve levar em conta, mais do que o que intimamente se pensa como correto e justo, o que dispõem os regramentos aplicáveis à matéria. Não é porque se considera uma lei ruim que ela não deve ser aplicada se vigente e válida for. Em terceiro lugar, o conceito de “retrocesso” é em boa parte subjetivo, assim, mesmo que dois indivíduos concordem exatamente quanto ao fundamento e hipóteses de incidência do princípio da vedação ao retrocesso ecológico, pode ainda haver discordância sobre o referencial do que é ou não retrocesso em cada caso concreto.

Diante disso, entende-se que o princípio da proibição do retrocesso ambiental é justamente uma “norma jurídica com alto grau de indeterminação e abstração”, da qual se abstrai “valor jurídico abstrato”, nos termos do art. 20 da Lindb e do art. 3º, § 1º, do Decreto n. 9.830/2019.

E essa abstração é multifatorial. A uma porque a própria base teórica e legal de aplicação do princípio é imprecisa, carente de previsão normativa expressa e, dessa maneira, suscetível ao entendimento teórico de cada doutrinador e/ou aplicador do direito. A duas porque é inegável que o princípio em si tem forte carga subjetiva em seu comando jurídico-normativo: se seu comando é “não retroceder”, o juízo do que é ou não retrocesso invariavelmente passa por quem toma a decisão que se baseia no princípio, sendo impossível tecer parâmetros objetivos universais utilizáveis para definição do que na prática seria ou não um “retrocesso ambiental”.

Para ilustrar a crítica que se está a produzir, é muito pertinente analisar como, na prática, o princípio tem sido utilizado para fundamentar decisões judiciais.

Um case emblemático - sobre o qual já nos debruçamos em artigo específico<sup>31</sup> - consiste na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 747.

Primeiramente, esclarece-se que a ADPF em questão foi proposta pelo Partido dos Trabalhadores (PT) em face da Resolução n. 500, de 28 de setembro de 2020, do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), que revogou as Resoluções ns. 284/2001, 302/2002 e 303/2002. Os atos normativos revogados tratavam,

31 COSTA, Mateus Stallivieri da; TONON NETO, Nelson. O princípio do não retrocesso ambiental e o Supremo Tribunal Federal – O Renascimento de uma discussão superada. In: BURMANN, Alexandre; ANTUNES, Paulo de Bessa. (org.) Advocacia ambiental: desafios e perspectivas. Londrina: Thoth, 2021, p. 669-688.

respectivamente, a respeito de (i) licenciamento de empreendimentos de irrigação; (ii) parâmetros, definições e limites de Áreas de Preservação Permanente de reservatórios artificiais e o regime de uso do entorno e (iii) os parâmetros, definições e limites de Áreas de Preservação Permanente. No mesmo sentido, foi proposta a ADPF n. 748 por parte do Partido Socialista Brasileiro (PSB) e a ADPF n. 749 pela Rede Sustentabilidade.

Dentre os fundamentos das ADPFs, o princípio da proibição do retrocesso foi trazido à apreciação da Suprema Corte.

Antes de mais nada, é preciso situar que a linha argumentativa basilar das três ADPFs foi de que a Resolução CONAMA n. 500/2020 deixaria desprotegidos os mangues e as restingas, autorizando sua supressão pela carcinicultura e pela especulação imobiliária e, ao cabo, feriria o princípio da vedação ao retrocesso ambiental. A ministra Rosa Weber, relatora do acórdão no julgamento unânime do STF pela procedência das ADPFs, fez constar em seus fundamentos justamente o princípio da proibição do retrocesso ambiental:

Admitir tal sorte de recuo normativo, segundo o magistério de Antonio Herman Benjamin, seria um contrassenso quando “para muitas espécies e ecossistemas em via de extinção ou a essa altura regionalmente extintos, a barreira limítrofe de perigo – o ‘sinal vermelho’ do mínimo ecológico constitucional – foi infelizmente atingida, quando não irreversivelmente ultrapassada. Num e noutro caso, para usar uma expressão coloquial, já não há gordura para queimar” (BENJAMIN, Antonio Herman. Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental In Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental. Brasília: Senado Federal, 2012, destaquei). (STF, ADPF n. 747, Relatora Ministra Rosa Weber, julgado em 14/12/2021, publicado em 10/01/2022)

Ocorre que, em nosso sentir, na situação em comento não se estava diante de caso de aplicação do princípio da proibição do retrocesso. Em termos de direito material ambiental, não é possível afirmar que a “retirada” das três Resoluções do CONAMA do ordenamento jurídico tenha ofendido conteúdo essencial, núcleo duro, dos bens jurídicos ambientais tutelados, como por exemplo no caso as restingas e manguezais. Dentro desse escopo nota-se que o Código Florestal em vigor (Lei n. 12.651/2012) considera Áreas de Preservação Permanente (APPs) “as restingas, como fixadoras de dunas e estabilizadoras de mangues” (art. 4º, VI), bem como “os manguezais, em toda a sua extensão” (art. 4º, VII). Além disso, manguezais e restingas são ainda fitofisionomias tuteladas pela rigorosa Lei da Mata Atlântica - Lei n. 11.428/2006 (vide art. 2º, caput).

Nesse viés, tomando por exemplo o dispositivo que dentre as três Resoluções do CONAMA revogadas recebeu maior atenção midiática à época, o art. 3º, inciso IX, alínea ‘a’, da Resolução CONAMA n. 303/2002 instituiu “Área de Preservação Permanente a área situada nas restingas em faixa mínima de trezentos metros, medidos a partir da linha de preamar máxima”. Não se concebe que a retirada



desse dispositivo do ordenamento jurídico, no qual ainda vigoram plenamente Lei n. 11.428/2006 e Lei n. 12.651/2012, pudesse configurar um retrocesso ambiental. Entende-se que não pode ser concebido como ofensa ao princípio a revogação de um dispositivo que representa uma demarcação de critério meramente espacial de 300 metros ao passo que o Código Florestal e a Lei da Mata Atlântica protegem devida e tecnicamente<sup>32</sup> esses mesmíssimos espaços.

De todo modo, o que importa a este artigo não é avaliar se a Resolução CONAMA n. 500/2020 significou ou não um retrocesso ambiental. As minúcias técnicas de tal ato normativo infralegal também pouco importam ao estudo aqui desenvolvido.

O ponto que se destaca é que no referido julgamento do STF foi aplicado o princípio da proibição do retrocesso ambiental como um dos fundamentos a declarar a inconstitucionalidade de uma norma.

E como a posição aqui defendida é de que o princípio em estudo detém valor jurídico abstrato, a crítica que se faz é que a Suprema Corte não considerou as consequências práticas de sua decisão, conforme determina o art. 20 da Lindb.

Tais (ignoradas) consequências práticas poderiam ser, por exemplo, a situação de eventuais obras ou empreendimentos que tiveram sua regularidade ambiental reconhecida pela Administração Pública com base na alteração normativa depois declarada inconstitucional; e, mais ainda, a própria consequência jurídica de o STF reconhecer a aplicação do princípio da proibição do retrocesso, que, interpretado em decisões futuras sem muita técnica e/ou diligência, pode simplesmente representar um comando jurídico-normativo com base no qual qualquer decisor (em esfera judicial ou administrativa) poderá aplicar uma norma revogada em detrimento da vigente se considerar que a atual representa um “retrocesso” em termos de direito ambiental.

Entende-se, portanto, que a aplicação no art. 20 da LINDB em decisões que apresentem o princípio da proibição do retrocesso como razão de decidir auxiliará a coibir que o brocardo seja utilizado como “varinha de condão”, conforme problematizado neste estudo.

Com a necessidade de serem “consideradas as consequências práticas da decisão”, ao menos será encurtado o espectro de arbitrariedade que existe em uma realidade em que a aplicação de uma lei ambiental em vigor possa ser afastada em um caso concreto (processo judicial e/ou administrativo) apenas porque o julgador a considera um “retrocesso ambiental”.

Neste particular, é interessante expor a conclusão de Andrea Vulcanis, que

<sup>32</sup> A baliza técnico-ambiental da Lei n. 12.651/2012 começa apropriadamente já na conceituação legal de APP, que registra a imprescindibilidade da função ambiental: “Art. 3º Para os efeitos desta Lei, entende-se por: (...) II - Área de Preservação Permanente - APP: área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas;”.

defende o estabelecimento de um “controle de equidade na aplicação do princípio do não retrocesso” no direito ambiental brasileiro. Veja-se:

A realidade nacional, nessa difícil dinâmica de um país que enfrenta ainda a pobreza e a exclusão e caminha pela via do desenvolvimento, que inevitavelmente passa pelo uso dos recursos naturais e, ao mesmo tempo, é o detentor dos maiores recursos ambientais do planeta, exige que se estabeleça um controle de equidade na aplicação do princípio do não retrocesso.

Isso porque, seja em razão da ciência que avança com novos conhecimentos todos os dias; seja em razão da necessidade de se manter um equilíbrio dinâmico entre economia, sociedade e meio ambiente; seja em razão de novas tecnologias que aportam métodos e técnicas menos degradantes; seja porque a sociedade é dinâmica e o próprio direito deve acompanhar os avanços sociais, não se pode esperar que a legislação permaneça congelada e imobilizada diante dos desafios e das complexidades que se vive na agenda ambiental brasileira.<sup>33</sup>

De fato, a necessidade de consideração das consequências práticas da decisão quando se julgar com fundamento no princípio do não retrocesso ambiental vai ao encontro da “equidade” referida pela autora e, em nosso entendimento, é bastante benéfica ao estado democrático de direito.

Assim sendo, ratifica-se que, a nosso sentir, o princípio da proibição do retrocesso ambiental tem valor jurídico abstrato e, conseqüentemente, só pode ser aplicado em decisão administrativa ou judicial se forem consideradas as consequências práticas da decisão, a rigor do art. 20 da Lindb. Ir de encontro a esse entendimento pode acarretar em consequências prejudiciais à segurança jurídica e ao ideário de universalidade na tomada de decisão judicial - forte no consequencialismo e no pragmatismo jurídico, conforme exposto nas linhas acima.

## CONCLUSÃO

Enfim, levando em conta todas as considerações e reflexões trazidas no corpo deste trabalho – que tem como basilar escopo o estudo em contraste do art. 20 da Lindb (e suas inserções no pragmatismo, consequencialismo jurídico e Análise Econômica do Direito), conclui-se, inicialmente que o art. 20 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Lindb), incluído pela Lei n. 13.655/2018, em certa medida representa posituação do ideário associado ao pragmatismo jurídico e ao consequencialismo no ordenamento jurídico brasileiro.

De mais a mais, pragmatismo e consequencialismo jurídico são manifestações do pensamento teórico concebido como Análise Econômica do Direito; e a Análise Econômica do Direito traduz-se em um movimento ou método que se presta de conceitos econômicos para a interpretação do Direito.

<sup>33</sup> VULCANIS, Andrea. Relatividade na aplicação do princípio do não retrocesso ambiental. Consultor Jurídico, 2023. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2023-jun-24/ambiente-juridico-relatividade-aplicacao-principio-nao-retrocesso-ambiental/>>. Acesso em: 4 de março de 2024.



Além disso, no pragmatismo jurídico os julgadores vão além do puro positivismo, de modo a buscar a decisão que melhor atenda às necessidades presentes e futuras. O consequencialismo jurídico importa em entender o caráter universalizante de uma decisão jurídica – que, além de solucionar um caso concreto, também servirá de critério para todas as outras contendas análogas.

Neste norte, conclui-se que o princípio da proibição do retrocesso ambiental não tem previsão legal expressa em nosso ordenamento jurídico, embora a jurisprudência e a doutrina reconheçam sua existência, ainda que de forma implícita em nossa ordem constitucional.

Registra-se que o comando do princípio da proibição do retrocesso ambiental, como seu próprio nome diz, volta-se a “não retroceder” quando o assunto é preservação do meio ambiente, a fim de fazer valer o direito constitucional fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O princípio da proibição do retrocesso ambiental é justamente uma “norma jurídica com alto grau de indeterminação e abstração”, da qual se abstrai “valor jurídico abstrato”, nos termos do art. 20 da Lindb e do art. 3º, § 1º, do Decreto n. 9.830/2019. Isso porque se trata de princípio normativo menos densificado, que carece de densificação diante de casos concretos, sobretudo porque a definição do que é ou não um “retrocesso ambiental” inafastavelmente passa por valoração e entendimentos subjetivos.

Tal “abstração”, repise-se, é multifatorial. A uma porque a própria base teórica e legal de aplicação do princípio é imprecisa, carente de previsão normativa expressa e, dessa maneira, suscetível ao entendimento teórico de cada doutrinador e/ou aplicador do direito. A duas porque é inegável que o princípio em si tem forte carga subjetiva em seu comando jurídico-normativo: se seu comando é “não retroceder”, o juízo do que é ou não retrocesso invariavelmente passa por quem toma a decisão que se baseia no princípio, sendo impossível tecer parâmetros objetivos universais utilizáveis para definição do que na prática seria ou não um “retrocesso ambiental”.

Por fim, em virtude de o princípio da proibição do retrocesso ambiental ter valor jurídico abstrato, consequentemente, só pode ser aplicado em decisão administrativa ou judicial se forem consideradas as consequências práticas da decisão, a rigor do art. 20 da LINDB.

Assim sendo, a aplicação do artigo 20 da LINDB em decisões que invoquem o princípio da proibição do retrocesso ajudará a evitar o uso indiscriminado desse princípio. Havendo necessidade de serem consideradas as consequências práticas da decisão, ao menos será encurtado o espectro de arbitrariedade que existe em uma realidade em que a aplicação de uma lei ambiental em vigor possa ser afastada em um caso concreto (processo judicial e/ou administrativo) apenas porque o julgador a considera um “retrocesso ambiental”.

Ir de encontro a esse entendimento pode acarretar em consequências prejudiciais à segurança jurídica e ao ideário de universalidade na tomada de decisão judicial, forte no pragmatismo e no consequentialismo jurídico.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **A Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALVES, Francisco Sérgio Maia. O novo paradigma da decisão a partir do art. 20 da LINDB: análise do dispositivo segundo as teorias de Richard Posner e Neil MacCormick. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 278, n. 3, p. 113–144, 2019. DOI: 10.12660/rda.v278.2019.80832. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/80832>. Acesso em: 15 maio. 2023.
- AYALA, Patrick de Araújo. Direito fundamental ao meio ambiente e a proibição de regresso nos níveis de proteção ambiental na Constituição brasileira. In: **Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental. Brasília: Senado Federal; Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle**, 2012.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BENJAMIN, Antônio Herman. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. In: **Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental**. Brasília: Senado Federal; Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle, 2012.
- CANOTILHO, J. GOMES. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2004.
- COSTA, Mateus Stallivieri da; TONON NETO, Nelson. O princípio do não retrocesso ambiental e o Supremo Tribunal Federal – O Renascimento de uma discussão superada. In: BURMANN, Alexandre; ANTUNES, Paulo de Bessa. (org.) **Advocacia ambiental: desafios e perspectivas**. Londrina: Thoth, 2021.
- DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 73, jul/set, p. 118, 2019. [S. l.], v. 278, n. 3, p. 113–144, 2019. DOI: 10.21056/aec.v20i75.1068. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1068>. Acesso em: 15 maio. 2023.
- GIACOMINI, Charles J. **Pragmatismo jurídico e consequentialismo: a análise econômica do direito pede ingresso na magistratura**. Direito Hoje. Disponível em: <[https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina\\_visualizar&id\\_pagina=2365#:~:text=O%20estudo%20da%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20do,na%20motiva%C3%A7%C3%A3o%20das%20decis%C3%B5es%20judiciais](https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=2365#:~:text=O%20estudo%20da%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20do,na%20motiva%C3%A7%C3%A3o%20das%20decis%C3%B5es%20judiciais)> Acesso em 15 maio 2023.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], p. 13–41, 2018. DOI: 10.12660/rda.v0.2018.77648. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77648>. Acesso em: 15 maio. 2023.
- LAZARI, Rafael José Nadim de; COSTA, Ana Carolina Pazin. **Análise econômica do direito ambiental**. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2023.
- MOLINARO, Carlos Alberto. **Direito Ambiental: proibição de retrocesso**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- PRIEUR, Michel. O princípio da “não regressão” no coração do direito do homem e do meio ambiente. Tradução: Liton Lanes Pilau Sobrinho e Marcos Vinicius Viana da Silva. Artigo publicado em **Ch. Cournil et Cath. Fabregoule ed. Changements environnementaux globaux et droits de l'homme**, CERAP et Iris, Université Paris 13, 2012. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/3634/2177>>. Acesso em 15 maio 2023.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Boa-fé não pode ser uma varinha de condão nas lições de Jan Peter Schmidt. **Consultor Jurídico**, 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-dez-10/direito-comparado-boa-fe-objetiva-nao-varinha-condao-licoes-jan-peter-schmidt>>. Acesso em: 15 maio 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise, in: **(Neo)constitucionalismo**. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: estudos sobre a Constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. **2. A garantia constitucional de proibição de retrocesso: da proibição de retrocesso social à proibição de retrocesso (socio)ambiental** In: SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/direito-constitucional-ambiental/1267794284>. Acesso em: 3 de março de 2024.

STRECK, Lenio Luiz. O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto. **Consultor Jurídico**, 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>>. Acesso em: 15 maio 2023.

TONON NETO, Nelson. O amicus curiae (amigo da corte) em demandas judiciais ambientais. In: BRAZ, Laura Cecília; LIMA, Raphael Leal R. (org.) **Direito ambiental e animal: novas perspectivas**. Salvador: Mente Aberta, 2022.

VULCANIS, Andrea. Relatividade na aplicação do princípio do não retrocesso ambiental. **Consultor Jurídico**, 2023. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2023-jun-24/ambiente-juridico-relatividade-aplicacao-principio-nao-retrocesso-ambiental/>>. Acesso em: 4 de março de 2024.

WEDY, Gabriel Tedesco. O Brasil e a vedação constitucional de retrocessos ambientais. **Consultor Jurídico**, 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-25/ambiente-juridico-brasil-vedacao-retrocessos-ambientais/>>. Acesso em: 4 de março de 2024.

**AGÊNCIAS REGULADORAS SEGUNDO A LEI 13.848: ANÁLISE DO IMPACTO REGULATÓRIO (AIR) NA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE**  
**REGULATORY AGENCIES ACCORDING TO LAW 13.848: REGULATORY IMPACT ANALYSIS (RIA) ON THE JUDICIALIZATION OF HEALTH**

**Luciano Nascimento Silva<sup>1</sup>**  
**Nycole Maia Pereira<sup>2</sup>**

**RESUMO**

O presente artigo tem como objetivo problematizar a atuação das agências reguladoras no Brasil, através da análise do impacto regulatório (AIR). A Lei nº13.848/2019 é trabalhada com enfoque no princípio da eficiência para a atuação das agências no âmbito administrativo tendo como foco a judicialização da saúde. Pretende-se descrever a interação entre, em hipótese, a omissão normativa por parte das agências dentro da problemática do exaurimento do poder judiciário. Nesse sentido, desenvolve-se uma pesquisa bibliográfica de caráter exploratório, empenhando um esforço de revisão da legislação e possibilidades normativas. A abordagem da problemática aduzida é qualitativa, levando em consideração a análise dos resultados para construção do conhecimento dotado de cientificidade. A coleta de dados da legislação envolveu a análise da Constituição Federal, Emendas Constitucionais, Leis em especial a nº 13.848/2019 e decretos relacionados à constituição das agências reguladoras. Através do método dedutivo, chegou-se à conclusão de que é imprescindível maior atuação por parte das agências reguladoras, podendo assim resultar em um desafogamento do judiciário e cumprimento do seu papel perante o sistema de justiça brasileiro.

**Palavras-chave:** Direito Administrativo. Agências Reguladoras. Análise do Impacto Regulatório (AIR). Judicialização da saúde.

**REGULATORY AGENCIES IN THE LAW SYSTEM: REGULATORY IMPACT ANALYSIS (RIA) IN RELATION TO THE EFFICIENCY PRINCIPLE**

**ABSTRACT**

This article aims to problematize the performance of regulatory agencies in Brazil, through regulatory impact analysis (AIR). Law No. 13,848/2019 is worked on with a focus on the principle of efficiency, as well as the relevance of the global pandemic situation for the actions of agencies at the administrative level. The aim is to

1 Pós-Doutor em Sociologia do Direito pela facoltà di Giurisprudenza dell'Università del Salento, Itália. Professor Titular no CCJ/UEPB. Docente Permanente no PPGRI/UEPB e PPGCJ/UFPB. Docente Colaborador no Programma di Dottorato di Ricerca in «Intercultural Relations and International Management» da Università deli Studi Internazionali di Roma, Itália. Pesquisador CAPES/FCT-PT no Max Planck Institute For The Study of Crime, Security and Law, Freiburg in Breisgau, Deutschland. Líder do Grupo de Pesquisa NUPOD/DGP-CNPQ. Email: lucianonascimento@servidor.uepb.edu.br / ORCID <https://orcid.org/0000-0002-9380-9292>

2 Advogada e pesquisadora, graduada em Direito pela UFCG e mestranda em Direito pela UFPB e especialista em Advocacia Consultiva pelo Instituto Legale. E-mail: maianycole@gmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2609-0326>

analyze how regulatory omission on the part of agencies could contribute to the judicialization of health within the scope of the COVID-19 pandemic. In this sense, exploratory research is developed, such as a bibliographic review, making an effort to review legislation and normative possibilities. The approach to the problem raised was done in a qualitative and quantitative way, taking into account the numerical analysis of demand and the qualification of results for the construction of scientific knowledge. Using the deductive method, it was concluded that greater action on the part of regulatory agencies is essential, resulting in an unburdening of the judiciary and fulfilling its role in the Brazilian justice system.

**Keywords:** Administrative Law. Regulatory agencies. Regulatory Impact Analysis (RIA). Judicialization of health.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO; 2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL. 2.1 A ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS: SER/DEVER SER. 2.2 A LEI 13.848 E SUAS IMPLICAÇÕES À ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS. 2.3 A RELEVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA FRENTE À AIR. 3 ANÁLISE DO IMPACTO REGULATÓRIO (AIR) DENTRO DA PANDEMIA DE CORONAVÍRUS: (IN)EFICIÊNCIA E OMISSÃO. 3.1 A JUDICIALIZAÇÃO DECORRENTE DA OMISSÃO NORMATIVA. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

## 1. INTRODUÇÃO

A atuação dinâmica das agências reguladoras está intrinsecamente vinculada à evolução socioeconômica e política de um país. Em um cenário globalizado, essas entidades desempenham papel crucial na busca pelo equilíbrio entre a promoção da concorrência, a salvaguarda dos direitos dos consumidores e a garantia da eficiência na entrega de serviços públicos. No contexto jurídico, tais agências têm despertado crescente interesse, especialmente em relação à sua função regulatória e ao impacto de suas ações na eficiência da prestação de serviços públicos e no sistema judiciário.

O surgimento das agências reguladoras no Brasil representa uma transição paradigmática na gestão de setores estratégicos da economia estatal. Dentre as implicações jurídicas e sociais desse processo, destaca-se o papel dessas entidades na transição do monopólio estatal para a participação do setor privado na oferta de serviços públicos. Além disso, a pesquisa explora a relação entre as agências reguladoras, o Poder Judiciário e a judicialização de questões relacionadas à saúde, especialmente em períodos de crise, como a pandemia de coronavírus.

A Análise do Impacto Regulatório (AIR) emerge como ferramenta essencial para avaliar as consequências das decisões das agências reguladoras. Este artigo busca compreender não apenas a teoria subjacente à AIR, mas também investigar sua aplicação prática, especialmente na regulação de setores sensíveis à sociedade.

A abordagem crítica incluirá uma análise das limitações e desafios enfrentados na implementação efetiva da AIR, bem como seu potencial para promover maior accountability e transparência nas ações regulatórias, sendo especialmente relevante em contextos de crise.

Adota-se uma abordagem exploratória e descritiva, com o objetivo de questionar o entendimento das agências reguladoras como instituições relevantes na arquitetura do Estado brasileiro. A revisão bibliográfica especializada oferece um alicerce sólido para analisar as transformações normativas e práticas que moldaram o papel dessas entidades ao longo do tempo, com referência a teóricos como Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Celso Antônio Bandeira de Mello.

A análise científica visa preencher lacunas de conhecimento e provocar uma reflexão crítica sobre o papel dessas entidades na contemporaneidade, contribuindo significativamente para o debate acadêmico sobre as agências reguladoras no Brasil. O estudo desvenda as nuances da interação das Agências Reguladoras, considerando os desafios e benefícios decorrentes quando assumem a responsabilidade de moldar setores estratégicos da economia. A compreensão profunda desse fenômeno torna-se vital para a construção de um ambiente regulatório que equilibre efetivamente os interesses do Estado, da iniciativa privada e da sociedade em geral.

Ao examinar elementos fundamentais, como a evolução histórica das agências reguladoras no Brasil e seu papel na transição do Estado para o setor privado na prestação de serviços públicos, bem como os fundamentos teóricos e práticos da Análise do Impacto Regulatório, o estudo oferece insights importantes sobre o desempenho dessas entidades. Nesse contexto, o Princípio da Eficiência surge como elemento central para a compreensão do desempenho das agências reguladoras, indo além da busca pela economicidade e visando a maximização dos resultados em consonância com os interesses coletivos.

## 2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS O BRASIL

As agências reguladoras prestam-se, ordinariamente para fomentar a regulamentação do mercado, com vistas a impedir o abuso das empresas, com o objetivo de garantir excelência e padrões de qualidade. De modo a realizar seus fins, as agências devem exercer independência de ação, para que possam definir políticas e estratégias setorializadas. O modelo foi concebido originariamente pelo direito norte-americano, no qual as agências independentes (independent agencies) regulamentam ostensivamente inúmeros aspectos do modelo administrativo. Exemplifica-se com assuntos de transportes, alimentação e remédios. Tem-se atuação formal e informal, sob mais próxima orientação de princípios que norteiam o Poder Executivo naquele país.

Na década de 30, através de um movimento de regulação dos serviços

públicos, passaram a surgir no Brasil as agências estatais, como primeiro elemento dos chamados Estados Intervencionistas<sup>3</sup>. Eram conselhos, institutos, departamentos e órgãos que estavam ligados ao executivo, e serviam para regular os serviços públicos de grande importância na época, como petróleo e gás<sup>4</sup>. Tais institutos, legitimados a atuar sobre a atividade econômica privada, tinham o objetivo de promover determinados fins sociais, sob o manto da segurança nacional, como planos de recuperação e autarquias capazes de normatizar e regular institutos que antes estavam diretamente ligados ao Poder Executivo. Surgiu com o advento da Lei nº 9.491<sup>5</sup>, em resposta a determinadas anseios sociais, o Programa Nacional de Desestatização (PND), com a consequente criação das agências reguladoras, que na época tinham como finalidade fiscalizar, regular e normatizar a prestação de serviços públicos por particulares. A referida lei alterou os procedimentos realitos ao PND e revogou a Lei nº 8.031/1990.

Assim, o instituto das agências reguladoras no Brasil se caracteriza principalmente por serem entidades da Administração Pública indireta que ingressam no cenário brasileiro no contexto da reforma do Estado empreendida ao longo dos anos 1990. Às agências reguladoras foram outorgados poderes de normatização e fiscalização sobre setores variados da economia<sup>6</sup>. Os serviços públicos e outras atividades de competência do Estado foram, assim, transferidos ao setor privado, por meio de concessões, permissões ou autorizações, que deram origem a tais institutos, visando coibir o interesse sem medidas pelo lucro excessivo dentro do serviço público.

Em seu princípio, a sua criação objetivava a autonomia e independência administrativa, com o escopo de alcançar a imparcialidade e eficiência na condução dos setores a qual está destinada. Possuem autonomia financeira devido a garantia de receitas vinculadas e gozam de poder normativo, tais funções regulatórias admitem poderes especiais para impor disciplina a condutas individuais e coletivas. As agências que regulamentam serviços de utilidade pública relativos à saúde, trabalham no controle de serviços públicos não exclusivos do Estado, como a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)<sup>7</sup> que foi regulamentada em 2000 e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA)<sup>8</sup> de 1999.

3 BRESSER, Luiz Carlos. A reforma do estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle. The state reform in the 90's: logic and control mechanisms. Scielo, Brazil. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/xQZRPFmDrHyH3vjKLqtmMWd/> acesso em 19 dez. 2023

4 Barroso, L. R. (2002). Agências Reguladoras. Constituição e transformações do Estado e Legitimidade Democrática. Revista De Direito Administrativo, 229, 285-312. <https://doi.org/10.12660/rda.v229.2002.46445>. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/46445/45191> acesso em 10 dez. 2023

5 BRASIL. Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997. Dispõe sobre a alteração dos procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. (Lei das Agências reguladoras). Diário Oficial da União, Brasília, 9 de setembro de 1997. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19491.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19491.htm) acesso em 10 dez. 2023

6 JORDÃO, Eduardo. RIBEIRO, Leandro Molhano. SALINAS, Natasha Schimitt Caccia. SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. A produção legislativa do Congresso Nacional sobre agências reguladoras. RIL Brasília a. 56 n. 222 abr/jun. 2019 p. 75/107. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/222/ril\\_v56\\_n222\\_p75.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/222/ril_v56_n222_p75.pdf) acesso em 07 set. 2023

7 BRASIL. Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Brasília, 2000. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19961.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19961.htm) acesso em 06 jun. 2023

8 BRASIL. Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Brasília, 1999. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19782.htm#:~:text=L9782&text=LEI%20N%C2%BA%209.782%2C%20DE%2026%20DE%20JANEIRO%20DE%201999.&text=Define%20o%20Sistema%20Nacional%20de,Sanit%C3%A1ria%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19782.htm#:~:text=L9782&text=LEI%20N%C2%BA%209.782%2C%20DE%2026%20DE%20JANEIRO%20DE%201999.&text=Define%20o%20Sistema%20Nacional%20de,Sanit%C3%A1ria%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs). Acesso em 05 ago 2023



São também agências reguladoras brasileiras, a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) instituída pela Lei nº 9.427 de 1996. A Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) que foi criada por meio da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472 de 1997). A Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), criada pela Lei nº 10.233 de 2001. Todos esses são exemplos de agências reguladoras com Leis instituidoras próprias que acabavam criando procedimentos internos não uniformizados para a atuação das instituições de forma unívoca.

Nesse sentido, a Lei 13.848<sup>9</sup> de 25 de junho de 2019 veio para criar um regime uniforme, na medida do possível, para disciplinar a atuação de todos os órgãos com função regulatória que possam ser qualificados como “agências reguladoras”. Com a publicação da Lei 13.848/19, há, sem dúvida, a pretensão de tornar as agências reguladoras entidades permeáveis à participação externa, com a consagração de mecanismos próprios a este fim, como consultas e audiências públicas, além da maior transparência e publicidade de seus atos. De um lado, as agências se expõem aos reclames dos agentes privados, consumidores e usuários. De outro, fortalece-se sua autonomia funcional e financeira para que as autarquias não sejam pressionadas por influências políticas ou setoriais. O marco das agências reguladoras está alinhado a ideias como probidade, eficiência e segurança, consagradas inclusive em outros diplomas legais, mas ainda se mostra insuficiente em relação ao seu primordial papel: a sua execução.

## 2.1. A ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS: SER/DEVER SER

A atuação das Agências Reguladoras no contexto brasileiro, ancorada na busca pela eficiência, reflete uma tentativa de modernizar e adaptar o Estado para melhor lidar com as complexidades da economia contemporânea. A busca pela eficiência é, sem dúvida, um objetivo legítimo, especialmente em um cenário globalizado e dinâmico. Essa abordagem busca evitar a interferência política direta, proporcionando maior estabilidade e previsibilidade para os agentes econômicos.

No entanto, a eficiência nem sempre é sinônimo de equidade ou justiça social. A orientação predominante das Agências Reguladoras para o desenvolvimento econômico pode criar um desequilíbrio nas relações entre os diversos atores envolvidos. O foco excessivo na eficiência econômica pode negligenciar considerações sociais e ambientais, levando a decisões que priorizam o lucro em detrimento do bem-estar geral.

Dessa forma, a inadaptação do Estado em sua forma tradicional é um desafio que merece reflexão. A transferência de responsabilidades regulatórias para entidades independentes pode, em alguns casos, resultar em uma fragmentação

9 BRASIL. Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, altera a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, a Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, a Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, a Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, a Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, a Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, e a Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001. Brasília, 25 de junho de 2019. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/l13848.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13848.htm) acesso em 26 jul. 2023



do poder decisório e abrir espaço para influências externas além de comprometer a transparência e a prestação de contas, prejudicando a legitimidade das decisões tomadas pelas Agências Reguladoras.

Assim, a absorção de elementos das agências norte-americanas pelo Direito Administrativo brasileiro é um reflexo da busca por modelos já consolidados em outros contextos. No entanto, a mera importação de estruturas pode não levar em consideração as particularidades do sistema jurídico e político do Brasil. A transposição de modelos pode gerar desafios de adaptação e implementação, especialmente se não houver uma análise crítica das diferenças contextuais.

Além disso, a promulgação de leis para a criação de entidades similares em âmbito nacional não é garantia de sucesso. A efetividade das Agências Reguladoras depende não apenas da legislação, mas também da cultura institucional, do comprometimento dos agentes envolvidos e da capacidade de adaptação às mudanças do ambiente regulatório. Embora a busca pela eficiência seja uma diretriz importante para as Agências Reguladoras, é crucial garantir que esse objetivo não comprometa a equidade, a justiça social e a transparência. A adaptação de modelos estrangeiros deve ser feita com sensibilidade para as particularidades locais, e é essencial monitorar constantemente o desempenho e a legitimidade dessas entidades para garantir que cumpram efetivamente seus propósitos regulatórios.

Todavia, a agência reguladora, do modo como foi concebida no direito brasileiro, é função do interesse público na busca da eficiência da administração<sup>10</sup>. A busca do interesse público, em todas essas dimensões, é uma obrigação da Administração. Deveria orientar a produção normativa do Poder Legislativo. Deveria fixar os parâmetros da ação e dos projetos do Poder Executivo. É o referencial para toda a atuação do Poder Judiciário<sup>11</sup>. É nesse sentido que a concepção de eficiência tem recorrentemente informado o modelo administrativo brasileiro, pelo menos recentemente, especialmente com Luiz Carlos Bresser<sup>12</sup>, e com a tese de que se devem controlar resultados, e não procedimentos, inaugurando-se novo balizamento de marcos regulatórios.

É incontestável que a Administração Pública desempenha um papel fundamental na regulamentação. Durante o século XX, observou-se uma ampliação significativa das atribuições do Poder Executivo para enfrentar as demandas decorrentes não apenas das grandes guerras, mas também das complexidades envolvendo os mercados globais e as finanças públicas. Nesse contexto, é notório que o texto constitucional faz menção aos órgãos reguladores, indicando sua função de estabelecer parâmetros dentro dos limites da lei, inclusive da Constituição, em

10 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Agências reguladoras – Origens, fundamentos, direito comparado, poder de regulação e futuro. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 13, n. 150, p. 16-22, un. 2014. Disponível em: <https://editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/07/Agencias-reguladoras.pdf> acesso em 15 set. 2023

11 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Agências Reguladoras- Origens, fundamentos, direito comparado, poder de regulação e futuro. Disponível em <https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/07/Agencias-reguladoras.pdf> Acesso em 21 jun 2023

12 BRESSER, Luiz Carlos. A reforma do estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle. The state reform in the 90's: logic and control mechanisms. Scielo, Brazil. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/xQZRPfMdrHyH3vjKLqtmMWd/> acesso em 19 jan 2023

suas respectivas áreas de atuação.

No entanto, é relevante destacar que há correntes de pensamento, baseadas em Celso Antônio Bandeira de Mello, que contestam veementemente o poder regulamentador das agências. Essa perspectiva argumenta que a referência aos órgãos reguladores na Constituição deve ser interpretada apenas como uma atribuição para estabelecer diretrizes, sempre sujeitas às disposições legais, inclusive constitucionais, sem espaço para uma verdadeira e autônoma produção normativa, como ocorre no direito norte-americano.

Segundo esse autor, o aumento da função regulamentar ao longo da história do Brasil resultou, paradoxalmente, na restrição da atividade legislativa, acarretando maiores riscos para o sistema democrático. Essa crítica aponta para a necessidade de equilíbrio entre a atuação regulatória e legislativa, a fim de preservar os princípios democráticos e garantir a efetividade das instituições jurídicas no país.

Outros aspectos relacionados à atuação das agências reguladoras são incorporados na formulação de um plano estratégico, de um plano de gestão anual e de uma agenda regulatória. Em todos esses casos, a meta é priorizar o planejamento a longo prazo, assegurando que as ações implementadas pelas agências estejam alinhadas para cumprir seus objetivos finais. É imperativo reconhecer que esse planejamento está intrinsecamente ligado à integração das atividades das agências reguladoras entre si, com as agências estaduais e com os órgãos de defesa da concorrência, defesa do consumidor e do meio ambiente.

Nesse contexto, a intenção do legislador deve ser promover a integração dos diversos entes e sistemas jurídicos que operam nos setores regulados. Isso visa garantir a segurança jurídica e promover a articulação institucional em um campo de atuação comum. Essa abordagem visa a criar uma estrutura na qual as agências reguladoras, as agências estaduais e os órgãos de defesa possam colaborar de maneira sinérgica, contribuindo para a eficiência e a eficácia da regulação, além de reforçar a cooperação nos aspectos relacionados à concorrência, proteção do consumidor e preservação ambiental. Essa interconexão jurídica e institucional é essencial para consolidar uma abordagem robusta e coesa nos setores regulamentados, garantindo a harmonização e o alinhamento dos esforços para promover o bem público e o interesse geral.

## 2.2. **A LEI 13.848 E SUAS IMPLICAÇÕES À ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS**

A Lei 13.848, de grande relevância no cenário regulatório brasileiro, representa um marco legislativo que impacta diretamente a atuação das agências reguladoras. Em sua parte introdutória, a Lei n.º 13.848/19 começa por normatizar uma questão que, até então, suscitava certa controvérsia doutrinária: os elementos que caracterizam a “natureza especial” das agências reguladoras. A interpretação que

se poderia extrair dessa expressão foi pacificada pela lei, de modo que a natureza especial passa a ser expressamente caracterizada no art. 3º, caput:

Pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos, bem como pelas demais disposições constantes desta Lei ou de leis específicas voltadas à sua implementação

Já no art. 3º, §3º a norma estabelece a obrigatoriedade de as agências reguladoras adotarem práticas de gestão de riscos e de controle interno, bem como de divulgarem os seus programas de integridade, com o objetivo de promover a adoção de medidas e ações institucionais destinadas à prevenção, à detecção, à punição e à remediação de fraudes e atos de corrupção, algo que hoje não é atendido por parte delas. A respeito de tais características, Di Pietro<sup>13</sup> enfatiza:

Costuma-se afirmar que as agências reguladoras gozam de certa margem de independência em relação aos três poderes do Estado: (a) em relação ao Poder Legislativo, porque dispõem de função normativa, que justifica o nome de órgão regulador ou agência reguladora; (b) em relação ao Poder Executivo, porque as normas e decisões não podem ser alteradas ou revistas por autoridades estranhas ao próprio órgão; (c) em relação ao Poder Judiciário, porque dispõem de função quase-jurisdicional no sentido de que resolvem, no âmbito das atividades controladas pela agência, litígios entre os vários delegatários que exercem serviço público mediante concessão, permissão ou autorização e entre estes e os usuários dos respectivos serviços

No capítulo primeiro, que trata do processo decisório das agências reguladoras, destacamos o estabelecimento da necessidade de observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade no art. 4º e da motivação no art. 5º e em todas as atividades por elas empreendidas. Em que pese essas duas obrigações já constarem da Lei de Processo Administrativo Federal, temos como positiva a sua ampliação, que também servirá – como apontaremos abaixo – para as análises técnicas produzidas pelas agências, inclusive para a produção de atos normativos (mencionados expressamente no art. 5º). É relevante, ainda, a obrigatoriedade de publicização e transmissão via internet das reuniões deliberativas do Conselho Diretor (ou da Diretoria Colegiada, conforme o caso), prática que já era comum em uma parte das agências, por exemplo, na ANATEL, na ANAC e na ANEEL, embora ainda inexistente em outra parcela.

Na redação da Lei 13.848/19 há, ainda, notórias semelhanças com a Lei 13.303/16. É o que ocorre no artigo 42 do marco legal, que altera o artigo 5º da Lei 9.986/2000 para exigir que os dirigentes das agências reguladoras tenham experiência profissional de, no mínimo, 10 anos no setor público ou privado, no campo de atividade da regulação ou em área a ela conexas, em função de direção

13 DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 131. Disponível em: [https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/6817/2019\\_dipietro\\_parcerias\\_administracao\\_publica.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/6817/2019_dipietro_parcerias_administracao_publica.pdf?sequence=1&isAllowed=y) acesso em 03 ago. 2023

superior, ou 4 anos ocupando cargos ou função de confiança que demonstrem experiência em chefia, aceitas as hipóteses que passam a enquadrar a alínea “b” do inciso I do referido artigo. Há, ainda, a possibilidade de se indicarem dirigentes com pelo menos 10 anos de experiência como profissional liberal no campo de atividade da agência reguladora ou área conexas. Em todos os casos, o requisito deverá ser cumulativo com a formação acadêmica compatível com o cargo indicado.

A Lei 13.848/19 não conta com regra geral que aborde o conflito de interesse. Há regra específica voltada ao mais óbvio dos casos em que ele poderia se materializar: presença na Diretoria de agente que tenha participação direta ou indireta em empresa ou entidade que atue em setor sujeito à regulação exercida pela agência reguladora em que atuaria ou que tenha matéria ou ato submetido à apreciação desta. Logo, não há previsão idêntica à da Lei 13.303/16 no sentido de blindar o comando das agências reguladoras da presença de pessoas que possam ter outros conflitos de interesses para além do que a lei textualmente delimita, e nem se proibiu expressamente a presença de pessoas ligadas aos contratantes e parceiros.

A questão da definição do alcance das competências das agências reguladoras é, de fato, um ponto crítico que desafia a eficácia e a legitimidade dessas entidades. A afirmação de Adriana Lourenço sobre a importância da definição clara de objetivos, aliada ao respeito à autoridade e autonomia das agências, assim como à transparência em sua atuação, lança luz sobre desafios reais enfrentados por essas instituições. A falta de uma delimitação precisa das competências pode levar a uma sobreposição de responsabilidades ou, inversamente, a lacunas que comprometem a efetividade regulatória. Essa ambiguidade pode abrir espaço para conflitos de jurisdição e fragilizar a autoridade das agências, tornando-as vulneráveis a pressões externas e questionamentos sobre sua legitimidade.

A transparência na atuação das agências reguladoras é crucial para a construção da confiança pública e para a fiscalização efetiva de suas atividades. Sem transparência, abre-se caminho para práticas obscuras e decisões que podem ser interpretadas como favorecimento a determinados setores ou interesses privados. A transparência, portanto, não é apenas um princípio ético, mas uma salvaguarda fundamental para a integridade do processo regulatório.

Nesse sentido, a autonomia das agências, embora seja um elemento essencial para a tomada de decisões técnicas e independentes, também pode ser um ponto sensível. A falta de mecanismos adequados de *accountability* e a ausência de prestação de contas podem transformar a autonomia em um terreno fértil para abusos e decisões arbitrárias, minando a confiança na regulação. Além disso, é importante destacar que a clareza na definição de objetivos não deve ser estática, pois as dinâmicas dos setores regulados podem evoluir ao longo do tempo. A rigidez excessiva pode levar à obsolescência das agências em face de desafios emergentes, como avanços tecnológicos ou mudanças nos padrões de demanda.

Em suma, as dificuldades na definição do alcance das competências das agências reguladoras são reais e representam um desafio contínuo. A reflexão crítica sobre essas questões é crucial para aprimorar o modelo regulatório, garantindo que as agências desempenhem efetivamente seu papel na promoção do interesse público, evitando desvios e garantindo a confiança da sociedade.

### 2.3. A RELEVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA FRENTE À AIR.

As reformas administrativas adotaram como referencial a atividade privada, sendo frequentemente interpretadas por vários estudiosos<sup>14</sup> como uma mudança em direção ao domínio do direito privado. Essa percepção encontra sustentação na ênfase dada aos contratos de gestão, no fortalecimento das agências reguladoras e na promoção de parcerias público-privadas. A eficiência, nesse contexto, necessita ser compreendida em suas dimensões qualitativas e quantitativas. Isso implica na execução das atribuições com máxima presteza, celeridade e dedicação ao bem coletivo, buscando proporcionar serviços de qualidade excepcional e de maneira proficiente.

O princípio da eficiência, muito embora alguns doutrinadores o tivessem por implícito na ordem jurídica constitucional, só surgiu como princípio expresso da Administração Pública a partir da Emenda Constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998. Aqueles que afirmavam que a Constituição Federal já albergava esse princípio, antes mesmo da Emenda n. 19/98, extraíam sua existência do art. 74, inciso II, da Constituição Federal de 1988 que afirma o seguinte:

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: I – (...); II – comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado.

A introdução de maneira expressa na Constituição Federal do princípio da eficiência como princípio da Administração Pública deveu-se ao novo cenário econômico-político mundial que, com a globalização e o neoliberalismo, configurou um modelo de Estado mínimo. De acordo com esse modelo, buscou-se confinar o papel estatal ao de “prestador de serviços públicos essenciais, como aqueles relativos à defesa da pátria, à segurança pública, à administração da justiça, ou ainda, à arrecadação de tributos”. Para Di Pietro<sup>15</sup>, o princípio da eficiência tem duas acepções, uma delas está ligada ao modo e forma de atuação do agente público no exercício de sua função, já a segunda está voltada para a maneira que a administração pública se organiza, com disciplina, objetivando o melhor resultado

<sup>14</sup> PINHEIRO, Rosalliny. A importância do princípio da eficiência como princípio da Administração Pública em relação às Agências Reguladoras. Âmbito Jurídico, 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/a-importancia-do-principio-da-eficiencia-como-principio-da-administracao-publica-em-relacao-as-agencias-reguladoras/> acesso em 14 jul 2023

<sup>15</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 32. ed. São Paulo: Forense, 2019. Disponível em: [https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/6140/2019\\_dipietro\\_direito\\_administrativo.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/6140/2019_dipietro_direito_administrativo.pdf?sequence=1&isAllowed=y) acesso em 12 set. 2023

em menor tempo e com menor custo, assim atendendo ao real sentido da eficiência e sendo justo ao interesse coletivo. O princípio da eficiência é, assim, imprescindível ao bom funcionamento de qualquer administração, pois é destinado a produzir resultados positivos, devendo estar não apenas na organização e estrutura públicas, mas na atividade de cada agente público, ou seja, em todas as atuações do Poder Público.

As agências reguladoras, como são pertencentes à Administração Pública Indireta, quando observarem o princípio da eficiência, que é dos mais importantes para elas, não se devem descuidar dos demais princípios previstos no artigo 37, caput, da Constituição Federal de 1988, quais sejam: os princípios da moralidade, impessoalidade, publicidade e legalidade. Acaso tal descuido se verifique, o ato, apesar de extremamente eficiente, pode ser anulado pela própria agência, através do controle interno previsto no art. 74, inciso II, da Constituição Federal de 1988; pelo Poder Judiciário através do controle jurisdicional ou, ainda, sofrer controle por meio do Poder Legislativo através do Tribunal de Contas.

### 3. **ANÁLISE DO IMPACTO REGULATÓRIO (AIR) DENTRO DA PANDEMIA DE CORONAVÍRUS: (IN)EFICIÊNCIA E OMISSÃO**

A Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019 em seu Art. 6º A adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo.

A positivação dessa obrigação assegura maior transparência e controle do exercício da competência normativa pelas agências nos respectivos setores regulados, deixando para posterior regulamento a exclusão de hipóteses específicas de dispensa de sua elaboração – o que torna a elaboração prévia de Relatório de AIR, enquanto antecedente necessário de uma decisão sobre regulação, a regra geral, podendo ser excepcionada apenas nas hipóteses estritamente previstas no regulamento. Entretanto, não raras as vezes em que o Judiciário pode avaliar o mérito de tais atos, conforme doutrina João Aurino de Melo Filho<sup>16</sup>:

Quando provocado, o Judiciário poderá analisar não só os requisitos vinculados dos atos de regulação, já que realizará uma análise mais profunda, adentrando no próprio mérito do ato, não para que o juiz imponha suas convicções sobre a conveniência e oportunidade do ato, mas para analisar a subsunção do ato às normas superiores e aos princípios administrativos. O Judiciário, se provocado, poderá fiscalizar, inclusive, o processo que antecede a emanação de um ato de regulação, exigindo informações sobre as opções adotadas e suas correlatas justificativas técnico-científicas. O Judiciário poderá analisar se o órgão

16 MELO FILHO, João Aurino de. **Controle jurisdicional na atividade das agências reguladoras. Delimitação da discricionariedade administrativa.** In: ALMEIDA, Elizangela Santos de; XAVIER, Elton Dias. **O poder normativo e regulador das agências reguladoras federais: abrangência e limites.** In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo\\_id=11293&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=11293&n_link=revista_artigos_leitura)>. Acesso em: 20 jun. 2023.



regulador adotou todas as providências necessárias para um profícuo e satisfatório desempenho da sua competência discricionária. E um ato de regulação que ignore ou desrespeite as cautelas necessárias, impostas pelo conhecimento técnico ou científico, pode ser analisado e, se for o caso, invalidado pelo Poder Judiciário. É esse controle amplo do Judiciário, pelo menos potencial, que concederá legitimidade à atividade normativa das agências, que não poderão editar atos arbitrários ou desarrazoados, já que estão sujeitas ao controle jurisdicional. Há, então, uma discricionariedade vigiada.

Além disso, vale destacar o relevante papel conferido aos instrumentos de participação popular nos processos de tomada de decisões pelas agências reguladoras. Isto porque a Lei n.º 13.848/19, de um lado, determina a submissão obrigatória de todas “as minutas e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados” à consulta pública (que deve ter prazo mínimo de quarenta e cinco dias, nos termos do art. 9), e, de outro, autoriza que as agências reguladoras convoquem audiência pública “para formação de juízo e tomada de decisão sobre matéria considerada relevante” (art. 10). Por fim, a norma também confere às agências reguladoras a liberdade de adotar outros meios de participação dos interessados, diretamente ou por meio de associações (art. 11).

Este novo modelo traz a AIR como a segunda etapa da construção da intervenção regulatória e define que ela precederá as propostas de adoção e de alteração de atos normativos de interesse geral editados pela Anvisa. Os resultados da AIR deverão ser apresentados em forma de Relatório de AIR, que poderá ser submetido à TPS, por decisão da Diretoria Colegiada da Agência. A Portaria nº 1741/2018, em seu Art. 57, estabeleceu um período de transição de 2 anos (1º de abril de 2019 a 30 de março de 2021) para que as unidades organizacionais passem a atender os critérios estabelecidos para a AIR no Novo Modelo.

Entre os variados desafios impostos à análise jurídica, incluem-se a inviabilidade de cumprimento de obrigações contratuais e a consequente perda da funcionalidade de contratos comerciais, a eventual responsabilização de empregadores e/ou prestadores de serviço por infecções contraídas em suas dependências ou o aumento do risco de insolvência e de insustentabilidade de dívidas corporativas. Há também uma série de implicações da pandemia para o direito público no Brasil decorrentes, sobretudo, (i) da emergência de um corpo normativo específico para o enfrentamento desta calamidade pública; (ii) do eventual conflito entre, de um lado, as medidas propugnadas para a prevenção do contágio e, de outro, direitos individuais ou outros aspectos do ordenamento jurídico do país; e (iii) das repercussões desta crise para serviços públicos, setores de infraestrutura e seus eventuais prestadores privados.

O subsistema normativo concebido para enfrentar o coronavírus tem origem na Portaria 188 do Ministério da Saúde<sup>17</sup>, de 3 de fevereiro de 2020, responsável pela

17 BRASIL. Ministério da saúde. Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020. Declara emergência em Saúde Pública Nacional (ESPIN)

declaração de emergência em saúde pública de importância nacional (nos termos do Decreto nº 7.616/11). O regulamento ministerial buscou, inicialmente, emitir orientações às autoridades de saúde e sanitárias para a contenção da epidemia. Logo após a declaração de emergência, em 6 de fevereiro de 2020, foi sancionada a Lei nº 13.979<sup>18</sup> a Lei do Coronavírus, posteriormente regulada pela Portaria MS nº 356, de 11 de março, a qual prevê medidas relacionadas ao combate do surto de covid-19, como:

(i) a determinação de isolamentos, quarentenas, exames e testes compulsórios ou o fechamento temporário das fronteiras do país; (ii) a dispensa de licitação para aquisição de bens e serviços destinados ao enfrentamento da emergência e a autorização para requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas (notadamente de hospitais privados, sem a necessidade de celebração de contrato administrativo, e profissionais de saúde, sem a formação de vínculos empregatícios), assegurada a justa indenização; e (iii) a obrigatoriedade, mesmo para pessoas jurídicas de direito privado, de divulgação de informações que possam colaborar com a identificação de pessoas infectadas ou com suspeita de infecção por covid-19, caso demandado por autoridade sanitária.

Após a declaração oficial da pandemia de coronavírus pela Organização Mundial da Saúde (OMS), em 11 de março de 2020, uma série de decretos estaduais e municipais, como a se somou ao regramento federal. Entre as previsões dos decretos estaduais estão desde a mera internalização, nos respectivos ordenamentos estaduais, das disposições e instrumentos constantes da Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020; a emissão de comandos vinculantes a órgãos e entidades das administrações públicas estaduais, até a suspensão de eventos, atividades coletivas e aulas por prazo determinado.

Alguns dispositivos, no entanto, ganham destaque, particularmente nos decretos do Distrito Federal e do Rio de Janeiro. O instrumento brasiliense, em seu art. 5º, declara que será considerado abuso do poder econômico a elevação de preços, sem justa causa, com o objetivo de aumentar arbitrariamente os lucros sobre insumos e serviços relacionados ao enfrentamento da covid-19 (tanto na forma da Lei nº 12.529/1119 quanto do Decreto nº 52.025/6320). O decreto carioca, por sua vez, determina, em seu art. 6º, que as “pessoas jurídicas de direito privado que prestam serviços à população em geral deverão observar as boas práticas fornecidas

em decorrência da Infecção Humana pelo Coronavírus (2019-nCoV). Brasília, 2020. Disponível em: [https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2020/prt0188\\_04\\_02\\_2020.html](https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2020/prt0188_04_02_2020.html) acesso em 10 jun. 2023

18 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. Brasília, 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm#](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm#) acesso em 12 jun 2023.

19 BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília, 30 de novembro de 2011. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm) acesso em 02 jul. 2023

20 BRASIL. Decreto nº 52.025, de 20 de maio de 1963. Aprova o regulamento da Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, que regula a repressão ao abuso do poder econômico. Brasília, 20 de maio de 1963. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/d52025.htm#:~:text=D52025&text=DECRETO%20No%2052.025%2C%20DE%20%20DE%20MAIO%20DE%201963.&text=Aprova%20o%20regulamento%20da%20Lei,ao%20abuso%20do%20poder%20econ%C3%B4mico.](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/d52025.htm#:~:text=D52025&text=DECRETO%20No%2052.025%2C%20DE%20%20DE%20MAIO%20DE%201963.&text=Aprova%20o%20regulamento%20da%20Lei,ao%20abuso%20do%20poder%20econ%C3%B4mico.) Acesso em 05 maio 2023.



pela Organização Mundial de Saúde”.

Em virtude dessas disposições, evidencia-se um esforço por parte do Distrito Federal e do Rio de Janeiro em estabelecer mecanismos normativos que combatam práticas abusivas durante a pandemia de covid-19. O destaque dado a esses dispositivos reflete a preocupação legítima com a preservação da equidade e do interesse público diante de desafios extraordinários. O artigo 5º do decreto brasileiro, ao proibir a elevação injustificada de preços relacionados ao combate à pandemia, demonstra uma clara intenção de coibir a exploração econômica indevida em momentos críticos. Da mesma forma, o artigo 6º do decreto carioca, ao orientar as pessoas jurídicas a seguir as boas práticas da Organização Mundial de Saúde, ressalta a importância de alinhar as ações privadas aos padrões internacionais de saúde pública. Ambos os dispositivos convergem para a promoção de comportamentos éticos e responsáveis no contexto da crise sanitária, sublinhando a relevância da cooperação entre o poder público e a iniciativa privada para o enfrentamento eficaz da situação atual.

### 3.1. A JUDICIALIZAÇÃO DECORRENTE DA OMISSÃO NORMATIVA

A quantidade de demandas judiciais propostas em razão da demora e da omissão das agências reguladoras em decidir não é desprezível. Uma pesquisa junto ao repositório de decisões dos Tribunais aponta que o tema tem sido objeto de centenas de ações judiciais nas duas últimas décadas, em alguns casos levando à substituição de decisões que competiriam originariamente às agências por determinações judiciais.

Embora seja comum encontrar na doutrina a afirmação de que o Poder Judiciário não deve se imiscuir no mérito de questões regulatórias, sob pena de se afetar a harmonia e o equilíbrio dos sistemas regulados, uma questão de difícil elucidação consiste em saber como os tribunais comportam-se nos casos de demora das agências reguladoras no exercício de seu poder decisório<sup>21</sup>.

O poder normativo conferido às agências reguladoras é essencial para a execução das políticas públicas traçadas pelo Poder Executivo central, permitindo o desenvolvimento de normas setoriais específicas. Com isso, conferiu-se autonomia às agências para regularem a complexa e dinâmica realidade econômica e social subjacente, permitindo a interação com os agentes regulados do setor privado. Fato é que a Administração não pode deixar de exercer as suas atribuições, omitindo-se em proceder à edição de normas, ao exercício de seu poder de polícia fiscalizatório, bem como à solução de pontos de divergência entre os agentes. Proceder de outro modo configuraria renúncia à persecução dos interesses públicos, invertendo justamente o papel para o qual as agências foram concebidas, o que pode acarretar,

21 SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. SCHILLER, Alexandre Ortigão Sampaio Buarque. Revisão Judicial da Omissão das Agências Reguladoras no Dever de Decidir: uma pesquisa empírica. IDP: RDU, Porto Alegre, Volume 15, nº83, 2018. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3169/pdf> acesso em 06 jun. 2023

por sua vez, o surgimento de litígios e a judicialização dos temas afetos à regulação, com a substituição de questões regulatórias por decisões judiciais.

A omissão se dá tanto na falta de normatização quanto na demora da agência na fiscalização ou na deliberação de matérias sujeitas a processo administrativo, em desrespeito às normas e prazos legais, a exemplo da Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, ou das leis instituidoras das agências. Celso Antônio Bandeira de Mello pontua que, “se a Administração não se pronuncia quando deve fazê-lo, seja porque foi provocada por administrado que postula interesse próprio, seja porque um órgão tem de pronunciar-se para fins de controle de ato de outro órgão, está-se perante o silêncio administrativo”. O texto destaca uma problemática significativa relacionada à omissão por parte das agências reguladoras, seja na ausência de normatização ou na demora na fiscalização e deliberação de questões sujeitas a processo administrativo.

Nesse sentido, a crítica se fundamenta na violação das normas e prazos legais e ressalta a importância do cumprimento rigoroso das normas e prazos estabelecidos para o processo administrativo, essenciais para garantir a eficácia e a transparência das ações regulatórias. A omissão, seja por falta de normatização ou demora na resposta, pode resultar em sérias consequências, como a insegurança jurídica, a falta de previsibilidade para os administrados e a fragilização do sistema regulatório como um todo. No entanto, ao considerar a complexidade e diversidade de questões enfrentadas pelas agências, é necessário abordar criticamente não apenas a omissão em si, mas também avaliar as condições e desafios que podem levar a tal comportamento, visando soluções que promovam uma atuação mais eficiente e responsiva por parte das agências reguladoras.

As omissões e a demora podem decorrer tanto da falta de recursos suficientes quanto de captura, falha do corpo técnico e mesmo da simples má gestão dos recursos. Todavia, falhas das agências por omissão geram efeitos adversos ao mercado. No caso da regulação econômica, a omissão pode acarretar prejuízos aos consumidores e a empresas que prestam serviços de interesse público. Já no caso da regulação social, a omissão das agências reguladoras pode afetar áreas como saúde, educação, meio ambiente e saneamento.

Um dos riscos que decorre daí é justamente o de judicialização e, como consequência, de substituição da solução que deveria ser dada pela agência reguladora pela decisão judicial, o que não apenas pode prejudicar a função regulatória e o planejamento setorial, como gerar novas distorções nos aspectos econômico e social. A título ilustrativo, vejamos que uma decisão judicial que autorize uma linha de ônibus a funcionar em razão da mora da ANTT em analisar o pleito do requerente poderá ter efeitos sobre a concorrência, segurança de trânsito, e até mesmo de engenharia de tráfego, dado que pode contribuir para aumentar a quantidade de veículos nas rodovias – tema que está diretamente sujeito à regulação e à análise técnica da agência reguladora.

A substituição das agências pelos tribunais tem o condão de gerar uma série de consequências para os setores regulados, a começar pela perda de confiança e credibilidade nas agências reguladoras, avançando até a perda de harmonia e de equilíbrio do sistema, o que pode prejudicar a implementação das políticas públicas, gerando efeitos perversos para o mercado e para a sociedade. É o que pondera Sérgio Guerra<sup>22</sup>:

Se o julgador alterar um ato administrativo regulatório, que envolve, fundamentalmente, a eleição discricionária dos meios técnicos necessários para o alcance dos fins e interesses setoriais – despedido das pressões políticas comumente sofridas pelos representantes escolhidos pelo sufrágio –, esse Magistrado, na maioria das vezes, poderá, por uma só penada, afetar toda a harmonia e equilíbrio de um subsistema regulado.

Uma análise crítica desse ponto de vista destaca a importância da separação de poderes e da autonomia das agências reguladoras na tomada de decisões técnicas e especializadas. A eleição discricionária dos meios técnicos por essas agências é muitas vezes baseada em conhecimentos técnicos especializados e na compreensão aprofundada das complexidades do setor regulado.

No entanto, a crítica levantada destaca uma preocupação legítima. A intervenção excessiva do poder judiciário em decisões técnicas pode, de fato, resultar em desequilíbrios no subsistema regulado. Isso porque os magistrados nem sempre têm a expertise técnica necessária para avaliar plenamente as complexidades envolvidas em regulamentações específicas. A decisão judicial, muitas vezes, pode ser influenciada por fatores não técnicos, o que pode comprometer a eficácia e a consistência das regulações.

Além disso, a menção às pressões políticas sofridas pelos representantes eleitos chama a atenção para a possibilidade de que a intervenção judicial seja vista como uma alternativa menos suscetível a essas pressões. No entanto, é importante reconhecer que, mesmo sem as pressões políticas diretas, as decisões judiciais também podem ser influenciadas por contextos políticos, jurisprudências e visões ideológicas.

Em suma, embora a crítica aponte para a preocupação válida sobre os riscos de desequilíbrio ao permitir que o judiciário altere atos administrativos regulatórios, é fundamental buscar um equilíbrio entre a expertise técnica das agências reguladoras e o papel de supervisão do judiciário. Isso pode ser alcançado através de mecanismos que assegurem a revisão judicial sem comprometer a autonomia técnica das agências, garantindo, assim, uma abordagem equilibrada na busca pela harmonia e eficiência nos subsistemas regulados.

22 GUERRA, Sérgio. Controle das agências reguladoras por meio de supervisão ministerial. Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte, ano 3, n. 10, p. 205-221, abr./jun. 2005. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2005;1000744423> acesso em 21 out. 2023

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após décadas desde a constituição das agências reguladoras, a constante judicialização da saúde, a mora e omissão das agências reguladoras aponta para a existência de deficiências no modelo previsto pelo legislador. A coleta de dados da legislação envolveu a análise da constituição federal, emendas constitucionais, leis e decretos relacionados ao modelo regulatório brasileiro. O artigo sugere uma tendência de o Poder Judiciário reconhecer a ilegalidade da mora ou omissão das agências e conferir prazo para que elas deem solução às questões pendentes, seja para apreciar as demandas administrativas, seja para editar normas e executar sua competência.

O número de decisões abordando o tema da omissão e da mora das agências reguladoras ao longo dos anos, revelando que deve haver, portanto, uma maior preocupação das agências em aumentar os seus instrumentos de controle e de resposta. Esse fenômeno não alcança todas as agências com a mesma intensidade, o que aponta para a relevância de se adotarem diferentes soluções, de acordo com as características e peculiaridades de cada agência reguladora.

Quanto mais bem estruturadas e transparentes forem as agências, e quanto melhor for a procedimentalização e a estruturação das suas atividades, menor espaço haverá para a judicialização de casos de mora ou omissão no dever de decidir. Para obter os resultados e respostas acerca da problematização apresentada neste trabalho, foram escolhidos os marcos teóricos da legislação acerca das Agências Reguladoras e sobre a AIR. Assim sendo, o trabalho transcorreu a partir do método conceitual-analítico, visto que se utilizou conceitos e ideias de outros autores, adequados aos objetivos, para a construção de uma análise científica sobre o objeto de estudo.

Espera-se, com este estudo, lançar as bases para a construção de uma agenda de pesquisa sobre o tratamento conferido às agências reguladoras no Brasil, em detrimento da cobrança de sua atividade normativa

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis. Roberto. **Agências Reguladoras. Constituição e transformações do Estado e Legitimidade Democrática.** Revista De Direito Administrativo, 229, 285–312. 2002. <https://doi.org/10.12660/rda.v229.2002.46445>. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/46445/45191> acesso em 10 set. 2023

BRASIL. **Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997.** Dispõe sobre a alteração dos procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. (Lei das Agências reguladoras). Diário Oficial da União, Brasília, 9 de setembro de 1997. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9491.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9491.htm) acesso em 10 dez. 2023

BRASIL. **Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999.** Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Brasília, 1999. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9782.htm#:~:text=L9782&text=LEI%20N%C2%BA%209.782%2C%20DE%2026%20DE%20JANEIRO%20DE%201999.&text=Define%20o%20Sistema%20Nacional%20de,Sanit%C3%A1ria%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A1ncias](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9782.htm#:~:text=L9782&text=LEI%20N%C2%BA%209.782%2C%20DE%2026%20DE%20JANEIRO%20DE%201999.&text=Define%20o%20Sistema%20Nacional%20de,Sanit%C3%A1ria%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A1ncias). Acesso em 05 ago 2023

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília, 30 de novembro de 2011. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm) acesso em 02 jul. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 52.025, de 20 de maio de 1963.** Aprova o regulamento da Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, que regula a repressão ao abuso do poder econômico. Brasília, 20 de maio de 1963. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/d52025.htm#:~:text=D52025&text=DECRETO%20No%2052.025%2C%20DE%2020%20DE%20MAIO%20DE%201963.&text=Aprova%20o%20regulamento%20da%20Lei,ao%20abuso%20do%20poder%20econ%C3%B4mico](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/d52025.htm#:~:text=D52025&text=DECRETO%20No%2052.025%2C%20DE%2020%20DE%20MAIO%20DE%201963.&text=Aprova%20o%20regulamento%20da%20Lei,ao%20abuso%20do%20poder%20econ%C3%B4mico). Acesso em 05 maio 2023.

BRASIL. **Ministério da saúde. Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020.** Declara emergência em Saúde Pública Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo Coronavírus (2019-nCoV). Brasília, 2020. Disponível em: [https://bvsmis.saude.gov.br/bvsmis/saudelegis/gm/2020/prt0188\\_04\\_02\\_2020.html](https://bvsmis.saude.gov.br/bvsmis/saudelegis/gm/2020/prt0188_04_02_2020.html) acesso em 10 jun. 2023

BRASIL. **Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019.** Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, altera a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, a Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, a Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, a Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, a Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, a Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, e a Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001. Brasília, 25 de junho de 2019. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/l13848.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13848.htm) acesso em 26 jul. 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. Brasília, 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm#](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm#) acesso em 12 jun 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000.** Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Brasília, 2000. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9961.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9961.htm) acesso em 06 jun. 2023

BRESSER, Luiz Carlos. **A reforma do estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle.** The state reform in the 90's: logic and control mechanisms. Scielo, Brazil. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/xQZRPfMdrHyH3vjKLqtmMwd/> acesso em 19 jan 2023

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 32. ed. São Paulo: Forense, 2019. Disponível em: [https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/6140/2019\\_dipietro\\_direito\\_administrativo.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/6140/2019_dipietro_direito_administrativo.pdf?sequence=1&isAllowed=y) acesso em 12 set. 2023

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 131. Disponível em: [https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/6817/2019\\_dipietro\\_parcerias\\_administracao\\_publica.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/6817/2019_dipietro_parcerias_administracao_publica.pdf?sequence=1&isAllowed=y) acesso em 03 ago. 2023

GUERRA, Sérgio. **Controle das agências reguladoras por meio de supervisão ministerial**. Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte, ano 3, n. 10, p. 205-221, abr./jun. 2005. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn:urn:lex:br:redes.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2005;1000744423> acesso em 21 out. 2023

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Agências reguladoras** – Origens, fundamentos, direito comparado, poder de regulação e futuro. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 13, n. 150, p. 16-22, un. 2014. Disponível em: <https://editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/07/Agencias-reguladoras.pdf> acesso em 15 set. 2023

JORDÃO, Eduardo. RIBEIRO, Leandro Molhano. SALINAS, Natasha Schimitt Caccia. SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **A produção legislativa do Congresso Nacional sobre agências reguladoras**. RIL Brasília a. 56 n. 222 abr./jun. 2019 p. 75/107. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/222/ril\\_v56\\_n222\\_p75.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/222/ril_v56_n222_p75.pdf) acesso em 07 set. 2023

LOURENÇO, Adriana Nickel. **Regendo a Atividade Regulatória: A Nova Legislação das Agências Reguladoras Federais no Brasil**. 2010. 96 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Mestrado em Administração Pública, Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2010, p. 90. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/server/api/core/bitstreams/ac219d05-3dd4-4fc2-abae-ff5decd87173/content> acesso em 22 ago. 2023.

MELO FILHO, João Aurino de. **Controle jurisdicional na atividade das agências reguladoras. Delimitação da discricionariedade administrativa**. In: ALMEIDA, Elizangela Santos de; XAVIER, Elton Dias. **O poder normativo e regulador das agências reguladoras federais: abrangência e limites**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo\\_id=11293&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=11293&n_link=revista_artigos_leitura). Acesso em: 20 jun. 2023.

PINHEIRO, Rosalliny. **A importância do princípio da eficiência como princípio da Administração Pública em relação às Agências Reguladoras**. *Âmbito Jurídico*, 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/a-importancia-do-principio-da-eficiencia-como-principio-da-administracao-publica-em-relacao-as-agencias-reguladoras/> acesso em 14 jul 2023

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. SCHILLER, Alexandre Ortigão Sampaio Buarque. **Revisão Judicial da Omissão das Agências Reguladoras no Dever de Decidir: uma pesquisa empírica**. IDP: RDU, Porto Alegre, Volume 15, nº83, 2018. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3169/pdf> acesso em 06 jun. 2023

## O BENEFÍCIO DA PRESTAÇÃO CONTINUADA E A INCLUSÃO SOCIAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: UMA ANÁLISE DOS REQUISITOS LEGAIS E DA ASSISTÊNCIA SOCIAL

### *THE BENEFIT OF CONTINUED PROVISION AND THE SOCIAL INCLUSION OF PERSONS WITH DISABILITIES: AN ANALYSIS OF LEGAL REQUIREMENTS AND SOCIAL ASSISTANCE*

artigos  
científicos

Murilo Muniz Fuzetto<sup>1</sup>

Giovana Vitória Fernandes Mármore<sup>2</sup>

#### RESUMO

O presente estudo, utilizando o método dedutivo, tem como objetivo contribuir para a compreensão da assistência social, os direitos das pessoas com deficiência e o papel do Benefício da Prestação Continuada (BPC) na promoção da inclusão social. Para isso, são abordados conceitos terminológicos e conceituais sobre a pessoa com deficiência, bem como a legislação brasileira que rege a assistência social e os requisitos legais do BPC. Destaca-se a importância do BPC como um vetor para a inclusão social, proporcionando autonomia, participação social e acesso a recursos essenciais, como tecnologias assistivas e capacitação para o mercado de trabalho. Além disso, o requisito de miserabilidade é analisado à luz dos princípios da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência. A pesquisa foi realizada por meio de revisão doutrinária e análise de artigos científicos. Os resultados apontam para a necessidade de políticas e práticas inclusivas que fortaleçam os direitos das pessoas com deficiência, promovendo uma sociedade mais justa e igualitária. A compreensão aprofundada dessas questões é essencial para aprimorar as políticas sociais e garantir a plena inclusão e dignidade desses cidadãos.

**Palavras-chave:** Pessoa com deficiência. Assistência Social. Benefício da Prestação Continuada. Requisito de Miserabilidade. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

#### ABSTRACT

The present study, using the deductive method, aims to contribute to the understanding of social assistance, the rights of people with disabilities and the role of the Benefit of Continuous Provision (BPC) in promoting social inclusion. For this, terminological and conceptual concepts about the disabled person are addressed, as well as the Brazilian legislation that governs social assistance and the legal

1 Doutorando em Direito pela Universidade de Marília (UNIMAR). Mestre em Direito pela mesma instituição (2021), onde foi bolsista CAPES. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente (2019). Graduado em Direito pela mesma instituição (2016). Foi estagiário-docente na Toledo Prudente de 2017 a 2021, atuando como tutor de Ensino a Distância (EAD) na disciplina de Estágio Supervisionado II (arbitragem) e como supervisor da extensão do Núcleo Especial Criminal (NECRIM). Atualmente é Supervisor de Prática Profissional na Toledo Prudente, auxiliando no desenvolvimento e ministrando aulas de Estágio Supervisionado I (métodos adequados de solução de conflitos) e Estágio Supervisionado II (arbitragem). Advogado. E-mail: murilofuzetto@hotmail.com.

2 Discente do 9º termo do curso de Direito no Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente/ SP. E-mail: giovanafmarmore@hotmail.com.



requirements of the BPC. The importance of the BPC as a vector for social inclusion is highlighted, providing autonomy, social participation and access to essential resources, such as assistive technologies and training for the job market. In addition, the poverty requirement is analyzed in light of the principles of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. The research was carried out through doctrinal review and analysis of scientific articles. The results point to the need for inclusive policies and practices that strengthen the rights of people with disabilities, promoting a more just and egalitarian society. An in-depth understanding of these issues is essential to improve social policies and ensure the full inclusion and dignity of these citizens.

**Keywords:** Person with disability. Social assistance. Continuous Payment Benefit. Miserability Requirement. Principle of Human Dignity.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. BREVES COMENTÁRIOS TERMINOLÓGICOS E CONCEITUAIS SOBRE A PESSOA COM DEFICIÊNCIA. 3. A ASSISTÊNCIA SOCIAL E O BENEFÍCIO DA PRESTAÇÃO CONTINUADA. 3.1 A assistência social no ordenamento jurídico brasileiro. 3.2 Requisitos legais do Benefício da Prestação Continuada. 3.3 O BPC como vetor da inclusão social da pessoa com deficiência. 4. O REQUISITO DE MISERABILIDADE À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. 5. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

## 1. INTRODUÇÃO

Por meio deste artigo científico, utilizado o método dedutivo, objetivou-se abordar a relação entre a assistência social e o Benefício da Prestação Continuada (BPC) no contexto da inclusão social da pessoa com deficiência, sendo examinado de forma crítica e fundamentada seus aspectos terminológicos, conceituais e jurídicos, bem como discutido o requisito de miserabilidade à luz dos princípios estabelecidos pela Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência.

A metodologia que se empregou neste estudo é de natureza predominantemente doutrinária, com análise das legislações, jurisprudências e pesquisa de artigos científicos relevantes sobre o tema em questão. Por meio dessa abordagem, buscou-se embasar teoricamente reflexões e análises, proporcionando uma visão aprofundada sobre a assistência social e o BPC, assim como os desafios e perspectivas para sua implementação e efetivação.

A pertinência temática está pautada na importância do BPC como ferramenta para a busca pela fase da plenitude da inclusão social da pessoa com deficiência. Tem-se que a presente de seguridade social possui o escopo de propiciar recursos financeiros ao membro do grupo hipossuficiente em foco para que consiga efetivar seus direitos básicos, tais como, por exemplo, lazer, moradia, alimentação, educação, etc. Com isso, far-se-á imprescindível trazer a discussão sobre os requisitos para a concessão de tal bemestar.



Neste trabalho, os capítulos foram estruturados de forma a fornecer uma base sólida para compreender o contexto da assistência social no ordenamento jurídico brasileiro. Em seguida, procedeu-se à apresentação dos requisitos legais do BPC e sua relevância como instrumento de inclusão social para a pessoa com deficiência. Ademais, foi dedicado um capítulo para examinar o requisito de miserabilidade à luz dos princípios da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, visando compreender sua interpretação jurídica e os desafios enfrentados nessa perspectiva.

Com este estudo, buscou-se contribuir com a ampliação do conhecimento e da reflexão sobre a assistência social, os direitos das pessoas com deficiência e o papel do BPC na promoção da inclusão social. Essa discussão, portanto, é fundamental para o avanço de políticas e práticas inclusivas, bem como para o fortalecimento dos direitos dessa parcela da população, reforçando a construção de uma sociedade mais justa e igualitária para todos os cidadãos.

## 2. **BREVES COMENTÁRIOS TERMINOLÓGICOS E CONCEITUAIS SOBRE A PESSOA COM DEFICIÊNCIA**

Antes de iniciar a investigação sobre a pessoa com deficiência e o Benefício assistencial da Prestação Continuada, é essencial realizar uma exploração aprofundada dos conceitos e terminologias que abrangem esses cidadãos. Ao longo do tempo, a designação utilizada para se referir às pessoas com deficiência passou por transformações significativas. Atualmente, observa-se uma abordagem mais respeitosa e humanitária em relação a esses indivíduos, embora nem sempre tenha sido assim.

Foi necessário o surgimento de novas leis e regulamentos para mudar as perspectivas de identificação desses indivíduos, reconhecendo que esse conceito abrange questões muito maiores do que a gramática em si. Segundo Sasaki<sup>3</sup>, uma verdadeira sociedade inclusiva também deve ter cuidado com sua linguagem, pois é através dela que se expressa o respeito ou a discriminação em relação às pessoas com deficiência.

Durante o governo de Sarney (1985-1990) no Brasil, houve um aumento significativo no debate e na conscientização dessas questões, impulsionado por um movimento participativo no Congresso Nacional Constituinte liderado pelas pessoas com deficiência. Foi nesse contexto que as lutas pelos direitos desse grupo começaram a ganhar destaque no país. No entanto, apesar desse progresso, a terminologia adequada ainda não era amplamente adotada, sendo o termo “portador de deficiência” amplamente difundido.

Foi ponderando-se que essas pessoas não carregam a deficiência como se fosse um documento de identidade ou algum outro objeto, como ressalta Sasaki<sup>4</sup>,

3 SASSAKI, Romeu Kazumi. Terminologia sobre deficiência na era da inclusão. Revista Nacional de Reabilitação, São Paulo, ano, v. 5, 2003, p. 01.

4 SASSAKI, Romeu Kazumi. Terminologia sobre deficiência na era da inclusão. Revista Nacional de Reabilitação, São Paulo, ano, v. 5,

além disso, Araújo<sup>5</sup> reforça que a pessoa não porta ou conduz a deficiência, pelo contrário, a deficiência faz parte dela. Portanto, o termo mais adequado seria “pessoa com deficiência”, acentuando a pessoa como o núcleo central da expressão, juntamente com a própria deficiência.

No âmbito internacional, é importante ressaltar que a Organização das Nações Unidas produziu a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes em 1975, marco inicial dos debates sobre o assunto à época. Posteriormente, destacam-se menções relevantes na Convenção nº 159 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), promulgada em 1983 e com vigência a partir de 18 de maio de 1991. Além disso, merece destaque a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiência, a qual entrou em vigor no país em 8 de outubro de 2001.

Em um marco menos distante, em 30 de março de 2007, ocorreu a assinatura da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo em Nova York. Essa Convenção foi posteriormente promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 6.949, em 25 de agosto de 2009, após aprovação do Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 186. Um aspecto relevante presente no artigo 1º dessa Convenção é o uso do termo “pessoa com deficiência”, visando valorizar e empoderar essas pessoas, conforme ressaltado por Sasaki<sup>6</sup>. Essa abordagem contribui para evitar possíveis viés discriminatórios, ao centrar o foco na própria pessoa, como destacado por Botelho<sup>7</sup>.

No que diz respeito ao conceito de deficiência, é perceptível que, por muito tempo, predominaram critérios exclusivamente médicos em sua análise. No entanto, ao longo dos anos, essas definições evoluíram. Em escala internacional, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência desempenhou um papel fundamental na efetivação de diversas normas e, principalmente, estimulou a discussão de temas e conceitos relevantes. Um elemento destacado nessa disposição legal é a alínea “e” de seu preâmbulo, que enfatiza a natureza mutável do conceito de deficiência, devendo ser revisado e atualizado em cada contexto histórico. Outrossim, essa disposição reconhece que a deficiência resulta da interação entre os indivíduos e as barreiras presentes nas atitudes e nos ambientes, que impedem sua plena participação na sociedade em igualdade de oportunidades com os demais.

De acordo com Belitani Martins<sup>8</sup>, ao longo desses 35 anos desde a promulgação da Constituição de 1988, o Poder Público implementou diversas medidas legislativas e administrativas com o objetivo de garantir a efetivação dos direitos sociais estabelecidos na Constituição. Da mesma forma, o Poder Judiciário

2003, p. 07.

5 ARAUJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência. Brasília: CORDE, 2011.

6 SASSAKI, Romeu Kazumi. Terminologia sobre deficiência na era da inclusão. Revista Nacional de Reabilitação, São Paulo, ano, v. 5, 2003, p. 14.

7 BOTELHO, Marcos César. A pessoa com deficiência no ordenamento jurídico brasileiro. Revista da AGU, Brasília, DF, v. 9, n. 26, 2010.

8 BELITANI MARTINS, Fladimir Jerônimo. A Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência e seus reflexos no benefício da prestação continuada, 2014. Disponível em: <http://eventos.uenp.edu.br/siacrid/trabalhos-antigos/sistema-constitucional-de-garantia-de-direitos-e-bioetica.pdf#page=6>. Acesso em: 24 abr. 2023.

tem desempenhado um papel ativo na concretização desses direitos. No entanto, isso não significa necessariamente que a promessa constitucional de um verdadeiro Estado Social e Democrático de Direito tenha sido plenamente cumprida, embora haja evidências de avanços significativos.

No que se refere à proteção das pessoas com deficiência no âmbito exclusivamente nacional, mencionam-se diversas leis que alteraram paradigmas sociais marcantes. Dentre elas, no presente estudo, será dada atenção à Lei nº 8.742/93, a qual dispõe sobre a organização da assistência social e disciplina o benefício de prestação continuada, nos termos do que é estabelecido pelo art. 203, V, da Constituição Federal. Além disso, será examinada a influência da mencionada Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência na elaboração da Lei nº 12.435/2011, que promoveu alterações na Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), garantindo maior acesso ao benefício.

Por fim, ainda sobre a evolução do nosso ordenamento jurídico nesse debate, destaca-se a Lei 13.146/2015, conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência. De acordo com Araújo<sup>9</sup> essa lei é simplesmente a execução minuciosa do arranjo internacional estabelecido pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, com o objetivo de implementar medidas para a efetivação dos direitos garantidos pela Convenção. Ele ainda ressalta que a ideia de um “Estatuto da Pessoa com Deficiência” confere à lei uma dimensão de unidade e sistematização, que interfere em diversos diplomas legais.

Com a nova concepção de caracterização da deficiência, surgem novas análises. De acordo com Farias, Cunha e Pinto<sup>10</sup>, passa-se a observar a incidência de fatores que vão além dos aspectos meramente biológicos, incorporando também os aspectos psicossociais que cercam esses sujeitos. Nesse contexto, no presente estudo, são adicionados fatores sociais, como nível de escolaridade, ocupação profissional, composição familiar, entre outros, a fim de ampliar a compreensão da realidade das pessoas com deficiência.

Em consonância, o art. 4º, II e art. 16, §2º do Decreto 6.214/2007, o regulamento do benefício da prestação continuada indica como se dá o reconhecimento de uma pessoa com deficiência e de que forma a avaliação deve ser realizada, de modo que a avaliação social “considerará os fatores ambientais, sociais e pessoais”, enquanto que a avaliação médica “considerará as deficiências nas funções e nas estruturas do corpo, e ambas consideram a limitação do desempenho de atividades e a restrição da participação social, segundo suas especificidades”.

Conclui-se, de acordo com Araújo<sup>11</sup>, que a descrição de pessoa com deficiência não se relaciona automaticamente ao impedimento físico, intelectual, mental ou

9 ARAUJO, Luiz Alberto David. O estatuto da pessoa com deficiência - EPCD (Lei 13.146, de 06.07.2015): algumas novidades. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 104, n. 958, 2015, p. 01.

10 FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Estatuto da pessoa com deficiência comentado, 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

11 ARAUJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência. Brasília: CORDE, 2011, p. 07-08.

sensorial, mas sim a partir da sua interação com as diversas barreiras existentes, tais como as relacionadas ao ambiente social e a discriminação, sendo estas responsáveis por obstruírem a plena e efetiva participação na sociedade em igualdade de condições com o restante da população, resultando, conseqüentemente, na necessidade da inclusão social como forma de inserção.

Congruente com os conceitos e elementos que circundam a pessoa com deficiência, percebe-se que, a relação do indivíduo que possui suas peculiaridades e o seu encontro com as barreiras sociais, está intimamente ligada com a maneira que a sociedade e o Estado colaboraram para a superação desses desafios. E é nesse ponto que se extrai a importância do estudo da inclusão social, que, por sua vez, também se relaciona a dois grandes institutos constitucionais: o da igualdade e o da dignidade da pessoa humana, que serão examinados posteriormente.

### **3. A ASSISTÊNCIA SOCIAL E O BENEFÍCIO DA PRESTAÇÃO CONTINUADA**

Neste capítulo, por meio de estudos doutrinários e legislativos, realizar-se-á uma análise aprofundada da Assistência Social, fornecendo uma breve descrição de sua evolução no país e de como ela se apresenta na atualidade, destacando a sua distinção em relação aos outros institutos existentes. Em seguida, os requisitos do Benefício da Prestação Continuada serão explorados, ressaltando as disposições legais, os diferentes entendimentos administrativos e jurisprudenciais. Por fim, será enfatizado de que maneira se considera o benefício como uma ferramenta indispensável para conduzir a inclusão social da pessoa com deficiência.

#### **3.1. A ASSISTÊNCIA SOCIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

A Constituição Federal de 1988, de acordo com Farias<sup>12</sup> trouxe como uma de suas mais importantes inovações a instituição da seguridade social, que foi inserida em um contexto de fomento da justiça social, haja vista a redemocratização nacional. Chaves<sup>13</sup> destaca que a assistência social não é filantropia nem favor estatal, mas trata-se de um direito que objetiva viabilizar, de forma equânime, a autonomia individual necessária ao exercício qualificado da cidadania de pessoas que, apesar de materialmente excluídas, devem ser reconhecidas, a todo o momento, como livres e iguais.

Conforme se extrai do próprio Art. 1º da Lei n. 8.742/1993, percebe-se o uso do termo “Política de Seguridade Social”, e Santos<sup>14</sup> acredita que a Assistência Social se insere nesse âmbito a fim de que, mesmo não sendo contributiva, venha a prover

12 FARIAS, Pedro César Lima de. A seguridade social no Brasil e os obstáculos institucionais à sua implementação. Brasília: MARE/ENAP, 1997.

13 CHAVES, Vitor Pinto. O direito à assistência social no Brasil: reconhecimento, participação e alternativas de concretização. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 12.

14 SANTOS, Marisa Ferreira dos. Direito previdenciário. São Paulo: Saraiva Jur, 2022.

aos cidadãos o mínimo social através de uma série de ações de iniciativas públicas, e que dessa maneira, possam garantir o atendimento das necessidades básicas da população brasileira.

No que diz respeito a Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, conhecida também como Convenção de Nova York, nota-se que existe uma responsabilização por parte do Estado a prestar a proteção e assistência que as famílias desses indivíduos necessitem, conforme se extrai em seu preâmbulo, alínea x), assim como o dever de assistência em face aos grupos em situação de pobreza, disposto no artigo 28. E analisando de maneira principiológica, conclui-se que tais objetivos estão estreitamente ligados à garantia e preservação da dignidade da pessoa humana, haja vista que essa, conforme conceitua Ingo Sarlet<sup>15</sup>, em seu conceito envolve:

Uma qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Dessa maneira, a aplicação desse valor se relaciona com a seguridade social de maneira clara, haja vista que seu objetivo é garantir aos cidadãos uma oportunidade de alcançarem um patamar mínimo de vida, digno de uma existência plena. Por lógica, parte-se da premissa de que todo indivíduo tem o direito a esse acesso, surgindo a ideia da universalidade, princípio fundamental na análise previdenciária, por essa razão o Art. 2º, inciso I da Lei 8.213/91 e o Art. 194, inciso I da Constituição Federal (CF) preveem tal estipulação.

Conforme explica Martins<sup>16</sup> o sistema securitário engloba, no modelo constitucional vigente, os subsistemas da Previdência Social, da Saúde e da Assistência Social, pela formalização, em âmbito constitucional, de um conjunto de normas e institutos que visam à proteção social dos indivíduos. O legislador, no Art. 194 de nossa Carta Magna, estabeleceu um rol de princípios informadores da seguridade social, cuja interpretação e grau de aplicação irá variar, a depender do campo de incidência da seguridade social, podendo pertencer a um subsistema contributivo, como é o caso da previdência social, ou um subsistema não contributivo, hipótese da assistência social e saúde pública.

Esse apontamento é relevante pois a partir dele se reconhecerá os requisitos do BPC, que por sua vez tem natureza exclusivamente assistencial, sendo imprescritível sua delimitação para que não haja obscuridade em face a

15 SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 32.

16 MARTINS, Sérgio Pinto. Fundamentos de Direito da Seguridade Social. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

outros benefícios com requisitos diversos. Portanto, no que tange ao subsistema da Assistência Social, se apresentará no capítulo seguinte uma perspectiva geral acerca do benefício, analisando seus aspectos e critérios de concessão à luz da Constituição Federal e da legislação que trata da matéria.

### 3.2. REQUISITOS LEGAIS DO BENEFÍCIO DA PRESTAÇÃO CONTINUADA

Na atual legislação brasileira, verifica-se que o Benefício da Prestação Continuada (BPC), de acordo com o estabelecido no artigo 20 da Lei Orgânica da Assistência Social - Lei nº 8.742 de 1993, consiste na garantia de um salário-mínimo mensal destinado às pessoas com deficiência e aos idosos com 65 anos ou mais, desde que comprovem a falta de meios para prover sua própria subsistência e nem de tê-la provida por sua família. A análise prévia sobre a questão das pessoas com deficiência ressalta a evidente destinação do benefício, a fim de que sua função social se relaciona com a proteção desses cidadãos que estão inseridos em um contexto de vulnerabilidade social.

No entanto, ao longo do tempo, essas definições foram sujeitas a alterações até que um consenso fosse alcançado. Na redação original do dispositivo mencionado, utilizou-se o termo “pessoa portadora de deficiência” e, em seu parágrafo 2º, a deficiência era relacionada à incapacidade para a vida independente e para o trabalho. No entanto, é evidente que essa disposição distorceu o protagonismo da pessoa com deficiência, uma vez que condicionava a concessão apenas a casos extremos, deixando de ser um instrumento inclusivo e desencorajando muitas famílias a buscar o benefício. Felizmente, por meio da alteração legislativa promovida pela Lei nº 13.146 de 2015, estabeleceu-se:

Art. 20 [...]

§ 2o Para efeito de concessão do benefício de prestação continuada, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Por sua vez, ainda sobre a legislação atual, o parágrafo 6º estabelece que a deficiência será comprovada por meio de avaliação médica e social por peritos e assistentes sociais do INSS, e conforme previsto no parágrafo 10º, o impedimento de longo prazo é definido como aquele que produz efeitos na pessoa por um período mínimo de dois anos. Ademais, este benefício não pode ser acumulado pelo beneficiário com outro qualquer no âmbito da seguridade social ou de outro regime, ressalvada as hipóteses de assistência médica e de pensão especial de natureza indenizatória, conforme o parágrafo 4º.

Outrossim, além dos requisitos da pessoa com deficiência e do idoso (com 65 anos ou mais), o critério da miserabilidade é outro elemento que tem gerado e ainda gera diversas discussões. De acordo com a legislação, terão direito ao benefício aqueles indivíduos cuja renda familiar mensal per capita seja igual ou inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo. Portanto, além da análise subjetiva voltada para o agente, discute-se a natureza desse requisito adicional, ou seja, se trata-se de uma norma objetiva de caráter absoluto ou relativo.

No entanto, no ano de 2021, por meio da Lei nº 14.176, o legislador incluiu no diploma legal o parágrafo 11-A e o Art. 20-B, indicando a possibilidade de utilização de outros meios para comprovar a condição de vulnerabilidade do grupo familiar. Nessas situações, a renda mensal familiar per capita pode chegar a até 1/2 do salário-mínimo, desde que presentes os critérios estabelecidos, que são: (i) grau da deficiência; (ii) dependência de terceiros para desempenho de atividades básicas da vida diária; (iii) comprometimento do orçamento do núcleo familiar com gastos médicos não cobertos pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

Logo, de acordo com o que aponta Machado<sup>17</sup>, entende-se que seu animus foi delimitar um critério objetivo, em que já fosse garantido às famílias com essa renda o BPC. Contudo, em casos de proventos que ultrapassem esse montante, é possível, a depender das evidências individuais favoráveis, a concessão do benefício desde que seja demonstrada a situação de miserabilidade. No âmbito administrativo, nota-se uma postura mais legalista e restritiva em relação à natureza desse requisito, porém, a jurisprudência é unânime em reconhecer a admissibilidade de outros meios de prova que demonstrem a necessidade do benefício.

Ao adotar esse critério como absoluto, implicitamente presume-se que uma família cuja renda per capita ultrapasse um quarto do salário-mínimo jamais estaria em uma situação de vulnerabilidade social e que sua dignidade e patamar mínimo de existência estariam garantidos. No entanto, conforme apontado por Santos<sup>18</sup>, essa concepção é incongruente com a ordem constitucional estabelecida pela Constituição Federal de 1988 e com os valores ratificados pelo Brasil por meio da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, nesse contexto, confrontando os princípios constitucionais e às obrigações internacionais assumidas pelo Brasil. A vulnerabilidade social não pode ser limitada apenas por um critério monetário, uma vez que existem diversos fatores socioeconômicos e contextuais que podem afetar a qualidade de vida e a dignidade das pessoas com deficiência e suas famílias.

Por fim, conclui-se que a disposição legal define sabiamente como identificar a deficiência de um cidadão, porém, quanto à aplicação do requisito de miserabilidade, uma interpretação restritiva inviabilizaria diversas famílias necessitadas a terem acesso ao benefício, sendo incongruente com a ordem constitucional e com os

17 MACHADO, Rafael Silva. O benefício de prestação continuada – loas e a aferição de miserabilidade: conflitos normativos e a nova interpretação do supremo tribunal federal. TCC-Direito, 2021.

18 SANTOS, Marisa Ferreira dos. Direito previdenciário. São Paulo: Saraiva Jur, 2022.



valores ratificados pelo Brasil em seus tratados internacionais. Portanto, conforme será melhor esmiuçado posteriormente, tal requisito deve ser alvo de relativização, principalmente pelos entes administrativos.

### 3.3. O BPC COMO VETOR DA INCLUSÃO SOCIAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

O processo de inclusão social, conforme explica Sasaki<sup>19</sup>, pode-se resumir a um processo bilateral em que a sociedade e as “pessoas excluídas” buscam por meio de uma união equacionar problemas, chegar em soluções e efetivar a equiparação de oportunidades a todos os cidadãos. Outros autores também possuem uma linha de raciocínio similar, Nascimento, Bahia e Cunha<sup>20</sup> entendem que o paradigma da inclusão tem como foco o desenvolvimento humano e a harmonia social pela aceitação da diversidade, buscando sobretudo a garantir sua inserção social total. Portanto, o princípio da inclusão se baseia na aceitação das diferenças individuais e na valorização do indivíduo, sabendo aceitar a diversidade, num processo de cooperação e conhecimento<sup>21</sup>.

Conforme analisado, é possível constatar que atualmente dispomos de uma proteção legal devidamente estabelecida para garantir os direitos da pessoa com deficiência. Ao examinarmos sua base principiológica, é necessário direcionar a análise para a nossa Carta Magna. De acordo com José Roberto Anselmo<sup>22</sup>, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu uma série de direitos, cuja efetivação foi respaldada também pela legislação infraconstitucional correspondente.

O princípio da inclusão social e o da igualdade, por exemplo, se conversam quando aborda-se sobre a pessoa com deficiência. A inclusão social visa garantir a participação plena e igualitária dos indivíduos de uma sociedade, removendo as barreiras físicas e atitudinais. Já o princípio da igualdade busca tratar todas as pessoas de maneira equânime, sem qualquer discriminação. Ambos, por sua vez, se complementam ao assegurar que a pessoa com deficiência tenha acesso aos mesmos direitos, oportunidades e recursos, promovendo sua pela participação social, autonomia e dignidade. A inclusão social fortalece o princípio da igualdade ao garantir a inclusão efetiva e a superação das desigualdades enfrentadas por essa parcela da população.

Analisando os comandos dos artigos 1º a 4º da Constituição Federal, Luiz Araújo<sup>23</sup> ressalta que, além da regra matriz da igualdade formal, que estabelece a

19 SASSAKI, Romeu Kazumi. *Inclusão: Construindo uma Sociedade para Todos.*, Rio de Janeiro: WVA, 1997.

20 NASCIMENTO, Paulo A. Meyer; BAHIA, Melissa Santos; CUNHA, Mateus Almeida. O Benefício de Prestação Continuada como Entrave à Inclusão da Pessoa com Deficiência no Mercado Formal de Trabalho: uma Proposta de Modificação da Lei n.º 8.742/93 (LOAS). VI CONFERENCIA REGIONAL DE ISTR PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. 8 al 11 noviembre de 2007, Salvador de Bahía, Brasil. Organizan: ISTR y CIAGS/UFBA, 2007. Disponível em: <http://www.lasociedadcivil.org/wp-content/uploads/2014/11/018.pdf>. Acesso em: 08 maio 2023.

21 BAHIA, Melissa Santos. A Inserção do Portador de Deficiência Visual no Mercado de Trabalho. Centro de Pesquisa e Pós-graduação. Salvador, Fundação Visconde de Cairu, 2002.

22 ANSELMO, José Roberto. A fissura labiopalatal, a proteção constitucional da pessoa portadora de deficiência e a competência municipal legislativa. In: ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. *Constituição e inclusão social*. Bauru: Edite, 2007.

23 ARAUJO, Luiz Alberto David. A proteção das pessoas com deficiência na Constituição Federal de 1988: a necessária implementação dos princípios constitucionais. In: DANTAS, Bruno et al. (Org.). *Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois*. Brasília: Senado Federal, p.



igualdade perante a lei, existe também a regra da igualdade material, que implica no suporte oferecido pelo Estado diante da identificação de situações de vulnerabilidade em certos grupos. Nesses casos, o Estado institui o Benefício da Prestação Continuada como meio de amparar as famílias que necessitam de assistência para alcançar a igualdade. Esse benefício assistencial é concedido com o objetivo de auxiliar especificamente grupos que possuam uma pessoa com deficiência, desde que atendam aos requisitos legais exigidos.

Fernando Silveira et al<sup>24</sup> salientam que a presença desse indivíduo em um grupo familiar restringe a autonomia e a vida ativa de todos os seus integrantes. No aspecto financeiro, há um impacto direto no orçamento familiar, o que resulta no que é conhecido na literatura especializada como “gasto catastrófico”, aumentando e aprofundando o risco de pobreza para essas famílias. Além disso, existem impactos indiretos igualmente relevantes, como a redução da oferta de trabalho, especialmente para as mães de pessoas com deficiência.

O papel do Benefício da Prestação Continuada é crucial para auxiliar um grupo familiar que tenha uma pessoa com deficiência, pois proporciona um suporte financeiro direto, ajudando a mitigar os impactos econômicos decorrentes das necessidades extras e dos custos associados ao cuidado desses indivíduos. Primeiramente por possibilitar o acesso a recursos e serviços especializados, como terapias, equipamentos adaptados, consultas médicas e medicamentos, que são essenciais para seu desenvolvimento, bem-estar e qualidade de vida.

No que se refere às condições financeiras, o benefício assistencial desempenha um papel crucial ao mitigar a pressão financeira enfrentada por esse grupo. No caso específico dos pais de crianças com deficiência, por exemplo, ele possibilita uma dedicação mais plena de tempo e recursos ao cuidado dos filhos, sem comprometer outras esferas da vida familiar. Além disso, o benefício assegura o acesso a serviços de saúde especializados, terapias e intervenções necessárias para o desenvolvimento e bem-estar das pessoas com deficiência.

No caso de adultos com deficiência, o benefício viabiliza uma maior autonomia e participação social. Incluindo também a possibilidade de adquirir tecnologias assistivas, recursos educacionais, atividades culturais e capacitação para o mercado de trabalho. Essas ferramentas são fundamentais para superar barreiras e desenvolver habilidades, ampliando as oportunidades de inclusão e independência. Adicionalmente, o benefício assistencial oferece acesso a programas e serviços de apoio, como orientações, suporte técnico e projetos de reabilitação.

Por fim, Fonseca<sup>25</sup> acrescenta que toda essa análise está intimamente relacionada ao propósito político e social da Convenção sobre os Direitos da Pessoa

544-561, 2008.

24 SILVEIRA, Fernando Gaiger et al. Deficiência e dependência no debate sobre a elegibilidade ao BPC. Brasília: Ipea, 2016. (Nota Técnica Disoc, n. 31). Disponível em: <<https://bit.ly/3irSl4S>>. Acesso em: 02 nov. 2023.

25 FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O Novo Conceito Constitucional de Pessoa Com Deficiência: um Ato de Coragem. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (Coord.). Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência. Edição Digital. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 48.

com Deficiência, que foi o responsável por estimular o desenvolvimento de medidas assistenciais para as pessoas com deficiência, acrescentando, porém, que o benefício por melhor intencionado que seja, não pode esgotar-se em si mesmo, sob pena de retirar destes cidadãos sua civilidade e dignidade inerentes. As medidas de cunho assistencial devem ser associadas a políticas públicas que assegurem a franca superação dos assistidos para que assumam a direção de suas vidas e o gozo pleno de seus direitos humanos básicos.

Em síntese, o benefício assistencial do governo desempenha um papel fundamental ao fornecer suporte financeiro e recursos necessários para promover a igualdade de oportunidades e a inclusão social das pessoas com deficiência. Ao proporcionar auxílio financeiro, acesso a serviços especializados e programas de apoio, ele contribui para reduzir as desigualdades, ampliar sua autonomia e possibilidades de uma vida digna e plena para as pessoas com deficiência e suas famílias. Sem, contudo, tirar o protagonismo da pessoa com deficiência, pelo contrário, buscando enaltecer uma devida atenção e assistência.

#### **4. O REQUISITO DE MISERABILIDADE À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA**

Considerando o BPC como veículo indispensável para a inclusão social, temos o requisito da miserabilidade como um fator limitativo do acesso a esse direito. Considerando que a vulnerabilidade social não pode ser adequadamente mensurada apenas por critérios monetários, por outro lado, é fundamental que se considere a complexidade e a multidimensionalidade das situações vivenciadas pelas pessoas com deficiência e suas famílias. Isso implica considerar não apenas a renda, mas também outros fatores socioeconômicos, como acesso a serviços básicos, apoio familiar, oportunidades educacionais e de emprego, entre outros.

Ademais, seguindo o que destaca Belitani Martins<sup>26</sup> com as alterações legislativas da Lei no 8.742/93 pelas Leis n. 12.345/2011 e n. 12.470/2011, buscou o legislador adequar a concessão do LOAS ao espírito protetivo da Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo. As principais inovações dizem respeito à adoção da nova terminologia “pessoa com deficiência”; à expressa utilização legislativa do novo conceito de deficiência; ao estímulo à qualificação e requalificação profissional da pessoa com deficiência, visando a sua reinserção social e laboral; e principalmente à transformação do LOAS em um benefício de efetiva inclusão social e não apenas de natureza assistencial.

O direito constitucional do acesso ao benefício, conforme destaca Araújo<sup>27</sup>

26 BELITANI MARTINS, Fladimir Jerônimo. A Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência e seus reflexos no benefício da prestação continuada, 2014. Disponível em: <http://eventos.uenp.edu.br/siacrid/trabalhos-antigos/sistema-constitucional-de-garantia-de-direitos-e-bioetica.pdf#page=6>. Acesso em: 24 abr. 2023.

27 ARAUJO, Luiz Alberto David. A proteção das pessoas com deficiência na Constituição Federal de 1988: a necessária implementação dos princípios constitucionais. In: DANTAS, Bruno et al. (Org.). Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois. Brasília: Senado Federal, p. 544-561, 2008.

sobre o Art. 203, V da CF, tem como base o princípio da dignidade da pessoa humana. Haja vista que sua implementação em nosso ordenamento jurídico teve como agente impulsor a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes de 1975, visando dar assistência a esses cidadãos, garantindo um mínimo existencial. Essa ideia, segundo Sarlet<sup>28</sup> decorre da garantia de um minimum de prestações estatais, sobretudo na forma de se garantir a efetivação dos direitos sociais, estes essenciais quando refletisse sobre a função exercida pela Assistência Social.

Contudo, muito se discute sobre a ponderação dessa concepção com a ótica da reserva do possível, sendo definida por Elbert<sup>29</sup> como uma limitação por causa dos recursos da realidade, influenciam na aplicação dos direitos fundamentais, estatais estaria limitada pela disponibilidade dos recursos. Existem divergências doutrinárias, Santos<sup>30</sup> entende que a melhor forma de se avaliar a situação de necessidade ainda é por meio do montante que dos ganhos do grupo familiar caberá a cada um de seus integrantes, ou seja, que valor per capita a ser considerado, no caso, deve ser o de um salário mínimo, pois esse é o valor escolhido pela Constituição para qualificar e quantificar o bem-estar social, assegurando os mínimos vitais à existência com dignidade.

Percebendo o entendimento baseado no mínimo existencial, há o que se criticar na interpretação puramente objetiva do critério apresentado legislação, haja vista que, conforme reforçado de antemão, esse requisito exclui famílias que ainda se encontram evidentemente em situação de miserabilidade. Não se pode, contudo, partir para um aumento maior do valor definido para a miserabilidade, pois, caso contrário, esbarrar-se-ia com a reserva do possível e, mais ainda, com uma significativa quebra das contas públicas<sup>31</sup>.

Com efeito, no âmbito jurisprudencial há uma tendência de demonstrar o requisito de miserabilidade por meio de outras vias, por exemplo, o seguinte julgado da Turma Nacional de Uniformização:

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO INTERPOSTO PELA PARTE AUTORA. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. LOAS. DEFICIENTE. RENDA PER CAPITA SUPERIOR A 1/4 DO SALÁRIO-MÍNIMO. MISERABILIDADE PODE SER AFERIDA POR OUTROS MEIOS. PRECEDENTES DO STJ E DA TNU. INCIDENTE CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Ação de concessão de benefício assistencial – deficiente proposta em face do INSS. 2. Sentença improcedente mantida pela Turma Recursal do Alagoas, ante a ausência de miserabilidade, pois a renda per capita é superior a 1/4 do salário mínimo. 3. Incidente de Uniformização de Jurisprudência manejado pela parte autora, com fundamento no art. 14, § 2o, da Lei no 10.259/2001. O recurso foi indeferido pelo Presidente da Turma de origem, mas a sua remessa foi permitida em virtude de agravo

28 SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

29 ELBERT, Fabiana Okhstein. Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011, p. 47.

30 SANTOS, Marisa Ferreira dos. Direito previdenciário. São Paulo: Saraiva Jur, 2022, p. 143.

31 INSTITUIÇÃO FISCAL INDEPENDENTE (IFI). Nota Técnica n. 50. 2021. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2021/11/ifi-bpc-lei-93-bilhoes-10-nov-2021.pdf>.

interposto pela parte autora. 4. Alegação de que o acórdão é divergente de precedentes da jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça. Dissídio jurisprudencial instaurado. Similitude fática e jurídica amplamente demonstrada entre o acórdão e os paradigmas.

O julgado apresentado, proveniente de uma análise sobre o benefício assistencial de um cidadão com deficiência, abordou a questão referente ao critério objetivo econômico de 1/4 do salário mínimo:

6. No tocante a aferição da renda per capita da parte autora ser ou não superior a 1/4 do salário mínimo, é entendimento esposado por esta Turma Nacional de Uniformização e pelo Superior Tribunal de Justiça que, no caso concreto, o magistrado poderá se valer de outros meios para aferição da miserabilidade da parte autora, não sendo, desta feita um critério absoluto. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. LOAS. ASSISTÊNCIA SOCIAL. PREVISÃO CONSTITUCIONAL. AFERIÇÃO DA CONDIÇÃO ECONÔMICA POR OUTROS MEIOS LEGÍTIMOS. VIABILIDADE. PRECEDENTES. PROVA. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N.º 7/STJ. INCIDÊNCIA. 1. Este Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de que o critério de aferição da renda mensal previsto no § 3.º do art. 20 da Lei n.º 8.742/93 deverá ser observado como um mínimo, não excluindo a possibilidade de o julgador, ao analisar o caso concreto, lançar mão de outros elementos probatórios que afirmem a condição de miserabilidade da parte e de sua família.

Nesse contexto, observa-se que o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o critério legal de aferição de renda estabelecido no §3º do artigo 20 da Lei n. 8.742/93 funciona apenas como um parâmetro mínimo. Os julgadores destacaram que outros elementos probatórios podem ser utilizados pelo juiz para determinar a condição de miserabilidade do cidadão que solicita o benefício de prestação continuada. O julgamento em questão evidencia claramente essa posição dos julgadores, indicando que o critério quantitativo não é o único, nem o mais relevante, como afirmam tanto o julgado quanto a doutrina.

Portanto, conclui-se que essa abordagem amplia a compreensão da dignidade da pessoa humana, uma vez que reconhece que fatores além da renda podem afetar a qualidade de vida e a subsistência da pessoa com deficiência. Ao considerar outros aspectos relevantes, o judiciário promove uma visão mais contextualizada e alinhada com os princípios fundamentais de dignidade e igualdade. Esses entendimentos contribuem para a construção de uma sociedade inclusiva, na qual todos os cidadãos têm suas necessidades básicas atendidas e são tratados com respeito e equidade.

## CONCLUSÃO

Em suma, o presente artigo proporcionou uma análise abrangente sobre a pessoa com deficiência e o Benefício da Prestação Continuada (BPC), com enfoque nos aspectos terminológicos, conceituais e legais que permeiam essa temática. O estudo ressaltou a importância da assistência social no ordenamento jurídico

brasileiro e examinou os requisitos legais para a concessão do BPC, destacando sua relevância como um vetor de inclusão social para a pessoa com deficiência.

Ao longo do trabalho, foram enfatizados os entendimentos de que o requisito de miserabilidade, embora seja um critério objetivo de renda, não deve ser interpretado de forma restritiva. Pelo contrário, a análise da vulnerabilidade e da dignidade humana exige uma abordagem mais ampla, considerando-se outros elementos probatórios para aferir a necessidade do benefício.

Nesse contexto, foram apresentados diversos entendimentos jurisprudenciais e doutrinários que respaldam uma interpretação mais flexível e humanizada do requisito de miserabilidade, visando garantir a efetiva proteção dos direitos e a promoção da inclusão social da pessoa com deficiência.

Portanto, conclui-se que o estudo dos conceitos, da legislação e dos entendimentos jurisprudenciais relacionados à pessoa com deficiência e ao BPC contribui para um melhor entendimento dessa realidade social complexa e para o fortalecimento dos direitos dessa parcela da população. A partir desse embasamento teórico, é possível promover políticas públicas mais inclusivas, conscientizando a sociedade sobre a importância da igualdade, dignidade e pleno exercício dos direitos das pessoas com deficiência.

## REFERÊNCIAS

- AMADO, Frederico Augusto di Trindade. **Curso de direito e processo previdenciário**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- ANSELMO, José Roberto. **A fissura labiopalatal, a proteção constitucional da pessoa portadora de deficiência e a competência municipal legislativa**. In: ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. *Constituição e inclusão social*. Bauru: Edite, 2007.
- ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. Brasília: CORDE, 2011.
- ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção das pessoas com deficiência na Constituição Federal de 1988: a necessária implementação dos princípios constitucionais**. In: DANTAS, Bruno et al. (Org.). *Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois*. Brasília: Senado Federal, p. 544-561, 2008.
- ARAUJO, Luiz Alberto David. **O estatuto da pessoa com deficiência - EPCD (Lei 13.146, de 06.07.2015): algumas novidades**. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 104, n. 958, 2015.
- BAHIA, Melissa Santos. **A Inserção do Portador de Deficiência Visual no Mercado de Trabalho**. Centro de Pesquisa e Pós-graduação. Salvador, Fundação Visconde de Cairu, 2002.
- BELITANI MARTINS, Flademir Jerônimo. **A Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência e seus reflexos no benefício da prestação continuada**, 2014. Disponível em: <http://eventos.uenp.edu.br/siacrid/trabalhos-antigos/sistema-constitucional-de-garantia-de-direitos-e-bioetica.pdf#page=6>. Acesso em: 24 abr. 2023.
- BOTELHO, Marcos César. **A pessoa com deficiência no ordenamento jurídico brasileiro**. *Revista da AGU*, Brasília, DF, v. 9, n. 26, 2010.
- BRASIL, Constituição. **Decreto nº 3.956, de 08 de outubro de 2001**. Promulga a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, v. 9, 2001. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2001/](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/)

d3956.htm. Acesso em: 06 maio 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. 496 p. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 10 maio 2021

CHAVES, Vitor Pinto. **O direito à assistência social no Brasil: reconhecimento, participação e alternativas de concretização**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

ELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da pessoa com deficiência comentado**, 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FARIAS, Pedro César Lima de. **A seguridade social no Brasil e os obstáculos institucionais à sua implementação**. Brasília: MARE/ENAP, 1997.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. **O Novo Conceito Constitucional de Pessoa Com Deficiência: um Ato de Coragem**. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (Coord.). **Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência**. Edição Digital. São Paulo: Saraiva, 2012.

FUNDAÇÃO FERNANDO HENRIQUE CARDOSO. **Pessoas com deficiência: luta por direitos**. São Paulo, 2023. Disponível em: [https://fundacaofhc.org.br/linhasdotempo/pessoas-com-deficiencia/?gclid=Cj0KCQjwi46iBh.DyARIsAE3nVralm5Hcg\\_n9xkXfuQ\\_wkuNljygr9av1xj95Nh0I8jX1SJMnPmalWkwaAnA4EALw\\_wcB](https://fundacaofhc.org.br/linhasdotempo/pessoas-com-deficiencia/?gclid=Cj0KCQjwi46iBh.DyARIsAE3nVralm5Hcg_n9xkXfuQ_wkuNljygr9av1xj95Nh0I8jX1SJMnPmalWkwaAnA4EALw_wcB). Acesso em: 02 maio 2023.

INSTITUIÇÃO FISCAL INDEPENDENTE (IFI). Nota Técnica n. 50. 2021. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2021/11/ifi-bpc-lei-93-bilhoes-10-nov-2021.pdf>.

MACHADO, Rafael Silva. **O benefício de prestação continuada – loas e a aferição de miserabilidade: conflitos normativos e a nova interpretação do supremo tribunal federal**. TCC-Direito, 2021.

MAIA, Maurício. **Novo conceito de pessoa com deficiência e proibição do retrocesso**. Disponível em: [https://pcd.mppr.mp.br/arquivos/File/novo\\_conceito\\_de\\_pessoa\\_com\\_deficiencia\\_e\\_proibicao\\_do\\_retrocesso.pdf](https://pcd.mppr.mp.br/arquivos/File/novo_conceito_de_pessoa_com_deficiencia_e_proibicao_do_retrocesso.pdf). Acesso em: 24 abr. 2023, 20:25.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Fundamentos de Direito da Seguridade Social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NASCIMENTO, Paulo A. Meyer; BAHIA, Melissa Santos; CUNHA, Mateus Almeida. **O Benefício de Prestação Continuada como Entrave à Inclusão da Pessoa com Deficiência no Mercado Formal de Trabalho: uma Proposta de Modificação da Lei n.º 8.742/93 (LOAS)**. VI CONFERENCIA REGIONAL DE ISTR PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. 8 al 11 noviembre de 2007, Salvador de Bahía, Brasil. Organizan: ISTR y CIAGS/UFBA, 2007. Disponível em: <http://www.lasociedadcivil.org/wp-content/uploads/2014/11/018.pdf>. Acesso em: 08 maio 2023.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Reabilitação profissional e emprego de pessoas deficientes**. Disponível em: [https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS\\_236165/lang-pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_236165/lang-pt/index.htm). Acesso em: 02 maio 2023.

PULINO, Daniel, **A aposentadoria por invalidez no direito positivo brasileiro**. São Paulo: LTr, 2001.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito previdenciário**. São Paulo: Saraiva Jur, 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SASSAKI, Romeu Kazumi. **Inclusão: Construindo uma Sociedade para Todos.**, Rio de Janeiro: WVA, 1997.

SASSAKI, Romeu Kazumi et al. **Terminologia sobre deficiência na era da inclusão**. Revista Nacional de Reabilitação, São Paulo, ano, v. 5, p. 6-9, 2003.

SILVEIRA, Fernando Gaiger et al. **Deficiência e dependência no debate sobre a elegibilidade ao BPC**. Brasília: Ipea, 2016. (Nota Técnica Disoc, n. 31). Disponível em: <<https://bit.ly/3irSl4S>>. Acesso em: 02 nov. 2023.



**CAPTURA DE IMAGENS DURANTE O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE POLICIAL:  
UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL PENAL  
E A NECESSIDADE DA REGULAMENTAÇÃO DO USO DESSE DISPOSITIVO  
DURANTE AS OCORRÊNCIAS POLICIAIS.**

***IMAGE CAPTURE DURING POLICE ACTIVITY: AN ANALYSIS FROM THE  
PERSPECTIVE OF CRIMINAL PROCEDURAL INSTRUCTION AND THE NEED TO  
REGULATE THE USE OF THIS DEVICE DURING POLICE INCIDENTS.***

Bruno Roberto de Lima<sup>1</sup>

Antônio Marloves Gomes Vieira Júnior<sup>2</sup>

## RESUMO

A investigação visa trazer à baila a discussão referente às possibilidades de uso das câmeras corporais usadas pela polícia. Objetiva-se demonstrar que as bodycam's podem ser usadas não somente para a fiscalização da atividade policial, mas também como meio de prova na instrução processual. Para alcançar esse escopo fez-se uso de análise bibliográfica produzida quanto ao tema, problematizando as alternativas de uso desses equipamentos. Conclui-se que além dos benefícios trazidos para o controle da violência policial e instrução probatória, deve-se pensar em uma legislação a nível nacional para melhor regular a utilização destes dispositivos eletrônicos. Ademais, é importante considerar a perspectiva dos policiais e do público em geral, pois ambos são diretamente afetados pelo uso dessas câmeras. Finalmente, a implementação bem-sucedida desses dispositivos requer treinamento adequado para os policiais e conscientização do público sobre seus direitos e responsabilidades em relação a essas tecnologias.

**Palavras-chave:** Atividade policial. Câmeras de vigilância. Segurança pública. Direitos fundamentais.

## ABSTRACT

The investigation aims to bring to light the discussion regarding the possibilities of using body cameras by the police. The objective is to demonstrate that bodycams can be used not only for the supervision of police activity, but also as a means of

<sup>1</sup> Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC); pós-graduado em Direito Público pela Faculdade Entre Rios do Piauí; Advogado Cível (2010-2013). Analista Judiciário da Justiça Federal do Ceará (2013 - ). Docente do Curso de Direito da Faculdade Vidal de Limoeiro do Norte-CE. Professor Orientador do Grupo de Iniciação Científica e Projetos de Extensão da Faculdade Vidal. Endereço eletrônico: brlbruno\_roberto@hotmail.com. Currículo Lattes <http://lattes.cnpq.br/3170956374810587>. ORCID 0000-0002-2278-0568.

<sup>2</sup> Graduado em Direito - FAVILI 2023; Licenciatura Plena em História - Universidade Estadual do Ceará, UECE/FAFIDAM 2015; Pós-Graduação Lato Sensu em nível de Especialização em Impactos da Violência na Escola, FIOCRUZ 2017. Professor de História na rede pública municipal de Limoeiro do Norte 2015/2016 e 2019/2021. Estágio de graduação no Ministério Público do Estado do Ceará 2021/2023. E-mail: marlovesjr@gmail.com . ORCID 0009-0006-7003-0012.

evidence in procedural instruction. To achieve this scope, a bibliographic analysis was used on the topic, problematizing the alternatives for using these devices. It is concluded that in addition to the benefits brought for the control of police violence and probative instruction, it is necessary to think about legislation at a national level to better regulate the use of these electronic devices. Furthermore, it is important to consider the perspective of the police and the general public, as both are directly affected by the use of these cameras. Finally, the successful implementation of these devices requires adequate training for the police and public awareness about their rights and responsibilities in relation to these technologies.

**Keywords:** Police activity. Surveillance cameras. Public security. Fundamental rights.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA E SUAS PREMISSAS. 3. AS IMAGENS COMO MEIO DE PROVA. 4. NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO. 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

## 1. INTRODUÇÃO

O avanço da tecnologia na sociedade é algo que vem sendo construído há alguns anos. A utilização de equipamentos seja para fins profissionais, recreativos, análise de produtividade vem crescendo nos diversos ramos sociais. Na segurança pública esta não é uma realidade diferente.

Recentemente surgiu a discussão quanto ao uso da bodycam pela polícia em serviço, principalmente com o escopo de conter a violência policial. Contudo, esta perspectiva demonstra-se preconceituosa em face do profissional da segurança pública. Quando se realiza uma simples busca na internet sobre o uso de câmeras pela polícia, a principal discussão encontrada é voltada para a redução da violência policial.

O objetivo da pesquisa em tela visa trazer outras dimensões sobre como a utilização dos equipamentos de vigilância podem ser utilizadas em prol da sociedade e dos direitos fundamentais. Esse novo olhar remete a possibilidade do uso das imagens pela autoridade policial, bem como, pelo Poder Judiciário, na instrução processual, a fim de colher elementos que possam clarear a conduta dos envolvidos como meio de prova.

Para a construção desse trabalho, a metodologia utilizada foi a análise bibliográfica, por meio da busca de artigos acadêmicos e matérias que versem sobre o uso das câmeras corporais por policiais. Fez-se uso do método de exame crítico, bem como o diagnóstico dos principais elementos que tangenciam a temática.

A seguir será apresentada uma breve evolução histórica tanto do desenvolvimento tecnológico, que resultou no surgimento das câmeras, e em seguida, o seu uso na segurança pública, desvendando, por exemplo, como esses equipamentos foram usados ao longo dos anos, bem como a sua importância. Faz-se



necessário perguntar se já existem dados que possam consubstanciar a necessidade da implementação desses equipamentos nos locais onde esses equipamentos foram implementados. Feita essa busca, também é fundamental a análise dos resultados obtidos.

No tópico seguinte identificou-se quais são as diversas possibilidades de uso, tentando extrair as funcionalidades possíveis. Buscou-se destacar a perspectiva de utilização das câmeras de corporais de segurança para além da meta fiscalização do controle da atividade policial, apresentando a possibilidade de as imagens serem usadas como meio de prova na fase inquisitiva, bem como na instrução processual.

Uma vez que as bodycams passarem a ser usadas em larga escala como equipamento obrigatório pelas forças de segurança pelo país, faz-se necessário que existam normas a serem aplicadas junto ao uso. Essas normas têm o objetivo de legitimar e regulamentar o uso das câmeras, caso contrário, seria necessário a aplicação de uma norma específica para legitimar a sua aplicabilidade.

Na penúltima fase do texto será apresentado sobre os problemas que surgem com os usos desses equipamentos, explicitando a necessidade ou não de uma regulamentação nacional a fim de trazer um padrão de uso visando a sua aplicabilidade na instrução processual. Por fim, serão apresentadas as hipóteses que podem ser alcançadas com o uso dos equipamentos de filmagem corporal. Uma das possibilidades é que as câmeras possam trazer uma maior segurança tanto para a população quanto para o policial. No entanto, também será considerado se o uso desses equipamentos poderia prejudicar a atividade policial, entre outras questões relevantes.

## 2. CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA E SUAS PREMISAS

A sociedade é um organismo diverso e muda temporalmente, passando por diversas transformações, principalmente nos últimos cem anos. Essas mudanças foram impulsionadas pelo desenvolvimento tecnológico e, no decurso de menos de um século, pode-se enxergar mudanças significativas nas formas de comunicação e de transporte conforme afirma (DE OLIVEIRA, FÁVERO, 2022).

Essas mutações resultaram no surgimento constante de novos meios para facilitar o nosso dia-a-dia, como, por exemplo, as câmeras que surgiram como instrumento de captação de imagens culminando na eternização de momentos para as pessoas, por meio da fotografia. Sucessivamente, a câmera passou a ser usada como captura da imagem e do som para a diversão das pessoas, por meio das gravações pessoais e do cinema (DE OLIVEIRA, FÁVERO, 2022).

Posteriormente, segundo Cambraia (2012, p.2), percebeu-se que as filmadoras poderiam ser usadas para trazer uma maior sensação de segurança, passando a serem instaladas nos prédios, capturando o entrar e sair das pessoas, bem como

as suas ações no ambiente. Assim, foi inaugurada mais uma forma de uso desses equipamentos de videomonitoramento para trazer segurança para as pessoas.

Nessa esteira, os órgãos de segurança pública pelo mundo também verificaram que as câmeras como um meio útil na segurança, colocando mais um elemento nesse eterno Big Brother que se tornou viver em sociedade, principalmente após os atentados de 11 de setembro de 2001, conforme relata Vianna (2004, p. 340 apud CAMBRAIA, 2012).

Estudos apontam que o uso de videomonitoramento da atividade policial vem sendo implantada nos Estados Unidos desde meados dos anos 1960, contudo, em virtude do tamanho dos equipamentos não foi viável a sua implementação imediata (DA SILVA; CAMPOS, 2015). Com o passar dos anos, e o conseqüente desenvolvimento tecnológico, os equipamentos diminuíram de tamanho, facilitando assim, o uso de filmadoras por policiais em patrulhamento e o conseqüente uso dessas imagens captadas como meio de prova, principalmente a partir da década de 1980 nos EUA, conforme aponta Júnior (2014).

Hodiernamente, a implementação de câmeras tornou-se comum nos múltiplos ambientes. Assim, como acontece em grande parte dos países, diversas unidades federativas brasileiras vêm fazendo uso desses sistemas de monitoramento em locais estratégicos. Segundo Da Silva e Campos (2015), conforme informações obtidas da Polícia Militar de Santa Catarina (PMSC), o primeiro projeto de videomonitoramento no Brasil a trazer uma interligação de diversas cidades em um sistema de eletrônico de vigilância foi em Santa Catarina, com o Projeto Bem-te-vi, em 2012.

Segundo os dados apontados pela PMSC, a partir de 2015, o monitoramento contava com mais de 1700 filmadoras espalhadas por 67 municípios. Posteriormente esse número subiu em 2017 para 115 municípios e 2.450 equipamentos, ampliando de forma significativa a cobertura territorial do programa.

Trazendo um modelo parecido, também pode ser mencionado o exemplo do Estado do Ceará, que vem usando na capital e diversas localidades do interior, o Sistema Policial Indicativo de Abordagem (Spia). O referido projeto cearense, apresentou resultados significativos, conforme dados apresentados pela Secretaria de Segurança Pública do Estado do Ceará (SSPCE):

Nos cinco primeiros meses de 2019, o Ceará registrou uma queda de 50% nos roubos de veículos, em comparação ao mesmo período do ano passado. Foram 4.274 veículos subtraídos de seus proprietários nos cinco primeiros meses de 2018 diante dos 2.155 registro do mesmo período. Assim como os resultados positivos alcançados em outros índices criminais, o Ceará registrou uma redução de 61% nos roubos de veículos de carga, no período de janeiro a maio de 2019. No ano passado, foram 121 crimes, contra 47, neste ano. (Fonte: Secretaria de Segurança Pública do Estado do Ceará).

Esses dados apontam o quão eficaz é o uso desses sistemas de

monitoramento. A eficácia desses sistemas de monitoramento é evidenciada pelo prêmio Latin Trade Citizen Security<sup>3</sup>, que foi concedido ao sistema cearense. Este sistema é uma referência internacional como instrumento para a redução da violência, conforme divulgado pela Secretaria de Segurança Pública do Estado.

Esse sistema consiste na captura de imagens em tempo real. Seu objetivo é coibir a atuação criminosa e ajudar a identificar possíveis infratores que possuem mandados de prisão, além de identificar veículos roubados ou furtados trafegando na via pública. Essas informações foram prestadas pela SSPDS-CE.

O desenvolvimento tecnológico do uso das câmeras para entretenimento se transformou para ganhar uma nova atribuição a ser empregada na segurança pública. Anteriormente equipamentos grandes, pesados e com pouca ergonomia presentes entre as décadas de 1960 e 1980 (SILVA; CAMPOS, 2015), passaram a ser menores, leves e acessíveis para o uso individual de bodycam ou body worn cam (BWCs) em cada agente de segurança pública (JÚNIOR, 2014). Assim complementa Lorenzi (2021) quanto as câmeras corporais:

Uma das tecnologias mais emblemáticas, já mencionada anteriormente, são câmeras que são acopladas ao corpo do policial (ou em suas vestimentas e equipamentos, como no colete balístico), trazendo assim uma forma imparcial de narrar os fatos, por meio das imagens e áudios das gravações das ocorrências atendidas (LORENZI, 2021, apud DE OLIVEIRA, 2022).

Historicamente, nos Estados Unidos, as câmeras eram grandes e utilizadas em viaturas. No entanto, com o desenvolvimento tecnológico, elas passaram a ser menores e com maior ergonomia, permitindo a sua utilização na farda dos policiais. Isso possibilitou uma maior aproximação da instrução probatória ao princípio da verdade real. Dadas as premissas para entender esse movimento da implantação do uso das câmeras corporais de uso pessoal dos agentes de segurança pública, é necessário sinalizar quais as consequências e objetivos que são pretendidos com a sua aplicação.

Dessa forma, Da Silva e Campos (2015) mencionam, a partir dos apontamentos de Júnior (2014), algumas conclusões sobre a utilização das bodycam ou body worn cam (BWCs) e os seus benefícios. Segundo eles, o uso desses equipamentos foi fundamental para o crescimento do número de condenações referentes ao crime de tráfico de drogas a partir da década de 1990 nos Estados Unidos.

Ademais, para compreender esse fenômeno do uso das filmadoras em tempos atuais, é necessário apresentar alguns dados que demonstram os benefícios que as câmeras podem trazer para a segurança de todos em curto prazo, a partir de experiências internacionais. Branca (2014) aponta que, atualmente, existem cerca de cinco estudos sobre o uso das body worn cam (BWCs) por policiais em serviço. Além

<sup>3</sup> Prêmio entregue pela revista Latin Trade, de Publicação mensal reconhecida pela excelência na cobertura de tendências inovadoras corporativas.

disso, há uma plataforma norte-americana que apresenta notícias e informações sobre o uso dessas filmadoras corporais.

Dentre os dados coletados, a experiência da cidade de Rialto no Estado da Califórnia nos EUA, onde, a partir do uso das bodycam, ocorreu uma redução significativa do registro de ações de uso da força por parte da polícia, reduzindo também as queixas de violência policial. Nessa esteira, destaca-se:

Quando você coloca uma câmera em um agente da polícia, eles tendem a se comportar um pouco melhor e seguir as regras um pouco melhor. E se um cidadão sabe que o diretor está usando uma câmera, são grandes as chances de o cidadão se comportar um pouco melhor. (Farrar, 2013).

Deste modo, percebe-se que a utilização das câmeras de vigilância corporais possui benefícios não somente para conter a atividade policial, como para controlar os impulsos humanos de eventuais pessoas que também estão sendo abordadas pelos policiais.

Trazendo um pouco para a realidade brasileira, é possível destacar o Estado de São Paulo, onde, de acordo com dados da Polícia Militar e uma reportagem do site de notícias UOL, ocorreu uma redução significativa principalmente em confrontos que resultaram em morte. Dentro dessa perspectiva, cumpre ressaltar, como aponta Farrar (2013), que as câmeras não inibem apenas a possível conduta abusiva do policial durante a abordagem, mas também, a forma de se portar de quem está sendo abordado, e assim, produzindo provas contra a conduta dos envolvidos na ocorrência.

Diante dos exemplos citados, é possível demonstrar a importância que tem a utilização das filmadoras para captura das imagens do momento do flagrante, permitindo uma maior transparência para conduta do policial, diminuindo os índices de dúvida que possam existir quando do momento da prisão.

Além disso, e observando as vantagens que o uso das imagens pode proporcionar, Miller (2014) afirma que o uso das câmeras corporais possui um condão importantíssimo para aperfeiçoamento da conduta policial. De início têm-se o fator de aprimoramento de técnicas que eventualmente possam ter sido aplicadas de forma incorreta. Assim podem ser alterados, por exemplo, aspectos do treinamento inicial do policial, bem como aprofundar a formação continuada para uma melhor conduta do agente de polícia na rua.

Observando estes elementos, não é possível mencionar qualquer prejuízo ou problema que possa existir com a implantação das body worn cam (BWCs) de uso da polícia. As imagens além de trazer uma maior lisura e segurança para a polícia e para o cidadão, ainda apresenta a possibilidade de melhoria na prestação do serviço policial com o aperfeiçoamento das técnicas policiais.

Diante dos exemplos mencionados, constata-se que o uso das câmeras possui

uma perspectiva além da mera discussão da “vigilância” sobre o policial possuindo o maior leque de aplicabilidades, dentre eles, a melhoria nas técnicas de abordagem policial e o objetivado dessa pesquisa: o uso das imagens como elemento constitutivo de prova.

### 3. AS IMAGENS COMO MEIO DE PROVA

Feito um breve apontamento histórico sobre as diversas formas de uso e do desenvolvimento tecnológico dos sistemas de câmeras ao longo dos anos, será analisado o principal objeto do presente trabalho: a utilização das imagens capturadas pelas filmadoras corporais durante a atividade policial como um elemento de informação no inquérito policial e como meio de prova na instrução processual. Ressalte-se a diferença entre elemento de informação e prova na instrução processual. Para isso, o art. 155 do Código de Processo Penal (CPP) dispõe:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Conforme é possível extrair do artigo supracitado, as informações colhidas no inquérito policial possuem, de início, a natureza jurídica de elementos de informação, uma vez que ainda não passaram pelo crivo do contraditório. Ademais, ainda do artigo 155 do CPP é possível extrair que a regra do contraditório em juízo possuía uma exceção: elementos informativos pré-constituídos que não possam ser repetidos ou antecipados, serão tomados como meio probatório. Nessa esteira, podem ser alocadas as imagens captadas pelas filmadoras corporais.

Ante o exposto, a produção da prova ocorrerá, como regra, a partir do momento em que as informações trazidas pelo inquérito policial, passarem pelo crivo do contraditório. Na instrução, esses elementos podem ser contraditados pelas partes que atuam no processo, conforme preceitua a Constituição Federal nos termos do art. 5º, inciso LV<sup>4</sup>, e do Código de Processo Penal no art. 400<sup>5</sup>, conforme Avena (2023, p. 1371). Após esses apontamentos, é necessário fundamentar dois conceitos dispostos anteriormente, quais sejam: prova antecipada e não repetível. Nesse sentido, Reis e Gonçalves conceituam:

Prova cautelar, segundo a definição de Vicente Greco Filho, é a “decorrente de procedimento próprio cautelar de produção antecipada de provas”, enquanto prova antecipada é aquela colhida, no curso da investigação ou nos autos da ação penal, mesmo que sem a ciência ou participação do investigado ou acusado, em razão do temor de

4 Art. 5º inciso LV da Constituição Federal - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

5 Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como os esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

que já não exista ao tempo da instrução, como, por exemplo, quando houver necessidade de testemunha ausentar-se por enfermidade ou por velhice (art. 225 do CPP) (...) Por prova não repetível entende-se aquela cuja reprodução em juízo tornou -se inviável em decorrência de acontecimento ulterior à sua colheita, tal como ocorre com o depoimento de testemunha que faleceu após ser ouvida na fase do inquérito. (Reis; Gonçalves, 2022. p. 541-542, grifo nosso).

Segundo Reis e Gonçalves (2022), é importante salientar que essas provas, concebidas antes do momento da audiência - oportunidade em que comumente seria realizado o contraditório e a ampla defesa - não significa que elas não passem pelo instituto da avaliação e do livre convencimento motivado judicial. Esta análise será feita em momento posterior, caracterizando o contraditório diferido ou postergado, diferente do momento da sua produção. Analisando todo esse contexto, surge a questão: o Estado, detentor do jus puniendi, também será, com o uso das imagens captadas pela body worn cam, uma das partes a constituir a prova antecipada e/ou não repetível que poderá ser usada no processo penal?

Diante desse questionamento é relevante pontuar que a prova, uma vez produzida, não pertence à parte que a produziu, no caso o Estado. Afinal, uma vez inserida no processo a prova passará ser do processo, podendo ser utilizada por todos aqueles envolvidos na demanda. Assim, a prova tem o objetivo de apurar a verdade, conforme o princípio da comunhão, segundo Avena (2023).

Como mencionado alhures, as imagens capturadas pelas câmeras corporais usadas pelos policiais em serviço, podem ser emolduradas como provas não repetíveis e antecipadas. O momento que culminou na condução do preso em flagrante para a delegacia não retrocede, foi único. Ante o exposto, não há que se falar em ilegalidade no uso das imagens captadas pelas filmadoras corporais. Afinal, como bem preceitua a legislação pátria, existe a previsão para a utilização dessa categoria de prova. No mais, esse tipo de elemento, já se mostrou capaz de ajudar na produção de provas, para tanto, fundamental enaltecer o exemplo de outros países, de acordo com Silva e Campos a partir da experiência norte-americana:

Ao longo dos anos, tais câmeras resultaram em valiosas provas criminais para se desvendar principalmente os crimes ligados a tráfico de drogas e embriaguez ao volante. Além disso, com o aumento das denúncias de discriminação racial por parte dos policiais, levando a constantes ataques contra estes, ficou evidente a necessidade de um maior relato sobre as abordagens, dando às câmeras uma real e grande importância. (SILVA; CAMPOS, 2015, p.4)

Conforme observado, o uso das filmadoras já se mostrou muito eficaz nos EUA, uma ferramenta que pode ser usada como meio de prova, ajudando assim na busca pela verdade. Se não for a verdade real, será o mais próximo possível de como os fatos ocorreram, dirimindo dúvidas e facilitando a análise do julgador.

Ademais, como já mencionado anteriormente, após a análise das experiências

de outros países, alguns Estados da federação resolveram implantar o sistema da bodycam. Dentre esses Estados, segundo notícia veiculada no site G1 (2023), podem ser citados: Minas Gerais, Pará, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rondônia, Santa Catarina e São Paulo.

Similarmente, como aponta a notícia supracitada, existe um movimento nos demais Estados para a ampliação do uso desses equipamentos. Outros dez Estados<sup>6</sup> informaram para a reportagem que está em andamento o processo de implementação das câmeras corporais, enquanto em outros nove<sup>7</sup> membros estão em fase incipiente de planejamento. O Governo Federal, por meio do Ministério da Justiça, demonstra interesse em criar uma regulamentação inicial para legitimar o uso das filmadoras. O que pode ser deduzido pela promoção um encontro com representantes de diversos Estados com esse objetivo e implementação destes equipamentos pela Força Nacional.

Essa iniciativa do governo, denota que a implementação desses equipamentos é uma política pública em voga é fundamental para os próximos anos no combate à criminalidade e enaltecimento da segurança pública. Em vários momentos é observado nos diversos locais, públicos ou privados, o uso de câmeras a exemplo de filmadoras em prédios e casas, seja pelo Estado, como o uso de equipamentos como o Spia<sup>8</sup>. As câmeras corporais seriam apenas mais um elemento.

Em que pese essa busca atual para a implementação das bodycam, segundo esclarece Da Silva e Campos (2015), quem primeiro fez o uso das câmeras individuais foi a ROTAM no Distrito Federal a partir do ano de novembro de 2012. A implementação desses equipamentos trouxe uma mudança de comportamento dos envolvidos em uma abordagem, conforme expõe o Comandante da Rotam da PMDF, tenente-coronel Leonardo Sant'Anna, publicado em matéria do G1, de dezembro de 2012:

Em muitos casos, os bandidos tentam descaracterizar o crime, negando a posse de arma ou a quantidade de drogas. O bom policial fica em uma situação mais confortável, porque sabe que as imagens vão reduzir os questionamentos judiciais das ações, que são desgastantes e onerosos financeiramente. Já a população vai poder monitorar o que realmente aconteceu naquela ocorrência. (G1, 2012).

Percebe-se uma mudança de comportamento de diversos envolvidos na abordagem. Dessa forma, todos os atos captados, podem ser usados tanto para legitimar a conduta do policial, como a do cidadão abordado. Trazer esta perspectiva sobre o uso do mesmo equipamento proporciona segurança jurídica e pessoal ao cidadão, como também viabiliza proteção à atividade policial. Com isto, evita-se possíveis denúncias de transgressão disciplinar dos agentes policiais, como terá a oportunidade de incorporar a instrução penal na busca da verdade durante o efetivo

6 Acre, Roraima, Amapá, Piauí, Pernambuco, Alagoas, Bahia, Espírito Santo, Paraná e Rio Grande do Sul.

7 Amazonas, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Tocantins, Goiás, Distrito Federal, Ceará, Paraíba e Sergipe.

8 Sistema Policial Indicativo de Abordagem utilizado no Estado do Ceará.



cumprimento do contraditório e ampla defesa a todos os sujeitos do processo.

Ante o exposto, é importante que exista uma regulamentação para a implementação das filmadoras corporais, abordando seu uso, formas de armazenamento das imagens, forma de acesso, além de outras situações que surgirão com o seu uso mais corriqueiro. Como mencionado alhures, o primeiro passo para a criação dessa norma já foi dado a partir da iniciativa do Governo Federal, com a atuação do Ministério da Justiça.

#### 4. **NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO**

Após a discussão quanto à possibilidade de as imagens captadas pelas filmadoras corporais serem usadas como meio de prova na instrução processual, abre-se o debate sobre a necessidade ou não de que exista uma legislação quanto a sua aplicação.

Essa contenda se inicia com a necessidade de se definir: (I) como a câmera deve ser usada; (II) por quem; (III) quando; (IV) quem terá acesso a essas imagens e como; (V) por quanto tempo serão armazenadas; (VI) se será necessário o cumprimento de todas as etapas da cadeia de custódia da prova, conforme previsto nos art. 158-A ao 158-F do Código de Processo Penal, uma inovação trazida pelo Pacote Anticrime; (VII) além de questões referentes ao direito de imagens do cidadão abordado e do policial, entre outros.

Feitos esses apontamentos, surgem algumas questões referentes, por exemplo, ao uso, como as câmeras são usadas? Fixas na viatura ou carregadas no uniforme do policial registrando os seus passos? No mais, quais corporações devem usar as câmeras? Apenas os policiais militares durante as ocorrências ou também é possível a sua aplicação por policiais civis em cumprimentos de mandado de prisão e/ou gravações feitas no momento do depoimento e dos interrogatórios?

Ainda com relação à quando as câmeras devem ser ligadas ou se permanecem ligadas durante todo o serviço, é preciso respeitar a intimidade do policial. Entende-se que estes equipamentos poderiam ser ligados apenas no momento de ocorrência, durante uma perseguição ou abordagem. O agente de segurança ao se apresentar na delegacia após ocorrência de uma operação policial, caso não seja apresentado nenhuma captação de imagens poderiam ser abertas sindicâncias para averiguar o porquê do não uso e levar a punição do agente.

Outro ponto bastante discutido, é a necessidade ou não das câmeras está a todo o tempo ligada durante o serviço, afinal, em que pese está trabalhando, como qualquer outro funcionário, seja ele público ou privado, também terá o direito de fazer uma refeição, de ir ao banheiro, e com as câmeras ligadas a todo momento há uma perspectiva violação de privacidade. Assim, fazendo uma breve análise de situações do cotidiano do policial, essas ponderações devem ser levadas em

consideração no momento da implantação dos equipamentos.

Após esses apontamentos, surge outra questão, que é a base da construção deste texto: qual é o procedimento adequado e necessário para que tanto a autoridade policial quanto a autoridade judiciária tenham acesso a esses arquivos, seja para a elaboração do relatório ou para a sentença? Apenas em um ou em outro momento poderá ser usado? Qual deles? Ainda se tem questões pertinentes quanto a necessidade de armazenamento desses dados. Afinal, o servidor terá capacidade de suportar a capacidade de arquivar esse material por um prazo viável para as futuras investigações?

Com relação à privacidade destaca-se as inovações trazidas pelo Pacote Anti Crime que proíbe a negociação entre autoridades e a imprensa no sentido de divulgar imagens dos presos. Assim, é necessário resguardar o direito daquele que foi preso, ou que foi abordado, devendo ser criado um banco de dados das imagens e/ou descartando aquilo que não for necessário.

Ante o exposto, é possível observar que todos esses apontamentos supracitados, não tem o condão de abarcar a totalidade de perguntas que podem ser feitas diante do uso dos equipamentos de captura de imagens. Ademais, é premente que, conforme a aplicação dos dispositivos de videomonitoramento seja massificada, novas demandas surgiram. Contudo, para um primeiro momento, é fundamental a discussão quanto a necessidade de uma legislação nacional sobre o tema. Defende-se que ainda nessa fase inicial de implantação, é necessária a fixação de diretrizes mínimas por meio de uma legislação nacional de como usar os equipamentos.

Nessa esteira, Silva e Campos (2015) destacam que mesmo em países onde a implantação dos equipamentos já vem sendo feita há alguns anos, ainda existe uma carência de legislação. Cita-se, por exemplo, o Estado da Califórnia nos Estados Unidos, onde constantemente o projeto de lei em tramitação é emendado em virtude das diversas situações que surgem a partir do uso das câmeras.

Por sua vez, o Brasil ainda se mostra incipiente, iniciando o processo de implementação em alguns Estados, como mencionado no tópico anterior, carecendo assim de um amplo debate e de uma construção legislativa para tal fim. Diante desse cenário, o Governo Federal, por meio do Ministério da Justiça, articula para que até dezembro de 2023 sejam criadas diretrizes visando estabelecer quais equipamentos serão utilizados, armazenamento e acesso às imagens (G1, 2023).

Atualmente, o que pode ser encontrado ao realizar buscas nos sítios de internet são Estados se debruçando sobre a temática de forma individual, podendo ser citado como exemplo, o Estado do Rio de Janeiro, que aparentemente foi o primeiro a estabelecer regras mínimas de aplicação do uso da bodycam<sup>9</sup>.

Em julho de 2023, matéria veiculada na mídia oficial do governo do Estado do Rio

<sup>9</sup> Em que pese o Estado de São Paulo iniciar a implantação no ano de 2020, ou seja, anterior ao Rio de Janeiro, não foi possível localizar nenhuma informação quanto a algum registro de regulamentação naquele Estado.

de Janeiro, anunciava que por meio de um decreto, o governador Cláudio Castro determinava que fosse elaborado uma resolução conjunta entre secretarias de Estado de Polícia Civil e de Polícia Militar visando regulamentar a gestão, o compartilhamento, acesso aos dados produzidos pelas filmadoras corporais. Da mesma forma, em setembro, a Folha (2023) divulgou que o governador do Estado de São Paulo, Tarcísio de Freitas, fez um acordo com o Poder Judiciário local para facilitar o acesso dos juízes às imagens captadas pelas câmeras para serem usadas nas audiências de custódia.

Conforme apresentado, pode-se observar que cada Estado está regulamentando o uso e o compartilhamento dessas imagens para a instrução processual de acordo com o seu próprio entendimento. Deste modo, percebe-se a necessidade da criação de uma legislação nacional para se poder seguir um padrão a ser aplicado na instrução probatória.

Em que pese a implementação de forma mais expressiva das filmadoras tenha se iniciado no Estado de São Paulo em 2020, no governo João Dória, a discussão quanto a necessidade do uso da bodycam já engatinhava. Prova disso, foi a elaboração do projeto de lei n.º 4.223-A, de 2019 de autoria do Deputado Boca Aberta, do PROS-PR. O projeto visava estabelecer a obrigatoriedade de instalação de câmeras de vigilância e GPS no interior dos veículos da Polícia Civil e Militar em âmbito nacional. Além das câmeras, também devem conter nos veículos policiais uma espécie de caixa preta visando armazenar os acontecimentos diários das abordagens, segundo o projeto.

Como pode ser observado, o projeto de lei visa a instalação de câmeras não de uso individual, mas nas viaturas policiais. Ademais, em que pese no corpo do texto do projeto de lei mencionar aspectos como a utilização das imagens como elemento para aperfeiçoamento da atividade policial, chama atenção a palavra “vigilância”. Diante dessa observação, faz-se necessária compreensão o significado da palavra destacada, portanto, ao realizar busca quanto no Dicionário Michaelis Online constata-se:

1 Ato ou efeito de vigilar. 2 Estado de quem vigia, de quem age com atenção e precaução para evitar riscos e perigos; cuidado. 3 Comportamento vigilante; precaução, prudência. 4 Atenção desvelada na realização ou cumprimento de algo; cuidado, diligência. (“Vigilância”, [s.d.]). Dicionário Michaelis.

Essa definição apresentada, que se refere à preocupação em evitar riscos e perigos, e o contexto em que geralmente se discute a necessidade de implementação das filmadoras, seja corporal ou fixas nas viaturas, como no projeto supracitado, geralmente surge em momentos em que ocorrem ações policiais que resultam em morte ou excesso policial.

Uma prova disso é a matéria veiculada no G1 de julho de 2020 em que a lide apresenta a iniciativa do então Governador João Dória em adquirir novas bodycam, sendo o fato impulsionador da ação governamental o aumento do número da violência policial. Os objetivos dispostos no projeto de lei anteriormente mencionado revelam que:

[...] a iniciativa ao Projeto de Lei visa permitir o monitoramento de viaturas por meio de áudio e vídeo e evitar que agentes ocultem as evidências de ações criminosas. O objetivo seria aumentar as condições de monitoramento durante a atividade policial, garantindo maior segurança ao cidadão e também aos próprios policiais. (Portal da Câmara dos Deputados, [s.d.] grifo nosso)

A partir da leitura do fragmento do projeto de lei citado, é possível perceber um viés de desconfiança em relação ao policial, sugerindo a necessidade de vigilância. Contudo, a presente investigação, tem o objetivo de mostrar que as imagens captadas pelas filmadoras podem ser usadas muito além de vigiar o policial que está trabalhando.

Diante dessa ponderação, faz-se necessário destacar aquilo que deveria ser a origem da implantação das câmeras, ouvir as pessoas que terão seus passos acompanhados. Embora os policiais, principalmente os militares, possuam uma estrutura hierarquizada, com o governador do Estado ocupando a função de maior comandante, conforme estabelecido no art. 144, §6º da Constituição Federal, e na ausência de uma lei nacional, é necessário que a implementação seja discutida por meio de um projeto de lei, uma vez que o governador é o responsável pela tropa.

Consubstancia essa narrativa o texto apresentado no projeto de indicação do então Deputado Estadual de São Paulo, Coronel Telhada, por meio do projeto de indicação de número 3507, do ano de 2021, apresenta alguns problemas quanto a atuação policial e o uso das câmeras, requerendo a criação de uma lei nacional:

Em alguns Estados tanto a Polícia Militar, quanto a Polícia Civil têm utilizado esses equipamentos corporais. Já no Estado de São Paulo, o uso obrigatório é apenas para a Polícia Militar. Por esse motivo estão ocorrendo atritos entre policiais civis e policiais militares, o que vem piorando a já desgastada relação entre essas duas polícias. Como exemplos citamos os casos em que os delegados de polícia têm proibido a entrada de policiais militares nas delegacias por estarem gravando as imagens, ocorrência estão sendo prejudicadas por esses entreves, e não é possível fazer nada, tendo em vista, que as câmeras não podem ser desligas pelos PM's, que acabam sendo hostilizados pelos policiais civis. Se a câmera é para ser usada na segurança pública, por que também não ser usada no mesmo sentido pela Polícia Civil em todos os Estados? Não combatemos o uso da câmera, mas a forma em que vem sendo utilizada. Noutros países a câmera é acionada de forma voluntária pelo agente e não são coletadas imagens que não tenham interesse policial. No Estado de São Paulo estão coletando imagens de todo o turno de serviço, incluindo de momentos que não há interesse policial como na hora da alimentação do agente.

Conforme apontado no projeto de indicação, destacam-se alguns quesitos. Em primeiro lugar, a falta de uma regulamentação deixa as pessoas sem saber o que fazer, colocando em conflito a polícia militar e a polícia civil. Essa última, também poderia fazer uso desses equipamentos para ajudar na elaboração do inquérito, mas sem uma lei que diga como, pode ser colocado a perder todo aquele trabalho.

Feitos esses apontamentos constata-se a necessidade de uma regulamentação mínima e nacional para a implementação e uso desses sistemas, afinal, é preciso ter uma orientação de como proceder nos diversos momentos de atuação, sejam quais equipamentos usar, como gravar, quando gravar, como guardar, como ter acesso, o direito à imagem, entre outros.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme foi possível observar no decorrer do texto, as imagens captadas pelas câmeras corporais possuem um condão de trazer uma maior lisura para a atividade policial, bem como, tem o poder de esclarecer possíveis divergências que possam ocorrer no desenrolar da ação policial, resultando na possibilidade do seu uso na fase inquisitiva e conseqüentemente na instrução processual.

Portanto, não é possível mencionar qualquer prejuízo ou problema que possa existir com a implantação das câmeras corporais de uso da polícia. As imagens além de trazer uma maior lisura e segurança para a polícia e o cidadão, ainda traz a possibilidade de melhoria na prestação do serviço policial com o aperfeiçoamento das técnicas utilizadas pela polícia.

Inicialmente foi-se apresentado um breve apontamento histórico sobre o tema, coletando-se informações pertinentes sobre a evolução do uso de equipamentos de filmagem, desde a sua origem visando o divertimento pessoal, e conseqüentemente, as novas possibilidades que surgiram com o aprimoramento da tecnologia, deixando os equipamentos mais leves e menores, facilitando o seu manuseio. Assim, a partir da melhoria na tecnologia passou-se a pensar nas câmeras como meio para ajudar na segurança, seja ela pública ou particular.

Nessa esteira, passou-se para o uso das câmeras pelas forças de segurança, sendo apresentado diversos exemplos e dados de várias instituições policiais pelo mundo, que passaram a usar os equipamentos e observaram melhoras significativas na atuação policial. Assim, podem ser destacados que muito além da mera discussão da “vigilância” sobre o policial, se agente público está praticando alguma ilegalidade ou outro abuso, a bodycam possui um maior leque de aplicabilidades, dentre eles, o objetivo dessa pesquisa, o uso das imagens como elemento constitutivo de prova.

As imagens captadas pelos policiais poderão ser mais um elemento para ajudar o delegado de polícia no indiciamento e o magistrado no momento da sentença. Imagens, essas que serão captadas, armazenadas e utilizadas pelo Estado,

trazendo assim, uma maior segurança jurídica para os atos inquisitivos e processuais.

Por fim, até o momento, não há que se falar em qualquer prejuízo na utilização dos equipamentos de filmagens usados pelos policiais. Isso não quer dizer que uma vez em uso surjam problemas na sua utilização e que se observa a necessidade de rever esses sistemas. O que se sabe é que a sua implantação é uma tendência e que provavelmente, muito em breve a maioria dos Estados passe a usar.

Conforme observado, é necessário que exista uma legislação nacional para regular as diretrizes básicas de implementação das câmeras corporais e respeitados os direitos e garantias fundamentais da sociedade e dos policiais. A partir delas, poderiam os Estados, de acordo com as peculiaridades locais, complementá-las. Afinal, cada ente possui uma realidade diferente, devendo assim, serem elaboradas normas específicas conforme sua condição, observando critérios como, sobre quais equipamentos comprar, forma de armazenamento, entre outras.

Feitas todas essas considerações, conclui-se pela necessidade de construção, por meio de um amplo debate institucional (envolvendo as diversas corporações policiais, o poder público estadual e federal) e principalmente a população brasileira, sobre a criação de uma legislação nacional que verse sobre o uso das bodycam, para se construir uma legislação mínima sobre o tema.

É a partir da escuta principalmente dos policiais e do cidadão que eventuais problemas e soluções podem surgir. Mas sempre a base deve ser o diálogo, ouvir os envolvidos, afinal, nada melhor do que aquele que sofre na pele para saber o que pode e o que deve ser feito.

## REFERÊNCIAS

ABERTA, Boca. **Projeto de Lei nº 4223 de 2019**. Portal da Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2213402>. Acesso em: 03 mai. 2023.

AVENA, Norberto. Processo penal. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023.

CAMBRIA, Hudson de Oliveira. **A (i)legitimidade das câmeras de vigilância pública como mecanismo de prevenção do delito no estado democrático de direito**: o caso de Belo Horizonte/MG. Trabalho apresentado como requisito para titulação em mestrado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Minas Gerais, p. 25. Área de concentração: Direito Público. 2012. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1b33d16fc5624645>. Acesso em: 29 de agosto de 2023.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Tradução Roneide Venancio Majer.

6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CEARÁ. Secretaria de Segurança Pública e Defesa Social, Governo do Ceará recebe premiação internacional por uso de tecnologia na redução de crimes. **Secretaria de Segurança Pública e Defesa Social**, novembro de 2021. Disponível em: <https://www.ceara.gov.br/raio-e-videomonitoramento/resultados-atuais>. Acesso em: 28 de agosto de 2023.

CÉO, Rafaela. **PM do Distrito Federal testa sistema americano que filma ação policial**. G1 DF, 2012. Disponível em: <https://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2012/12/pm-do-distrito-federal-testa-sistema-americano-que-filma-acao-policial.html>. Acesso em 25 de set. 2023.

DA SILVA, Jardel; CAMPOS, Joamir Rogerio. **Monitoramento das ações policiais por meio do uso de câmeras de porte individual:** uma análise de sua utilização nas atividades operacionais. Revista Ordem Pública, v. 8, n. 2, p. 233-253, 2015.

DE OLIVEIRA, Paulo Francisco; FÁVERO, William Celestino. **A utilização de câmeras no fardamento policial e seus efeitos práticos:** The use of cameras in police uniform and its practical effects. Brazilian Journal of Development, v. 8, n. 10, p. 67673-67692, 2022.

FABER, Marcelo Gerhardt et al. **Uma imagem vale mais do que mil palavras? Os usos das imagens das câmeras individuais da polícia militar de Santa Catarina nos processos judiciais.** 2022.

FARRAR, W. **Operation Candid Camera:** Rialto Police Departments Body-Worn Camera Experiment. The Police Chief, 81(1), 20-25. 2014.

GOVERNO do Estado regulamenta acesso ao conteúdo das câmeras operacionais portáteis, incluindo imagens das forças especiais. **Governo do Estado do Rio de Janeiro, 2023.** Disponível em: <https://www.rj.gov.br/noticias/governo-do-estado-regulamenta-acesso-ao-conteudo-das-cameras-operacionais-portateis-incluindo-imagens-das-forcas-especiais5580>. Acesso em 27 de set. 2023.

JUNIOR, João Carlos Bonato. Uso de bodycam pela polícia militar do paraná: uma análise incipiente do tema. Recima21-Revista Científica Multidisciplinar. ISSN 2675-6218, v. 3, n. 1, p. e311009-e311009, 2022.

MILLER, Jessica; TOLIVER, Jessica. Executivo policial. Fórum de pesquisa. 2014. **Implementinga Body-Worn Camera Program Recommendations and Lessons Learned.** Washington, DC: Instituto da comunidade orientada para serviços policiais. Disponível em: [https://www.policeforum.org/assets/docs/Free\\_Online\\_Documents/Technology/implementing%20a%20body-worn%20camera%20program.pdf](https://www.policeforum.org/assets/docs/Free_Online_Documents/Technology/implementing%20a%20body-worn%20camera%20program.pdf). Acesso em: 29 de ago. 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado.** 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PAGNAN, Rogério. **Letalidade policial desaba 85% e batalhões de SP com câmeras em uniformes.** Folha de São Paulo. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2022/01/letalidade-policial-desaba-85-em-batalhoes-de-sp-com-cameras-em-uniformes.shtml>. Acesso em 28 de ago. de 2023.

PESCARINI, Fábio. **Tarcísio faz acordo para facilitar acesso de juiz a câmeras da PM em audiências de custódia.** Folha de São Paulo, 2023. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2023/09/tarcisio-faz-acordo-para-facilitar-acesso-de-juiz-a-cameras-da-pm-em-audiencias-de-custodia.shtml>. Acesso em 27 de set. 2023.

PROGRAMA **Bem-te-vi, segurança por videomonitoramento.** SSP/SC, 2017. Disponível em: <https://www.ssp.sc.gov.br/index.php/component/content/article/85-programas/157-bem-te-vi>. Acesso em: 29 de ago. 2023.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Direito Processual Penal.** 11. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

STABILE, Arthur. **Governo federal articula com estados criar um padrão para o uso de câmeras corporais por policiais; Força Nacional terá equipamentos.** G1, 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2023/09/01/governo-federal-articula-com-estados-criar-um-padrao-para-o-uso-de-cameras-corporais-por-policiais-forca-nacional-tera-equipamentos.ghtml>. Acesso em 12 de set. 2023.

SUPESP. SUPESP.CE.GOV, 2021. **Governo do Ceará recebe premiação internacional por uso de tecnologia na redução de crimes.** SUSESP. Disponível em: <https://www.supesp.ce.gov.br/2021/11/04/governo-do-ceara-recebe-premiacao-internacional-por-uso-de-tecnologia-na-reducao-de-crimes>. Acesso em 28 de ago. 2023.

VIGILÂNCIA. **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa.** Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/busca?id=jO9xB>. Acesso em: 9 mai. 2023.

WIGGERS, Luiza Helena; DE OLIVEIRA, Rafael Niebuhr Maia. **Impacto da utilização de ferramentas jurídicas inovadoras na prevenção do abuso de autoridade.** Revista da Unifebe, v. 1, n. 24, p. 11-11, 2020.



**SOLUÇÕES CONSENSUAIS NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO: SECEXCONSENSO E A INSTRUÇÃO NORMATIVA N. 91/2022**  
**CONSENSUAL SOLUTIONS WITHIN THE SCOPE OF THE FEDERAL COURT OF AUDITORS: SECEXCONSENSO AND NORMATIVE INSTRUCTION NO. 91/2022**

artigos  
científicos

Taís Fernanda Kusma<sup>1</sup>

## RESUMO

É cada vez mais comum a utilização de métodos consensuais de resolução de conflitos envolvendo a Administração Pública, quer seja judicial ou extrajudicialmente. Além disso, a tendência da consensualidade na Administração tem se espalhado para outros ramos do Direito que não apenas o Administrativo, tais como o Ambiental, o Tributário e o Penal. O mesmo pode ser observado quando se trata do controle externo da Administração. Dessa forma, o objetivo do presente estudo é analisar a inserção das soluções consensuais no âmbito do Tribunal de Contas da União, que se deu por meio da Instrução Normativa n. 91/2022, com a criação da SecexConsenso. Para tanto, o trabalho foi desenvolvido valendo-se do método de abordagem lógico-dedutivo, por meio de pesquisa teórica, bem como utilizando-se da técnica documental indireta (revisão bibliográfica, legislativa e jurisprudencial). Diante da doutrina e da jurisprudência analisadas, foi possível observar que a normativa coaduna com o moderno Direito Administrativo, em consonância com os princípios e valores jurídicos administrativos.

**Palavras-chave:** Consensualidade; solução consensual; Administração Pública; Tribunais de Contas; SecexConsenso.

## ABSTRACT

It is increasingly common to use consensual methods of resolving conflicts involving the Public Administration, whether judicially or extrajudicially. Furthermore, the trend towards consensuality in Administration has spread to other branches of Law such as Environmental, Tax and Criminal Law. The same can be observed when it comes to external control of the Administration. Therefore, the objective of this study is to analyze the insertion of consensual solutions within the scope of the Federal Audit Court, which took place through Normative Instruction no. 91/2022, with the creation of SecexConsenso. Thus, the work was developed using the logical-deductive approach method, through theoretical research, as well as using the indirect documentary technique (bibliographical, legislative and jurisprudential review). In light of the doctrine and jurisprudence analyzed, it was possible to observe that the

<sup>1</sup> Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Mestranda em Direito (UEPG). Pós-graduada em Direito Ambiental (UFPR), Direito Público (UNIMAIS) e em Direito Penal e Criminologia (UNINTER). Assessora no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR). Professora universitária (Anhanguera – Ponta Grossa/PR). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4899-8717>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8587457530915128>. E-mail: [tais.kusma@gmail.com](mailto:tais.kusma@gmail.com)

regulations are in line with modern Administrative Law, as well with administrative legal principles and values.

**Keywords:** Consensuality; consensual solution; Public Administration; Accounting Courts. SecexConsenso.

**SUMÁRIO:** CONSIDERAÇÕES INICIAIS; 1 A CONSENSUALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA; 2 A INSTRUÇÃO NORMATIVA N. 91/2022; 2.1 LEGITIMIDADE; 2.2 REQUISITOS MÍNIMOS; 2.3 PROCEDIMENTO; 3 SOLUÇÕES CONSENSUAIS NA JURISPRUDÊNCIA DO TCU; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A consensualidade na Administração Pública não é um tema “novo” propriamente dito; no entanto, trata-se de questão que tem se tornado objeto de inúmeros estudos, notadamente em razão das alterações promovidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) e advento do Código de Processo Civil de 2015.

Questões relativas à limitação da consensualidade e como conciliá-la com demais princípios constitucionais e administrativos – tais como indisponibilidade do interesse público e legalidade – são frequentemente levantadas.

A consensualidade não se encontra adstrita ao âmbito do Poder Judiciário, tampouco à seara do Poder Executivo, mas tem se espreado por outras áreas, tais como a do Controle Externo, fazendo surgir a necessidade de modernização e ampliação das técnicas e procedimentos até então existentes.

Nesse sentido, em atenção à nova tendência e às exigências sociais, o Tribunal de Contas da União instituiu, em seu âmbito de atuação, procedimentos de solução controvérsias relevantes e prevenção de conflitos afetos a órgãos e entidades da Administração Pública Federal, por meio da Instrução Normativa n. 91/2022.

Além do mais, a busca pela solução consensual de conflitos se encontra alinhada às modernas práticas internacionais de auditoria e corresponde a um esforço fde consolidar a cultura consensual na atuação do TCU.

Diante disso, o objetivo do presente trabalho é analisar a inserção das soluções consensuais no âmbito do Tribunal de Contas da União, por meio da Instrução Normativa n. 91/2022, com a criação da SecexConsenso.

Assim, o estudo foi desenvolvido a partir da utilização do método de abordagem lógico-dedutivo, por meio de pesquisa teórica, bem como utilizando-se da técnica documental indireta (revisão bibliográfica, legislativa e jurisprudencial).

O artigo possui três seções: a primeira apresenta, de forma breve, aspectos relativos à consensualidade na Administração Pública.

A segunda expõe e detalha a Instrução Normativa n. 91/2022, analisando sua base legal; os legitimados a requerer a solução consensual; os requisitos mínimos para tanto; e, por fim, o procedimento previsto.

A terceira aborda as soluções consensuais na jurisprudência do Tribunal de Contas da União desde a criação da SecexConsenso em dezembro de 2022 até novembro de 2023.

Diante da doutrina e jurisprudência analisadas, foi possível observar que a normativa coaduna com o moderno Direito Administrativo, em consonância com os princípios e valores constitucionais e administrativos.

Em que pese se trate de nova forma de solução de conflito, já houve sua utilização em diversos momentos e áreas – muitos ainda em fase de elaboração da solução consensual. Além disso, em razão da contemporaneidade do tema, ainda se aguarda a elaboração do relatório da Comissão competente para analisar as atividades desenvolvidas, que deverá conter proposta de tornar definitiva ou de extinguir a Comissão, conforme previsão da própria Instrução Normativa.

## 1. A CONSensualIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Conquanto não seja um tema propriamente novo, a consensualidade na Administração Pública tem feito surgir inúmeros questionamentos e trabalhos científicos, notadamente, em razão da constante ampliação da sua aplicação não só ao Direito Administrativo, como também em outras áreas do Direito Público, tais como Ambiental, Tributário e, até mesmo, Penal (por exemplo, por meio do acordo de não persecução penal).

A consensualidade engloba duas possíveis acepções: em sentido estrito, aquilo que se denomina “concertação administrativa”, ou seja, a terminação consensual de conflitos, a exemplo da conciliação, mediação e arbitragem; e, em sentido mais amplo, os acordos em geral (contratos, termos, parcerias, etc.)<sup>2</sup>.

Além disso, questões afetas à consensualidade perpassam não só a administração em si (relações travadas entre Administração e administrado, no âmbito exclusivamente administrativo), como também pelo Poder Judiciário (a exemplo dos acordos realizados) e outras esferas, como a que ora se analisa, que diz respeito à área de atuação do controle externo técnico.

Tradicionalmente, em países com cultura jurídica anglo-saxônica, a consensualidade administrativa não encontra tantos entraves teóricos<sup>3</sup>. Isso porque, além de que o Direito Administrativo não ter sido concebido, por muito tempo, como disciplina autônoma, o Estado também se submetia – quase que por

<sup>2</sup> NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. Dever de consensualidade na atuação administrativa. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 55, n. 218, p. 63-84, abr./jun. 2018. Disponível em: [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril\\_v55\\_n218\\_p63](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p63). Acesso em: 25 nov. 2023, p. 2.

<sup>3</sup> Ibidem.

completo – ao mesmo regramento que era aplicável aos particulares.

Por outro lado, nos países de cultura jurídica romano-germânica, notadamente, naqueles em que o Direito Administrativo foi inspirado no pensamento francês, a consensualidade somente passou a ser questão de preocupação e estudos apenas recentemente<sup>4</sup>.

Isso se dá, principalmente, em razão do fato de que o Direito Administrativo sempre se pautou pela noção de poderes administrativos em uma relação de verticalidade, sendo que a Administração Pública se apresenta com características de “atuação pautadas pela unilateralidade, imperatividade e autoexecutoriedade”<sup>5</sup>.

Com o passar do tempo, essa noção foi sofrendo alterações, sendo objeto de reflexão e releitura, que englobam questões como os limites da discricionariedade administrativa, nova compreensão do princípio da legalidade, releitura conceitual do interesse público, novo perfil da administração, pautado na eficiência, além da interpretação dos princípios administrativos e da própria possibilidade de atuação consensual dos entes administrativos<sup>6</sup>.

Quando aplicada aos contratos, por exemplo, autores administrativistas reconhecem que “o princípio do consensualismo na Administração” além de observar o princípio da eficiência, privilegia a celeridade e a economicidade administrativas, como também reduz o “ânimo de litigância em que se tem inspirado o Poder Público, com grande prejuízo para este e para o particular”<sup>7</sup>.

São muitos os exemplos de aplicação da consensualidade ou “princípio do consensualismo”, notadamente, com a ampliação da utilização da arbitragem e da mediação no âmbito da Administração Pública, bem como do acordo de leniência, delação premiada, acordos de não persecução cível, compromisso (LINDB, art. 26), entre outros instrumentos.

No Brasil, o Código de Processo Civil de 2015 inovou ao estabelecer, no art. 174, que “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo” e acrescentou exemplos dessa atuação: dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública; e promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.<sup>8</sup>

Ademais, conforme detalhado no tópico seguinte, há previsão da consensualidade na Lei 13.140/2015 e na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

4 NEVES, Op. cit., p. 2.

5 Op. cit., p. 3.

6 Ibidem.

7 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 450.

8 BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Brasília: Senado, 2015. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm). Acesso em: 25 nov. 2023.

E, em 2021, houve a previsão expressa, na Nova Lei de Licitações e Contratos (Lei n. 14.133/2021) dos meios alternativos de resolução de controvérsias (arts. 151-154), dando origem ao que parte da doutrina denomina “Métodos Adequados de Solução de Conflitos” (MASCS)<sup>9</sup>.

Sem maiores digressões, observa-se que a consensualidade não só possui previsão em diversos dispositivos legais e tem se tornado cada vez mais comum à Administração como também coaduna com os princípios administrativos constitucionais da supremacia (e indisponibilidade) do interesse público, da eficiência, celeridade, efetividade, razoabilidade e proporcionalidade.

Ainda, “o consenso tem o mérito de reduzir o lado autoritário da administração pública, contribuindo para a sua democratização”.<sup>10</sup>

## 2. A INSTRUÇÃO NORMATIVA N. 91/2022

Por meio da Instrução Normativa n. 91/2022<sup>11</sup> foram instituídos, no âmbito do Tribunal de Contas da União, procedimentos de solução consensual de controvérsias relevantes e prevenção de conflitos afetos a órgãos e entidades da Administração Pública Federal.

Observa-se, de início, as bases normativas que amparam a edição da referida Instrução: a Lei n. 13.140/2015<sup>12</sup> e o Decreto n. 9.830/2019<sup>13</sup>.

A primeira dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. No Capítulo II (intitulado “da autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público”), estatui-se que os Entes Federados poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos com competência para, dentre outros, dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública (art. 32, inciso I) e avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público (art. 32, inciso II).

O segundo, por sua vez, regulamenta o disposto nos artigos 20 a 30 da Lei de

9 OLIVEIRA, Gustavo Justino de; VENTURINI, Otávio. O uso dos métodos consensuais na Administração Pública do Poder Judiciário. Consultor Jurídico. Nov/2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-14/publico-pragmatico-uso-metodos-consensuais-administracao-publica-poder-judiciario/>. Acesso em: 25 nov. 2023.

10 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 35. ed. [2. Reimp.]. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 138.

11 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Instrução normativa n. 91, de 22 de dezembro de 2022. Institui, no âmbito do Tribunal de Contas da União, procedimentos de solução consensual de controvérsias relevantes e prevenção de conflitos afetos a órgãos e entidades da Administração Pública Federal. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/ato-normativo/\\*?TIPO%253A%2528%2522Instru%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520Normativa%2522%2529%2520NUMATO%253A91/score%2520desc/0/%2520](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/ato-normativo/*?TIPO%253A%2528%2522Instru%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520Normativa%2522%2529%2520NUMATO%253A91/score%2520desc/0/%2520). Acesso em: 25 nov. 2023.

12 BRASIL. Lei n. 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/13140.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13140.htm). Acesso em: 25 nov. 2023.

13 BRASIL. Decreto n. 9.830, de 10 de junho de 2019. Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm). Acesso em: 25 nov. 2023.

Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB<sup>14</sup>. E, o artigo 13, §1º, do Decreto, estabelece que a atuação dos órgãos de controle privilegiará as ações de prevenção antes dos processos sancionadores.

Cuida-se da consagração do papel pedagógico e orientador do Tribunal de Contas da União, conforme previsão expressa da Instrução Normativa n. 91/2022.

Além disso, a iniciativa encontra respaldo na Nota Recomendatória da Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (ATRICON) n. 02/2022, que recomenda que os Tribunais de Contas brasileiros adotem instrumentos de solução consensual de conflitos, aprimorando essa dimensão nos processos de controle externo<sup>15</sup>.

A fim de viabilizar a prática consensual no âmbito da Corte de Contas Federal, foi criada a Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos, a “SecexConsenso”, em dezembro de 2022.

O objetivo é o de contribuir para a efetividade das políticas públicas e a segurança jurídica de soluções tempestivas, construídas de modo colaborativo e célere com a sociedade e os entes públicos<sup>16</sup>.

Do mesmo modo, busca-se aumentar a eficiência e a economicidade por meio do diálogo entre o setor privado e a administração pública federal<sup>17</sup>.

Referida Secretaria busca priorizar, transversalmente, a construção colaborativa de soluções consensuais na administração pública; o diálogo com as instituições na prevenção dos conflitos; o compartilhamento de informações entre entidades públicas durante a fase de negociação dos acordos de leniência, com a inclusão dos processos do TCU no escopo desses acordos; a elaboração e execução de estratégias para a participação cidadã no dia a dia do TCU, com o intercâmbio nacional e internacional de boas práticas; e a articulação de ações do controle externo com os Tribunais de Contas do Brasil, além do compartilhamento de boas práticas de políticas públicas descentralizadas<sup>18</sup>.

14 BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/4657compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/4657compilado.htm). Acesso em: 25 nov. 2023.

15 BRASIL. Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil. Nota Recomendatória n. 02/2022. Recomendação aos Tribunais de Contas brasileiros para que, observado o regime jurídico-administrativo, adotem instrumentos de solução consensual de conflitos, aprimorando essa dimensão nos processos de controle externo. Disponível em: [https://portal.tcu.gov.br/data/files/FD/06/9A/DB/98C4681046756058F18818A8/Nota%20Recomendatoria%20Atricon%20n%2002-2022%20-%20Termos%20de%20Ajustamento%20de%20Gestao%20\\_TAGS\\_.pdf](https://portal.tcu.gov.br/data/files/FD/06/9A/DB/98C4681046756058F18818A8/Nota%20Recomendatoria%20Atricon%20n%2002-2022%20-%20Termos%20de%20Ajustamento%20de%20Gestao%20_TAGS_.pdf). Acesso em: 25 nov. 2023.

16 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Portal TCU. Você conhece a nova sistemática de soluções consensuais do TCU? Jul/2023. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/voce-conhece-a-nova-sistemática-de-solucoes-consensuais-do-tcu.htm>. Acesso em: 25 nov. 2023.

17 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Portal TCU. TCU investe em soluções consensuais de conflitos para temas de grande relevância. Fev/2023. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-investe-em-solucoes-consensuais-de-conflito-para-temas-de-grande-relevancia.htm>. Acesso em: 25 nov. 2023.

18 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Portal TCU. Você conhece a nova sistemática de soluções consensuais do TCU? Jul/2023. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/voce-conhece-a-nova-sistemática-de-solucoes-consensuais-do-tcu.htm>. Acesso em: 25 nov. 2023.

## 2.1. LEGITIMIDADE

Poderão solicitar a solução consensual de que trata a Instrução Normativa n. 91/2022: (a) autoridades elencadas no art. 264 do Regimento Interno do TCU<sup>19</sup>; (b) dirigentes máximos das agências reguladoras definidas no art. 2º da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019<sup>20</sup>; e (c) relator de processo em tramitação no TCU.

No artigo 264 do Regimento Interno do TCU estão previstas as autoridades que possuem competência para formular consulta perante o órgão e que também possuem competência para solicitar a solução consensual, a saber: presidentes da República, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal; Procurador-Geral da República; Advogado-Geral da União; presidente de comissão do Congresso Nacional ou de suas casas; presidentes de tribunais superiores; ministros de Estado ou autoridades do Poder Executivo federal de nível hierárquico equivalente; e comandantes das Forças Armadas.

Por sua vez, no artigo 2º da Lei n. 13.848/2019 estão elencadas as seguintes agências reguladoras: Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel); Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP); Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel); Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa); Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS); Agência Nacional de Águas (ANA); Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq); Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT); Agência Nacional do Cinema (Ancine); a Agência Nacional de Aviação Civil (Anac); e Agência Nacional de Mineração (ANM).

Além dos dirigentes máximos dessas agências e das autoridades que também possuem competência para formular consulta, o relator do processo em tramitação no TCU igualmente possui legitimidade para solicitar a solução consensual.

## 2.2. REQUISITOS MÍNIMOS

A fim de que possa ser admitida, a solicitação deverá conter, no mínimo (art. 2º, IN 91/2022): (a) indicação do objeto da busca de solução consensual, com a discriminação da materialidade, do risco e da relevância da situação apresentada; (b) pareceres técnico e jurídico sobre a controvérsia, com a especificação das dificuldades encontradas para a construção da solução; (c) indicação, se houver, de particulares e de outros órgãos e entidades da administração pública envolvidos na controvérsia; (d) indicação, se houver, da existência de processo no TCU que trate do objeto da busca de solução consensual; e (e) manifestação de interesse na solução

19 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Regimento interno do Tribunal de Contas da União. Brasília: TCU, Secretaria Geral da Presidência. 2023. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/data/files/5A/54/AE/28/EE157810ED256058E18818A8/RITCU.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2023.

20 BRASIL. Lei n. 13.848 de 25 de junho de 2019. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, altera a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, a Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, a Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, a Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, a Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, a Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, e a Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/113848.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113848.htm). Acesso em: 25 nov. 2023.



consensual dos órgãos e entidades da administração pública federal envolvidos na controvérsia, quando se tratar de solicitação formulada pelo relator de processo em trâmite no TCU.

Ainda, quando se tratar especificamente de solicitação formulada pelo relator de processo em trâmite no TCU, compete à Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (SecexConsenso) providenciar, por meio de diligência, os elementos indicados nos itens “b”, “c” e “e” acima.

### 2.3. PROCEDIMENTO

A solicitação de solução consensual será atuada como processo de Solicitação de Solução Consensual (SSC), que será encaminhado à Secex Consenso para a primeira fase, o da admissibilidade prévia.

A análise prévia, de competência do Presidente do TCU, decidirá sobre a conveniência e a oportunidade da admissibilidade da solicitação e, para tanto, deverá levar em consideração algumas questões.

Assim, devem ser consideradas: a competência do TCU para tratar da matéria; a relevância e a urgência da matéria; a quantidade de processos de SSC em andamento; e a capacidade operacional disponível no Tribunal para atuar nos processos de SSC (art. 5º da IN 91/2022).

É nessa fase que deve ser observada a eventual existência de processo com o mesmo objeto da solicitação.

Em caso positivo, caso o objeto da controvérsia esteja sendo tratado em processo em tramitação no TCU em que não há, ainda, decisão de mérito, a solicitação de solução consensual, deverá ser analisada em processo próprio.

Nesse caso, a solicitação será encaminhada ao relator do processo já em tramitação, que poderá ratificar ou não a manifestação do Presidente do TCU. Se ratificada, sobrestam-se as questões relacionadas as questões relacionadas ao processo em tramitação. Inexistindo ratificação, o processo de solução consensual será arquivado.

No entanto, se já tiver sido proferida decisão de mérito do TCU, a solicitação de solução consensual deverá ser arquivada.

Vencida essa etapa, o processo de solução consensual será encaminhado à Secretaria-Geral de Controle Externo (Segecex) para, depois de ouvida a SecexConsenso, designar, por meio de portaria, os membros da Comissão de Solução Consensual (CSC).

Referida Comissão deverá ser composta por, no mínimo, um servidor da SecexConsenso, que atuará como coordenador; um representante da unidade de

auditoria especializada responsável pela matéria tratada; e um representante de cada órgão ou entidade da administração pública federal que tenha solicitado a solução consensual ou que, nos termos do inciso V do art. 3º da IN 92/2022, tenha manifestado interesse na solução.

É possível, a critério da Segecex, admitir a participação de representante de particulares envolvidos na controvérsia.

Ademais, admite-se que, por unanimidade dos membros da CSC, sejam convidados para participar das reuniões, na qualidade de colaboradores, especialistas na matéria objeto da busca de solução consensual que não estejam diretamente envolvidos na controvérsia.

A partir da sua instituição, a CSC disporá de noventa dias para a elaboração da proposta de solução. Tal prazo poderá, a critério do Presidente do TCU, ser prorrogado por uma única vez por até trinta dias.

Não sendo possível a elaboração da proposta de solução, a CSC deverá cientificar o Presidente do TCU, que determinará o arquivamento do processo.

Em contrapartida, tendo sido elaborada proposta de solução e, havendo concordância de todos os membros da CSC, o processo será encaminhado ao Ministério Público de Contas para que se manifeste sobre a proposta, no prazo de quinze dias.

Após a manifestação do Ministério Público junto ao TCU sobre a proposta formulada pela CSC, o processo será encaminhado à Presidência do TCU para sorteio de relator entre os Ministros.

A partir de então, o relator do processo dispõe de até trinta dias para submetê-lo à apreciação do Plenário do TCU. É possível a dilação do prazo por, no máximo, trinta dias.

Submetido o processo ao Plenário, este, por meio de acórdão, poderá sugerir alterações na proposta de solução elaborada pela CSC, acatá-la integralmente, ou, ainda, recusá-la.

Sendo sugeridas alterações, os membros da CSC terão quinze dias para se manifestarem acerca da referida sugestão.

Caso não haja concordância de algum dos membros da CSC, o relator determinará o arquivamento do processo, dando ciência ao Plenário acerca da decisão.

Lado outro, havendo concordância, a formalização da solução será realizada por meio de termo a ser firmado pelo Presidente do TCU e pelo respectivo dirigente máximo dos órgãos e entidades a que se refere o inciso III do § 1º do art. 7º da IN 91/2022, em até trinta dias após a deliberação final do Plenário do Tribunal que

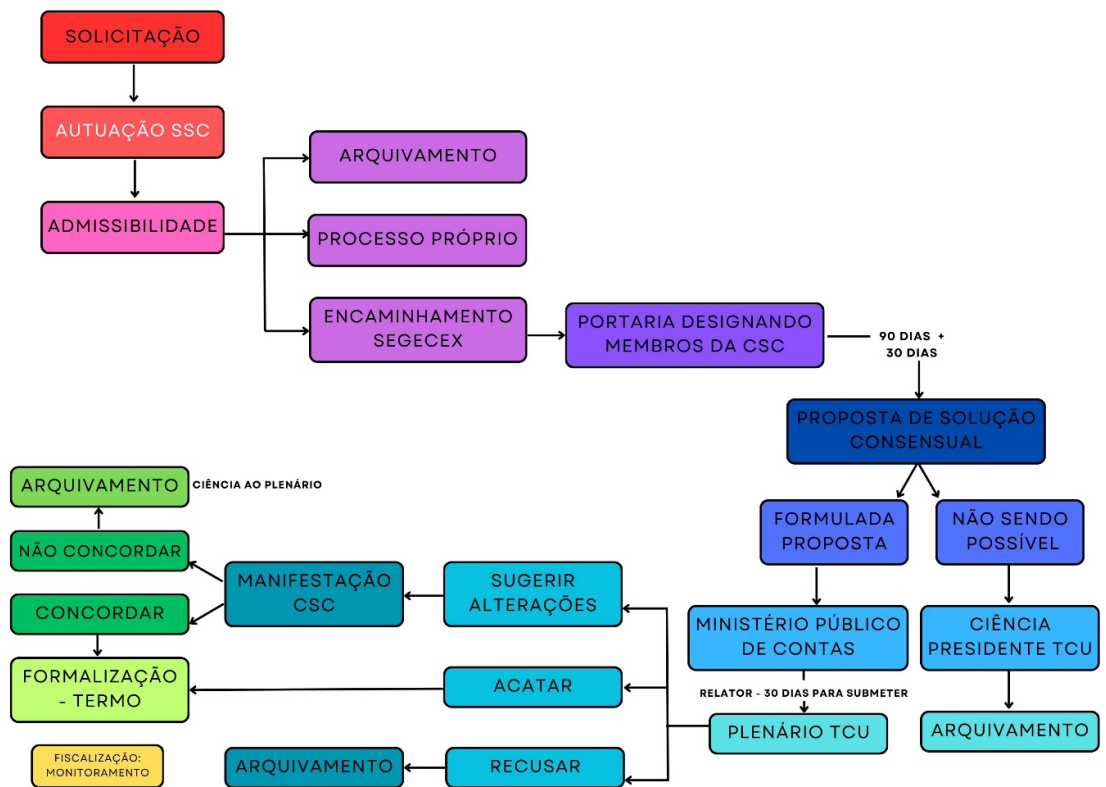
aprovar a referida solução.

O instrumento hábil para verificação do cumprimento do termo respectivo é o monitoramento (previsto no art. 243 do Regimento Interno do TCU).

Interessante pontuar que, nos termos do art. 15 da IN 91/2022, das decisões preferidas nos autos de Solicitação de Solução Consensual não caberá recurso, “tendo em vista a natureza dialógica desses processos”.

A fim de melhor visualizar o procedimento, ele pode ser esquematizado da seguinte forma:

Figura 1 – Fluxograma do procedimento de solução consensual de conflitos



Fonte: A autora.

Além disso, a Instrução Normativa previu a instituição de Comissão Temporária de Acompanhamento de Procedimentos de Solução Consensual, cujo objetivo é acompanhar a implementação dos procedimentos ali estabelecidos, bem como os resultados dela advindos.

Esta Comissão seria formada por três ministros designados por portaria da

Presidência do TCU, contando com apoio, em suas atividades, da SecexConsenso.

Ademais, ao final de 360 (trezentos e sessenta) dias contados a partir da publicação da IN 91/2022 (ou seja, a partir de 22.12.2022), deverá ser encaminhado à Presidência do TCU um relatório de suas atividades, o qual deverá conter proposta de tornar definitiva ou de extinguir a referida Comissão, além de apresentar medidas de aperfeiçoamento do procedimento de solução consensual.

Até o momento de elaboração do presente ensaio (novembro/2023) não decorreu referido prazo.

Por fim, destaca-se que, em relação aos membros da SecexConsenso houve intensa preparação e qualificação, por meio da aproximação com órgãos e entidades que utilizam métodos autocompositivos para a solução de controvérsias, como a AGU, o CADE e o Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso<sup>21</sup>.

Além do mais, foram realizados, em termos de capacitação de pessoal, cursos em negociação, “utilizando a metodologia de Harvard, mediação e solução de conflitos, a partir da contratação e participação dos servidores em cursos oferecidas por instituições nacionais e internacionais”<sup>22</sup>.

### 3. SOLUÇÕES CONSENSUAIS NA JURISPRUDÊNCIA DO TCU

A partir da busca pela palavra-chave “SecexConsenso” na página do Tribunal de Contas da União, foram encontrados vinte e três acórdãos.

No Acórdão n. 311/2023 (Processo n. 012.196/2019-3<sup>23</sup>), o Tribunal reforçou que a busca por soluções consensuais que envolvem os jurisdicionados da Corte é cabível anteriormente à atuação sancionatória e não depois do julgamento pela irregularidade das contas, com a aplicação de débito e multa aos gestores e empresa. Com esse entendimento, negou a suposta “remessa necessária” do processo à SecexConsenso, arguida pela parte em embargos de declaração.

Por meio do Acórdão n. 977/2023 (Processo n. 013.390/2017-1<sup>24</sup>) determinou-se à SecexConsenso o exame, em conjunto com a Controladoria-Geral da União (CGU), da conveniência e oportunidade de empreender a ação de controle sugerida no parecer do MP/TCU do caso em questão.

21 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Portal TCU. Você conhece a nova sistemática de soluções consensuais do TCU? Jul/2023. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/voce-conhece-a-nova-sistemática-de-solucoes-consensuais-do-tcu.htm>. Acesso em: 25 nov. 2023.

22 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Portal TCU. Você conhece a nova sistemática de soluções consensuais do TCU? Jul/2023. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/voce-conhece-a-nova-sistemática-de-solucoes-consensuais-do-tcu.htm>. Acesso em: 25 nov. 2023.

23 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 311/2023. Plenário. Tomada de Contas Especial (TCE) n. 012.196/2019-3. Relator Vital do Rego. Sessão de 1.3.2023. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/SecexConsenso/%2520DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/0>. Acesso em: 25 nov. 2023.

24 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 977/2023. Plenário. Representação (Repr) n. 013.390/2017-1. Relator Benjamin Zymler. Sessão de 17.5.2023. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/SecexConsenso/%2520DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/2>. Acesso em: 25 nov. 2023.

No Acórdão 1703/2023 (Processo 029.845/2016-5)<sup>25</sup> foi afastada a possibilidade de encaminhamento da matéria à SecexConsenso para adoção de procedimento de solução consensual, por entender que, no caso, não era possível o consenso. Isso porque, a partir da análise da situação, estipulou-se que era caso de restituição dos recursos recebidos irregularmente, inexistindo previsão legal para transigir em relação ao débito, além de o processo estar devidamente instruído, apto a amparar uma decisão.

Conforme se extrai dos Acórdãos n. 1044/2023 (Processo 014.128/2022-5)<sup>26</sup>, 1045/2023 (Processo 027.748/2022-7)<sup>27</sup>, 1114/2023 (Processo 027.749/2022-3)<sup>28</sup>, 1208/2023 (Processo 005.514/2023-1)<sup>29</sup>, 1272/2023 (Processo 013.108/2022-0)<sup>30</sup>, 1329/2023 (Processo 005.513/2023-5)<sup>31</sup>, 1382/2023 (Processo 005.511/2023-2)<sup>32</sup>, 1622/2023 (Processo 003.571/2023-8)<sup>33</sup>, 1942/2023 (Processo 014.127/2022-9)<sup>34</sup>, 1959/2023 (Processo 013.111/2022-1)<sup>35</sup>, 1974/2023 (Processo 023.068/2023-0)<sup>36</sup>, 1977/2023 (Processo 027.747/2022-0)<sup>37</sup>, 2117 (Processo 014.136/2022-8)<sup>38</sup> e 2374/2023 (Processo 003.571/2023-8)<sup>39</sup> que tramitaram na unidade técnica SecexConsenso, cuidam apenas de determinação para que fossem

25 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1703/2023. Plenário. Representação (Repr) n. 029.845/2016-5. Relator Augusto Sherman. Sessão de 16.8.2023. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/SecexConsenso/%2520DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/13>. Acesso em: 25 nov. 2023.

26 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1044/2023. Plenário. Acordo de Leniência (LEN) n. 014.128/2022-5. Relator Aroldo Cedraz. Sessão de 31.5.2023. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/SecexConsenso/%2520DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/3>. Acesso em: 25 nov. 2023.

27 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1045/2023. Plenário. Acordo de Leniência (LEN) n. 027.748/2022-7. Relator Aroldo Cedraz. Sessão de 31.5.2023. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/SecexConsenso/%2520DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/3>. Acesso em: 25 nov. 2023.

28 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1114/2023. Plenário. Acordo de Leniência (LEN) n. 027.749/2022-3. Relator Jorge Oliveira. Sessão de 31.5.2023. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/SecexConsenso/%2520DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/>. Acesso em: 25 nov. 2023.

29 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1208/2023. Plenário. Acordo de Leniência (LEN) n. 005.514/2023-1. Relator Augusto Nardes. Sessão de 14.6.2023. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/SecexConsenso/%2520DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/7>. Acesso em: 25 nov. 2023.

30 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1272/2023. Plenário. Acordo de Leniência (LEN) n. 013.108/2022-0. Relator Jhonatan de Jesus. Sessão de 21.6.2023. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/SecexConsenso/%2520DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/8>. Acesso em: 25 nov. 2023.

31 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1329/2023. Plenário. Acordo de Leniência (LEN) n. 005.513/2023-5. Relator Aroldo Cedraz. Sessão de 5.7.2023. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/SecexConsenso/%2520DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/9>. Acesso em: 25 nov. 2023.

32 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1382/2023. Plenário. Acordo de Leniência (LEN) n. 005.511/2023-2. Relator Jorge Oliveira. Sessão de 5.7.2023. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/SecexConsenso/%2520DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/10>. Acesso em: 25 nov. 2023.

33 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1622/2023. Plenário. Acordo de Leniência (LEN) n. 003.571/2023-8. Relator Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 9.8.2023. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/SecexConsenso/%2520DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/12>. Acesso em: 25 nov. 2023.

34 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1942/2023. Plenário. Acordo de Leniência (LEN) n. 014.127/2022-9. Relator Jorge Oliveira. Sessão de 20.9.2023. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/SecexConsenso/%2520DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/16>. Acesso em: 25 nov. 2023.

35 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1959/2023. Plenário. Acordo de Leniência (LEN) n. 013.111/2022-1. Relator Benjamim Zymler. Sessão de 20.9.2023. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/SecexConsenso/%2520DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/17>. Acesso em: 25 nov. 2023.

36 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1974/2023. Plenário. Acordo de Leniência (LEN) n. 023.068/2023-0. Relator Jhonatan de Jesus. Sessão de 20.9.2023. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/SecexConsenso/%2520DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/18>. Acesso em: 25 nov. 2023.

37 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1977/2023. Plenário. Acordo de Leniência (LEN) n. 027.747/2022-0. Relator Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 27.9.2023. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/SecexConsenso/%2520DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/19>. Acesso em: 25 nov. 2023.

38 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2117/2023. Plenário. Acordo de Leniência (LEN) n. 014.136/2022-8. Relator Vital do Rêgo. Sessão de 18.10.2023. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/SecexConsenso/%2520DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/20>. Acesso em: 25 nov. 2023.

39 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2374/2023. Plenário. Acordo de Leniência (LEN) n. 003.571/2023-8. Relator Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 22.11.2023. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/SecexConsenso/%2520DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/19>. Acesso em: 27 nov. 2023.

prestadas informações à CGU e à AGU, em processo de acompanhamento de acordo de leniência.

Outros acórdãos em que pesem fizessem menção ao termo utilizado, diziam respeito a questões administrativas diversas, tais como proposta de nova resolução de estrutura (Acórdão 819/2023 - Plenário); à incorreta distribuição (Acórdão 1583/2023 - Plenário); a condução pela SecexConsenso de outros processos (Acórdão 1911/2023 - Plenário); e possibilidade de envio de processo à SecexConsenso (Acórdão 2261/2023 - Plenário).

O primeiro acordo de solução consensual efetivamente homologado pelo TCU se refere a contrato do setor de energia<sup>40</sup>. Cuida-se do Acórdão 1130/2023 proferido em 7.6.2023 no bojo do processo de Solicitação de Solução Consensual n. 006.253/2023-7<sup>41</sup>, envolvendo o Ministério de Minas e Energia (MME), a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), a empresa contratada, Karpowership Brasil Energia, e as Secretarias de Controle Externo de Energia e Comunicações (SecexEnergia) e de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (SecexConsenso) do TCU.

Estima-se que da decisão resulte economia aproximada de R\$ 579 (quinhentos e setenta e nove) milhões para os brasileiros em 2023.

O segundo acordo de solução consensual realizado, também da área de energia elétrica (Acórdão n. 1797/2023)<sup>42</sup>, envolveu o Ministério de Minas e Energia (MME), a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) e as usinas Linhares Geração, Termelétrica Viana e Povoação Energia para geração de energia emergencial, diante do cenário de escassez de água ocorrido em 2021.

O acordo, realizado em agosto de 2023, permitiu alterações contratuais segundo as quais as usinas termelétricas do Procedimento de Contratação Simplificado (PCS) n. 01/2021 só voltarão a fornecer o serviço em caso de nova situação de crise. Com isso, espera-se economizar mais de R\$ 220 (duzentos e vinte) milhões na conta de energia dos consumidores até o ano de 2025<sup>43</sup>.

Extraí-se da análise dos dados coletados que em dois casos foi afastada a possibilidade de remessa ao SecexConsenso; em um acórdão foi determinado o exame de conveniência e oportunidade da ação de controle pelo SecexConsenso; em outras quatro situações, os casos diziam respeito a outras questões que não a

40 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Aprovado acordo de solução consensual com economia de R\$ 579 milhões para os brasileiros em 2023. 7.6.2023. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/noticia/SecexConsenso/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc/16>. Acesso em: 25 nov. 2023.

41 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1130/2023. Plenário. Solicitação de Solução Consensual (SSC) n. 006.253/2023-7. Relator Benjamin Zymler. Sessão de 7.6.2023. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/SecexConsenso/%2520/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/>. Acesso em: 25 nov. 2023.

42 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1797/2023. Plenário. Solicitação de Solução Consensual (SSC) n. 006.252/2023-0. Relator Benjamin Zymler. Sessão de 30.8.2023. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/SecexConsenso/%2520/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/14>. Acesso em: 25 nov. 2023.

43 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acordo de solução consensual no setor de energia elétrica deve gerar economia de R\$ 224 milhões. 30.8.2023. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/noticia/SecexConsenso/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc/5>. Acesso em: 25 nov. 2023.



Solução Consensual em si; em quatro acórdãos o objeto era o acompanhamento de acordo de leniência e/ou busca de informações que pudessem de alguma forma impactar tal acordo.

Assim, em vinte e um dos vinte e três acórdãos encontrados nas buscas realizadas, não havia relação direta com a Solicitação de Solução Consensual (SSC) em si.

Nas outras duas ocorrências, não apenas houve a solicitação de solução consensual como, de fato, foi formulado acordo, devidamente homologado pelo Tribunal de Contas.

Nessas situações, ambas envolvendo o setor de energia, foi possível a obtenção da solução consensual dos conflitos postos em análise o que gerou, estima-se, uma economia de aproximadamente R\$ 790.000.000,00 (setecentos e noventa) milhões de reais.

Salienta-se, por fim, o lapso temporal da busca realizada, desde o início da implementação da SecexConsenso (janeiro de 2023) até a elaboração do presente ensaio (novembro de 2023).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Administração Pública tem sofrido inúmeras mudanças no que toca à resolução dos conflitos que a envolvem, notadamente, tem-se admitido e ampliado as hipóteses de solução consensual dos conflitos administrativos.

Isso ocorre tanto no âmbito do Direito Administrativo em si (Lei de Improbidade Administrativa, contratos administrativos, por exemplo) quanto em outras áreas do Direito Público. Além disso, a admissão da consensualidade ocorre não só no Poder Judiciário como também na esfera extrajudicial.

Nesse tocante, observa-se que foram promovidas mudanças, inclusive, na área do controle externo da Administração Pública.

A Instrução Normativa n. 91/2022 do Tribunal de Contas da União, atenta às mudanças ocorridas e às modernas tendências do controle e auditoria, sobretudo dada à relevância dos controles peditivo e preventivo, instituiu em seu âmbito de atuação os procedimentos de solução consensual de controvérsias relevantes e prevenção de conflitos afetos a órgãos e entidades da Administração Pública Federal.

Desde sua implementação em janeiro de 2023 (ou seja, há cerca de dez meses), já foram realizados dois acordos de solução consensual por meio da SecexConsenso que, juntos, resultaram em uma economia de mais de setecentos e noventa milhões de reais.

A partir da análise dos dados colhidos e do tratamento dado à matéria por



meio da Normativa, observa-se que a iniciativa do Tribunal de Contas é exitosa, na medida em que tem contribuído para a solução consensual, célere, efetiva e negociada dos conflitos sujeitos a sua jurisdição.

Em especial, observa-se o respeito aos princípios constitucionais administrativos, mormente o da eficiência.

Apesar de ainda se tratar de iniciativa recente, e nem mesmo ter decorrido o “período de teste” previsto na Instrução Normativa, já se mostra possível identificar resultados positivos nessa nova forma de solução de conflitos adotada.

Ressalta-se, por fim, que a questão analisada é complexa e, ainda, recente. Assim, frisa-se a necessidade de continuidade das pesquisas concernentes ao tema, a fim de que haja amadurecimento e aperfeiçoamento dos estudos e debates sobre a questão, em especial após a apresentação dos resultados oficiais pela Comissão indicada na Instrução Normativa.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil**. Nota Recomendatória n. 02/2022. Recomendação aos Tribunais de Contas brasileiros para que, observado o regime jurídico-administrativo, adotem instrumentos de solução consensual de conflitos, aprimorando essa dimensão nos processos de controle externo. Disponível em: [https://portal.tcu.gov.br/data/files/FD/06/9A/DB/98C4681046756058F18818A8/Nota%20Recomendatoria%20Atricon%20n%202002-2022%20-%20Termos%20de%20Ajustamento%20de%20Gestao%20TAGs\\_.pdf](https://portal.tcu.gov.br/data/files/FD/06/9A/DB/98C4681046756058F18818A8/Nota%20Recomendatoria%20Atricon%20n%202002-2022%20-%20Termos%20de%20Ajustamento%20de%20Gestao%20TAGs_.pdf). Acesso em: 25 nov. 2023.

BRASIL. Decreto n. 9.830, de 10 de junho de 2019. **Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm). Acesso em: 25 nov. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm). Acesso em: 25 nov. 2023.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Institui o Código de Processo Civil**. Brasília: Senado, 2015. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: Acesso em: 25 nov. 2023.

BRASIL. Lei n. 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](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm). Acesso em: 25 nov. 2023.

BRASIL. Lei n. 13.848 de 25 de junho de 2019. **Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras**, altera a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, a Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, a Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, a Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, a Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, a Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, e a Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/l13848.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13848.htm). Acesso em: 25 nov. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1044/2023. Plenário. Acordo de Leniência (LEN) n. 014.128/2022-5. Relator Aroldo Cedraz. Sessão de 31.5.2023. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/SecexConsenso/%2520/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/3>Acesso em: 25 nov. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1045/2023. Plenário. Acordo de Leniência

(LEN) n. 027.748/2022-7. Relator Aroldo Cedraz. Sessão de 31.5.2023. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/SecexConsenso/%2520/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/3>Acesso em: 25 nov. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1114/2023. Plenário. Acordo de Leniência (LEN) n. 027.749/2022-3. Relator Jorge Oliveira. Sessão de 31.5.2023. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/SecexConsenso/%2520/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/>. Acesso em: 25 nov. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1130/2023. Plenário. Solicitação de Solução Consensual (SSC) n. 006.253/2023-7. Relator Benjamin Zymler. Sessão de 7.6.2023. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/SecexConsenso/%2520/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/>. Acesso em: 25 nov. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1208/2023. Plenário. Acordo de Leniência (LEN) n. 005.514/2023-1. Relator Augusto Nardes. Sessão de 14.6.2023. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/SecexConsenso/%2520/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/7>. Acesso em: 25 nov. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1272/2023. Plenário. Acordo de Leniência (LEN) n. 013.108/2022-0. Relator Jhonatan de Jesus. Sessão de 21.6.2023. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/SecexConsenso/%2520/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/8>. Acesso em: 25 nov. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1329/2023. Plenário. Acordo de Leniência (LEN) n. 005.513/2023-5. Relator Aroldo Cedraz. Sessão de 5.7.2023. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/SecexConsenso/%2520/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/9>. Acesso em: 25 nov. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1382/2023. Plenário. Acordo de Leniência (LEN) n. 005.511/2023-2. Relator Jorge Oliveira. Sessão de 5.7.2023. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/SecexConsenso/%2520/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/10>. Acesso em: 25 nov. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1622/2023. Plenário. Acordo de Leniência (LEN) n. 003.571/2023-8. Relator Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 9.8.2023. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/SecexConsenso/%2520/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/12>. Acesso em: 25 nov. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1703/2023. Plenário. Representação (Repr) n. 029.845/2016-5. Relator Augusto Sherman. Sessão de 16.8.2023. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/SecexConsenso/%2520/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/13>. Acesso em: 25 nov. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1797/2023. Plenário. Solicitação de Solução Consensual (SSC) n. 006.252/2023-0. Relator Benjamin Zymler. Sessão de 30

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1942/2023. Plenário. Acordo de Leniência (LEN) n. 014.127/2022-9. Relator Jorge Oliveira. Sessão de 20.9.2023. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/SecexConsenso/%2520/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/16>. Acesso em: 25 nov. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1959/2023. Plenário. Acordo de Leniência (LEN) n. 013.111/2022-1. Relator Benjamim Zymler. Sessão de 20.9.2023. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/SecexConsenso/%2520/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/17>. Acesso em: 25 nov. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1974/2023. Plenário. Acordo de Leniência (LEN) n. 023.068/2023-0. Relator Jhonatan de Jesus. Sessão de 20.9.2023. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/SecexConsenso/%2520/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/18>. Acesso em: 25 nov. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1977/2023. Plenário. Acordo de Leniência (LEN) n. 027.747/2022-0. Relator Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 27.9.2023. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/SecexConsenso/%2520/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/19>. Acesso em: 25 nov. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2117/2023. Plenário. Acordo de Leniência (LEN) n. 014.136/2022-8. Relator Vital do Rêgo. Sessão de 18.10.2023. Disponível em:

<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/SecexConsenso/%2520/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/20>. Acesso em: 25 nov. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2374/2023. Plenário. Acordo de Leniência (LEN) n. 003.571/2023-8. Relator Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 22.11.2023. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/SecexConsenso/%2520/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/19>. Acesso em: 27 nov. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 311/2023. Plenário. Tomada de Contas Especial (TCE) n. 012.196/2019-3. Relator Vital do Rego. Sessão de 1.3.2023. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/SecexConsenso/%2520/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/0>. Acesso em: 25 nov. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 977/2023. Plenário. Representação (Repr) n. 013.390/2017-1. Relator Benjamin Zymler. Sessão de 17.5.2023. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/SecexConsenso/%2520/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/2>. Acesso em: 25 nov. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acordo de solução consensual no setor de energia elétrica deve gerar economia de R\$ 224 milhões. 30.8.2023. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/noticia/SecexConsenso/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc/5>. Acesso em: 25 nov. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Aprovado acordo de solução consensual com economia de R\$ 579 milhões para os brasileiros em 2023. 7.6.2023. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/noticia/SecexConsenso/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc/16>. Acesso em: 25 nov. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Instrução normativa n. 91, de 22 de dezembro de 2022. Institui, no âmbito do Tribunal de Contas da União, procedimentos de solução consensual de controvérsias relevantes e prevenção de conflitos afetos a órgãos e entidades da Administração Pública Federal. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/ato-normativo/\\*/TIPO%253A%2528%2522Instru%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520Normativa%2522%2529%2520NUMATO%253A91/score%2520desc/0/%2520](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/ato-normativo/*/TIPO%253A%2528%2522Instru%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520Normativa%2522%2529%2520NUMATO%253A91/score%2520desc/0/%2520). Acesso em: 25 nov. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Portal TCU. TCU investe em soluções consensuais de conflitos para temas de grande relevância. Fev/2023. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-investe-em-solucoes-consensuais-de-conflito-para-temas-de-grande-relevancia.htm>. Acesso em: 25 nov. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Portal TCU. Você conhece a nova sistemática de soluções consensuais do TCU? Jul/2023. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/voce-conhece-a-nova-sistemica-de-solucoes-consensuais-do-tcu.htm>. Acesso em: 25 nov. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Regimento interno do Tribunal de Contas da União. Brasília: TCU, Secretaria Geral da Presidência. 2023. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/data/files/5A/54/AE/28/EE157810ED256058E18818A8/RITCU.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2023.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 35. ed. [2. Reimp.]. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Márcilio da Silva. **Dever de consensualidade na atuação administrativa**. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 55, n. 218, p. 63-84, abr./jun. 2018. Disponível em: [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril\\_v55\\_n218\\_p63](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p63). Acesso em: 25 nov. 2023.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; VENTURINI, Otávio. **O uso dos métodos consensuais na Administração Pública do Poder Judiciário**. Consultor Jurídico. Nov/2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-14/publico-pragmatico-uso-metodos-consensuais-administracao-publica-poder-judiciario/>. Acesso em: 25 nov. 2023.

8.2023. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/SecexConsenso/%2520/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/14>. Acesso em: 25 nov. 2023.

**SUSTENTABILIDADE E GENOMA HUMANO: DEBATES ÉTICOS E JURÍDICOS  
SOBRE A TERAPIA GÊNICA GERMINATIVA**  
*SUSTAINABILITY AND THE HUMAN GENOME: ETHICAL AND LEGAL DEBATES  
ON GERMLINE GENE THERAPY*

Beatriz Andrade Gontijo da Cunha<sup>1</sup>

Cláudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva Loureiro<sup>2</sup>

Isadora Machado Pereira<sup>3</sup>

**RESUMO**

O avanço da biotecnologia levantou debates sobre os limites éticos e jurídicos do poder do homem em interferir na natureza da espécie humana. Sabe-se que no Brasil, a Lei de Biossegurança proíbe expressamente a terapia gênica germinativa, porém com a evolução das pesquisas científicas, tornou-se necessário reanalisar a técnica a luz dos princípios e tratados internacionais de biodireito e bioética. Essa pesquisa é teórica, exploratória, bibliográfica e o método de abordagem é dedutivo e dialético, com método de procedimento monográfico. O artigo tem o objetivo de estudar os limites e as possibilidades da ciência com o fim de refletir a respeito dos riscos e os benefícios da alteração de genes. O trabalho também reflete a necessidade de a comunidade internacional fiscalizar a realização da técnica para que todos os tratados relativos a pesquisas com genoma humano sejam cumpridos, a fim de que a terapia gênica germinativa seja aplicada em humanos, unicamente com o fim de se evitar eventuais doenças, além de ser essencial que os cientistas saibam os riscos e consequências efetivas da técnica a longo prazo no genoma humano.

**Palavras-chave:** terapia gênica germinativa, sustentabilidade, bioética, eugenia, genoma humano.

**ABSTRACT**

1 Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Pesquisadora na área de Direitos e Garantias Fundamentais, vinculada à linha de pesquisa Sociedade, Sustentabilidade e Direitos Fundamentais. Ex. Bolsista da CAPES. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia com período sanduíche na Universidade de Coimbra (PT). Pós-Graduado em Direito Civil pela Universidade FUMEC. Pós-Graduada em Direito do Trabalho pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Advogada. Orcid: 0000-0002-6666-8295. E-mail: beatrizgontijo@live.com

2 Coordenadora da Cátedra Jean Monet da Universidade Federal de Uberlândia. Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Uberlândia. Estágio de Pesquisa Pós Doutoral em Direito concluído em 2021, pela NOVA de Lisboa; em 2019, pela FADUSP, e em 2016 pela FDUC. Doutora e Mestre pela PUC/SP. Professora de Direito Ambiental e de Biodireito da Universidade Federal de Uberlândia. Pesquisadora Líder do Grupo Biodireito, Bioética e Direitos Humanos/UFU/CNPq, do Observatório Interamericano e Europeu dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável/UFU/ CNPq e da Clínica Humanitas UFU/CNPq. Orcid: 0000-0002-0471-5711. E-mail: crmloureiro@gmail.com

3 Mestre em Direito Público pelo Programa de Mestrado Acadêmico em Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Pós-Graduada em Direito Público, e na Lei Geral da Proteção de Dados pela Faculdade Legale. Pós-graduada em Direito Digital pela Faculdade Legale. Pós-Graduada em Direito penal e Processual Penal pela Faculdade Legale. Pós-Graduada em Contencioso Cível pela Faculdade Legale. Advogada. Pesquisadora na área de Direitos e Garantias Fundamentais, o tema de estudo é Direito Reprodutivo como Direito Humano, vinculada à linha de pesquisa Sociedade, Sustentabilidade e Direitos Fundamentais. Ex Bolsista da CAPES. Orcid: 0000-0002-8001-6170. E-mail: isamape.dir@gmail.com

The advancement of biotechnology has raised debates about the ethical and legal limits of man's power to interfere in the nature of the human species. It is known that in Brazil, the Biosafety Law expressly prohibits germline gene therapy, however, with the evolution of scientific research, it has become necessary to reanalyze the technique in the light of international principles and treaties on biodiesel and bioethics. This research is theoretical, exploratory, bibliographic and the approach method is deductive and dialectical, with a monographic procedure method. The aim of this text is to study the limits and possibilities of science in order to analyze the risks and benefits of altering genes. It is emphasized that it is necessary for the international community to monitor the conduct of research so that all treaties related to research with the human genome are complied with. Germline gene therapy is applied to humans, solely in order to prevent possible diseases, and it is essential that scientists know the risks and effective consequences of the long-term technique in the human genome.

**Key-words:** germline gene therapy, sustainability, bioethics, eugenics, human genome.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. 1. OS PRINCÍPIOS BIOÉTICOS E A PROTEÇÃO NACIONAL E INTERNACIONAL DO DIREITO À VIDA DO EMBRIÃO. 1.1 O direito à vida do embrião e o princípio da dignidade. 1.2 A regulamentação internacional dos princípios éticos. 1.3 A proteção legal da terapia gênica no Brasil. 2. ASPECTOS ÉTICOS E JURÍDICOS DO MELHORAMENTO GENÉTICO. 3. O DIREITO FUNDAMENTAL À SUSTENTABILIDADE DO GENOMA HUMANO. 4. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## INTRODUÇÃO

Atualmente, há uma mudança da perspectiva do mundo em decorrência do avanço da biotecnologia que acarretou a degeneração dos estratos tradicionais da sociedade, com a necessidade de se estabelecer uma nova moral embasada nas circunstâncias atuais. O avanço da tecnologia abre a possibilidade para a realização de práticas que antes eram impossíveis e que mudam a perspectiva de análise da moral imperante em determinada época e em determinado local e, nesse sentido, as descobertas científicas proporcionaram, dentre muitos avanços, o aumento na expectativa de vida humana e a capacidade do homem de influenciar a morte e o nascimento dos seres humanos.

Nessa perspectiva, o direito não pode se furtar ao reconhecimento da revolução científica e tecnológica, que se encontra em curso nas últimas décadas, mas percebe-se que a ciência e o campo social caminham em descompasso com as regulamentações jurídicas. Nesse contexto, o avanço da tecnologia proporcionou a discussão a respeito da proteção à vida e ao patrimônio genético, como categoria dos direitos de quarta dimensão e, apesar de ainda não haver consenso na doutrina sobre o conteúdo dessa espécie de direito, para Norberto Bobbio<sup>4</sup> esses direitos

4 BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 06

estão diretamente vinculados à engenharia genética.

O campo da edição de genes embrionários é a mais promissora e a que chama a análise do aspecto ético em relação às práticas de engenharia genética, pois permite corrigir problemas genéticos ou adicionar imunidades no útero, possibilitando, inclusive, a criação de bebês personalizados. Nesse sentido, o presente artigo visa analisar a técnica de gene surgery, ou terapia gênica germinativa, como medida de redução das doenças humanas, e, notadamente, a análise da proteção ao genoma humano, ao meio ambiente genético e ao desenvolvimento sustentável, como direitos humanos de quarta geração.

Assim, as implicações éticas e jurídicas que o tema suscita na comunidade internacional são consideráveis, inclusive no contexto brasileiro, onde não há regulamentação precisa sobre o tema.

Para abordar a problemática ora colocada, o artigo se dividirá em três partes: na primeira, o trabalho analisa o direito internacional e a aplicação no Brasil dos princípios bioéticos; na segunda parte, o trabalho abordará os liames dos conceitos éticos e jurídicos do melhoramento genético; por fim, o trabalho analisará a perspectiva sustentável da terapia gênica.

O trabalho foi desenvolvido de acordo com a pesquisa teórica, exploratória e bibliográfica. O método de abordagem adotado foi o dedutivo e o dialético, com método de procedimento monográfico.

Como resultado, o artigo buscou a abordagem da perspectiva bioética e principiológica em relação à necessidade de se alcançar a sustentabilidade do genoma humano.

## **1. OS PRINCÍPIOS BIOÉTICOS E A PROTEÇÃO NACIONAL E INTERNACIONAL DO DIREITO À VIDA DO EMBRIÃO**

### **1.1. O DIREITO À VIDA DO EMBRIÃO E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE**

O direito à vida é um direito humano previsto em tratados internacionais de direitos humanos em diversos sistemas de proteção aos direitos humanos. A respeito, importante notar a previsão do tema no artigo 4º da Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, que estabelece que: “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção”. A propósito, cumpre ressaltar que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos interpretou a expressão “no geral” como norma aberta, de modo que fica livre a cada Estado a escolha do momento do início da vida”<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Baby Boy vs. Estados Unidos de América. Caso Nº 2141. Resolución Nº 23/81,6 de marzo de 1981. In Salud y Derechos Reproductivos. Disponível em: [https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy\\_files/II.%20Comisi%C3%B3n%20Interamericana%20de%20Derechos%20Humanos\\_2.pdf](https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy_files/II.%20Comisi%C3%B3n%20Interamericana%20de%20Derechos%20Humanos_2.pdf). Acesso em 10 de novembro de 2020



No Brasil, o artigo 2º do Código Civil Brasileiro de 2002 estabelece que a vida tem início a partir do nascimento com vida, mas que a lei põe à salvo os direitos do nascituro. Na doutrina e na jurisprudência há divergências a respeito da teoria a ser adotada a respeito do início da vida e a ADIn 3510 do STF decidiu pela constitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança, ao estabelecer a possibilidade da realização de pesquisas com células-tronco embrionárias, por entender que o embrião faria jus ao direito à vida a partir do início da atividade cerebral, utilizando o parâmetro para a consideração da morte cerebral para efeito de doação de órgãos<sup>6</sup>.

Cumprido ressaltar que existem diversas teorias a respeito do início da vida, sendo as mais importantes a teoria natalista e a concepcionista. A natalista está expressa no artigo 2º do Código Civil Brasileiro de 2002, em sua primeira parte e, na segunda parte do mesmo dispositivo legal, encontra-se a viabilidade para a aceitação da teoria concepcionista, verificando-se a necessidade de se revisitar o conceito de nascituro para a proteção do embrião que está sendo gerado, o que gera implicações na realidade dos embriões excedentários. A respeito, importante destacar a teoria concepcionista moderada que confere a personalidade formal ao embrião e ao feto que se consolida na personalidade material, após o nascimento com vida<sup>7</sup>.

Importante contribuição a respeito das teorias do início da vida é dada por Habermas que explica que há dificuldade de se delimitar o início da vida, por não haver uma definição, nem uma base racional convergente sobre o tema<sup>8</sup>.

Para Habermas, o embrião seria um “amontoado de células” com potencialidade de ser pessoa e, como tal, dotado de dignidade. Assim, mesmo que os direitos ainda estejam sob condição, ele é portador de direitos fundamentais inalienáveis. O feto ou embrião não é considerado indivíduo ainda, ou seja, há uma distinção entre a dignidade da vida humana e a dignidade humana garantida, isso inclusive se verifica com os mortos, que não têm vida e, mesmo assim, são sepultados respeitosamente. O autor conclui que não existe a possibilidade, diante do pluralismo ideológico, de se atribuir ao embrião a mesma proteção à vida das pessoas já nascidas, mas que, todavia, não se pode dispor da vida pré-pessoal como se fosse apenas um bem<sup>9</sup>.

A dificuldade de se estabelecer o início da vida e a intensificação das técnicas de engenharia genética poderiam abrir o caminho para o que Habermas denominou de eugenia liberal, proporcionada pela seleção de genes. E, nesse sentido, nas sociedades liberais, seriam os mercados que, regidos por interesses lucrativos e pelas preferências da demanda, deixariam as decisões eugênicas à escolha individual dos pais.

6 SÁ, Maria de Fátima Freire de. MOUREIRA, Diogo Luna. Vulnerabilidade e Oncologia: Reflexões Normativas Sobre o Direito Fundamental à Procriação. p- 191-204. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. SOUZA, Iara Antunes de. Direito e Medicina: Autonomia e Vulnerabilidade em Ambiente Hospitalar. Indaiatuba: Editora Foco, 2018. p. 202

7 MAGALHÃES LOUREIRO, Claudia Regina. Introdução ao Biodireito. São Paulo: Saraiva, 2009.

8 HABERMAS, Jürgen. O futuro da natureza humana. A caminho de uma eugenia liberal? São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2004.p.44

9 HABERMAS, Jürgen. O futuro da natureza humana. A caminho de uma eugenia liberal? São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2004. p. 44, p. 60 e p. 77.



Assim, dentro do contexto do liberalismo político, a eugenia positiva para melhoramento dos genes não deveria ser normatizada, uma vez que o patrimônio genético ficaria a critério da escolha dos pais. Contudo, mesmo com a permissão da técnica, a liberdade eugênica dos pais estaria limitada à liberdade ética dos filhos<sup>10</sup>.

Assim, a naturalização do uso da genética poderia desencadear duas percepções complexas: a primeira, de que as pessoas programadas não poderiam mais se considerar autores da sua própria história; e, a segunda, de que, sob a perspectiva das relações entre gerações, a interferência da genética geraria um impacto no sentido de igualdade<sup>11</sup>, uma vez que haveria um descompasso entre as gerações não programadas e as gerações programadas, no que tange, principalmente ao princípio da autonomia da vontade.

Assim, as interferências eugênicas para o aperfeiçoamento do material genético prejudicariam a liberdade ética ao determinar intenções predeterminadas a um futuro indivíduo, intenções que não fariam parte da sua escolha e seriam irreversíveis, surgindo assim um certo paternalismo sui generis. Nesse contexto, certa regulamentação sobre terapia gênica seria possível com base no consenso na tomada de decisão a respeito da bioética<sup>12</sup>.

Sobre o tema, na Alemanha, a Lei de Proteção do Embrião (ESchG), estabelece que o diagnóstico pré-implantatório tem sido utilizado para que determinados embriões não sejam implantados no útero materno, que é chamado por Débora Diniz de aborto seletivo<sup>13</sup>. O diagnóstico pré-implantatório seria ainda utilizado para excluir doenças hereditárias, o que seria uma intervenção na natureza e uma possibilidade de eugenia progressiva ao se editar os genes para a seleção da pretensão parental. Os que discordam do processo temem que esse diagnóstico acirre a norma social de saúde, com a exclusão progressiva dos deficientes e doentes crônicos da sociedade<sup>14</sup>.

Sabe-se que não há a garantia de que uma criança nasça saudável, apesar dos testes genéticos, da seleção de embriões ou mesmo da utilização de técnicas de terapia gênica. A pretensão inicial das técnicas citadas não seria o aperfeiçoamento humano, mas sim a evitabilidade de um sofrimento e vale ressaltar que há países com posições definidas sobre a temática, como a Áustria, a Alemanha, a Irlanda e a Suíça, países que proíbem, expressamente, o diagnóstico genético pré-implantatório. Já na Bélgica, na Grécia, na Holanda, na Itália, na Noruega e no Reino Unido existe regulamentação sobre a temática<sup>15</sup>.

10 HABERMAS, Jürgen. O futuro da natureza humana. A caminho de uma eugenia liberal? São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2004. P. 67 e 69

11 HABERMAS, Jürgen. O futuro da natureza humana. A caminho de uma eugenia liberal? São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2004. p. 75

12 HABERMAS, Jürgen. O futuro da natureza humana. A caminho de uma eugenia liberal? São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2004. p. 87

13 DINIZ, Debora. Quem autoriza o aborto seletivo no Brasil? Médicos, promotores e juízes em cena. Physis: Revista de Saúde Coletiva, v. 13, p. 251-272, 2003.p. 260

14 ALVES, Cristiane Avancini Alves. A Conexão Entre a Autodeterminação e a Formação Familiar na Esteira do Princípio da Responsabilidade. In Bioética e responsabilidade. Judith Martins-Costa, Letícia Ludwig Möller. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 124

15 STANKOVIC, Bratislav. 'It's a Designer Baby!' - Opinions on Regulation of Preimplantation Genetic Diagnosis. **Ucla Journal Of Law & Technology**, [s. l.], v. 3, p. 01-31, fev. Los Angeles 2005. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1756573>. Acesso em: 03 abr. 2021. p. 27

No mesmo sentido, nos Estados Unidos, o direito de rescindir ou refutar a gravidez devido à informação genética tem sido amplamente aceito. Sabe-se que vinte e um estados reconhecem esse direito e que existe a possibilidade de sanção se a criança nascer com deficiência, com base na negligência médica, de não informar aos pais o status genético do embrião, por ferir o direito de escolha do casal, ou seja, a autonomia de decidir sobre a continuação ou não da gestação<sup>16</sup>.

Nesse mesmo sentido, Habermas<sup>17</sup> argumenta que para os que são favoráveis à eugenia liberal, a defesa das técnicas genéticas se daria no sentido de considerar principalmente o direito de escolha dos pais, e ressalta as interações do ser com o meio ambiente (fenótipo), ou seja, que já há a alteração no indivíduo pelo meio, afirmando que a intervenção genética, nesse cenário, seria apenas mais uma alteração.

Alves<sup>18</sup> ainda questiona que, se os genitores podem se valer dos conhecimentos médicos para curar eventuais moléstias de seus filhos após o nascimento e, desse modo, durante a gravidez, não haveria motivos para proibir que se utilizem de um diagnóstico pré-implantatário para garantir o tratamento do embrião antes de sua implantação no útero materno. Nesse sentido, há a realidade do "Designer-Baby", ou bebê projetado, oriundo de embriões selecionados com determinadas características, técnica que ganhou repercussão especificamente nos casos para salvar irmãos doentes que necessitavam de células, medula ou órgãos geneticamente semelhantes<sup>19</sup>.

No contexto da terapia gênica, qualquer transformação que implique intervenção sobre o ser humano, sua vida, sua saúde e integridade deve estar pautada em preceitos que imponham respeito à pessoa humana e à inerente dignidade. Assim, fica evidente que a gene surgery, como técnica que altera as células do embrião, levanta questões sensíveis, como a linha entre a seleção de fatores indesejáveis e a otimização de fatores desejáveis e, por isso, é necessário que a técnica seja regulamentada de forma responsável pelos Estados e pela sociedade internacional.

## 1.2. A REGULAMENTAÇÃO INTERNACIONAL DOS PRINCÍPIOS ÉTICOS

O Biodireito, segundo Barboza<sup>20</sup>, é regido por princípios, assimilados da Bioética, que permitem a coexistência dos avanços, riscos e benefícios da engenharia genética ao regular a conduta humana e o direito, sendo eles: "o da autonomia ou o

16 ALVES, Cristiane Avancini Alves. A Conexão Entre a Autodeterminação e a Formação Familiar na Esteira do Princípio da Responsabilidade. In Bioética e responsabilidade. Judith Martins-Costa, Letícia Ludwig Möller. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.120, p. 122 e p. 407.

17 HABERMAS, Jürgen. O futuro da natureza humana. A caminho de uma eugenia liberal? São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2004. P. 44-77

18 ALVES, Cristiane Avancini Alves. A Conexão Entre a Autodeterminação e a Formação Familiar na Esteira do Princípio da Responsabilidade. In Bioética e responsabilidade. Judith Martins-Costa, Letícia Ludwig Möller. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 124

19 NERLICH, Brigitte. JOHNSON, Susan. CLARKE, David D. THE FIRST 'DESIGNER BABY': The Role of Narratives, Cliche's and Metaphors in the Year 2000. Media Debate. Science as Culture, Volume 12, Number 4, December 2003. p. 471

20 BARBOZA, Heloisa Helena. Princípios da Bioética e do Biodireito. Revista Bioética, vol. 8, nº 2, Rio de Janeiro, 2000. p.211

respeito às pessoas por suas opiniões e escolhas, o da beneficência, que se traduz na obrigação de não causar dano e de extremar os benefícios e minimizar os riscos; e o da justiça”<sup>21</sup>.

O princípio da autonomia da vontade garante a liberdade de ação ao indivíduo, a liberdade de escolha, o que se concretiza, no Biodireito, com o amplo acesso à informação para que o consentimento seja realmente livre e consciente (consentimento informado). Referido princípio também gera um desdobramento no sentido da autoafirmação de uma autocompreensão ética da espécie, que vê o indivíduo como único autor da história da vida, reconhecido como pessoa que age com autonomia e, nesse sentido, Habermas<sup>22</sup> questiona se a admissão da utilização da tecnologia seria o aumento da autonomia do ser humano ou representaria sua restrição.

O segundo princípio é o da beneficência e o da não-maleficência, que afirma a necessidade de ponderação entre riscos e benefícios, tanto atuais como potenciais, individuais ou coletivos, comprometendo-se com o máximo de benefícios e o mínimo de danos e riscos. Outro princípio crucial para a análise é o da justiça social global como a busca pela equidade em saúde, princípio que depende do conceito de justiça e dos juízos de valores sociais, articulados por indivíduos, grupos e políticas de estado. Por último tem-se a dignidade da pessoa humana que preconiza que a vida humana deve ser respeitada e protegida contra agressões indevidas.

Além dos princípios apresentados, historicamente, existem documentos internacionais que tratam da temática das experimentações científicas com respeito a ética humana. O primeiro deles foi o Código de Nuremberg, formulado em 1947, para julgar os protagonistas das experimentações científicas realizadas durante a II Guerra Mundial<sup>23</sup>. Referido Código implementou a ideia da dignidade na realização das pesquisas científicas, bem como a necessidade de se observar a disposição voluntária do participante.

Buscando consolidar os princípios éticos como essenciais às pesquisas científicas, em 1964, foi criada, na Finlândia, a Declaração de Helsinki, que aborda a realização de pesquisas envolvendo seres humanos. Esta declaração trata da necessidade de cumprimento dos princípios científicos aceitos, bem como, da revisão ética e científica e boa qualificação dos pesquisadores, impondo a necessidade de propiciar o consentimento informado, a avaliação dos riscos/benefícios, assegurando aos participantes dos estudos os melhores métodos diagnóstico-terapêuticos existentes após término da pesquisa, além de condenar ainda o uso do placebo quando já existe tratamento eficaz estabelecido<sup>24</sup>.

Em 1997, foi publicado a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e

21 BARBOZA, Heloisa Helena. Princípios da Bioética e do Biodireito. Revista Bioética, vol. 8, nº 2, Rio de Janeiro, 2000. p.211

22 HABERMAS, Jürgen. O futuro da natureza humana. A caminho de uma eugenia liberal? São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2004. p. 24

23 DE NÚREMBERG, Código. Código Nuremberg 1947: Código de ética médica de Núremberg. 1947.

24 MELO, A. C. R.; LIMA, V. M. Bioética: pesquisa em seres humanos e comitês de ética em pesquisa. Breves esclarecimentos. Lecturas: Educación Física y Deportes. Buenos Aires, v. 10, n. 78, 2004.

os Direitos Humanos, adotada pela Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO) na sua 29.<sup>a</sup> sessão, a 11 de novembro de 1997 e endossada pela Assembleia Geral das Nações Unidas na Resolução 53/152, de 9 de dezembro de 1998, com o objetivo de defender a pesquisa do genoma humano e das aplicações resultantes, abrindo perspectivas para o progresso no aprimoramento da saúde das pessoas e da humanidade, enfatizando, no entanto, que a pesquisa deve respeitar plenamente a dignidade humana, a liberdade e os direitos humanos, assim como a proibição de toda forma de discriminação baseada em características genéticas.

Neste mesmo sentido de proteção e regulamentação, em 2005, mais de noventa países se reuniram na sede da Unesco, na França, para estabelecer o texto definitivo da futura Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos. Referida reunião, no entanto, evidenciou as inúmeras posições divergentes existentes entre países ricos, já que a diferença entre lucros e riscos na sociedade moderna acirra as diferenças econômicas entre os países centrais e periféricos<sup>25</sup>. Consequentemente, o atual texto demorou dois anos para ser elaborado e aceito pela comunidade internacional.

Os países desenvolvidos defenderam no documento a limitação da bioética aos campos da biomedicina e da biotecnologia. Os Estados Unidos e outros países, como Reino Unido, Itália, Alemanha, Holanda, Austrália e até a China, detentores das tecnologias, propuseram um documento “neutro”, incapaz de ofuscar eventuais interesses econômicos envolvidos em suas pesquisas ou investimentos na área. O Brasil desempenhou um papel decisivo na extensão do texto aos campos da saúde, social e ambiental, o que dá garantia de mudança e possibilita a alteridade.

O tema ainda demanda regulamentação e, por isso, recentemente, a National Academies of Sciences, Engineering, and Medicine<sup>26</sup> dos Estados Unidos editou um relatório denominado *“Human Genome Editing: science, ethics, and governance”* ressaltando questões importantes sobre a aplicação humana da edição do genoma, incluindo: equilibrar benefícios potenciais com riscos não intencionais, governar o uso da edição do genoma, incorporar valores sociais em aplicações clínicas e decisões políticas e respeitar as diferenças inevitáveis.

A propósito da afirmação da necessidade de regulamentação rigorosa e de fiscalização da técnica denominada gene surgery, vale ressaltar que o cientista chinês He Jiankui alegou ter alterado o DNA de duas meninas gêmeas para torná-las resistentes ao HIV, uma técnica inovadora que provocou questões éticas significativas em torno da edição de genes e dos chamados bebês projetados. Com o experimento, Jiankui buscava tornar bebês imunes ao HIV, após a remoção do gene CCR5, para inviabilizar a infecção do vírus em outras células ao se utilizar uma tecnologia denominada **CRISPR** para editar genes do DNA humano. O cientista chinês foi

25 BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. Primeira Parte. São Paulo: Editora 34, 2011

26 OF SCIENCES, National Academy et al. Human Genome Editing: Science, Ethics, and Governance. 2017.

condenado e proibido de exercer sua profissão na China devido às violações que foram constatadas no caso exemplificado<sup>27</sup>.

Diferentemente do caso chinês acima mencionado, pesquisadores liderados pelo geneticista Shoukhrat Mitalipov, da Universidade de Saúde e Ciência de Oregon, nos Estados Unidos, usaram uma técnica de edição de genes para corrigir em embriões humanos uma mutação responsável pelo desenvolvimento tardio de uma doença cardíaca<sup>28</sup>. Essa é a primeira demonstração feita nos Estados Unidos de que é possível eliminar uma cópia defeituosa de um gene e substituí-la por uma versão íntegra nas células do embrião sem, aparentemente, prejudicar o desenvolvimento e a sustentabilidade do genoma humano.

Como foi possível constatar, as pesquisas representam um risco à humanidade, seus efeitos são transnacionais e podem afetar o patrimônio genético das futuras gerações. De tal forma, há possibilidade de implementação das técnicas de terapia gênica se respeitadas as leis de cada Estado e o direito internacional, como a Declaração Universal do Genoma Humano, a Declaração Universal de Bioética, os princípios bioéticos, especialmente a autonomia do indivíduo, a beneficência, a dignidade humana e a sustentabilidade do patrimônio genético.

### 1.3. A PROTEÇÃO LEGAL DA TERAPIA GÊNICA NO BRASIL

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 prevê o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o que inclui a proteção do patrimônio genético da pessoa humana. Nesse contexto, segundo dados da ANVISA, em 2018, foram congelados, o total de 88.776 embriões, o que demonstra a necessidade do desenvolvimento de leis mais rigorosas no país. Sob o aspecto legal, no Brasil, é a Lei de Biossegurança (Lei n. 11.105/2005) que veda a realização da terapia gênica em células germinativas.

No que tange ao diagnóstico pré-implantatório de embriões, o Conselho Federal de Medicina, regulamenta a prática da reprodução assistida por meio da Resolução nº 1.358/92, no número VI, "Diagnóstico e Tratamento de Pré-Embriões", que admite tal diagnóstico em embriões para "tratamento de doenças genéticas ou hereditárias", desde que "perfeitamente indicadas e com suficientes garantias de diagnóstico e terapêutica"<sup>29</sup>.

Todavia, a Resolução ainda delimita que a "intervenção sobre pré-embriões 'in vitro', com fins diagnósticos, não poderá ter outra finalidade que a avaliação de sua viabilidade ou detecção de doenças hereditárias, sendo obrigatório o consentimento informado do casal".

27 VAN BEERS, Britta C. Rewriting the human genome, rewriting human rights law? Human rights, human dignity, and human germline modification in the CRISPR era. *Journal of Law and the Biosciences*, 1–36.

28 LEDFORD, Heidi. CRISPR fixes embryo error. Gene-editing experiment in human embryos pushes scientific and ethical boundaries. *NEWS IN FOCUS, Nature* 548, 13–14; 2017.p.13

29 GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. Maternidade de substituição e a lacuna legal: questionamentos. *Civilistica.com*, v. 5, n. 1, p. 1-21, 2016. p. 398

Portanto, se os futuros pais concordarem e a intervenção do embrião for um tratamento com chances reais de sucesso, o Conselho Federal de Medicina autorizará o diagnóstico e o subsequente tratamento pré-embriônico, sendo possível, inclusive, a seleção do sexo, para evitar doenças em que a predisposição está ligada à referida característica. No entanto, embora o Conselho Federal de Medicina tenha imposto medidas disciplinares sobre o assunto, suas normas não são juridicamente vinculantes<sup>30</sup>.

Conquanto seja permitida no campo da fertilização *in vitro* a seleção dos melhores embriões, a Lei de Biossegurança, em seu artigo 25, proíbe a prática de engenharia genética em células germinativas reprodutivas e, inclusive, define pena de reclusão para quem a praticar. Para melhor compreensão do tema, faz-se necessário esclarecer que há dois tipos de terapias gênicas: a terapia gênica somática, na qual as alterações sofridas pelo paciente não são transmitidas aos seus descendentes; e a terapia gênica germinativa, aplicada tanto nas células reprodutivas, quando nos embriões em estágio inicial, que acarreta uma alteração permanente no genoma, com a transferência da alteração a futuras gerações<sup>31</sup>.

Assim, referido dispositivo legal tem o objetivo de proibir a prática de uma medida irreversível, sem permitir que o embrião – vulnerável – esteja sujeito às manipulações arbitrárias dos seus genitores. Além do mais, alguns autores argumentam que esse tipo de prática conferiria poder ao indivíduo para modificar a própria raça humana – o que seria um perigo para o futuro da humanidade<sup>32</sup>. No entanto, este é o único dispositivo legal que a lei traz sobre a terapia gênica.

Dessa forma, a legislação brasileira é silente em vários aspectos e poderia ter sido mais clara e precisa sobre a técnica que já se desenvolveu de maneira considerável no mundo, o que demonstra que a Lei de Biossegurança não está apta a regular todas as possibilidades de realização da técnica. Assim, há um vácuo em relação ao tema da reprodução assistida e a possibilidade de diagnosticar e tratar o pré-embrião, portador de genes que propiciam o desenvolvimento de alguma doença genética ou hereditária. Todavia, quanto à terapia gênica germinativa, a proibição é clara e grave, o que demonstra a preocupação do legislador na proteção do patrimônio genético brasileiro. No entanto, isso não impede que os aspectos éticos da técnica sejam analisados e debatidos, de modo a concluir se as proibições legislativas devem ser mantidas ou questionadas.

30 GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. Maternidade de substituição e a lacuna legal: questionamentos. *Civillistica.com*, v. 5, n. 1, p. 1-21, 2016. p. 400

31 BRAUNER, Maria Claudia Crespo; OLIVEIRA, Carolina Belasquem de. Os Limites à Seleção e Terapias Genéticas sobre o Embrião e a Necessidade de Manifestação do Direito. In: BIODIREITO II: XXIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 2014, João Pessoa. **Anais**. João Pessoa: Conpedi/UFPB, 2014. p. 148.

32 BRAUNER, Maria Claudia Crespo; OLIVEIRA, Carolina Belasquem de. Os Limites à Seleção e Terapias Genéticas sobre o Embrião e a Necessidade de Manifestação do Direito. In: BIODIREITO II: XXIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 2014, João Pessoa. **Anais**. João Pessoa: Conpedi/UFPB, 2014. p. 146.



## 2. ASPECTOS ÉTICOS E JURÍDICOS DO MELHORAMENTO GENÉTICO

Em outubro de 1997, o National Institute of Environmental Health Sciences apresentou o projeto Environmental Genome Project, (EGP) em um simpósio em Bethesda, Maryland. O estudo visou analisar os polimorfismos – variações genéticas – e a forma como eles afetam a suscetibilidade do indivíduo à exposição ao meio ambiente. O simpósio discutiu não só as questões epidemiológicas e genéticas, mas também éticas, sociais e jurídicas envolvendo a questão. Acreditou-se que essas descobertas poderiam levar à identificação de grupos de riscos sujeitos a maior vulnerabilidade genética e, com isso, serem capazes de prevenir doenças<sup>33</sup>.

A partir do Environmental Genome Project, (EGP) e com o desenvolvimento de técnica de mapeamento genético, foi possível realizar o diagnóstico prévio de doenças que ainda não tivessem manifestado seus sintomas, ou até mesmo evitar a transmissão de doenças hereditárias incuráveis. Dessa forma, indivíduos que possuem histórico familiar de doenças hereditárias, mas não possuem problemas de fertilidade, também podem utilizar-se da fertilização in vitro para possibilitar a seleção ou até mesmo a modificação genética dos embriões, a fim de evitar a manifestação dessas doenças. Não obstante, a manipulação ou alteração genética de embriões ainda é vista com receio por alguns setores mais conservadores da sociedade<sup>34</sup>.

Nesse contexto, cumpre salientar que o mapeamento genético é permeado por duas fases. Na primeira fase é realizado o sequenciamento das unidades químicas que compõem o ser humano. Posteriormente, na segunda fase, analisa-se a função de cada gene – genoma funcional – e sua relação com a existência de alguma doença. Logo, a identificação da relação do gene com determinada doença tem o objetivo de analisar a função normal daquele gene e porque, na existência de uma mutação, ele ocasiona determinada patologia. Com base nesses estudos, é possível corrigir o defeito e, com os trabalhos de mapeamento genético desenvolvidos pelo Projeto Genoma Humano, criou-se um banco genético de dados com todos os genes já mapeados, de modo a facilitar as pesquisas genéticas, que ficaram muito mais rápidas<sup>35</sup>.

O estudo em apreço possibilitou explicitar que vários genes têm alterações conforme o fenótipo, que se predispõe a várias patologias, a depender do comportamento social e das condições ambientais. No entanto, ressalta-se que um mesmo gene se comporta de maneira distinta a depender do indivíduo e do ambiente em que ele vive. Dessa forma, um gene com igual potencial pode manifestar uma doença grave em um indivíduo e sequer demonstrar qualquer sintoma em outro. Além do mais, outras características não patológicas, como bom humor,

33 NIEHS NEWS, Environmental Genome Project Advances. Environmental Health Perspectives. Vol105, n 12. p. 1298, December 1997. p. 1298

34 BRAUNER, Maria Claudia Crespo; OLIVEIRA, Carolina Belasquem de. Os Limites à Seleção e Terapias Genéticas sobre o Embrião e a Necessidade de Manifestação do Direito. In: BIODIREITO II: XXIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 2014, João Pessoa. **Anais**, João Pessoa: Conpedi/UFPB, 2014. p. 138

35 ZATZ, Mayana. Genética: escolhas que nossos avós não faziam. São Paulo: Globo Livros, 2012. p. 60



homossexualidade, também são desencadeadas por genes, suscitando debates sobre a possibilidade da interferência paterna na escolha desses genes<sup>36</sup>.

Nesse sentido, alguns autores defendem que a realização de mapeamentos genéticos, manipulação gênica e engenharia genética visa dar efetividade ao princípio da paternidade responsável e do planejamento familiar e que “ignorar a alta chance de transmissão de doenças graves e não adotar meios para evitá-las, significa agir contra o interesse do futuro filho”<sup>37</sup>. Nesse contexto, Brauner e Oliveira<sup>38</sup> esclarecem que a terapia gênica pode ser uma alternativa legítima na busca pela prevenção de patologias, permitindo o seu tratamento preventivo.

No entanto, as autoras<sup>39</sup> esclarecem que a terapia genética somente deve ser utilizada com fins terapêuticos e nunca com finalidade eugenista, sendo peremptória a estipulação de limites jurídicos e éticos para sua prática. Assim, podem ser destacados como princípios limitadores da engenharia genética o princípio do melhor interesse do menor e o da dignidade da pessoa humana. Nessa ótica, o princípio do melhor interesse do menor abrange não só as gerações atuais, mas também as futuras. Por sua vez, o princípio da dignidade da pessoa humana garante a tutela incondicional do indivíduo e pode ser definido como o produto da integração dos seguintes direitos: igualdade, liberdade, solidariedade e integridade psicofísica.

A propósito do tema eugenia, vale ressaltar que ele foi utilizado, pela primeira vez, por Francis Galton, em 1883, a partir de um movimento originado por ele, que tinha o objetivo de aprimoramento da espécie por meio do uso de estatísticas na genética hereditária. Não obstante, o movimento eugenista, que se perpetuou nos Estados Unidos em 1910, este não era considerado racista ou preconceituoso, sendo defendido por grandes nomes progressistas como: John D. Rockefeller Jr., reformista progressista da época; por Margaret Sanger, feminista precursora da defesa da liberdade reprodutiva feminina; e, até mesmo, por Theodore Roosevelt<sup>40</sup>.

As teorias eugenistas foram responsáveis pela aprovação em 29 estados americanos de legislações que autorizavam a esterilização compulsória e indiscriminada de todos aqueles considerados “desqualificados”, que compreendiam os doentes mentais, os prisioneiros e os miseráveis.

Em 1933, a prática da eugenia chegou no seu ápice com Hitler, na Alemanha Nazista, ultrapassando a esterilização compulsória e estabelecendo o assassinato em

36 ZATZ, Mayana. *Genética: escolhas que nossos avós não faziam*. São Paulo: Globo Livros, 2012. p. 61-64

37 BRAUNER, Maria Claudia Crespo; OLIVEIRA, Carolina Belasquem de. Os Limites à Seleção e Terapias Genéticas sobre o Embrião e a Necessidade de Manifestação do Direito. In: BIODIREITO II: XXIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 2014, João Pessoa. **Anais**. João Pessoa: Conpedi/UFPB, 2014. p. 138.

38 BRAUNER, Maria Claudia Crespo; OLIVEIRA, Carolina Belasquem de. Os Limites à Seleção e Terapias Genéticas sobre o Embrião e a Necessidade de Manifestação do Direito. In: BIODIREITO II: XXIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 2014, João Pessoa. **Anais**. João Pessoa: Conpedi/UFPB, 2014. p. 136-137

39 BRAUNER, Maria Claudia Crespo; OLIVEIRA, Carolina Belasquem de. Os Limites à Seleção e Terapias Genéticas sobre o Embrião e a Necessidade de Manifestação do Direito. In: BIODIREITO II: XXIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 2014, João Pessoa. **Anais**. João Pessoa: Conpedi/UFPB, 2014. p. 146-147.

40 SANDEL, Michael J. *Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética*. Trad. de Ana Carolina Mesquita. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. 160 p.  
STANKOVIC, Bratislav. “IT’S A DESIGNER BABY!” – OPINIONS ON REGULATION OF PREIMPLANTATION GENETIC DIAGNOSIS. *UCLA J.L. & Tech.* 3, 2005. P. 50

massa e o genocídio de judeus, homossexuais, ciganos, pessoas com deficiência e de outras pessoas consideradas indesejáveis ou inúteis. As atrocidades cometidas pelo nazismo na II Guerra Mundial fizeram com que a onda eugenista recuasse nos Estados Unidos e no resto do mundo. No entanto, com as possibilidades de engenharia genética, conquistados principalmente após o Projeto Genoma Humano, foi necessário refletir a respeito do surgimento de um novo tipo de eugenia, a eugenia liberal, não mais imposta como política de Estado, mas sim pelo desejos dos pais da criança<sup>41</sup>.

A proposta, entretanto, da eugenia liberal não é a segregação e a eliminação dos mais fracos ou pobres, mas sim a distribuição de modo igualitário de medidas eugênicas. Dessa forma, os defensores de uma eugenia liberal alegam que, por meio de modificações genéticas é possível conceder à criança maior autonomia para decidir seu futuro, pois não teriam de enfrentar barreiras naturais. Por isso, a técnica se justifica, desde que não haja o direcionamento da criança a nenhum fim específico, mas sim a busca por maior autonomia<sup>42</sup>.

Por outro lado, os que rejeitam essa concepção relativa à técnica, como Jürgen Habermas<sup>43</sup>, levam em consideração as consequências geradas na Alemanha Nazista e, assim, defendem que a criança nascida por intermédio de um projeto parental estará em dívida com seus genitores pelo resto da vida.

Sandel<sup>44</sup>, ainda ressalta que a ausência de um “progenitor projetista” não implica em maior autonomia da criança em relação às suas características físicas, mas sim que ela estará sujeita a “loteria genética”. Por conseguinte, o dilema moral surge não quando se questiona a utilização de melhoramentos genéticos para cura de doenças, mas sim quando ele é utilizado para melhorar capacidades cognitivas ou psíquicas.

Novais<sup>45</sup> explica que, segundo a concepção cristã, o homem foi feito à imagem e à semelhança de Deus, sendo vinculado diretamente a ele como sua criatura. Dessa forma, tudo o que diz respeito à reprodução, nascimento e morte encontraria um limite intransponível, que só poderia ser alterado pela vontade divina, a chamada “reserva do criador”. Assim, as tentativas do homem em provocar alterações a essas matérias eram consideradas um sacrilégio. No entanto, a laicização dos Estados

41 SANDEL, Michael J. *Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética*. Trad. de Ana Carolina Mesquita. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. 160 p.

STANKOVIC, Bratislav. “IT’S A DESIGNER BABY!” – OPINIONS ON REGULATION OF PREIMPLANTATION GENETIC DIAGNOSIS. *UCLA J.L. & Tech.* 3, 2005. p. 50-51 e 53

42 SANDEL, Michael J. *Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética*. Trad. de Ana Carolina Mesquita. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. 160 p.

STANKOVIC, Bratislav. “IT’S A DESIGNER BABY!” – OPINIONS ON REGULATION OF PREIMPLANTATION GENETIC DIAGNOSIS. *UCLA J.L. & Tech.* 3, 2005. p. 57

43 SANDEL, Michael J. *Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética*. Trad. de Ana Carolina Mesquita. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. 160 p.

STANKOVIC, Bratislav. “IT’S A DESIGNER BABY!” – OPINIONS ON REGULATION OF PREIMPLANTATION GENETIC DIAGNOSIS. *UCLA J.L. & Tech.* 3, 2005. p. 59

44 SANDEL, Michael J. *Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética*. Trad. de Ana Carolina Mesquita. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. 160 p.

STANKOVIC, Bratislav. “IT’S A DESIGNER BABY!” – OPINIONS ON REGULATION OF PREIMPLANTATION GENETIC DIAGNOSIS. *UCLA J.L. & Tech.* 3, 2005. p. 14

45 NOVAIS, Jorge Reis. *A Dignidade da Pessoa Humana: Dignidade e Direitos Fundamentais*. Vol 1. 2a ed. Coimbra: Almedina. 2018. p. 150-151

impossibilitou que as religiões influenciassem as posturas científicas e passou-se a adotar a dignidade da pessoa humana para regular a instrumentalização da vida humana.

Além disso, Novais<sup>46</sup> defende que muitas crenças consideram o sofrimento uma experiência divina necessária à extirpação dos pecados da alma, o que é respeitável. Não obstante, não é condizente com o direito, não evitar ou não mitigar um sofrimento humano evitável sob a justificativa de uma crença individual e impondo esse entendimento a pessoas que sequer compartilham da mesma fé. Dessa maneira, o autor<sup>47</sup> considera legítimo que, por meio de diagnósticos de pré-implantação, por exemplo, se proceda a seleção dos mais saudáveis – em vez de permitir a seleção de modo aleatório pelo próprio organismo – evitando-se, assim, que seja gerando um bebê com grave deficiência ou sem viabilidade vital mínima, para prevenir o sofrimento de todos os envolvidos no processo.

Sandel<sup>48</sup>, no entanto, atenta para o perigo de se viabilizar a engenharia genética sem limites éticos. Nesse sentido, a mesma terapia gênica utilizada para evitar a ocorrência de atrofia muscular, por exemplo, poderia ser utilizada para criação de “superatletas”, por meio de melhoramento genético de músculos. Por conseguinte, propõe-se a reflexão a respeito do melhoramento genético e se, nesses casos, seria ético e lícito vedar pesquisas que podem evitar ou mitigar patologias graves, mediante a possibilidade de propagação de movimentos eugênicos.

Conforme Zatz<sup>49</sup>, até 2012, não era possível realizar modificações significativas nos genes do embrião. Dessa forma, um embrião que fosse acometido com síndrome de Down, por exemplo e que, ao invés de duas cópias do cromossomo 21, possuísse três, não poderia ser beneficiado com a técnica da terapia gênica para retirada do cromossomo excedente.

De acordo com Reis e Oliveira<sup>50</sup>, a descoberta da técnica do CRISPR-Cas9 permitiu a correção de falhas genéticas da cadeia do DNA, além de acréscimo de genes benéficos a esses seres. Com base nessa técnica – de maneira bem simplificada – há o uso do sistema de defesa CRISPR (Clustered Regularly Interspaced Short Palindromic Repeats), associados a proteína Cas9 para manipular e desativar manualmente fragmentos do DNA da célula, ou para permitir a troca de um gene defeituoso por outro saudável, possibilitando a edição do genoma do indivíduo. Soma-se a isso o fato de que, em 2013, descobriu-se a possibilidade de utilização

46 NOVAIS, Jorge Reis. A Dignidade da Pessoa Humana: Dignidade e Direitos Fundamentais. Vol 1. 2a ed. Coimbra: Almedina. 2018. p. 147 e 157

47 NOVAIS, Jorge Reis. A Dignidade da Pessoa Humana: Dignidade e Direitos Fundamentais. Vol 1. 2a ed. Coimbra: Almedina. 2018. p. 157

48 SANDEL, Michael J. Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética. Trad. de Ana Carolina Mesquita. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p.160.

STANKOVIC, Bratislav. “IT’S A DESIGNER BABY!” – OPINIONS ON REGULATION OF PREIMPLANTATION GENETIC DIAGNOSIS. UCLA J.L. & Tech. 3, 2005. p. 16

49 ZATZ, Mayana. Genética: escolhas que nossos avós não faziam. São Paulo: Globo Livros, 2012. p. 57

50 REIS, Émilien Vilas Boas; OLIVEIRA, Bruno Torquato de. CRISPR-CAS9, biossegurança e bioética: uma análise jusfilosófica-ambiental da engenharia genética. Veredas do Direito, Belo Horizonte, v. 16, n. 34, p. 123-152, jan./abr. 2019. p. 125 e 130

da técnica para realizar a modificação genética de células embrionárias e células reprodutivas, possibilitando a transmissão das modificações para as futuras gerações.

Embora algumas doenças ainda não sejam passíveis de serem tratadas por meio do CRISPR-Cas9, já há estudos que demonstram que o procedimento será capaz de prevenir ou curar doenças como: câncer, HIV, acondroplasia (nanismo), Alzheimer, perda auditiva congênita, diabetes, colesterol alto, esclerose lateral amiotrófica e infertilidade. Não obstante, devido aos riscos desse procedimento e à ausência de um sólido debate ético, muitos países já proibiram a sua realização<sup>51</sup>.

A título de exemplo, em 2018, estudos científicos evidenciaram que o uso da CRISPR-Cas9 favorecia a ocorrência de tumores. Assim, ao realizar a clivagem de certos genes, o organismo, na tentativa corrigir o “erro”, ativa um gene denominado p53 que tem a capacidade de reduzir a potência da técnica. As tentativas de inibição desse gene, embora resultem na eliminação da toxina que atrapalha a eficiência da técnica, aumenta a probabilidade de ocorrência de mutações, favorecendo o surgimento de cânceres<sup>52</sup>.

Como foi possível perceber, a terapia gênica é uma técnica que ainda não foi totalmente estudada a fim de prever todos os efeitos positivos e negativos à sustentabilidade do genoma humano, o que será discutido no próximo capítulo.

### 3. O DIREITO FUNDAMENTAL À SUSTENTABILIDADE DO GENOMA HUMANO

De acordo com Freitas<sup>53</sup>, a sustentabilidade é compreendida como sendo o dever do Estado e de toda a sociedade de proporcionar um desenvolvimento solidário, inclusivo, inovador, limpo, ético e eficiente, assegurando a todos, mas principalmente às futuras gerações, bem-estar psíquico, físico e espiritual. Nessa linha, para que a sustentabilidade seja garantida, não é necessário que o progresso seja aniquilado, sendo perfeitamente possível que ambos sejam harmonizados. Assim, para que o desenvolvimento sustentável seja garantido é fundamental que os interesses das gerações presentes sejam supridos sem que o futuro das próximas gerações sofram um impacto significativo.

Nesse sentido, a sustentabilidade deve ser compreendida em suas várias dimensões, dentre as quais se destacam a dimensão ética e a dimensão jurídico-política. Assim, a dimensão ética possui suas raízes na compreensão kantiana de dignidade, buscando a não coisificação do outro e universalização de um bem-estar duradouro. Já a dimensão jurídico-política reconhece na sustentabilidade um dever inalienável de reconhecimento da liberdade do cidadão, em várias acepções. Desse modo, estão compreendidos nessa dimensão, além de outros, o direito à longevidade

51 REIS, Émilien Vilas Boas; OLIVEIRA, Bruno Torquato de. CRISPR-CAS9, biossegurança e bioética: uma análise jusfilosófica-ambiental da engenharia genética. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 16, n. 34, p. 123-152, jan./abr. 2019. p. 130-135

52 REIS, Émilien Vilas Boas; OLIVEIRA, Bruno Torquato de. CRISPR-CAS9, biossegurança e bioética: uma análise jusfilosófica-ambiental da engenharia genética. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 16, n. 34, p. 123-152, jan./abr. 2019. p. 130-135

53 FREITAS, Juares. *Sustentabilidade: Direito ao Futuro*. Belo Horizonte: Editora Fórum: 2011. p. 40-47

digna, o direito à democracia preferencialmente direta, o direito à informação livre e o direito à boa administração pública<sup>54</sup>.

Conforme entendimento de Canotilho<sup>55</sup>, o princípio da sustentabilidade é aberto, sujeito a várias interpretações e, por isso, está no centro de vários debates políticos. No entanto, deve-se compreender sua gênese no imperativo categórico kantiano. Dessa forma, “os humanos devem organizar os seus comportamentos e ações de forma a não viverem: (i) à custa da natureza; (ii) à custa de outros seres humanos; (iii) à custa de outras nações; (iiii) à custa de outras gerações.”. Segundo o autor<sup>56</sup>, deve-se distinguir ainda a sustentabilidade em sentido estrito (ou ecológica), que, como o próprio nome já diz, se restringe a questões ecológicas, e a sustentabilidade em sentido amplo, que está fixada sobre três pilares: a sustentabilidade ecológica, a sustentabilidade econômica e a sustentabilidade social. O trabalho analisa a sustentabilidade em seu sentido amplo, na sua dimensão social.

No Brasil, na esfera Constitucional, o direito à sustentabilidade está previsto no artigo 225 da Carta Magna, no capítulo que trata do meio ambiente, dispondo que todo cidadão tem direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Acrescenta-se ainda que o art. 3o, I, da Lei 6.938/81 dispõe que o meio ambiente pode ser compreendido como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. Dessa forma, segundo Fiorillo e Ferreira<sup>57</sup>, o conceito de meio ambiente abrange a tutela de todas as formas de vida, incluindo as relações jurídicas vinculadas à vida em toda a sua complexidade.

Nesse sentido, ao se combinar o dispositivo legal com a previsão constitucional, Fiorillo e Ferreira<sup>58</sup> destacam que houve previsão ao direito material ao meio ambiente equilibrado, o que deve ser compreendido como a tutela e proteção da vida, fauna, flora e, principalmente, do indivíduo como detentor do direito à dignidade. Assim, é necessário compreender esse direito material como informador da existência de uma relação jurídica da pessoa com um conjunto de bens ambientais, essenciais à saúde, ao bem-estar e à qualidade de vida. Nessa ótica, o artigo 6o da Constituição Federal, que prevê os direitos sociais, é reconhecido como piso vital mínimo que deve ser assegurado pelo Estado.

Além do mais, ressalta-se que o respeito ao bem ambiental é responsabilidade do Estado e de toda a sociedade. Além disso, o mandamento constitucional que garante o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é destinado não

54 FREITAS, Juez. Sustentabilidade: Direito ao Futuro. Belo Horizonte: Editora Fórum: 2011. p. 57-60 e 63-65).

55 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. *Tékhné-Revista de Estudos Politécnicos*, n. 13, p. 07-18, 2010. p.08

56 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. *Tékhné-Revista de Estudos Politécnicos*, n. 13, p. 07-18, 2010. p.09

57 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. Fundamentos constitucionais do direito ambiental brasileiro. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*. Ano 1, nº 2, p. 867-910, 2012. p. 880.

58 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. Fundamentos constitucionais do direito ambiental brasileiro. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*. Ano 1, nº 2, p. 867-910, 2012. p. 878

só às presentes, mas também, às futuras gerações. Assim, compreende-se que a tutela preventiva é o único meio de garantir o aspecto intergeracional do direito ambiental<sup>59</sup>.

Nessa ótica, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento ocorrida no Rio de Janeiro em 1992, Eco-92, ancorou o princípio da sustentabilidade na responsabilização de longa duração. Dessa forma, constitui dever dos Estados assegurar medidas de proteção e prevenção que garantam a sobrevivência da humanidade e a dignidade das futuras gerações. Logo, são reconhecidos como normativas delimitadoras do nível da proteção adequado, o princípio do aproveitamento racional dos recursos, o desenvolvimento sustentável e o princípio da solidariedade entre gerações. Sobre este último, no entanto, afirma-se que o “princípio da melhor defesa possível dos perigos e os princípios da precaução e prevenção do risco ambiental segundo a técnica científica mais avançada” delimitam a razão prática constitucional<sup>60</sup>.

Assim, não cabe à Constituição eliminar toda a forma de desenvolvimento com o intuito de eliminar todos os riscos possíveis, cabendo a ela apenas realizar a fixação normativa de valores a serem respeitados. Conclui-se, portanto, que três princípios devem ser tomados como parâmetro na fixação desses valores: o princípio da proporcionalidade dos riscos (a probabilidade de ocorrência do risco proporcional à gravidade do dano); o princípio da proteção dinâmica do direito ao ambiente (os riscos à agressão do meio ambiente só serão aceitáveis se não puderem ser previstos conforme os critérios atuais de segurança); e o princípio da obrigatoriedade da precaução (a falta de absoluta certeza a respeito do dano não exonera o Estado de assumir a responsabilidade sobre a proteção ambiental)<sup>61</sup>.

Nessa ótica, parágrafo 1o, I, do art. 225 da Constituição Federal reconheceu o patrimônio genético como um bem ambiental. No mesmo dispositivo também houve a autorização da realização de pesquisas com referido patrimônio, reconhecendo-se a necessidade de preservação e conservação do bem. A Constituição ainda previu nos parágrafos posteriores sanções penais e administrativas aos autores de lesão ao patrimônio genético, independente da obrigação de reparar os danos.

Nesse contexto, o desenvolvimento do mapeamento genético como a técnica que permite a análise dos genes que compõem o DNA humano ainda no embrião e que possibilita determinar a probabilidade de risco de ocorrência de vários tipos de doenças tornou possível o desenvolvimento da engenharia genética, permitindo a prevenção de doenças<sup>62</sup>.

Nessa linha, pesquisadores explicam que o meio ambiente influencia

59 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. Fundamentos constitucionais do direito ambiental brasileiro. Revista do Instituto do Direito Brasileiro. Ano 1, nº 2, p. 867-910, 2012. p. 889-891.

60 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. Téchne-Revista de Estudos Politécnicos, n. 13, p. 07-18, 2010. p.15-16

61 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. Téchne-Revista de Estudos Politécnicos, n. 13, p. 07-18, 2010. p.16

62 NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FERNANDES, Fabíola Ramos; DO NASCIMENTO, Simone Murta Cardoso. Genética e meio ambiente: decorrências éticas e jurídicas da ecogenética. Revista de Direito Sanitário, v. 18, n. 1, p. 13-36, 2017. p. 15



muito o modo como um indivíduo com determinada vulnerabilidade genética desenvolverá determinada patologia. Nesse caso, a idade, o sexo, nutrição e o modo de vida também são fatores determinantes para a saúde do indivíduo. Nesse sentido, a ecogenética é o campo da ciência responsável por estudar as interações provocadas pelo meio ambiente e os genes do indivíduo, analisando o produto desse envolvimento e as consequências para a saúde humana<sup>63</sup>.

Assim, percebe-se que as constantes interações entre a genética e o meio ambiente, e, principalmente, a capacidade da engenharia genética de alterar a própria natureza humana, faz com que as técnicas de terapia gênica se insiram dentro do contexto do direito ambiental e, como tal, também devam se submeter aos seus princípios. Dessa forma, com fundamento na teoria desenvolvida anteriormente por Canotilho, para que o desenvolvimento científico seja sustentável, é imprescindível que ele observe os princípios da proporcionalidade dos riscos, o da proteção dinâmica do direito ao ambiente e o da obrigatoriedade da precaução.

No que tange a nova técnica CRISPR-Cas9, é preciso reconhecer que as potencialidades benéficas da técnica justificam os riscos em se realizar a pesquisa, pois o estudo apenas aponta possibilidades, mas não determina o que os seres humanos farão com os resultados. No entanto, ela deva ser rigorosamente monitorada pela comunidade internacional, que deve exigir que sejam cumpridos todos os tratados internacionais sobre bioética para evitar que a técnica seja utilizada como fonte de uma nova política eugênica.

Além disso, em homenagem ao princípio da proteção dinâmica do direito ao ambiente e ao da obrigatoriedade da precaução, antes que esses estudos sejam aplicados em seres humanos, é essencial que a comunidade científica seja capaz de atestar sua segurança, o respeito aos princípios bioéticos, de forma a não transformar a ciência em um laboratório de criação de protótipos humanos, com especial atenção ao princípio da dignidade humana.

#### 4. CONCLUSÃO

O artigo abordou a edição de genes embrionários, a terapia gênica germinativa e suas fronteiras com os direitos humanos como proteção ao genoma humano, ao meio ambiente genético e ao desenvolvimento sustentável. Nesse sentido, o patrimônio genético como direito humano e a biotecnologia como ciência trouxeram novos limites e novas discussões éticas. De tal forma o gerenciamento, a manutenção, a modificação e a manipulação consciente e calculada da existência somática têm se tornado tema que desperta reflexões.

O desenvolvimento da tecnologia e da ciência impõem importantes

63 NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FERNANDES, Fabíola Ramos; DO NASCIMENTO, Simone Murta Cardoso. Genética e meio ambiente: decorrências éticas e jurídicas da ecogenética. Revista de Direito Sanitário, v. 18, n. 1, p. 13-36, 2017. p. 15-17



reflexões sobre a tecnificação da natureza humana e uma possível alteração da autocompreensão e da ética, especialmente sobre os limites entre o permitido e o proibido. Ademais, sabe-se que as leis não são criadas de acordo com a velocidade da evolução da ciência e, assim, o direito contém lacunas em relação ao uso da terapia gênica.

A gene surgery, como técnica que altera as células somáticas ou germinativas, levanta questões polêmicas sobre a seleção artificial de fatores indesejáveis e a otimização de fatores desejáveis. O uso da terapia em células germinativas é o mais polêmico, tendo em vista as consequências para as futuras gerações e os efeitos transnacionais, uma vez que seus efeitos não se restringem às fronteiras e afetam o patrimônio genético da humanidade, os princípios bioéticos e a normativa internacional e nacional sobre o tema.

De tal forma, a terapia gênica deve ser implementada, desde que com respeito às leis domésticas, ao direito internacional, como a Declaração Universal do Genoma Humano e a Declaração Universal de Bioética, à dignidade humana e à sustentabilidade do patrimônio genético.

Atualmente, a legislação brasileira apresenta lacunas em relação ao tema, embora a Lei de Biossegurança, e a necessidade de se observar o princípio da precaução do direito ambiental, vedem a terapia gênica germinativa devido à irreversibilidade da medida e à ausência de conhecimento suficiente sobre a extensão das suas consequências. No entanto, a técnica é muito promissora e impedir seu uso, pelo receio de se implantar uma eugenia liberal, não é razoável, pois isso impossibilitaria a cura de muitas doenças e, conseqüentemente, a diminuição do sofrimento de muitos seres humanos.

É fundamental a compreensão de que as discussões éticas precisam sempre se antecipar às inovações tecnológicas, de modo que os pesquisadores possam ser guiados a manter uma postura ética antes de terem que lidar com o caso concreto. Nesse sentido, o desenvolvimento não deve ser avesso à sustentabilidade, devendo, antes, incluí-la, harmonizando-se os avanços científicos com os princípios ambientais sustentáveis.

Assim, à luz dos princípios ambientais da proporcionalidade dos riscos, da proteção dinâmica do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e da obrigatoriedade da precaução, afirma-se que são necessários mais estudos sobre a gene surgery, desde que com fulcro nos princípios bioéticos, na dignidade da pessoa humana, na sustentabilidade ambiental do patrimônio do genoma humano e tendo em vista a beneficência que a tecnologia pode oferecer ao homem.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Cristiane Avancini Alves. **A Conexão Entre a Autodeterminação e a Formação Familiar na Esteira do Princípio da Responsabilidade.** In Bioética e responsabilidade. Judith Martins-Costa, Letícia Ludwig Möller.

Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BARBOZA, Heloisa Helena. **Princípios da Bioética e do Biodireito**. Revista Bioética, vol. 8, nº 2, Rio de Janeiro, 2000.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Primeira Parte. São Paulo: Editora 34, 2011.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 10 de novembro de 2020.

BRASIL. **Lei de Biossegurança**- Lei nº 11.105 de 2005. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm). Acesso em 10 de novembro de 2020.

BRASIL. **12º Relatório Do Sistema Nacional De Produção De Embriões-SisEmbrio**. Agência Nacional de Vigilância Sanitária -Anvisa. Disponível em:<https://sbra.com.br/wp-content/uploads/2018/05/11%C2%BA-Relato%CC%81rio-Sisembrio-2018.pdf>. Acesso em 10 de novembro de 2020.

BRASIL. **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos**. Disponível em: [http://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao\\_univ\\_bioetica\\_dir\\_hum.pdf](http://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_univ_bioetica_dir_hum.pdf) Acesso em 10 de novembro de 2020.

BRASIL. **Declaração Universal Sobre O Genoma Humano E Os Direitos Humanos**. Disponível. [http://www.ghente.org/doc\\_juridicos/dechumana.htm](http://www.ghente.org/doc_juridicos/dechumana.htm) Acesso em 20 de março de 2021.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo; OLIVEIRA, Carolina Belasquem de. **Os Limites à Seleção e Terapias Genéticas sobre o Embrião e a Necessidade de Manifestação do Direito**. In: BIODIREITO II: XXIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 2014, João Pessoa. **Anais**. João Pessoa: Conpedi/UFPB, 2014. p. 135-154.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional**. Tékhne-Revista de Estudos Politécnicos, n. 13, p. 07-18, 2010.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Baby Boy vs. Estados Unidos de América. Caso Nº 2141. Resolución Nº 23/81,6 de marzo de 1981. In Salud y Derechos Reproductivos. Disponível em: [https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy\\_files/II.%20Comisi%C3%B3n%20Interamericana%20de%20Derechos%20Humanos\\_2.pdf](https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy_files/II.%20Comisi%C3%B3n%20Interamericana%20de%20Derechos%20Humanos_2.pdf). Acesso em 10 de novembro de 2020

DINIZ, Debora. Quem autoriza o aborto seletivo no Brasil? Médicos, promotores e juízes em cena. Physis: Revista de Saúde Coletiva, v. 13, p. 251-272, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. – 2ª. Ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. Fundamentos constitucionais do direito ambiental brasileiro. Revista do Instituto do Direito Brasileiro. Ano 1, nº 2, p. 867-910, 2012.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao Futuro**. Belo Horizonte: Editora Fórum: 2011.

GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. **Maternidade de substituição e a lacuna legal**: questionamentos. Civilistica.com, v. 5, n. 1, p. 1-21, 2016.

HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana**. A caminho de uma eugenia liberal? São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2004.

LEDFOORD, Heidi . CRISPR fixes embryo error. Gene-editing experiment in human embryos pushes scientific and ethical boundaries. NEWS IN FOCUS, Nature 548, 13–14; 2017.

MAGALHÃES LOUREIRO, Claudia Regina. **Introdução ao Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MELO, A. C. R.; LIMA, V. M. **Bioética**: pesquisa em seres humanos e comitês de ética em pesquisa. Breves esclarecimentos. Lecturas: Educación Física y Deportes. Buenos Aires, v. 10, n. 78, 2004.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FERNANDES, Fabíola Ramos; DO NASCIMENTO, Simone Murta Cardoso. **Genética e meio ambiente**: decorrências éticas e jurídicas da ecogenética. Revista de Direito Sanitário, v. 18, n. 1, p. 13-36, 2017

NIEHS NEWS, Environmental Genome Project Advances. **Environmental Health Perspectives**. Vol105, n 12. p. 1298, December 1997.

NERLICH, Brigitte. JOHNSON, Susan. CLARKE, David D. THE FIRST 'DESIGNER BABY':The Role of Narratives, Cliche's and Metaphors in the Year 2000. *Media Debate. Science as Culture*, Volume 12, Number 4, December 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. **A Dignidade da Pessoa Humana**: Dignidade e Direitos Fundamentais. Vol 1. 2a ed. Coimbra: Almedina. 2018.

OF SCIENCES, National Academy et al. *Human Genome Editing: Science, Ethics, and Governance*. 2017.

OST, François. **A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito**. Trad. Joana Chaves. Introdução, Cap. 1 e 2. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

REIS, Émilien Vilas Boas; OLIVEIRA, Bruno Torquato de . CRISPR-CAS9, **biossegurança e bioética**: uma análise jusfilosófica-ambiental da engenharia genética. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 16, n. 34, p. 123-152, jan./abr. 2019.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. MOUREIRA, Diogo Luna. **Vulnerabilidade e Oncologia**: Reflexões Normativas Sobre o Direito Fundamental à Procriação. p- 191-204. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. SOUZA, Iara Antunes de. *Direito e Medicina: Autonomia e Vulnerabilidade em Ambiente Hospitalar*. Indaiatuba: Editora Foco, 2018.

SANDEL, Michael J. **Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética**. Trad. de Ana Carolina Mesquita. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

STANKOVIC, Bratislav. 'It's a Designer Baby!' - Opinions on Regulation of Preimplantation Genetic Diagnosis. **Ucla Journal Of Law & Technology**, [s. /], v. 3, p. 01-31, fev. Los Angeles 2005. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1756573>. Acesso em: 03 abr. 2021.

VAN BEERS, Britta C. **Rewriting the human genome, rewriting human rights law? Human rights, human dignity, and human germline modification in the CRISPR era**. *Journal of Law and the Biosciences*, 1–36.

ZATZ, Mayana. **Genética: escolhas que nossos avós não faziam**. São Paulo: Globo Livros, 2012

# orientações para envio de artigos

O Conselho Editorial da Revista do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná (MPC/PR) convida servidores, pesquisadores, docentes e estudantes de pós-graduação, mestrado e doutorado, a apresentarem artigos para publicação.

A linha editorial da Revista é centrada no Controle Externo da Administração Pública, admitindo-se à publicação artigos alinhados às seguintes disciplinas: direito administrativo, direito constitucional, direito financeiro, direito econômico, políticas públicas, planejamento.

Os artigos serão submetidos à dupla revisão cega por pares (double blind peer review), de modo que a publicação estará condicionada à aprovação pelos avaliadores.

Os artigos deverão ser submetidos diretamente no site da Revista (<https://revista.mpc.pr.gov.br/>), no campo “Enviar Submissão”. Para tanto, basta fazer simples cadastro no site e seguir as etapas que serão indicadas.

As “Diretrizes para Autores” podem ser acessadas na página: <https://revista.mpc.pr.gov.br/index.php/RMPCPR/information/authors>

Destacam-se, de antemão, as seguintes orientações:

- O texto deve possuir preferencialmente entre 15 e 30 páginas (tamanho A4 - 21 cm × 29,7 cm), compreendendo a introdução, desenvolvimento, conclusão (não necessariamente com esses títulos) e uma lista de referências bibliográficas; as margens utilizadas são: esquerda e superior de 3 cm e direita e inferior de 2 cm; no corpo do texto deve ser utilizada Fonte Times New Roman, tamanho 12, espaçamento entre linhas de 1,5, e espaçamento de 0 pt antes e depois dos parágrafos; nas notas de rodapé deve-se utilizar Fonte Times New Roman, tamanho 10, espaçamento simples entre linhas; no desenvolvimento do texto, os parágrafos devem conter recuo de 1,5 cm em relação à margem esquerda; títulos e subtítulos estão alinhados à margem esquerda, sem recuo; as figuras e tabelas estão inseridas no texto, não no final do documento na forma de anexos
- As citações deverão seguir o sistema numérico (em notas de rodapé). Os artigos devem vir acompanhados de título em português e inglês, resumo e abstract, palavras-chave e Keywords, amoldando-se, também, ao estabelecido nas normas da ABNT referentes à apresentação de artigos em publicações periódicas.

Para o esclarecimento de dúvidas, é possível enviar e-mail para a Revista ([revista@mpc.pr.gov.br](mailto:revista@mpc.pr.gov.br)) ou diretamente para o Editor-Chefe ([saulo.pivetta@tce.pr.gov.br](mailto:saulo.pivetta@tce.pr.gov.br)).

Todas as edições encontram-se disponíveis no seguinte endereço: <https://revista.mpc.pr.gov.br/index.php/RMPCPR/issue/archive>

