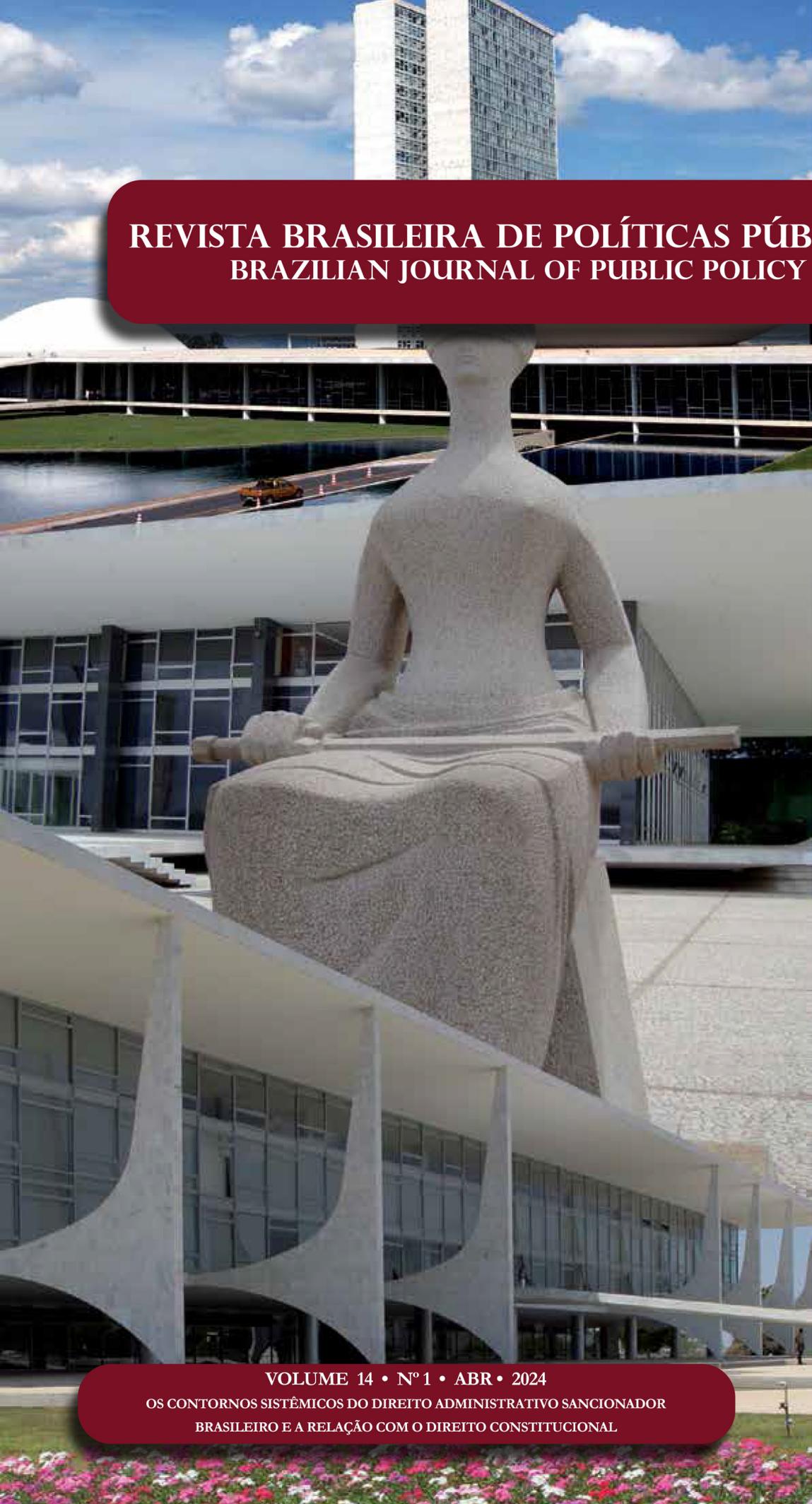


The logo for CEUB (Centro Universitário de Brasília) is displayed in a stylized white font on a dark red background. The letters 'C', 'E', 'U', and 'B' are interconnected, with the 'U' and 'B' sharing a vertical stem.

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

The cover features a photograph of the modern architecture of the University of Brasília. In the foreground, a large, white, seated female figure sculpture is prominent. The background shows a tall, white, grid-patterned building under a blue sky with scattered clouds. A dark red banner with white text is overlaid on the top portion of the image.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**VOLUME 14 • Nº 1 • ABR • 2024**

**OS CONTORNOS SISTÊMICOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR  
BRASILEIRO E A RELAÇÃO COM O DIREITO CONSTITUCIONAL**

---

# REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

---

**Editores responsáveis por essa edição:**

Patrícia Perrone Campos Mello

Marcelo Dias Varella

Ardyllis Alves Soares

Jéffson Menezes de Sousa

Giselle Feliz Santiago

Alex Pires Andrade

**Editores Especiais do Dossiê Temático:**

Sandro Lúcio Dezan

Paulo Afonso Cavichioli Carmona

ISSN 2236-1677

Revista Brasileira de Políticas Públicas Brazilian Journal of Public Policy	Brasília	v. 14	n. 1	p. 1-420	abr	2024
--	----------	-------	------	----------	-----	------

## **REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

*Brazilian Journal of Public Policy*

### **Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB**

Centro Universitário de Brasília

#### **Reitor**

Getúlio Américo Moreira Lopes

#### **Presidente do Conselho Editorial do UniCEUB**

Elizabeth Regina Lopes Manzur

#### **Diretor do ICPD**

João Herculino de Souza Lopes Filho

#### **Coordenador do Programa de Mestrado e Doutorado e Editor**

Marcelo Dias Varella

#### **Linha editorial**

“A Revista Brasileira de Políticas Públicas é um periódico acadêmico da área jurídica que tem como finalidade constituir instrumento de veiculação de trabalhos científicos e doutrinários que abordem questões jurídicas da contemporaneidade e, ainda, aspectos da interação entre Direito e Políticas Públicas. Direciona, portanto, seu objeto de interesse a questões referentes a governabilidade, integração, participação cidadã, desenvolvimento e outros temas envolvendo o Estado, a Sociedade e o Direito.

Sendo assim, a proposta de linha editorial a ser seguida pela Revista Brasileira de Políticas Públicas é apresentada a partir de duas áreas fundamentais, que se subdividem:

I) Democracia, Políticas de Estado e de Governo e seus aspectos jurídicos: tendências do Direito Constitucional e do Direito Administrativo; teoria das políticas públicas; sistema de governo; sistema eleitoral e cidadania; sistema de partidos e reforma constitucional

II) Políticas Públicas de desenvolvimento econômico e social e suas interfaces com o Direito: políticas de desenvolvimento econômico e produção local/regional, desenvolvimento sustentável e meio-ambiente, desenvolvimento humano e planejamento da ação governamental”.

#### **CONSELHO EDITORIAL**

Marie-Pierre Lafranchi, Université d'Aix-en-Provence, Faculté de droit et de science politique, Provence-Alpes-Côte d'Azur, França

Frederico Augusto Barbosa, Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, Brasília/DF, Brasil

Gilberto Bercovici, Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, Departamento de Direito Econômico-Financeiro, São Paulo/SP, Brasil

João Maurício Adeodato, Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Departamento de Teoria Geral do Direito e do Direito Privado, Recife/PE, Brasil

José Adercio Leite Sampaio, Escola Superior Dom Helder Câmara, Escola de Direito, Belo Horizonte/MG, Brasil

José Heder Benatti, Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Belém/PA, Brasil

#### **EDITOR**

Patrícia Perrone Campos Mello, Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, Brasília/DF, Brasil

#### **EDITORES ADJUNTOS**

Marcelo D. Varella, Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, Brasília/DF, Brasil

Ardyllis Alves Soares, Centro Universitário de Brasília, Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília/DF, Brasil

Jéffson Menezes de Sousa, doutor pelo Centro Universitário de Brasília, Brasília/DF, Brasil

Giselle Feliz Santiago, doutoranda pelo Centro Universitário de Brasília, Brasília/DF, Brasil

Alex Pires Andrade, doutorando pelo Centro Universitário de Brasília, Brasília/DF, Brasil

#### **EQUIPE TÉCNICA**

Yuri Valente do Nascimento, Centro Universitário de Brasília, Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília/DF, Brasil

Aline Assunção Santos, Centro Universitário de Brasília, Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília/DF, Brasil

Com o apoio da FAP/DF. Processo: 00193.00000304/2018-58, Edital 09/2017.

#### **Layout capa**

Departamento de Comunicação / ACC UniCEUB

#### **Diagramação**

S2 Books

#### **Disponível em:**

<http://www.rbpp.uniceub.br>

#### **Circulação**

Acesso aberto e gratuito

Matérias assinadas são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Citação parcial permitida com referência à fonte.

Revista Brasileira de Políticas Públicas / Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB.  
– vol. 14, n. 1 (abr. 2024) - . Brasília : CEUB, 2023

Quadrimestral.

ISSN 2236-1677

Disponível também on-line: [www.rbpp.uniceub.br](http://www.rbpp.uniceub.br)

1. Direito. 2. Políticas Públicas. I. Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB

CDU 34+338.26

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

# Sumário

<b>DOSSIÊ TEMÁTICO: OS CONTORNOS SISTÊMICOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR BRASILEIRO E A RELAÇÃO COM O DIREITO CONSTITUCIONAL.....</b>	<b>13</b>
--	-----------

<b>DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E A IDENTIDADE ONTOLÓGICO-ESTRUTURAL: ENTRE ILÍCITOS PENAIS E ADMINISTRATIVOS E SEU CONTRIBUTO À MATIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....</b>	<b>15</b>
--	-----------

Tatiana Maria Guskow e Liziane Paixão Silva Oliveira

1 Introdução .....	16
2 Estrutura da norma jurídica .....	17
2.1 Ato ilícito .....	20
2.2 Sanção nos diferentes ramos do direito .....	22
2.3 Identidade ontológica de ilícitos e potestade punitiva estatal.....	24
3 Considerações finais .....	26
Referências.....	26

<b>O ENUNCIADO 665 DA SÚMULA DO STJ E A ESTRUTURA SISTÊMICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: A “CIRANDA DE PEDRA” DA PRÁTICA CONSTITUCIONAL DOS NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO.....</b>	<b>29</b>
--	-----------

Pedro Brabo dos Santos e Flípe Lôbo Gomes

1 Introdução.....	30
2 O enunciado da súmula 665 do STJ e seu alcance: a identidade e a estrutura sistêmica do direito administrativo sancionador .....	31
3 A ciranda de pedra: os novos paradigmas do direito administrativo brasileiro e sua prática constitucional.....	35
4 Considerações finais .....	45
Referências.....	45

<b>LEGALIDADE, JURIDICIDADE E CONVENCIONALIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR .....</b>	<b>49</b>
---	-----------

Luiz Guilherme Arcaro Conci e Livia Fioramonte Tonet

1 Introdução .....	50
2 Administração Pública em movimento .....	51
3 Constitucionalização e Convencionalização do Direito Administrativo.....	53
3.1 Vinculação da Administração Pública ao Direito Internacional dos Direitos Humanos – o Sistema Interamericano .....	56
3.2 Interrelação entre o direito doméstico e o direito internacional.....	58
3.3 Princípio da juridicidade e o bloco de constitucionalidade convencionalizado.....	58

4 O Direito Administrativo Sancionador e o Princípio da Juridicidade Convencionalizado.....	61
5 Considerações finais .....	63
Referências.....	64
<b>O ERRO GROSSEIRO PREVISTO NO ART. 28 DO DECRETO-LEI N.º 4.657/1942: APORTES TEÓRICOS PARA UMA CONCEITUAÇÃO CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>69</b>
Marcelo Rodrigues Mazzei, Lucas Oliveira Faria e Sebastião Sérgio da Silveira	
1 Introdução.....	70
2 A busca por uma concepção teórica-constitucional do erro grosseiro previsto no art. 28 do Decreto-Lei n.º 4.657/1942 e a sua regulamentação pelo Decreto n.º 9.830/2019.....	71
3 A constitucionalidade do art. 28 da LINDB e a sua adequação ao disposto no art. 37, § 6º da Constituição Federal. ....	74
4 Considerações finais .....	80
Referências .....	81
<b>PARÂMETROS DE AFERIÇÃO DA CULPA E DO ERRO GROSSEIRO: O HOMEM MÉDIO MORREU?.....</b>	<b>84</b>
Odilon Cavallari	
1 Introdução.....	85
2 A aferição da culpa como decorrência do direito constitucional público sancionador.....	86
3 Desafios na aferição das condutas culposas, especialmente no direito administrativo sancionador.....	89
4 O critério do homem médio para aferição da culpa: conceito, críticas e proposta de releitura .....	93
5 A aferição do erro grosseiro: o que muda? .....	100
6 Considerações finais .....	106
Referências.....	107
<b>A RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA NO CONTEXTO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: UMA ANÁLISE À LUZ DA REFORMA DA LEI DE IMPROBIDADE.....</b>	<b>110</b>
Alberth Sant´Ana Costa da Silva, Alfredo Ribeiro da Cunha Lobo e Marco Antônio R. Sampaio Filho	
1 Introdução.....	111
2 Contornos do direito administrativo sancionador e da nova lei de improbidade administrativa... ..	112
2.1 Conceitos Básicos da Retroatividade da Lei Mais Benéfica.....	112
2.2 Direito Administrativo Sancionador: princípios e características .....	113
2.3 Reforma da Lei de Improbidade pela Lei n.º 14.230, de 2021 .....	115
3 A (ir)retroatividade da norma mais benéfica no direito administrativo sancionador .....	117
3.1 Os contornos da aplicação da retroatividade no Direito Administrativo Sancionador.....	117
3.2 A retroatividade da Lei Mais Benéfica aplicada à nova Lei de Improbidade Administrativa e o julgamento do tema pelo Supremo Tribunal Federal.....	118
4 A reforma da lei de improbidade administrativa e sua interseção com a retroatividade.....	119
4.1 Reflexões sobre a retroatividade dessas alterações.....	119

5 Considerações finais .....	121
Referências.....	122

**TIPICIDADE NAS INFRAÇÕES DISCIPLINARES: O DESAFIO DA CERTEZA DO DIREITO EM UM DOS PRINCIPAIS CAPÍTULOS DA COMPETÊNCIA SANCIONATÓRIA ESTATAL..... 125**

André Petzhold Dias e Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho

1 Introdução .....	126
2 Tipicidade no Direito Penal.....	127
2.1 Tipicidade aberta no Direito Penal: polêmica e prática.....	128
3 Tipicidade no Direito Administrativo Sancionador. Peculiaridades e convergências à vista do manejo do instituto na seara penal.....	130
3.1 Aproximação entre Direito Administrativo Sancionador e Direito Penal: tipicidade como garantia do cidadão em prol do postulado da certeza do Direito na seara sancionatória estatal.....	130
3.1.1 Poder de Polícia.....	134
3.1.2 Poder Disciplinar .....	136
4 Tipicidade das condutas vedadas aos servidores públicos no uso das mídias sociais.....	137
4.1 Códigos de conduta .....	139
5 Considerações finais .....	140
Referências.....	140

**MILITARES ESTADUAIS E MOVIMENTOS GREVISTAS: DIVIDENDOS POLÍTICO-ELEITORAIS E INSTABILIDADE DISCIPLINAR INTERNA ..... 145**

Juarez Gomes Nunes Junior e Francisco Horácio da Silva Frota

1 Introdução .....	146
2 Os movimentos paredistas nas corporações militares no Brasil e no Ceará.....	147
3 Efeitos deletérios na ordem disciplinar interna .....	152
4 Dos quartéis para o parlamento .....	154
5 Considerações finais .....	155
Referências.....	156

**O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E A LEGITIMAÇÃO DO USO DE SEGUROS E DE FUNDOS ESPECIAIS PARA A PROTEÇÃO DO ADMINISTRADOR PÚBLICO ..... 158**

Sandro Lúcio Dezan e Marcelo Dias Varella

1 Introdução .....	159
2 O standard da responsabilização no direito administrativo brasileiro e o elenco de garantias passível de complementação por um modelo securitário e de fundos de proteção .....	160
3 A percepção de riscos e a necessidade de sua gestão na administração pública .....	167
4 A proteção limitada dos altos quadros da administração pública realizada pela Advocacia-Geral da União.....	169
5 A experiência de proteção estendida a servidores públicos na França, Estados Unidos e Canadá .....	171

5.1 O modelo de atuação da advocacia pública na defesa de agentes públicos na França.....	171
5.2 A experiência ampliada com a contratação de seguros para altos quadros da administração nos Estados Unidos e no Canadá (public officials liability insurance).....	173
5.3 A solução europeia com a multiplicação de fundos securitários.....	174
<b>6 Possibilidades de seguro para defesa de dirigentes e conselheiros de estatais no Brasil.....</b>	<b>175</b>
<b>7 Discussão da legalidade do seguro D&amp;O no Tribunal de Contas da União .....</b>	<b>176</b>
<b>8 Considerações finais .....</b>	<b>177</b>
<b>Referências.....</b>	<b>179</b>

**A AVALIAÇÃO DE IMPACTO E DE RESULTADO REGULATÓRIO COMO ESPECTROS DE POLÍTICA REGULATÓRIA-SANCIONATÓRIA EFICIENTE EM INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: REFLEXÕES À LUZ DA ACCOUNTABILITY .....**

Luis Henrique de Menezes Acioly, Isabelle Brito Bezerra Mendes e João Araújo Monteiro Neto

<b>1 Introdução .....</b>	<b>184</b>
<b>2 Multiplicidade funcional e conceitual do princípio da accountability no panorama regulatório ..</b>	<b>185</b>
2.1 A Multiplicidade de Formas da Relação entre Estado e Tecnologia e os Desafios Regulatórios .....	186
2.2 O Princípio da Accountability como Modulador da Dinâmica Obrigacional na Regulação de Tecnologia.....	188
<b>3 Dimensões funcionais da autoridade competente na regulação e enforcement de inteligência artificial .....</b>	<b>191</b>
<b>4 A avaliação de impacto regulatório e a avaliação de resultado regulatório como espectros de política regulatória em inteligência artificial .....</b>	<b>195</b>
4.1 A Avaliação de Impacto Regulatório como instrumento de accountability .....	196
4.2 A Avaliação de Resultado Regulatório e a Revisão do Estoque Regulatório .....	199
<b>5 Considerações finais .....</b>	<b>201</b>
<b>Referências.....</b>	<b>202</b>

**POLÍTICAS PÚBLICAS, DIREITOS DAS MULHERES, INFÂNCIA E ADOLESCÊNCIA .....**

**DESENVOLVIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS MUNICIPAIS: REDES INTERSETORIAIS E AS ESTRATÉGIAS DE GESTÃO .....**

Palloma Rosa Ferreira, Diego Neves de Sousa, Amélia Carla Sobrinho Bifano e Maria das Dores Saraiva

<b>1 Introdução .....</b>	<b>211</b>
<b>2 A intersectorialidade como estratégia para o desenvolvimento de políticas públicas: uma discussão teórica conflituosa.....</b>	<b>214</b>
<b>3 Procedimentos metodológicos .....</b>	<b>218</b>
<b>4 Resultados e discussões.....</b>	<b>219</b>
4.1 A construção da Rede Protetiva de Atenção às Mulheres em Situação de Violência em Viçosa-MG ...	219
4.2 Rede protetiva: alicerces de concretização do trabalho .....	223
4.3 Os desafios atuais de funcionamento da Rede Protetiva .....	223
<b>5 Considerações finais .....</b>	<b>228</b>

Referências.....	229
<b>O DIREITO AO SALÁRIO-MATERNIDADE NOS CASOS DE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO: UM ESTUDO COMPARADO ENTRE BRASIL E CHILE .....</b>	<b>234</b>
Janaina Reckziegel, Rommy Alvarez Escudero e Daniele Vedovatto Gomes da Silva Babaresc	
1 Introdução .....	235
2 Técnicas de reprodução assistida e sua regulamentação no Brasil e no Chile.....	235
3 Gestação de substituição ou cessão temporária do útero .....	238
4 A quem cabe o salário maternidade nos casos de gestação de substituição?.....	242
5 Considerações finais .....	248
Referências.....	249
<b>A ADOÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES E O ALCANCE DOS OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DA ONU: UMA ANÁLISE DO PROJETO ADOÇÃO SEGURA DA COMARCA DE MARINGÁ –PR E DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE .....</b>	<b>253</b>
Daniela Menengoti Gonçalves Ribeiro e Ana Maria Silva Maneta	
1 Introdução .....	254
2 O instituto da adoção de crianças e adolescentes no Brasil e seu procedimento.....	255
3 Os riscos da desinformação social sobre a adoção .....	259
4 Análise de dados do Projeto Adoção Segura na Comarca da região metropolitana de Maringá e o objetivo de desenvolvimento sustentável N.º 16 da ONU .....	266
5 Considerações finais .....	273
Referências.....	274
<b>POLÍTICAS PÚBLICAS EM SAÚDE .....</b>	<b>279</b>
<b>SERÃO OS MEIOS AUTOCOMPOSITIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS O CAMINHO PARA O ACESSO A POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE? .....</b>	<b>281</b>
Danilo Henrique Nunes, Lucas de Souza Lehfeld e Carlos Eduardo Montes Netto	
1 Introdução .....	282
2 A justiça multiportas: em busca dos meios adequados para solução de conflitos .....	282
3 Os meios autocompositivos de solução de conflitos .....	285
3.1 A Resolução n.º 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ.....	285
3.2 A conciliação .....	287
3.3 A mediação.....	292
4 O sistema multiportas: serão os meios autocompositivos de resolução conflitos caminho para o acesso às políticas públicas de saúde? .....	295
5 Considerações finais .....	297
Referências.....	298

**POLICY HANDLING TO ACCELERATE STUNTING REDUCTION IN KUPANG TENGAH DISTRICT,  
REGENCY EAST NUSA TENGGARA PROVINCE .....303**

William Djani e Jeny Jacoba Therikh

<b>1 Introduction</b> .....	<b>304</b>
<b>2 Literature review</b> .....	<b>305</b>
2.1 Stunting Concept.....	305
2.2 Causes of Stunting.....	306
2.3 Stunting Impact .....	307
2.4 Policy .....	308
<b>3 Methods</b> .....	<b>310</b>
3.1 Research Approach .....	310
3.2 Research sites .....	311
3.3 Types and Sources of Research Data.....	311
3.4 Data collection technique.....	312
3.5 Data analysis technique .....	312
<b>4 Discussion</b> .....	<b>312</b>
4.1 Optimizing the Acceleration of Stunting Reduction in Nagakeo District.....	313
4.2 Implementation of the Essence of Convergence in Collaborative Work in Central Kupang District, Kupang Regency .....	314
4.3 Opportunities for parents to care about stunting or foster fathers for stunting children .....	315
<b>5 Conclusion</b> .....	<b>315</b>
5.1 Suggestion .....	315
<b>Reference</b> .....	<b>316</b>

**OUTROS TEMAS EM POLÍTICAS PÚBLICAS ..... 318**

**HARNESSING NOVEL TECHNOLOGIES TO FORTIFY ANTI-CORRUPTION EFFORTS: ASSIMILATING  
INDIA’S EXPERIENCES INTO UZBEKISTAN’S FIGHT AGAINST CRIMINALITY .....320**

Abhishek Thommandru e Fazilov Farkhod Maratovich

<b>1 Introduction</b> .....	<b>321</b>
1.1 Uzbekistan’s Landscape of Corruption and Criminality: An Overview.....	322
<b>2 India’s experience in anti-corruption measures</b> .....	<b>323</b>
2.1 Relatability of India’s experience in Uzbekistan’s context .....	324
<b>3 Current Policies Instituted by the Uzbekistani Government</b> .....	<b>325</b>
3.1 Legal loopholes exploited by corrupt individuals or syndicates.....	327
<b>4 Crucial role of ICT in Anti-Corruption Measures</b> .....	<b>331</b>
<b>5 Anti-Corruption Measure and Institutions</b> .....	<b>333</b>
5.1 State Anti-corruption Agencies.....	334

<b>6 Conclusion .....</b>	<b>337</b>
<b>References.....</b>	<b>338</b>

**NEXUS OF PUBLIC SERVICE INTERVENTIONS AND SOCIAL DEVELOPMENT: LITERATURE SYNTHESIS..... 341**

Jonathan Jacob Paul Latupeirissa e Ni Luh Yulyana Dewi

<b>1 Introduction .....</b>	<b>342</b>
<b>2 Methodology for Systematic Literature Synthesis.....</b>	<b>348</b>
<b>3 Result and Discussion .....</b>	<b>349</b>
3.1 Impact of Public Service Interventions on Social Development.....	349
<b>4 Critical Analysis of Literature on Public Services and Social Development .....</b>	<b>351</b>
<b>5 Policy Implications from the Literature Review.....</b>	<b>354</b>
<b>6 Future Directions for Research on Public Service Interventions and Social Development .....</b>	<b>357</b>
<b>7 Conclusion .....</b>	<b>360</b>
<b>References.....</b>	<b>360</b>

**INVESTIMENTO-ANJO: UMA PROPOSTA DE JUSTIÇA FISCAL PARA INVESTIMENTOS DE ALTO RISCO 365**

Tarsila Ribeiro Marques Fernandes e Paola de Andrade

<b>1 Introdução .....</b>	<b>366</b>
<b>2 A função promocional do direito tributário: análise acerca das atividades indutivas e interventivas do estado e sua repercussão econômica.....</b>	<b>366</b>
<b>3 Atual panorama da tributação dos agentes de fomento no Brasil .....</b>	<b>368</b>
3.1 Os novos agentes de fomento.....	369
3.1.1 Securitizadoras.....	369
3.1.2 Investimento-anjo.....	370
3.1.2.1 Aspectos conceituais .....	370
3.1.2.2 Startups, estágios de desenvolvimento e formas de investimento .....	371
3.1.2.3 O investidor-anjo na estrutura societária das startups .....	373
3.1.2.4 Tratamento tributário conferido ao investimento-anjo e sua inconstitucionalidade.....	374
<b>4 Soluções para alcançar a justiça fiscal em investimentos de alto risco .....</b>	<b>377</b>
<b>5 Considerações finais .....</b>	<b>379</b>
<b>Referências.....</b>	<b>380</b>

**MOTIVAÇÕES DOS CONSUMIDORES PARA INCLUIREM O NIF NAS FATURAS.....384**

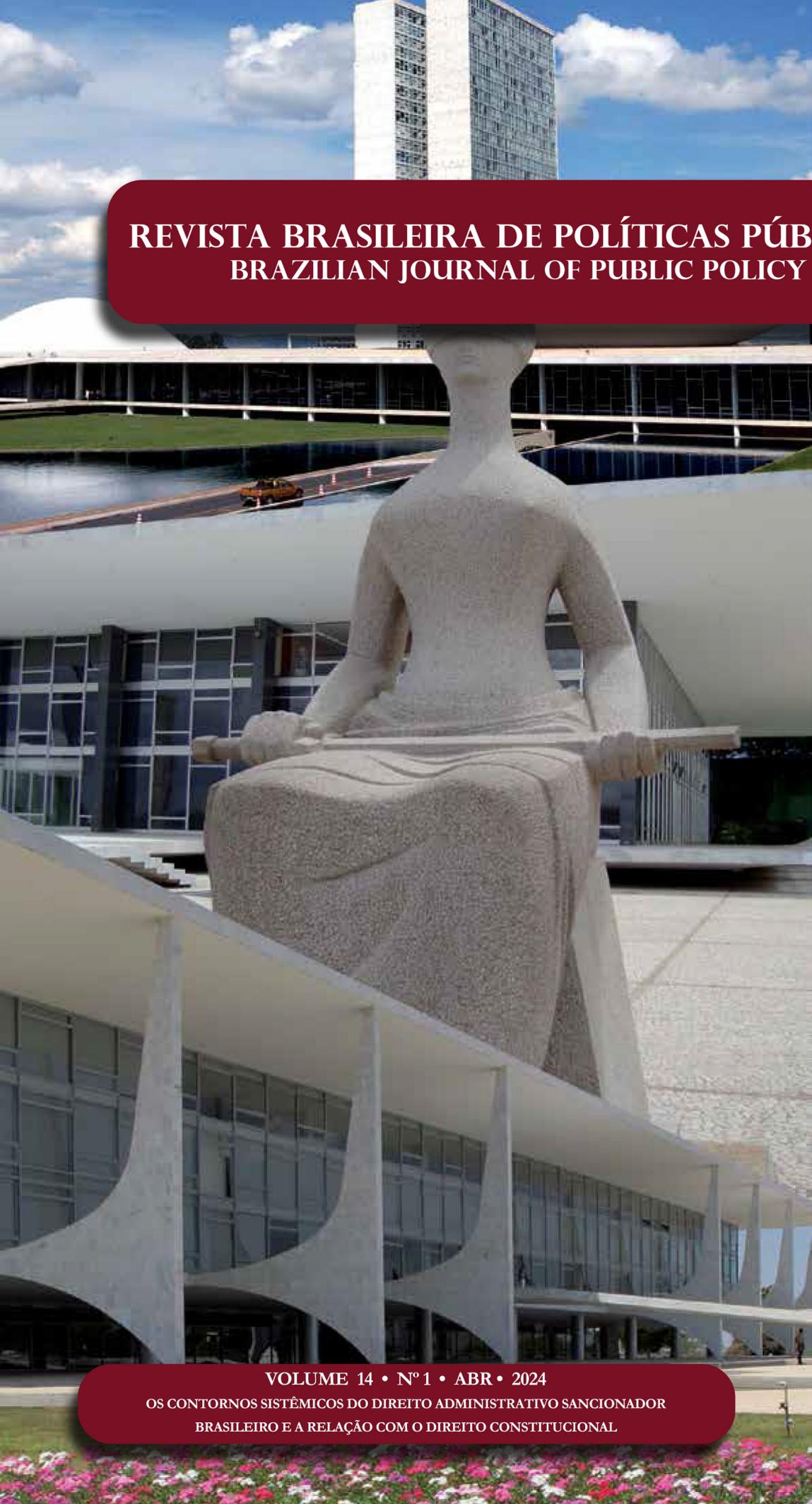
Gabriel Pinto, Daniel Taborda e Pedro Cerqueira

<b>1 Introdução .....</b>	<b>385</b>
<b>2 Breves notas sobre tax compliance.....</b>	<b>385</b>
<b>3 Motivações para pedir fatura com NIF .....</b>	<b>387</b>
3.1 Motivações intrínsecas.....	387

3.1.1	Influência de normas sociais.....	388
3.1.2	Dever cívico e responsabilidade social.....	389
3.1.3	Perceção de justiça.....	389
3.1.4	Satisfação com o investimento público e confiança nas instituições públicas.....	389
3.2	Motivações Extrínsecas.....	390
3.2.1	“Fatura da Sorte”.....	390
3.2.2	Deduções à coleta em IRS.....	392
<b>4</b>	<b>Metodologia</b> .....	<b>393</b>
<b>5</b>	<b>Análise da Amostra</b> .....	<b>394</b>
<b>6</b>	<b>Resultados e Discussão</b> .....	<b>395</b>
<b>7</b>	<b>Conclusão</b> .....	<b>398</b>
	<b>Referências</b> .....	<b>399</b>
<b>BUILDING TRUST IN POLICING: CHALLENGES AND STRATEGY.....</b>		<b>402</b>
Baidya Nath Mukherjee e Meera Mathew		
<b>1</b>	<b>Introduction</b> .....	<b>403</b>
<b>2</b>	<b>Discussion</b> .....	<b>404</b>
2.1	Trust and Policing in India.....	404
2.2	Theoretical Analysis.....	406
2.3	Police Trust Model.....	408
2.3.1	Instrumental models .....	409
2.3.2	Expressive models.....	409
2.3.3	Normative models.....	410
2.4	Towards Trust Building.....	411
<b>3</b>	<b>Conclusion and Suggestions</b> .....	<b>412</b>
	<b>Reference</b> .....	<b>413</b>
<b>NORMAS EDITORIAIS.....</b>		<b>417</b>
	Envio dos trabalhos:.....	419

**DOSSIÊ TEMÁTICO**

**OS CONTORNOS SISTÊMICOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR  
BRASILEIRO E A RELAÇÃO COM O DIREITO CONSTITUCIONAL**



CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS  
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Direito administrativo sancionador e a identidade ontológico-estrutural:** entre ilícitos penais e administrativos e seu contributo à matização dos princípios constitucionais

**Administrative right to sanction and the ontological-structural identity:** between criminal and administrative offenses and its contribution to the nuance of constitutional principles

Tatiana Maria Guskow

Liziane Paixão Silva Oliveira

VOLUME 14 • Nº 1 • ABR • 2024

OS CONTORNOS SISTÊMICOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR  
BRASILEIRO E A RELAÇÃO COM O DIREITO CONSTITUCIONAL

# Direito administrativo sancionador e a identidade ontológico-estrutural: entre ilícitos penais e administrativos e seu contributo à matização dos princípios constitucionais\*

## Administrative right to sanction and the ontological-structural identity: between criminal and administrative offenses and its contribution to the nuance of constitutional principles

Tatiana Maria Guskow\*\*

Liziane Paixão Silva Oliveira\*\*\*

### Resumo

Neste estudo, lança-se um olhar sobre a base formal da construção do direito administrativo sancionador: a identidade ontológica entre ilícitos penais e administrativos. Parte-se da premissa da existência de dois pilares a fundarem a estrutura do direito administrativo sancionador, um de cariz formal e outro de cariz substancial, busca explorar, à luz da Teoria Geral do Direito, em que consiste a similitude entre normas jurídicas assentadas em cada um dos campos jurídico-epistemológicos, uma distinção relativa à estrutura da norma jurídica (base formal) e não ao conteúdo dos bens jurídicos e deveres nelas traduzidos (base substancial). Suscitam-se conceitos de atos ilícitos, sanções e suas espécies, considerando-se as características que permitem agrupar ilícitos penais e administrativos em um conjunto comum, distinto da ilicitude contida em outros ramos do direito, o que permite consolidar o pilar formal em que vem sendo construído o direito administrativo sancionador.

**Palavras-chave:** Direito administrativo sancionador. Direito penal. Identidade ontológica. Ilícito penal. Ilícito administrativo. Sanção.

### Abstract

The study takes a look at the formal basis for the construction of sanctioning administrative law: the ontological identity between criminal and administrative offenses. Starting from the premise of the existence of two pillars founding the structure of sanctioning administrative law, one of a formal nature and the other of a substantial nature, it seeks to explore, in the light of the general theory of law, what the similarity between legal norms based on each one of legal-epistemological fields consists of. It is a distinction that concerns the structure of the legal norm (formal basis) and not the

\* Recebido em: 15/02/2024  
Aprovado em: 17/04/2024

\*\* Procuradora da Fazenda Nacional. Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (CEUB). Pós-graduanda em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR).  
E-mail: tattygus@gmail.com

\*\*\* Liziane Paixão Silva Oliveira. Advogada, Doutora em Direito pela Université d'Aix Marseille III, Professora Titular do Programa de Mestrado e Doutorado do CEUB, Professora Colaboradora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da UNIT, Professora Colaboradora do Programa de Mestrado Interdisciplinar da UFT, Bolsa da FAP-DF para realização de Estágio Pós Doutoral (2023-2024).  
E-mail: lizianeoliveira1@yahoo.com.br

content of the legal goods and duties translated into them (substantial basis). Raising concepts of illicit acts, sanctions and their types, it finds the characteristics that allow the grouping of criminal and administrative offenses into a common set, distinct from the illicitness contained in other branches of law, which allows consolidating the formal pillar on which the administrative sanctioning law has been built.

**Keywords:** Sanctioning administrative law. Criminal law. ontological identity. Criminal offense. Administrative illicit. Sanction.

## 1 Introdução

Neste estudo, assentado, essencialmente, em pesquisas bibliográficas de viés jurídico, objetiva-se compreender as bases do direito administrativo sancionador, alegadamente fundado no unívoco poder de punir do Estado e na identidade ontológica entre ilícitos penais e administrativos. Pretende-se, nesta investigação, conhecer o alcance dessa identidade em seu viés estrutural, o que traduz a primeira contribuição para a fixação das feições dos regimes, ou seja, relativas ao delineamento das semelhanças e diferenças entre o regime jurídico do direito administrativo sancionador e do regime jurídico do direito penal.

Apresentaram-se, nesse sentido, os seguintes questionamentos de pesquisa: são aplicáveis ao direito administrativo sancionador os princípios idealizados para o direito penal? Se a resposta for positiva, em que medida os princípios idealizados modulam a atividade administrativa sancionadora? As respostas a essas questões permeiam, primeiramente, a análise formalística dos ilícitos penais e administrativos e, posteriormente, a análise substancial das espécies. Em caso de ilícitos penais e administrativos idênticos, não haveria justificação às diferenças de regimes jurídicos incidentes sobre cada qual, e os princípios constitucionais sancionadores ingressariam no direito administrativo com o mesmo peso do direito penal.

Com o objetivo de analisar a estrutura formal dos ilícitos penais e administrativos — um dos pilares da teorização do novo ramo do direito —, o estudo parte do conceito de ato ilícito e de sanção na Teoria Geral do Direito, de maneira a permitir um vislumbre prefacial da origem remota da ideia da unidade do *jus puniendi* estatal. Não serão analisados, neste estudo, os pilares substanciais em que se fundou a Teoria Sancionadora, que passam pelo esboço histórico da gênese do poder punitivo da Administração Pública e o conteúdo material de cada um dos ilícitos. Tal perquirição será apresentada em futuro estudo. Por ora, pretende-se estabelecer a primeira baliza que permite a aproximação das esferas de atuação punitiva do Poder Público.

Adiantando as conclusões, verificar-se-á que ato ilícito constitui a transgressão de um dever jurídico positivo ou negativo, estampado na ordem jurídica e que está presente em todos os ramos do direito. As características formais que aproximam ilícitos em geral correspondem à estrutura das normas jurídicas, que trazem um preceito primário, como dever jurídico de conduta, e um preceito secundário, acidental, como consequência a ser imposta em resposta ao descumprimento do preceito primário. Ilícitos penais e administrativos se aproximam por ostentarem a mesma natureza às sanções predicadas: as sanções, em ambas as esferas, têm viés *essencialmente punitivo*, representativos da vingança estatal, com finalidade afitiva, com a privação de um direito ou de um bem. Essa percepção permite inferir que não há diferenças ontológicas entre os ilícitos penais e administrativos, sendo o poder de punir do Estado uno. Eis, então, à luz da Teoria Geral do Direito, o pilar formal a fundar o direito administrativo sancionador.

## 2 Estrutura da norma jurídica

Todo agrupamento humano organizado pressupõe a existência de valores comuns, ordem e controle. A manutenção da coesão na convivência entre as pessoas depende de um elo que indique os valores mais relevantes e trace mecanismos para alcançá-los ou protegê-los. O Direito corresponde a esse elo. O Direito é a ordem que intermedia os valores comuns reconhecidos pela norma — bens jurídicos<sup>1</sup> — e o controle. É o sistema composto por normas que expressam os anseios mais relevantes de determinado grupo social, mediante a exposição da conduta desejada, e expressam a imposição, por meio de ferramentas que garantem a conformidade de cada indivíduo às determinações eleitas pelo corpo social.

Para tanto, o ordenamento jurídico se organiza para criar e efetivar as normas. Há duas espécies de normas jurídicas: as normas de estrutura e as normas de conduta. As normas de estrutura explicitam os procedimentos de criação, interpretação e exclusão de normas; as normas de conduta dirigem-se aos comportamentos desejáveis ou não no seio da sociedade<sup>2</sup>.

Grosso modo, as normas de estrutura dizem quem tem o poder e qual é o procedimento para escolha, traço e interpretação das normas de conduta. As normas de conduta estabelecem os comportamentos esperados dos indivíduos e se manifestam por meio dos modais deônticos da proibição (imperativos negativos, não fazer), da obrigação (imperativos positivos, fazer) e da permissão (positiva ou negativa, fazer ou não fazer), ora proibindo, ora obrigando, ora permitindo a adoção de determinadas condutas comissivas ou omissivas<sup>3 4</sup>. As normas não dizem *o que é*, mas *o que deve ser*. “O direito positivo se exprime com locuções como ‘estar facultado a fazer ou omitir’, ‘estar obrigado a fazer ou omitir’, ‘estar impedido de fazer ou omitir’. E tais locuções não descrevem como factualmente o sujeito agente se comporta, mas como deve comportar-se”<sup>5</sup>.

As normas não descrevem fatos, mas os normatizam. Se as normas do Direito fossem leis científicas, descreveriam os fatos como eles são, sob pena de invalidade e exclusão<sup>6</sup>. As normas jurídicas não são, porém, científicas, além de dirigirem-se a comportamentos humanos. Caso não se concretizem, diversamente das normas científicas, não são excluídas ou imediatamente superadas, ensejam, via de regra, uma resposta ao seu descumprimento. A ordem jurídica, de modo geral, não se fia na adesão voluntária aos comportamentos esperados, ela reage com a prescrição de consequências à inobservância das prescrições de conduta.

<sup>1</sup> “O bem jurídico tutelado pela norma instituidora do ilícito diz respeito ao bem da vida protegido por este instituto (...) factível para a tutela de objetividades em diversos ramos do Direito, não somente em Direito Penal (...). Esses bens podem ser corpóreos ou incorpóreos, imateriais e vinculados ao direito de propriedade ou de posse, direta e são assim considerados em sua significação jurídica quando passíveis de valoração, no sentido de delimitação de importância contextual, e apropriação, apresentando-se como objeto de relações de direito. (...) ‘o fim prático das normas punitivas em geral — em que se incluem as penais, administrativas, disciplinares, tributárias e outras — tem por objeto a tutela de valores nela contidos’, ao passo que, por exemplo, as normas penais se destinam à proteção de certos bens por ela visados, tais como a vida, o patrimônio, a incolumidade física, a fé pública, a saúde pública, etc., as normas tributárias se destinam à proteção dos interesses fiscais e extrafiscais das pessoas políticas competentes, constituindo-se, dessarte, objetos juridicamente tutelados, por apresentarem importância para a sistematização, protegidos por esses ramos do Direito. (...)” (DEZAN, Sandro Lúcio. *Ilícito Administrativo Disciplinar em Espécie*, Curitiba: Juruá, 2012, p. 60.)

<sup>2</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*, 2ª ed. rev. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru/SP: EDIPRO, 2003, p. 198.

<sup>3</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. 2ª ed. rev. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru/SP: EDIPRO, 2003, pp. 109-111 e 125-132.

<sup>4</sup> VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*. São Paulo: Max Lemonad, 1997, p. 72.

<sup>5</sup> VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*. São Paulo: Max Lemonad, 1997, p. 69.

<sup>6</sup> “Tanto a norma quanto a lei científica estabelecem uma relação entre uma condição e uma consequência. Se no segundo caso a consequência não se verifica, a lei científica deixa de ser verdadeira. Se, ao contrário, não se verifica no primeiro caso, a norma continua a ser válida. Uma lei científica não observada deixa de ser uma lei científica; uma norma ineficaz continua a ser uma norma válida no sistema.” (BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. 3ª ed., trad. Denise Agostinetti., São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 144-145.)

Por isso, a normatização por modais deônticos ocorre por uma estruturação binária, composta por um preceito primário e um preceito secundário<sup>7</sup>. A norma, primeiramente, preceitua uma situação fática, que torna uma conduta proibida ou obrigatória e, em segundo plano, preceitua uma consequência negativa ao descumprimento, o que se intitula sanção em sentido amplo. Ressalvadas as proposições permissivas, sem consequentes, posto facultativas, a proposição primária manifesta a ordem ou a proibição, ou — simplificada e, às vezes, em interpretação *contrario sensu* — a conduta esperada pelo ordenamento jurídico (ao estabelecer a pena de privação de liberdade para a conduta “matar alguém”, a conduta esperada é que não se mate alguém). E, no anseio do cumprimento do objeto pretendido pela norma, prenuncia uma consequência negativa, a proposição secundária. A norma deôntica contém uma advertência sobre a resposta a ser dada pelas instituições (a consequência é externa e institucionalizada<sup>8</sup>) em caso de inobservância da norma.

Essa é a estrutura básica das normas jurídicas, voltadas ao comportamento humano, com ponto de partida e não convergência integral à Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen<sup>9</sup>. O descumprimento do preceito primário, ao qual a ordem jurídica concebe uma consequência negativa, é considerado comportamento ilícito, ou seja, contrário à ordem jurídica. A consequência negativa ou a resposta do ordenamento jurídico é denominada sanção (em sentido amplo).

Sucede que nem todas as normas de conduta preveem consequências a sua inobservância<sup>10</sup>. Mesmo normas de comando — proibitivas ou obrigatórias — podem, eventualmente, ser silentes quanto aos efeitos jurídicos do descumprimento e não deixam de ser normas de conduta, são apenas apontadas como normas de conteúdo imperfeito, ante a possível redução de sua eficácia social:

“a estipulação de sanção não faz necessariamente parte da norma jurídica. Isso se verifica sempre nas normas de permissão, que, como dissemos, não podem ser associadas a sanções (...). Encontramos, também, normas que, apesar de estabelecerem obrigações, proibições, recomendações, não preveem sanções. São normas imperfeitas que carecem de um elemento decisivo da norma jurídica (...). A consequência da falta de sanção é a diminuição das chances de eficácia social.”<sup>11</sup>

“A existência de sanções jurídicas é absolutamente essencial para o Direito. No entanto, tal não significa que a violação de toda e qualquer norma jurídica dê origem à aplicação de uma sanção. A norma jurídica que não tem sanção é designada por norma imperfeita.”<sup>12</sup>

Por sua vez, as normas que apregoam respostas ao descumprimento podem fazê-lo com sanções de diversas substâncias, em reações da ordem jurídica de finalidades e funções distintas. Como resposta à

<sup>7</sup> (...) a célebre e tradicional divisão das normas jurídicas em primárias, que prescrevem mandamentos, e secundárias, que determinam sanções. A secundária funda-se na primária; o estatuído na secundária encontra-se fundado no da primária, pois a sanção só é possível sobre a base da violação de um dever.” (DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito: Introdução à Teoria Geral do Direito, à Filosofia do Direito, à Sociologia Jurídica e à Lógica Jurídica. Norma Jurídica e Aplicação do Direito*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 399).

<sup>8</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. 2ª ed. rev. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru/SP: EDIPRO, 2003, p. 111. Também: BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. 3ª ed., trad. Denise Agostinetti., São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 152.

<sup>9</sup> “Uma outra característica comum às ordens sociais a que chamamos Direito é que elas são ordens coativas, no sentido de que reagem contra as situações consideradas indesejáveis, por serem socialmente perniciosas — particularmente contra condutas humanas indesejáveis — com um ato de coação, isto é, com um mal — como a privação da vida, da saúde, da liberdade, de bens econômicos e outros —, um mal que é aplicado ao destinatário mesmo contra sua vontade, se necessário empregando até a força física — coativamente, portanto. Dizer-se que o ato coativo que funciona como uma sanção, se aplica um mal ao destinatário, significa que este ato normalmente recebido pelo destinatário como um mal. (...)

Na medida que o ato de coação estatuído pela ordem jurídica surge como reação contra a conduta de um indivíduo pela mesma ordem jurídica especificada, esse ato coativo tem o caráter de uma sanção e a conduta humana contra a qual ele é dirigido tem o caráter de uma conduta proibida, antijurídica, de um ato ilícito ou delito — quer dizer, é o contrário daquela conduta que deve ser considerada prescrita ou conforme ao Direito, conduta através da qual será evitada a sanção.” (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8ª ed., tradução João Batista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 35-37.)

<sup>10</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. 3ª ed., trad. Denise Agostinetti., São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 158.

<sup>11</sup> DIMOULIS, Dimitri. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. 3ª ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 115.

<sup>12</sup> EIRÓ, Pedro. *Noções Elementares de Direito*. Lisboa/São Paulo: Verbo, 1997, p. 46.

inobservância da norma, pode suceder a determinação de nulidade do ato ilícito, em retorno ao *status quo* jurídico anterior, pode decorrer o comando de desfazimento da situação fática, em retorno ao estado natural antecedente, pode advir a estipulação de causação de um mal ao agente. Há múltiplas espécies de sanção. A depender do objetivo pretendido pela ordem jurídica, diversificadas sanções podem ser aplicadas. E de forma isolada ou combinada. Em uma primeira aproximação e de forma não exauriente, as sanções podem ser categorizadas de acordo as seguintes funções: compulsória, reconstitutiva, compensatória, preventiva, punitiva<sup>13</sup> e invalidante<sup>14</sup>.

Esclareçam-se, abreviadamente, as funções de cada qual. A **sanção compulsória** pretende que o infrator cumpra, mesmo que extemporaneamente, a obrigação normativa, pretende que a pessoa pratique a conduta devida. A infração praticada não deixa de existir, não se busca castigar o infrator e sim que o ato seja praticado. É exemplo de sanção compulsória a prisão do devedor de alimentos e a multa de mora pelo não pagamento de tributos. A **sanção reconstitutiva** visa ao retorno da situação física que teria se mantido não fosse a conduta ilícita. É o caso da demolição de prédio construído em desacordo com as normas urbanísticas; é também o caso da recomposição específica, ou seja, a entrega do próprio bem do qual foi privada a vítima. Quando a reconstituição específica não é possível, a **sanção** cabível é **compensatória**, na tentativa da ordem jurídica de reconstituir a situação anterior. Opera-se pela indenização pelos danos sofridos.

A **sanção punitiva** visa castigar o infrator. Também é denominada pena. Representa uma reprovação e visa impingir um sofrimento. Não haverá a reconstituição de uma situação fática. Seu objetivo é reprimir e retribuir com o mal causado pelo infrator. As penas privativas de liberdade constituem as ilustrações máximas dessas sanções. As **sanções preventivas** têm por objetivo evitar a prática futura de atos ilícitos, sua visão é prospectiva. Exemplificativamente, está a interdição de exercício de determinada atividade profissional, diante do receio de nova prática de fatos empreendidos no seu exercício. As **sanções invalidantes** objetivam o retorno de um estado jurídico anterior, com a invalidação do ato. Não há unanimidade nessa última categoria<sup>15</sup>, mas há doutrina que defende tratar-se, sim, de uma sanção, posto consequência estabelecida pela

<sup>13</sup> “As diversas sanções impostas ao violador da norma jurídica podem ser objeto de distinções consoante a função que desempenham.

Embora todas elas se traduzam em consequências desfavoráveis resultantes da violação de uma norma jurídica, não têm todas a mesma função. A reação perante o não cumprimento da norma não se processa sempre da mesma maneira. Tudo depende de qual objetivo que se pretende atingir com a sanção. Ou seja, qual a função desta.

De acordo com este critério, surgem-nos as sanções: compulsórias, reconstitutivas, compensatórias, preventivas e punitivas.

A existência de diversas espécies de sanções não significa que o mesmo fato não possa dar origem à aplicação cumulativa de mais do que uma delas. É assim normal, por exemplo, que a sanção punitiva coexista com a compensatória. (...)” (EIRÓ, Pedro. *Noções Elementares de Direito*. Lisboa/São Paulo: Verbo, 1997, p. 47.).

“As várias espécies de sanções não se distinguem entre si por traços estruturais, ou por representarem específicas figuras jurídicas: distinguem-se pela função que desempenham. Propõe-se sempre impor uma consequência desfavorável em reação à violação duma regra, mas podem ter finalidade: compulsória, reconstitutiva, compensatória, preventiva, punitiva. (...) Várias sanções podem cumular-se em reação a uma só violação. Por exemplo, um homicídio pode pôr em ação sanções compensatórias (indenização por danos pessoais, por exemplo), preventivas (medidas de segurança) e punitivas (prisão)”. (ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito – Introdução e Teoria Geral – Uma Perspectiva Luso-Brasileira*, 10ª ed. revista. Coimbra/Portugal: Almedina, 1999, p. 59.)

<sup>14</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Validade*, 4ª ed. revista. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 45-46.

<sup>15</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito – Introdução e Teoria Geral – Uma Perspectiva Luso-Brasileira*. 10ª ed. revista. Coimbra/Portugal: Almedina, 1999, p. 59.

ordem jurídica pela inobservância da norma<sup>16</sup>. São exemplos atos administrativos que, por violarem normas jurídicas cogentes, são nulos<sup>17</sup>.

Nesse sentido, sanção constitui a consequência imposta pelo ordenamento jurídico em revide ao descumprimento de normas de comando positivo ou negativo, com a finalidade de proteger o bem jurídico, o valor social abrigado no preceito primário. Há normas que implicam várias consequências; algumas, apenas, uma, e outras, como se anotou, não preceituam consequência alguma.

Maria Helena Diniz, em conhecido estudo, baseado na combinação de respostas da ordem jurídica ao descumprimento da norma e em seus efeitos no sentido de assegurar a ordem e a paz social, classifica as normas jurídicas em quatro categorias: (i) norma jurídica mais que perfeita: em que as sanções consistem no restabelecimento da situação anterior, fática e/ou jurídica (nulidade), e na aplicação de pena ao violador; (ii) norma jurídica perfeita: estabelece o retorno ao estado anterior, sem aplicar um castigo; (iii) norma jurídica menos que perfeita: somente determina a aplicação de uma pena ao infrator; (iv) norma jurídica imperfeita: não acarreta qualquer consequência<sup>18</sup>.

Como se vê, ultrapassadas as normas jurídicas imperfeitas, todas as consequências normativas passam pela cominação de sanções. Leia-se, *sanções em sentido amplo*, com uma variedade funcional, na qual idealmente, como melhor reação possível, prefere-se o restabelecimento do estado anterior ao descumprimento ou o estabelecimento do estado desejado, em preceitos que se resolvem com a nulidade ou o desfazimento do ato praticado. A depender da importância dos valores assumidos pelo sistema, a depender da repulsa à ação ou omissão descrita na norma e da consequência possível e desejada àquele ato, a proteção dada pela ordem jurídica varia, de inexistente à mais maléfica possível: o castigo ou a vingança estatal. As sanções não são, todavia, elementos essenciais da norma de conduta. Essencial é o preceito primário identificador do bem ou valor relevante à sociedade e a correspondente ação humana proibida ou obrigatória.

## 2.1 Ato ilícito

O comportamento contrário ao preceito primário prescrito na norma de conduta é considerado ato ilícito. O ato ilícito é um ato jurídico, sendo o ato o acontecimento em que há manifestação de vontade humana, mediante ação ou omissão, e ilícito a qualidade de contrário ao Direito. O ato ilícito, sinteticamente, é a transgressão de um dever jurídico positivo ou negativo. É a conduta desconforme com a esperada pela ordem jurídica. Pode ser passível de uma resposta do ordenamento jurídico (sanção em sentido amplo) ou pode não sofrer qualquer consequência jurídica.

<sup>16</sup> “Ora, parece claro, se a contrariedade a direito constitui o cerne da ilicitude e é também, o fundamento da invalidade dos atos jurídicos, não é possível chegar-se a outra conclusão senão a de que o ato jurídico inválido integra o gênero fato ilícito *lato sensu*. É uma espécie de ato ilícito, o ato ilícito invalidante, que, na verdade, tem natureza especial, diferente dos outros atos ilícitos, porque recebe esse caráter de ilicitude por força da incidência de normas jurídicas invalidantes, que atuam já dentro do mundo jurídico, no plano da validade. Ao entrar no plano da existência, o ato jurídico é, como qualquer outro, apenas ato jurídico. Ao alcançar o plano da validade, se há déficit em elemento nuclear de seu suporte fático, decorrente de específicas contrariedades a direito, sofre a incidência da norma invalidante, cuja consequência é torná-lo inválido (= nulo ou anulável) em razão de sua natureza ilícita.

(...)

A invalidade, por isso, tem o caráter de uma sanção que o ordenamento jurídico adota para punir certa espécie de ato contrário a direito (= ilícito). É verdade que aparente diferenças relativamente às sanções que, de modo positivo, punem diretamente as pessoas, impondo-lhes ônus (como a perda da liberdade) e obrigações reparativas (como as de indenizar), porque a invalidade, em qualquer de seus graus (= nulidade e anulabilidade), tem efeitos negativos, frustrantes dos fins a que se prestam, regularmente, os atos jurídicos. Mas só aparenta. Em essência não há diferenças. Em qualquer das espécies há punição ao infrator da norma, só que a invalidade, se o não alcança em sua pessoa, diretamente, ou em seus bens, o atinge, recusando-lhe possa obter o objetivo colimado com a prática do ato jurídico invalidado.” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Validade*. 4ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000, pp. 45-46.)

<sup>17</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Validade*. 4ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000, pp. 44-45.

<sup>18</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito: Introdução à Teoria Geral do Direito, à Filosofia do Direito, à Sociologia Jurídica e à Lógica Jurídica. Norma Jurídica e Aplicação do Direito*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 410-412.

Usualmente, a doutrina administrativista trata o ilícito e a sanção como conceitos reflexivos<sup>19</sup>, isto é, há sanção se há ilícito ou há ilícito se há sanção<sup>20</sup>. No entanto, ainda que não haja cominação de sanção na norma, seu descumprimento amolda-se à figura do ato ilícito. A contrariedade ao Direito advém do descumprimento de uma prescrição de conduta. Apõe-se a qualificação de ilícita à conduta contrária à devida, à conduta antijurídica, enquanto antijuridicidade consiste na “contradição do fato, eventualmente adequado ao modelo legal, com a ordem jurídica, constituindo lesão a um interesse protegido”<sup>21</sup>. Noutros termos, há ilícito quando há o descumprimento de um preceito de conduta que sempre acoberta um bem jurídico. Há ilícito se há sanção, mas a recíproca não é verdadeira. A sanção é um *plus*, é a proteção jurídica dada ao comando do preceito primário para o alcance de maior efetividade social.

Portanto, pode haver ato ilícito mesmo em violação à norma sem previsão de sanção, pois sanção é consequência jurídica e não elemento essencial da norma jurídica. Anotem-se a esse respeito as lições de Maria Helena Diniz e de Sandro Lúcio Dezan:

“a sanção é a *consequência jurídica* (grifamos) que o não cumprimento de um dever produz em relação ao obrigado. O essencial da norma jurídica não pode ser a consequência jurídica (a sanção), precisamente porque é consequência, a sanção encontra-se condicionada pela realização de um suposto, ou seja, da violação da norma. Se a obrigação for cumprida, a sanção não pode se impor. Portanto, a sanção é indiferente, estranha à essência específica da norma de direito pois é um elemento acidental.”<sup>22</sup>

“o ilícito é a conduta promovida pela ação ou omissão humana ilegal, contrária ao ordenamento jurídico e, por conseguinte, passível de sanção, a qual não se faz elemento desse conceito, mas sim sua consequência, implicada por lei. Busca-se, com isso, resguardar preventivamente a unidade e coerência e completude da ordem jurídica pensada pelo coletivo social.”<sup>23</sup>

A ilicitude é uma categoria jurídica<sup>24</sup> ou um conceito lógico-jurídico<sup>25</sup>, originária da Teoria Geral do Direito<sup>26</sup>, que penetra nos diversos campos jurídico-epistemológicos. Assim, há ato ilícito no direito civil, há ato ilícito no direito penal, há ato ilícito no direito administrativo. Em todos os campos, a ilicitude reside no descumprimento da obrigação jurídica, na contrariedade ao Direito, sendo a consequência jurídica um

<sup>19</sup> Este é o pensamento de Régis Fernandes de Oliveira: “embora o direito discipline comportamentos humanos, há outras ordens normativas que também assim procedem. O que as distingue é a sanção. Como escreve Kelsen, “dessa forma, uma determinada conduta apenas pode ser considerada, no sentido dessa ordem social, como prescrita — ou seja, na hipótese da ordem jurídica, como juridicamente prescrita — na medida em que a conduta oposta é pressuposto de uma sanção. Tem-se, aí, o conceito de ilicitude ou antijuridicidade.” (OLIVEIRA, Régis Fernandes de Oliveira. *Infrações e Sanções Administrativas*. 2ª ed. rev., ampl. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 14).

<sup>20</sup> “É patente a íntima relação entre ilícito e sanção: só há ato ilícito se uma pessoa adota uma conduta contrária àquela prescrita pela norma primária. A sanção por sua vez, somente pode ser aplicada na hipótese de ocorrer um ilícito. Logo, sem sanção não há ilícito, pois uma determinada conduta apenas pode ser considerada como prescrita na medida em que uma conduta oposta é pressuposto de uma sanção.” (MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: As Sanções Administrativas à Luz da Constituição Federal de 1988*, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 37.)

<sup>21</sup> Referindo-se ao conceito dado por Arturo Santoro. (OLIVEIRA, Régis Fernandes de Oliveira. *Infrações e Sanções Administrativas*. 2ª ed. rev., ampl. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 17.)

<sup>22</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito: Introdução à Teoria Geral do Direito, à Filosofia do Direito, à Sociologia Jurídica e à Lógica Jurídica. Norma Jurídica e Aplicação do Direito*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 400.

<sup>23</sup> DEZAN, Sandro Lúcio. *Fenomenologia e Hermenêutica do Direito Administrativo: para uma Teoria da Decisão Administrativa*. Porto: Editorial Juruá, 2018, p. 49.

<sup>24</sup> DEZAN, Sandro Lúcio. *Uma Teoria do Direito Público Sancionador: Fundamentos da Unidade do Sistema Punitivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 13.

E para José Cretella Junior, categorias jurídicas são formas puras, modelos genéricos ou arquétipos, que são aproveitados depois pelos especialistas do direito privado e do direito público, para plasmar as espécies características e diferenciadas com que trabalham. (CRETILLA JÚNIOR, José. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 110.)

<sup>25</sup> Porque universal, descomprometido com um ramo específico do direito. É válido onde haja Direito. (MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: As Sanções Administrativas à Luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 42-43.)

<sup>26</sup> CRETILLA JÚNIOR, José. *Do Ilícito Administrativo*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 68, n. 1, p. 135-159, 1973, p. 137.

elemento adicional, que pode assumir variadas formas, graus e funções, em razão do bem jurídico tutelado e das repercussões esperadas pela ordem jurídica.

Por isso, “não importa a que ramo da Ciência Jurídica pertença a norma violada; não há uma diferença ontológica entre ilícito civil, penal, administrativo ou de qualquer espécie. Todos têm o mesmo cerne.”<sup>27</sup> Em todos os ramos do direito, é possível que a norma jurídica seja contrariada. Portanto, em essência, o ato ilícito é o mesmo.

## 2.2 Sanção nos diferentes ramos do direito

Há deveres de diversas naturezas que podem ser violados. O dever pode ser de cunho absoluto e indistinto, cabendo seu cumprimento a todo e qualquer membro da sociedade ou pode ser um dever relativo, de cumprimento por pessoa determinada; pode proteger direitos subjetivos, interesses comuns, direitos difusos e coletivos<sup>28</sup>. É o bem jurídico protegido pela norma que implica a justaposição ao preceito de conduta da previsão de sanção adequada. A norma de conduta quer evitar um dano a esse bem, seja ele material ou imaterial. Quanto mais importante o valor representado pela norma, mais eficácia social se planeja ao preceito, o que, em tese, é alcançado pela previsão sancionatória. Em todos os ramos do direito, há previsões de sanção em sentido amplo.

Comparativamente, o ilícito civil é o ato do homem, sem tipificação taxativa, que causa danos, cuja sanção mais reconhecida é a obrigação de reparação. Protege interesses privados, interesses da esfera subjetiva da vítima, notadamente de cunho patrimonial. As sanções, para mais da compensação dos danos, passam pela recomposição natural dos fatos, pela compulsão jurídica (e não material<sup>29</sup>) ao cumprimento da obrigação e pela invalidação de atos.<sup>30</sup>

<sup>27</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*. 8ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998, p.197.

<sup>28</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*. 8ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998, p.197.

<sup>29</sup> A compulsão material é ato posterior à aplicação da sanção; é a coação ao cumprimento da sanção. “Sanção e coação não se confundem. A sanção é uma consequência jurídica prevista pela norma jurídica; a coação é sua aplicação efetiva, segundo processos legais ou, (...) é o modo de concretizar-se a sanção. Exemplificativamente: a multa contratual é sanção, e a cobrança judicial dessa multa é coação. (...)”

A coação não é elemento constitutivo da norma jurídica, pois se o fosse, nos casos em que se torna impossível coagir, desapareceria a norma jurídica.” (DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito: Introdução à Teoria Geral do Direito, à Filosofia do Direito, à Sociologia Jurídica e à Lógica Jurídica. Norma Jurídica e Aplicação do Direito*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 400-402.)

<sup>30</sup> Essa diferenciação entre sanção civil e penal é feita por Guido Zanobini. Segundo o autor, é fácil a diferenciação entre sanções do direito privado e do direito penal. No direito privado, a sanção geral e comum é a reparação de danos, enquanto, no direito penal, a sanção funciona como um castigo, um mal para restaurar a autoridade da lei, mas que não compensa à vítima o dano causado. Também, a pena somente é encontrada nas relações de direito público em que as relações são baseadas nos elementos da supremacia e da subordinação. Confira-se: “nel campo del diritto privato crediamo la risposta presentarsi assai facile ed esauriente. Tutte l enorme del diritto privato, hanno, infatti, come sanzione generale e comune l’obbligo del risarcimento del danno. È evidente che l’obbligo del risarcimento, quando sorge dalla inosservanza di un’obbligazione o dalla violazione di una norma, ha carattere di sanzione: esso è un male (diminuzione di patrimônio), che viene inflitto al violatore dela norma e che è reso necessário per ristabilire l’equilibrio giuridico nei rapporti fra il medesimo e colui o coloro che dalla sua violazione hanno risentito un danno. Se questa è la sanzione própria del diritto privato, è certo puré che la medesima non corre alcun pericolo di essere confusa con le sanzioni del diritto penale: essa, infatti, non è una pena. Sebbene il contrario sia stato talora sostenuto, sono troppo evidenti le ragioni che, per dimostrare la completa separazione fra i due tipi di sanzioni giuridiche, sono state da altri poste in luce. La più decisiva di queste é quella che fa appello alla funzione specifica, che ha il risarcimento, di rimediare al male prodotto dalla violazione, sia pure infliggendo un sacrificio, un male all’autore di essa; laddove funzione dela pena è solo quella d’infliggere un male all’autore del fato illecito: male, che giuridicamente si disse restauratore dell’autorità dela norma, ma che materialmente non restaura l’offensa recata dal delinquente alla vittima e, traverso questa, alla società. Tale differenza è certo più profonda dell’altra, che dichiara il risarcimento stabilito nell’interesse privato dela vittima, laddove la pena sarebbe stabilita nell’interesse generale. (...) La pena s’incontra soltanto nei rapporti del diritto pubblico, nei rapporti cioè basati sopra l’elemento dela supremazia e dela subordinazione.” (ZANOBINI, Guido. *Le sanzioni amministrative*. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1924, pp. 5-7 e 38.)

O ilícito penal é também ato do homem, dessa vez com tipificação taxativa, cuja sanção é uma pena, sanção eminentemente **punitiva**, derivada do “poder geral que compete ao Estado para com os cidadãos que violam a ordem jurídica estabelecida no interesse da sociedade juridicamente organizada”<sup>31</sup>.

O ilícito administrativo é o ato humano que contraria normas de conduta das funções *externa corporis* administrativas de gestão, fomento e ordenação<sup>32</sup> e as normas de conduta das funções *interna corporis* da administração. As sanções administrativas não são aplicadas pela função judiciária estatal, mas pela própria Administração Pública, no exercício da potestade estatal. As modificações pelas quais tem passado o Estado, com a inflação de suas funções<sup>33</sup>, faz com que a Administração Pública agregue o poder de fiscalização e sanção de uma série de normas de conduta, cujas sanções variam enormemente. Assim, o Estado Administração pode aplicar sanções de quase todos os tipos: compulsórias, reconstitutivas, **punitivas**, preventivas e invalidantes.

Disso se inferem dois pontos em comum entre o ilícito administrativo e o ilícito penal, que os afastam do ilícito civil<sup>34</sup>. Há ato ilícito com sanções com funções punitivas em ambas as esferas do direito<sup>35</sup>. E o Estado detém o monopólio do poder punitivo, em que pese por autoridades distintas, ora autoridade judiciária, ora autoridade administrativa. São normas conformadoras da atuação repressora estatal, que constituem o direito público punitivo. As sanções punitivas, ou penas, são chamadas *sanções no sentido estrito* do termo. São as

<sup>31</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. Do Ilícito Administrativo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 68, n. 1, p. 135-159, 1973, p. 141.

<sup>32</sup> Neste ponto, José Cretella Júnior é restritivo na conceituação das infrações administrativas. Diz: “ilícito administrativo é todo ato positivo ou negativo, imputado a agente administrativo, em virtude de infração a dispositivo expreso estatutário”. (CRETELLA JÚNIOR, José. *Do Ilícito Administrativo*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 68, n. 1, p. 135-159, 1973, p. 141.)

<sup>33</sup> “A vertente sancionadora do direito administrativo vem se desenvolvendo de modo bastante veloz. A administração brasileira aplica sanções nos mais diversos âmbitos materiais — trânsito, meio ambiente, sistema financeiro, questões tributárias, concorrência, consumidor, medicamentos, dentre inúmeros outros.” (COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Administrativo Sancionador e Direito Penal: A Necessidade de Desenvolvimento de uma Política Sancionadora Integrada*. In: BLAZECK, Luiz Maurício Souza; MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (Coord.). *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 109.)

<sup>34</sup> Sandro Lúcio Dezan explica que a responsabilização civil é unicamente patrimonial, no que difere da responsabilização de direito público sancionador, cujos fins são a retribuição pedagógica e a prevenção geral e especial, com a infligência de um mal em troca do mal praticado anteriormente. (DEZAN, Sandro Lúcio. *Uma Teoria do Direito Público Sancionador: Fundamentos da Unidade do Sistema Punitivo*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2021, pp. 3-5.

“Em que pesem importantes e respeitáveis estudos em sentido contrário (que apresentam uma concepção de ilícito civil em sentido lato), o ilícito civil referente à responsabilidade aquiliana não é espécie de ilícito de direito punitivo-sancionador. E isto se dá justamente pelos fins de sua previsão legal, qual seja, o escopo imediato de responsabilização patrimonial. Se há uma coerção de caráter preventivo especial e ou geral, estão não são imediatamente miradas pelos textos legais que estipulam a responsabilidade civil aquiliana, mas tão somente a reparação de um dano, o que afasta a possibilidade de uma sustentação de identidades ontológicas entre o ilícito civil aquiliano e o ilícito de direito público sancionador, dos quais fazer parte os ilícitos penal, administrativo, administrativo disciplinar, dentre outros.” (DEZAN, Sandro. *Princípios de direito administrativo sancionador*. São Paulo: Tirant to Blanch, 2022, p. 21-22.)

<sup>35</sup> Não tardará, também se defenderá que o direito civil é parte do *jus puniendi* estatal, pois já se reconhece a existência de normas civis puramente repressoras pelo Estado, como a perda da herança por filhos considerados indignos. É uma pena civil, com função repressiva. (cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: Introdução e Teoria Geral: Uma Perspectiva Luso-Brasileira*. 10ª ed. rev. Coimbra/Portugal: Almedina, 1999, p. 68). Há muito, aliás, Basileu García referia-se ao intercâmbio entre ilícitos civis e ilícitos penais. “O Direito Penal, como se vê pela sua evolução histórica surgiu tutelando interesses particulares, não há dúvida, mas elevou-se à defesa e conservação da sociedade. Resguardando os homens, que formam a comunidade, as leis penais protegem precipuamente a segurança e a tranquilidade coletivas. (...) O campo do Direito Penal é variável. Fatos considerados crimes numa época não o são em outra, e, ao contrário, fatos tidos como ofensivos a interesses individuais foram, mais tarde, reputados lesivos também à coletividade e, então, coibidos pelo Direito Penal. (...) Assim, através da evolução do Direito Penal e da progressiva transformação do ilícito civil em ilícito penal, nitidamente se percebem os pontos de contato entre os dois ramos do Direito – o civil e o penal.” (GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. vol. I, 4ª ed. ver. e atual. São Paulo: Max Lemonad, 1905, p. 18.). Para mais, já têm sido levantadas críticas à separação absoluta entre o direito penal e o direito civil, por se tratar de uma concepção que deriva de uma construção social, que teve início no século XVIII e se consolidou no século XIX, e não de uma diferença real, ontológica. Não haveria um processo excludente de aplicação de sanções repressoras no direito penal e de aplicação de sanções, ainda que reparatorias, no direito civil (SABOYA, Keity Mara Ferreira de Souza. *Dimensões do princípio ne bis in idem*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2013, 294 páginas, pp. 111-112.). Esse tema, porém, não será abordado no presente estudo. Parte-se da premissa de que há uma grande distância entre os ilícitos civil e penal; e que há uma grande proximidade e identificação estrutural entre os ilícitos penal e administrativo.

sanções-castigo, exímios instrumentos de repressão, de fim afitivo, consistente na privação de um direito ou de um bem (*ad exemplum*, a imposição de multa sancionatória — e não moratória —, a perda de um direito, a retirada de uma autorização).<sup>36</sup>

### 2.3 Identidade ontológica de ilícitos e potestade punitiva estatal

A similitude entre as normas jurídicas de conduta acopladas a sanções punitivas — identidade ontológica entre os ilícitos administrativo e penal — resulta nas noções que têm sido propagadas na doutrina da unicidade do *jus puniendi* estatal.<sup>37</sup> Afirma-se que, se não há diferenças ontológicas entre os ilícitos penais e administrativos, o poder de punir do Estado é uno. O raciocínio, simples e circular<sup>38</sup>, é atribuído às Cortes europeias, nos períodos de democratização da segunda metade do século XX, que buscavam conferir aos ilícitos administrativos as mesmas garantias e os direitos fundamentais dos acusados já reconhecidos em se tratando de ilícitos penais. O *jus puniendi* estatal é único porque não há diferenças ontológicas entre ilícitos penais e administrativos; não há diferenças ontológicas<sup>39</sup> entre ilícitos penais e administrativos, então o *jus puniendi* estatal é único.

No Brasil, já em 1945, Nelson Hungria, observando a estrutura das normas jurídicas, espriava a noção de identidade ontológica entre os ilícitos administrativo e penal, e das consecutórias sanções de caráter repressivo, o que era congruente com a ideia da unidade do *jus puniendi* estatal.

“A ilicitude jurídica é uma só, do mesmo modo que um só, na sua essência, é o dever jurídico. Dizia Bentham que as leis são divididas apenas por comodidade de distribuição: todas podiam ser, por sua identidade substancial, dispostas ‘sobre um mesmo plano, sobre um mesmo mapamundi’. Assim, não há falar-se de um ilícito administrativo ontologicamente distinto de um ilícito penal. A separação entre um e outro atende apenas a critério de conveniência ou de oportunidade, afeiçoados à medida do interesse da sociedade e do Estado, variável no tempo e no espaço. (...)

(...)

Não há falar-se em direito penal subjetivo de justiça, em contraposição a um direito penal subjetivo de administração, mas tão-somente em direito penal subjetivo do Estado. A este, apenas a este, e não aos seus órgãos, cabe o *jus puniendi*. Ordens administrativas são ordens do Estado, e a desobediência contra estas é a essência, o *substratum* de todo e qualquer ilícito, e não uma peculiaridade do ilícito administrativo.

(...)

<sup>36</sup> OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador: o Pensamento de Hassemer e o Direito Penal Brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, 255 páginas, p. 91.

<sup>37</sup> Santiago Mir Puig explica que o *jus puniendi* estatal, em sentido subjetivo, é a faculdade de punir do Estado e que essa faculdade hoje se funda na concepção de Estado Social e Democrático de Direito, do que resultam os limites que o legislador e os demais órgãos estatais devem observar no exercício da função punitiva. Embora a enfocar o direito penal, são esclarecedoras as lições sobre estes limites: “el principio de Estado de Derecho impone el postulado de un sometimiento de la postestad punitiva al Derecho, lo que dará lugar a los limites derivados del principio de legalidad. La idea del Estado social sirve para legitimar la función de prevención en la medida en que sea necesaria para proteger a la sociedad. Ello implica ya varios limites que giran en torno a la exigencia de la necesidad social de la intervención penal. Por último, la concepción del Estado democrático obliga en lo posible a poner el Derecho penal al servicio del ciudadano, lo que puede verse como fuente de ciertos limites que hoy se asocian al respeto de principios como los de dignidad humana, igualdad y participación del ciudadano.” (MIR PUIG, Santiago. “Derecho Penal: Parte General”, 8ª ed. Montevideo – Buenos Aires: Júlío Cesar Faira Editor, 2009, p. 104.)

<sup>38</sup> Alejandro Nieto, em percepção perspicaz, afirma “(...) se trata de un razonamiento rigurosamente circular: porque si en la sentencia de Llorente se nos disse que la equiparación ontológica de sanciones y penas es consecuencia de la unidad del ius puniendi o potestade sancionadora, em la de Mendizábal se afirma, a la inversa, que es ésta la consecuencia de aquélla. En esta materia es difícil, por tanto, determinar se el huevo precedió a la gallina.” (NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 5ª ed., Madrid: Tecnos, 2012, p. 128.)

<sup>39</sup> A identidade ontológica, entre os ilícitos, parece estar atrelada, para a maior parte dos autores, aos bens jurídicos protegidos por ambos os ramos do direito, em distinções ou similaridades que, mais à frente, serão expostas. Segundo a Teoria Geral do Direito, porém, a identidade ontológica é estrutural e não depende do valor específico abrigado pela norma, basta que a norma autorize que o Estado exerça o poder de repressão.

Pena administrativa e pena criminal: (...) Há também uma fundamental identidade entre uma e outra, posto que pena seja, de um lado, o mal infligido por lei como consequência de um ilícito (...).<sup>40</sup>

A elaboração do raciocínio foi importante passo para que a criação de paradigmas de orientação e operabilidade do conjunto de normas punitivas de direito administrativo, que permanecem em estudo. Afinal, as normas de conduta, à luz do direito administrativo, foram instituídas sem serem acompanhadas pela fixação de um aparato jurídico composto por princípios e ferramentas de aplicação das sanções previstas. A aproximação com o direito penal tem sido buscada, à míngua de metodologias e garantias mínimas, aos destinatários das normas punitivas administrativas.

É certo que os estudos e debates sobre as fronteiras entre ilícitos penais e administrativos ainda estão em evolução e ultrapassaram a estrutura da norma jurídica para atingir o conteúdo dos ilícitos penais e administrativos e de suas correspondentes sanções. Inclusive, as diferenças entre ilícitos penais e administrativos são meramente formais, ou seja, procedimentais, identificando-se ambos tanto em estrutura quanto em substância. A identidade ontológica que se apresentou até aqui se refere ao contexto estrutural da norma — um preceito de conduta justaposto a uma sanção com função afitiva<sup>41</sup> — e já ampara o raciocínio da unidade do *jus puniendi* estatal.

As semelhanças entre os ilícitos são, porém, estudadas de modo mais profundo, chegando ao campo substancial da norma, oportunidade em que se alteram posições sobre o nível de identificação dos ilícitos. Foram as reflexões que transcendem a estrutura da norma jurídica, que despertaram, efetivamente, a ideia da existência de um único *jus puniendi* estatal. Contudo, como a compreensão de que a identidade ontológica entre ilícitos penais e administrativos reside na estrutura da norma jurídica, as discussões substanciais tornam-se ferramenta auxiliar na compreensão da integração do regime jurídico do direito penal ao direito administrativo sancionador, que ainda carece de definição. O tema será visitado em estudo posterior.

Por enquanto, destaca-se que o reconhecimento do *jus puniendi* estatal único, ainda vacilante no Brasil<sup>42</sup>, tem sido valoroso para o direito administrativo que se expressa por meio de sanções, pois sua consequência imediata é a integração com o direito penal, ramo do direito que já alcançou elevado desenvolvimento teórico e principiológico. Está em ascensão o direito administrativo sancionador, um ramo do direito administrativo, paralelo ao direito penal, mas que com ele interage, por serem emanações de uma mesma fonte: o *jus puniendi*, ou poder de punir do Estado. Segundo essa linha de pensamento, a potestade sancionadora da Administração Pública convive com a potestade penal dos juízes e tribunais, formando um poder punitivo geral do Estado, que se subdivide nessas duas manifestações.<sup>43</sup>

<sup>40</sup> E prossegue: “e, por outro lado, um meio de intimidação ou coação psicológica na prevenção contra um ilícito. São espécies do mesmo genus.” (HUNGRIA, Nélsion. Ilícito administrativo e ilícito penal. *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, v. 1, n. 1, 1945, pp. 24-31, p. 27.)

<sup>41</sup> Há uma “inequívoca unidade funcional del fenómeno sancionatorio y la ausencia de discriminación estructural entre ambos tipos de ilícito”. (LLOBREGAT, José Garberí. *Derecho Administrativo Sancionador Practico: Comentarios, Jurisprudencia y Normativa Reguladora. Los Derechos Fundamentales del Inculpado en el Procedimiento Administrativo Sancionador*. V. II, Barcelona: Editorial Boch, 2012, p. 53.)

<sup>42</sup> Não há unanimidade relativa à ideia de *jus puniendi* único: “é forçoso concluir que o regime jurídico aplicável tanto ao direito penal quanto ao direito administrativo precisa apresentar um núcleo comum. Entendo que esse núcleo comum não decorre de um suposto *jus puniendi* único, que abrangeria o direito penal e o direito administrativo sancionador, mas sim do simples fato de os dois setores trabalharem com a aplicação de sanções a particulares, atividade que, pela sua natureza, exige legitimação, limitação, garantias e procedimentos próprios.” (COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Administrativo Sancionador e Direito Penal: A Necessidade de Desenvolvimento de uma Política Sancionadora Integrada*. In: BLAZECK, Luiz Maurício Souza; MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (Coord.). *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 112.)

<sup>43</sup> NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 5ª ed., Madrid: Tecnos, 2012, p. 145.

### 3 Considerações finais

O direito administrativo sancionador é um ramo do direito administrativo em plena construção. Há poucas décadas, juristas passaram a defender a existência de um *jus puniendi* único, o que permitiu o intercâmbio do aparato legal e teórico de um ao outro, do mais desenvolvido ao mais desamparado, posto de nascimento mais recente. A manter-se essa unidade em torno de uma figura superior — a ideia do *jus puniendi* estatal único —, nada impede que o desenvolvimento do direito administrativo sancionador conduza ao empréstimo de princípios originalmente ideados ao direito penal, em um intercâmbio mutualista.

Consabido que a Teoria do Direito Administrativo sancionador se ampara em dois pilares, um de natureza formal e outro de natureza material, o estudo pretendeu desvelar, especificamente, o fundamento formal de aproximação entre ilícitos penais e administrativos, à luz da Teoria Geral do Direito. Como se viu, a normatização por modais deônticos ocorre por uma estruturação binária composta por um preceito primário e um preceito secundário, sendo o ato ilícito a transgressão de um dever jurídico positivo ou negativo, traduzido no preceito primário, e a sanção a consequência imposta pelo ordenamento jurídico em revide ao descumprimento de normas de comando positivo ou negativo, com a finalidade de proteger o bem jurídico, o valor social abrigado no preceito primário.

Há variadas espécies de sanções, sob o enfoque da função que visam desempenhar. Citam-se, em retomada das espécies deslindadas, sanções: compulsória, reconstitutiva, compensatória, preventiva, punitiva e invalidante. Nem todas as normas de conduta preveem consequências a sua inobservância. Normas podem ser silentes quanto aos efeitos jurídicos do descumprimento, sendo apontadas como normas de conteúdo imperfeito, ante a possível redução de sua eficácia social.

Com ou sem a previsão de sanção, ato ilícito é um conceito lógico-jurídico, que reside no descumprimento da obrigação jurídica, na contrariedade ao direito. Está presente em todos os campos jurídico-epistemológicos. Por isso, há ato ilícito no direito civil, no direito penal, no direito administrativo. A consequência jurídica constitui, apenas, um elemento adicional, que pode assumir variadas formas, graus e funções, como se disse, em razão do bem jurídico tutelado e das repercussões esperadas pela ordem jurídica.

Nesse cenário teórico geral, ilícitos penais e administrativos se aproximam por um detalhe crucial: ademais de serem normas de conduta *necessariamente* estatuidoras de sanções, as sanções *necessariamente* apresentam cunho repressor, punitivo, lastreado no poder geral que compete ao Estado de reprimir cidadãos que violam a ordem jurídica estabelecida no interesse da sociedade. Essa similaridade das normas jurídicas de conduta acopladas a sanções punitivas — identidade ontológica entre os ilícitos administrativo e penal — já ampara as noções que têm sido propagadas na doutrina da unicidade do *jus puniendi* estatal.

### Referências

- ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito - Introdução e Teoria Geral - Uma Perspectiva Luso-Brasileira*, 10<sup>a</sup> ed. revista. Coimbra/Portugal: Almedina, 1999.
- BLAZECK, Luiz Maurício Souza; MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (Coord.). *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*, 2<sup>a</sup> ed. rev. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru/SP: EDIPRO, 2003.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. 3<sup>a</sup> ed., trad. Denise Agostinetti., São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- CRETELLA JUNIOR, José. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

- CRETELLA JUNIOR, José. *Do Ilícito Administrativo*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 68, n. 1, p. 135-159, 1973.
- DEZAN, Sandro Lúcio. *Fenomenologia e Hermenêutica do Direito Administrativo: para uma Teoria da Decisão Administrativa*. Porto: Editorial Juruá, 2018.
- DEZAN, Sandro Lúcio. *Ilícito Administrativo Disciplinar em Espécie*, Curitiba: Juruá, 2012.
- \_\_\_\_\_, Sandro Lúcio. *Uma Teoria do Direito Público Sancionador: Fundamentos da Unidade do Sistema Punitivo*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2021.
- \_\_\_\_\_, Sandro. *Princípios de direito administrativo sancionador*. São Paulo: Tirant to Blanch, 2022.
- DIMOULIS, Dimitri. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. 3ª ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito: Introdução à Teoria Geral do Direito, à Filosofia do Direito, à Sociologia Jurídica e à Lógica Jurídica. Norma Jurídica e Aplicação do Direito*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- EIRÓ, Pedro. *Noções Elementares de Direito*. Lisboa/São Paulo: Verbo, 1997.
- GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. vol. I, Tomo I, 4ª ed. ver. e atual. São Paulo: Max Lemonad, 1905.
- HUNGRIA, Nélon. Ilícito administrativo e ilícito penal. *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, v. 1, n. 1, 1945, pp. 24-31.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8ª ed., tradução João Batista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- LLOBREGAT, José Garberí. *Derecho Administrativo Sancionador Practico: Comentarios, Jurisprudencia y Normativa Reguladora. Los Derechos Fundamentales del Inculpadno en el Procedimiento Administrativo Sancionador*. V. II, Barcelona: Editorial Boch, 2012.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*. 8ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Validade*, 4ª ed. revista. São Paulo: Saraiva, 2000.
- MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: As Sanções Administrativas à Luz da Constituição Federal de 1988*, São Paulo: Malheiros, 2007.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. 8ª ed. Montevideo – Buenos Aires: Júlio Cesar Faira Editor, 2009.
- NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 5ª ed., Madrid: Tecnos, 2012.
- OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador: o Pensamento de Hassemer e o Direito Penal Brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 255 páginas, 2012.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de Oliveira. *Infrações e Sanções Administrativas*. 2ª ed. rev., ampl. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- SABOYA, Keity Mara Ferreira de Souza. *Dimensões do princípio ne bis in idem*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 294 páginas, 2013.
- VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*. São Paulo: Max Lemonad, 1997.
- ZANOBINI, Guido. *Le sanzioni amministrative*. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1924.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS  
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**O enunciado 665 da súmula do stj e a estrutura sistêmica do direito administrativo sancionador:** a “ciranda de pedra” da prática constitucional dos novos paradigmas do direito administrativo brasileiro

**STJ rule 665 and the systemic structure of sanctioning administrative law:** the “stone circle” of the constitutional practice of the new paradigms of Brazilian administrative law

Pedro Brabo dos Santos

Flipe Lôbo Gomes

VOLUME 14 • Nº 1 • ABR • 2024

OS CONTORNOS SISTÊMICOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR  
BRASILEIRO E A RELAÇÃO COM O DIREITO CONSTITUCIONAL

# O enunciado 665 da súmula do stj e a estrutura sistêmica do direito administrativo sancionador: a “ciranda de pedra” da prática constitucional dos novos paradigmas do direito administrativo brasileiro\*

## STJ rule 665 and the systemic structure of sanctioning administrative law: the “stone circle” of the constitutional practice of the new paradigms of Brazilian administrative law

Pedro Brabo dos Santos\*\*

Filipe Lôbo Gomes \*\*\*

### Resumo

O objetivo deste artigo é fornecer apontamentos sobre como o enunciado 665 da súmula do STJ relaciona-se com a estrutura sistêmica do direito administrativo sancionador. A análise terá como prisma a prática constitucional dos ditos novos paradigmas do direito administrativo brasileiro. O trabalho desenvolvido é inédito, diante da recente publicação do enunciado 665 da súmula do STJ. Seu valor, portanto, reside na análise de um novo importante marco jurisprudencial a respeito de um tema pulsante na prática jurídica brasileira. Dirige-se a todos aqueles que militam na área do direito administrativo sancionador ou em áreas que sofrem sua influência, como a da improbidade administrativa. A metodologia será desenvolvida com base na linha da análise qualitativa, utilizando-se o método hipotético-dedutivo. Serão utilizados artigos científicos, bem como livros de conteúdo específico e documentos. Concluiu-se da análise empreendida que o enunciado 665 da súmula do STJ tem alcance muito maior do que a interpretação literal de seu texto poderia indicar, alcançando os processos que, como o processo administrativo disciplinar, veiculem o direito administrativo sancionador, bem como que demonstra, por meio de sua relação com a estrutura sistêmica do direito administrativo sancionador, que a prática constitucional dos ditos novos paradigmas do direito administrativo nesse âmbito é permeada por uma verdadeira “ciranda de pedra”<sup>1</sup>, em que o aparente movimento, as aparentes transformações dos antigos paradigmas parecem desaguar em anacronismos

\* Recebido em: 29/02/2024

Aprovado em: 24/05/2024

\*\* Graduado em Direito pela UFAL. Mestrando em Direito Público pela UFAL. Advogado.

E-mail: pedrobrabo81@gmail.com

\*\*\* Doutor em Direito pela UFPE. Professor no mestrado e na graduação em Direito da UFAL e do CESMAC. Professor da Escola Superior da Magistratura de Alagoas. Pesquisador líder do grupo de pesquisa Núcleo de Estudos da Regulação e da Nova Gestão Pública. Sócio fundador do Instituto de Direito Administrativo do Estado de Alagoas - IDAA. Vice-Diretor da FDA-UFAL. Procurador-Geral do TJ-AL.

E-mail: filipelobo78@gmail.com

<sup>1</sup> Ciranda de pedra não é um termo propriamente científico. Não há uma definição registrada. Consiste em uma metáfora que se utiliza com base no romance “Ciranda de Pedra”, de Lygia Fagundes Telles. Pelas produções acadêmicas que tratam do citado romance, pode-se dizer que seria possível entender o termo como representativo de um círculo fechado que dá a forte impressão de inclusão. Denotaria um aparente movimento de inclusão, tal como a brincadeira a que alude. Mas, o contexto em que estaria inserida a ciranda a mostraria como imóvel e impenetrável sob certo ponto de vista (CARVALHO, Patrícia Oliveira. Um estudo da representação da mulher em Ciranda de pedra, de Lygia Fagundes Telles. MOSAICO, v. 18, n. 1, 2020).

sistêmicos que criam realidades diferentes em relação à internalização dos avanços do constitucionalismo brasileiro neste ramo específico do direito.

**Palavras-chave:** Enunciado 665 da súmula do STJ. Direito administrativo sancionador. Estrutura sistêmica. Prática constitucional. Direito administrativo brasileiro. Novos paradigmas.

## Abstract

The aim of this article is to provide some insight into how STJ precedent 665 relates to the systemic structure of administrative sanctioning law. The analysis will be based on the constitutional practice of the so-called new paradigms of Brazilian administrative law. The work developed here is unprecedented, given the recent publication of STJ precedent 665. Its value, therefore, lies in the analysis of an important new jurisprudential milestone in a pulsating issue in Brazilian legal practice. It is aimed at all those who work in the area of administrative sanctions law or in areas that are influenced by it, such as administrative improbity. The methodology will be developed along the lines of qualitative analysis, using the hypothetical-deductive method. Scientific articles will be used, as well as books with specific content and documents. It was concluded from the analysis undertaken that STJ precedent 665 has a much wider scope than the literal interpretation of its text might indicate, reaching all processes that, like the disciplinary administrative process, convey administrative sanctioning law, as well as demonstrating, through its relationship with the systemic structure of administrative sanctioning law, that the constitutional practice of the so-called new paradigms of administrative law in this area is permeated by a veritable circle of stones, in which the apparent movement, the apparent transformations of the old paradigms seem to flow into systemic anachronisms that create different realities within the internalization of the advances of Brazilian constitutionalism in this specific branch of law.

**Keywords:** STJ precedent 665. Administrative sanctioning law. Systemic structure. Constitutional practice. Brazilian administrative law. New paradigms.

## 1 Introdução

No presente artigo, pretende-se fornecer apontamentos, à luz da prática constitucional dos ditos novos paradigmas do direito administrativo brasileiro, sobre os possíveis contornos da relação do enunciado 665 da súmula do STJ com a estrutura sistêmica do direito administrativo sancionador.

Parte-se do pressuposto de que o direito administrativo sancionador possui uma estrutura sistêmica clara e definida. Embora haja inúmeras discussões na doutrina sobre a identidade do direito administrativo sancionador em si, entende-se que há espaço de consenso o suficiente para entender esse ramo da seara do direito administrativo como pertencente ao sistema de direito público sancionador.

Define-se esse sistema como aparato lógico jurídico necessário à aplicação do *ius puniendi* estatal. Sua estrutura advém das normas e garantias fundamentais incidentes a respeito do poder punitivo do Estado. É, portanto, uma estrutura permeada pelas noções fundamentais de um processo constitucional em um Estado Democrático de Direito.

Planeja-se averiguar, ainda que não de forma exauriente, de que forma esse enunciado, que representa simplesmente a cristalização de um entendimento que já era defendido e avançava na jurisprudência do STJ, considerou os aspectos relevantes que integram a estrutura sistêmica do direito administrativo sancionador.

Pretende-se investigar, de forma específica, dentre esses aspectos, como o citado enunciado relaciona-se com a ideia da constitucionalização do direito administrativo em relação à superação do Princípio da Legalidade como classicamente definido, com a consolidação da ideia de juridicidade e de equilíbrio de poderes.

Sempre houve discussões, em vários países ocidentais, sobre o controle do chamado “mérito administrativo”. O tema mostra-se especialmente relevante por tangenciar, por meio da definição de limites à possibilidade de controle da decisão no processo administrativo, as possibilidades de judicialização relativas ao direito administrativo sancionador, tema que já tem sido objeto de intensas discussões na doutrina e na jurisprudência.

O texto será dividido em 4 partes. A primeira delas constitui esta introdução. A segunda o conteúdo do enunciado 665 da súmula do STJ e seu alcance, segundo uma análise sistêmica fundamentada no direito administrativo sancionador. A terceira parte contempla o enunciado 665 em relação à prática constitucional dos ditos novos paradigmas do direito administrativo, permeada por uma ciranda de pedra, em que as aparentes transformações dos antigos paradigmas implicam anacronismos sistêmicos que criam realidades diferentes em relação à internalização dos avanços do constitucionalismo brasileiro nesse ramo específico do direito. A última parte do texto constitui a conclusão.

## 2 O enunciado da súmula 665 do STJ e seu alcance: a identidade e a estrutura sistêmica do direito administrativo sancionador

Os enunciados de súmula são o resumo de entendimentos consolidados nos julgamentos de um determinado tribunal superior. Eles têm por função orientar a comunidade jurídica sobre a jurisprudência firmada por aquele tribunal. No caso do STJ, esses enunciados elucidam entendimentos consolidados em sua função de unificação da interpretação das leis federais.

O enunciado 665 da súmula do STJ<sup>2</sup> foi aprovado em 13 de dezembro de 2023, pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que é especializada em direito público. O entendimento foi fixado em uma Questão de Ordem no MS 19.995 DF<sup>3</sup>, de relatoria do ministro Gurgel de Faria.

Conforme o informativo 799 do STJ<sup>4</sup>, o conteúdo do enunciado 665 é:

o controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar restringe-se ao exame da regularidade do procedimento e da legalidade do ato, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, não sendo possível incursão no mérito administrativo, ressalvadas as hipóteses de flagrante ilegalidade, teratologia ou manifesta desproporcionalidade da sanção aplicada.

O enunciado refere-se, de forma precisa, ao PAD (Processo administrativo disciplinar). No entanto, não parece racional sustentar que seu alcance encerre-se nele. Eis um dos problemas fundamentais dos enunciados de súmula. São frequentemente elaborados sem que se possa mensurar seu alcance de forma precisa.

Ainda que não seja tão óbvio ao observador que normalmente não transita pelo direito administrativo sancionador, o processo administrativo disciplinar é um processo administrativo sancionador<sup>5</sup>. É processo

<sup>2</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n.º 665. O controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar restringe-se ao exame da regularidade do procedimento e da legalidade do ato, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, não sendo possível incursão no mérito administrativo, ressalvadas as hipóteses de flagrante ilegalidade, teratologia ou manifesta desproporcionalidade da sanção aplicada. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2023. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/14122023-Primeira-Secao-aprova-sumula-sobre-controle-jurisdicional-do-processo-administrativo-disciplinar.aspx>. Acesso em: 13 fev. 2024.

<sup>3</sup> DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção (S1). MS 19995/DF: Mandado de Segurança. Relato: Min. Gurgel de Faria. Brasília, DF, 13 de dez. de 2023.

<sup>4</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo n.º 799. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2023.

<sup>5</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O direito fundamental à presunção de inocência no processo administrativo disciplinar.

que veicula, de forma atenta, a sua especificidade, o *ius puniendi* estatal. A sua especificidade é a imposição de sanções disciplinares, espécie de sanção administrativa, em consequência da prática de falta grave pelo agente público. Por consequência dessa definição, é processo que pertence à seara do direito administrativo sancionador<sup>6</sup>.

Apresenta-se, nesse sentido, a questão conforme a visão que atualmente se tem sobre o direito administrativo sancionador. A definição tradicional da doutrina é no sentido de que o direito administrativo sancionador constitui a expressão do poder punitivo estatal efetivada por meio da Administração Pública em face do particular ou administrado<sup>7</sup>. Tradicionalmente, a visão é de que ele representa a parte do direito administrativo que cuida da imposição de sanções.

Ir além da definição tradicional, porém, é necessário diante de como tornou-se complexa tarefa de definir o direito administrativo sancionador diante dos avanços legislativos, doutrinários e jurisprudenciais das transformações atuais do direito administrativo brasileiro<sup>8</sup>. A dificuldade em sua conceituação não está, propriamente, na sua definição, no entanto, mas, na interpretação desta. A problemática refere-se ao elemento “sanção”.

A depender do referencial adotado para definir “sanção”, pode-se perceber os contornos definidores do direito administrativo sancionador segundo a espécie de sanção que a Administração Pública impõe, se utilizada a visão tradicional de que ela impõe as sanções nesse ramo.

Fábio Medina Osório — que é um importante estudioso da área —, por exemplo, define sanção administrativa de forma similar às correntes definições de sanção penal. Considerando-se as dimensões formal e material do direito administrativo em conta, define a sanção administrativa como mal ou castigo, dotado de efeitos aflictivos, imposto em decorrência da prática de conduta ilegal, tipificada em norma que a proíbe, com finalidade repressora ou disciplinar<sup>9</sup>.

Nesse sentido, autores como Gregório Edoardo Raphael Selingardi Guardia são capazes de apontar a necessidade de atenção ao fato de que sempre foi extremamente difícil para os juristas a identificação das características próprias das sanções administrativas e penais. Para o autor, a própria inexistência de regulação legal específica sobre o direito administrativo sancionador já não permite uma precisa delimitação conceitual. Além disso, a existência de uma zona de penumbra grande demais para ser ignorada entre as duas espécies de sanções e, por consequência, de seus dois campos normativos<sup>10</sup>.

José Roberto Pimenta Oliveira, por seu turno, sustenta a insustentabilidade da definição tradicional de que o direito administrativo sancionador se resume à aplicação de sanções administrativas pela Administração Pública. Para ele, o direito administrativo sancionador não se esgota no campo da atividade jurídico administrativa da Administração Pública, se esta for entendida como sinônimo de Administração Pública Direta e Indireta, vinculada ao Poder Executivo dos entes federativos. Defende que a atividade sancionadora regida pelo DAS existe, também, no âmbito dos Poderes Legislativo e Judiciário<sup>11</sup>.

A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional, p. 11-55, 2009. p. 12.

<sup>6</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; DE SOUZA, Rodrigo Pagani. Reincidência no direito administrativo sancionador. Revista do Direito Público, v. 12, n. 1, p. 174-202, 2017. p. 184-185.

<sup>7</sup> GONÇALVES, Benedito; GRILLO, Renato César Guedes. Os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador no regime democrático da constituição de 1988. Revista Estudos Institucionais, v.7, nº2, mai./ago. 2021, p. 467-478.

<sup>8</sup> HACHEM, Daniel Wunder et al. Direito administrativo e suas transformações atuais – Homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho: Anais do Seminário da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná – Curitiba: Íthala, 2016.

<sup>9</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 87 e 106-107.

<sup>10</sup> GUARDIA, Gregório Edoardo Raphael Selingardi. Princípios processuais no direito administrativo sancionador: um estudo à luz das garantias constitucionais. R. Fac. Dir. Univ. São Paulo. v. 109. p. 773– 793. jan./dez. 2014. p. 773-774.

<sup>11</sup> OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. Interesse Público, Belo Horizonte, ano, v. 22, p. 83-126, 2020. p.97.

É nesse caminhar que os autores que se debruçam sobre essa seara têm apoiado a tese de que, diante da expansão do direito penal no direito brasileiro, num fenômeno jurídico a que tem sido atribuída a alcunha de “administrativização do direito penal”<sup>12</sup>, ocorreram condutas não tipificadas como ilícitos penais, mas detentoras de elevada relevância social, passaram a receber pelo Judiciário tratamento em seara diferente da penal. Isto teria tornado claro que o direito administrativo sancionador também se desenvolve em processos judiciais<sup>13</sup>.

Nessa esteira, os autores afirmaram que a identidade desse ramo do direito público permanece em construção. Nesse sentido, deve-se considerar a fixação de seus fundamentos e bases no próprio direito administrativo, a fim de que não se perca de vista que sua função não deixa de ser a de tutela e realização de interesses públicos. Esse componente não implica afastar “a necessidade de exame rigoroso do conteúdo dos direitos e garantias fundamentais, expressa ou implicitamente, previstos na Constituição, na tutela das situações jurídicas afetadas por potestades sancionadoras”<sup>14</sup>.

Nesse sentido, sobressalta-se a necessidade de diferenciá-lo do direito penal. A diferenciação constitui parte de sua definição. Assim, por exemplo, conforme Sandro Lúcio Dezan, acerca da inexistência de diferenças qualitativas e quantitativas das sanções das suas áreas<sup>15</sup>, a definição aproxima-se da expressão do *ius puniendi* estatal, voltada à responsabilização do agente público em sentido amplo e/ou do particular, em seara não penal.

Esses apontamentos são necessários para afirmar-se, com considerável grau de segurança, que o alcance do enunciado 665 não se pode restringir ao processo administrativo disciplinar. Nesse sentido, todo o processo em que o Direito Administrativo Sancionador for veiculado estará sujeito a esse entendimento.

A uma análise sistêmica, na verdade, desvela-se que o que foi fixado pelo STJ, intencionalmente ou não, em essência, constitui um entendimento acerca dos limites do exame jurisdicional do mérito administrativo, tema que os tribunais superiores enfrentam com frequência, com variedade de posicionamentos.

Assim, se é verdade que todos os processos que veiculam o Direito Administrativo Sancionador possuem um mesmo núcleo duro de características fundamentais, então, não haveria fundamento para se sustentar que um entendimento consolidado acerca dos limites do judiciário no controle do mérito administrativo fosse aplicável ao processo administrativo disciplinar, mas não o fosse para processos que com ele partilham o enquadramento na mesma seara do direito administrativo sancionador e, que têm, portanto, o mesmo núcleo duro de características fundamentais<sup>16</sup>.

A racionalidade da existência desse núcleo duro de características fundamentais pode ser plenamente sustentada em função de a estrutura sistêmica do direito administrativo sancionador ser lida conforme as noções relativas ao que a doutrina especializada tem chamado de “sistema de direito público sancionador”.

Sandro Lúcio Dezan, talvez o autor que de mais forma consistente tem contribuído para a difusão desta tese na literatura jurídica brasileira, sustenta que o direito de punir do estado, o já referido *ius puniendi*, é uno e fundado em uma lógica jurídica coercitiva de coerência, unidade e completude, representativa da teoria dos sistemas jurídicos. Essa unidade do direito de punir, contudo, divide-se em sistemas ou subsistemas e regimes jurídicos, em virtude das espécies de bens e objetos jurídicos que constituem objeto de proteção

<sup>12</sup> GUARAGNI, Fábio André; SOBRINHO, Fernando Martins Maria; BACH, Marion. Direito penal econômico: administrativização do direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos - 2ª ed. Londrina: Editora Thoth, 2021.

<sup>13</sup> OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. Interesse Público, Belo Horizonte, ano, v. 22, p. 83-126, 2020. p.121.

<sup>14</sup> OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. Interesse Público, Belo Horizonte, ano, v. 22, p. 83-126, 2020. p.121-122.

<sup>15</sup> DEZAN, Sandro Lúcio; DA SILVA PEREIRA, Eliomar. Contributo da teoria do delito para a imputação jurídica no direito público sancionador. Revista Estudos Institucionais, v. 8, n. 1, p. 88-104, 2022.

<sup>16</sup> OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. Interesse Público, Belo Horizonte, ano, v. 22, p. 83-126, 2020.

específica. Essa proteção específica é coordenada pelos fins de cada ramo jurídico. Para ele, então, existe um sistema maior que engloba todos os ramos do direito punitivo estatal, formado por linhas normativas basilares da lógica sancionadora do Estado<sup>17</sup>.

O direito público sancionador é esse suprassistema dotado de uma lógica pré-epistêmica que permeia todas as normas de que depende o poder punitivo do Estado<sup>18</sup>. Engloba subramos, que são divisões epistemológicas que não desnaturam os elementos que fundam e formam as bases lógicas, funcionais e finalísticas de cada ramo do direito punitivo. A função desse suprassistema é ser balizador da justiça no âmbito da administração do poder punitivo do Estado<sup>19</sup>.

Apresenta-se em modelos, padrões, caminhos sistêmico-dogmáticos, a darem lastro de normatividade constitucional ao direito público em seu ramos, que se reúnem em torno de um núcleo de direitos fundamentais, de ordem material e de ordem processual. O escopo é o de dar adequada proteção a todos os bens/objetos jurídicos de cada subramo. Uma proteção efetiva. Proteção eficaz que não se afasta da deferência aos direitos e garantias fundamentais de uma ordem jurídica verdadeiramente firmada no Estado Constitucional e Democrático de Direito. O que fundamenta e une todo o sistema é o valor jurídico da justiça<sup>20</sup>.

A premissa de que parte o autor para construir toda a tese é a de que os sistemas e subsistemas de direito público devem obediência à Constituição. Mais do que isso, devem ser lidos segundo a noção de que ela constitui filtro axiológico de todo o ordenamento jurídico<sup>21</sup>. Desde seus fundamentos até as suas finalidades. Pois, “esses vieses da norma sancionadora são corolários da certeza e da justiça do Direito, em um Estado Democrático e Constitucional de Direito”<sup>22</sup>.

Essa premissa assenta-se no que a doutrina administrativista e processualista já assinala acerca do Processo Administrativo Disciplinar há, pelo menos, uma década: a necessidade de uma releitura do processo administrativo em face da constitucionalização dos direitos administrativo e processual. Os autores apontam que, no plano da efetividade, ainda não foram incorporados a ele os avanços do constitucionalismo brasileiro, uma vez que segue sendo efetivado segundo um viés instrumentalista apoiado em construções jurisprudenciais<sup>23</sup>.

A esse respeito, Sérgio Henrique Zandona Freitas<sup>24</sup> aduz que:

Necessária uma completa e imposterável reconstrução principiológico-constitucional do processo administrativo disciplinar no Brasil, buscando reestabelecer o desfigurado sistema, que foi rompido por distorções produzidas, por uma desvirtuada interpretação jurisprudencialista, i.e. Súmula Vinculante n. 5 do STF, descompromissada com o Devido Processo Legal, o processo constitucional e o Estado Democrático de Direito. Logo, firma-se aqui a tese de que o processo administrativo disciplinar pátrio é falho e inquisitista, vez que não abarca a devida técnica normativa, que tenha foco na superação da instrumentalidade do processo. Assim, explicitando a presente tese, cabe ao processo administrativo disciplinar brasileiro a superação dos entraves ideológicos dos escopos metajurídicos, para se adequar

<sup>17</sup> DEZAN, Sandro Lúcio. Uma Teoria do Direito Público Sancionador: fundamentos da unidade do sistema punitivo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

<sup>18</sup> DEZAN, Sandro Lúcio. Uma teoria do direito público sancionador: fundamentos da unidade do sistema punitivo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p.38.

<sup>19</sup> DEZAN, Sandro Lúcio. Uma teoria do direito público sancionador: fundamentos da unidade do sistema punitivo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p.1.

<sup>20</sup> DEZAN, Sandro Lúcio. Uma teoria do direito público sancionador: fundamentos da unidade do sistema punitivo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 38.

<sup>21</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional, v. 5, n. 20, p. 145-165, 2007.

<sup>22</sup> DEZAN, Sandro Lúcio. Uma teoria do direito público sancionador: fundamentos da unidade do sistema punitivo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p.3.

<sup>23</sup> FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. A imposterável reconstrução principiológico-constitucional do processo administrativo disciplinar no Brasil. Belo Horizonte, 2014.

<sup>24</sup> FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. A imposterável reconstrução principiológico-constitucional do processo administrativo disciplinar no Brasil. Belo Horizonte, 2014. p.156.

às concepções teóricas asseguradas no discurso da constitucionalidade brasileira em vigor, como pressuposto de sua correta aplicação e legitimidade, o que torna impostergável sua reconstrução principiológico-constitucional, com a adoção do processo constitucional e constante testificação em Popper, resguardados assim as garantias e direitos fundamentais, por uma Administração Pública Dialógica e a transferência de seu estudo para o Direito Processual da Administração Pública Democrática, com prestígio aos apropriados institutos de direito processual, no Estado Democrático de Direito Constitucionalizado.

A premissa, exposta dessa forma, especialmente no que pertine ao processo administrativo disciplinar, permite vislumbrar, com maior clareza, o enquadramento do subsistema ou subramo do direito administrativo sancionador dentro do suprasistema de direito público sancionador.

Consoante o próprio Dezan<sup>25</sup>:

todos os sub-ramos do direito punitivo do Estado prestam deferência aos princípios informativos de um direito sancionador publicístico de caráter aprioristicamente geral, não codificado e, deveras, por vezes, balizados por valores axiomáticos não escritos (mas positivados, pela ideia de sistema jurídico, como espécie de pressuposto do direito, materializando, assim, o (sub) texto ou o (com)texto do direito), que declina os fundamentos da coluna vertebral punitiva estatal. Consta-se uma ontologia unitária do sistema sancionador que surte efeitos, por exemplo, na própria identidade entre os ilícitos de direito público, distinguindo-se apenas e em alguns Casos pela espécie de sanção cominada que, por sua vez, depende dos níveis pretendidos pela coerção e, não obstante, das espécies de bens jurídicos protegidos em cada ramo epistemológico.

Conforme a identidade e estrutura sistêmica do direito administrativo sancionador, esta, pelo seu enquadramento como subsistema do suprasistema de direito público sancionador, o enunciado 665 da súmula do STJ tem alcance maior do que a interpretação literal de seu texto poderia indicar, alcançando, igualmente, o controle jurisdicional de todos os processos que, como o processo administrativo disciplinar, veiculem o direito administrativo sancionador.

### **3 A ciranda de pedra: os novos paradigmas do direito administrativo brasileiro e sua prática constitucional**

A ciranda de pedra é uma metáfora que se utiliza com base no romance “Ciranda de Pedra”, de Lygia Fagundes Telles<sup>26</sup>. Ela é um círculo fechado que dá a forte impressão de inclusão.

Lançado em 1954, esse romance narra a história de uma família de classe média abalada em seus alicerces pela loucura, pela paixão e pela morte. Um casal de classe média se separa. A caçula, Virgínia, é a única das três filhas que vai morar com a mãe. É do ponto de vista dessa menina deslocada e solitária que se narram os dramas ocultos sob a superfície polida da família. Pois, depois da morte da mãe, a personagem reside com seu pai, que já tem uma família estabelecida a partir de outro relacionamento.

O romance é contextualizado no período histórico e social do Brasil do pós-guerra, marcado por transformações e resistências nas relações de gênero e na emancipação feminina. A casa era, no contexto, como um símbolo de uma família. Quando passa a morar com o pai, ela afeta a identidade da personagem, que se divide entre dois núcleos opostos e se sente excluída de ambos<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> DEZAN, Sandro Lúcio. Uma teoria do direito público sancionador: fundamentos da unidade do sistema punitivo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p.5.

<sup>26</sup> TELLES, Lygia Fagundes. Ciranda de pedra. São Paulo, 1982.

<sup>27</sup> DE LUCENA, Suênio Campos. Casa, família e desestruturação em Ciranda de Pedra, de Lygia Fagundes Telles. Revista Légua & Meia, v. 8, n. 1, p. 14-30, 2017.

No jardim da casa de seu pai, em que passa a morar, há uma ciranda de anões feita de pedra, no jardim, o que se articula à metáfora da ciranda de pedra. Ela denota um aparente movimento de inclusão, tal como a brincadeira a que alude. Mas o contexto em que está inserida mostra-a como imóvel e impenetrável sob certo ponto de vista.

No romance, a autora constrói a personagem de modo a deixar claro que a sua personalidade é marcada pela falta de afeto materno, pela agressividade e pela repressão de seus sentimentos, que a levam a uma vingança contra os membros da ciranda que a excluíram de seu círculo social. Ela é como uma vítima sacrificial que garante a ordem e a harmonia da família de seu pai<sup>28</sup>.

A autora utiliza, inclusive, metáforas relacionadas aos contos de fadas para representar o mundo subjetivo da personagem, que vive entre dois núcleos familiares conflituosos e se sente excluída da ciranda, símbolo da sociedade burguesa<sup>29</sup>.

A utilidade dessa metáfora, que se articula à literatura, para um artigo científico da área do direito, está em se propor uma ilustração que tem elementos capazes de ofertar representações das diferentes percepções de realidade que podem existir em relação à prática constitucional dos novos paradigmas do direito administrativo brasileiro, adotado o referencial da jurisprudência.

A doutrina e a jurisprudência são permeadas por um mesmo contexto de ruptura dos antigos paradigmas dentro de um novo cenário do constitucionalismo. Contudo, em que pese a doutrina tenha reconhecido e avançando no conhecimento dos novos paradigmas, a prática constitucional levada a efeito pelos tribunais reflete, ainda, o ritmo próprio do caminhar da jurisprudência, que, às vezes e em certos aspectos e áreas, ainda não reconhece, harmonicamente, que a realidade em que está inserido todo um ramo do direito dialoga em busca de uma nova e harmônica compreensão.

No direito administrativo, as noções doutrinárias clássicas ainda são a base da compreensão dos magistrados. Observa-se, ainda, uma certa relutância em dirigir a prática constitucional desses paradigmas em harmonia com o contexto constitucionalista em que estão, atualmente, inseridos.

Dessa forma, ainda que em algumas matérias os avanços do constitucionalismo sejam tão claros a ponto de a prática constitucional dos novos paradigmas ser feita de forma harmônica com o contexto, existem outras áreas, via de regra, menos evidentes à comunidade jurídica, em geral, e nas quais esses paradigmas integram a identidade e a estrutura de um subramo, que servem como vítimas sacrificiais, em que se realiza essa prática em desacordo com o contexto constitucionalista em nome de uma pretensa sobrevivência de alguns dos antigos paradigmas.

A inclusão, então, não deixa de ser diferente do que aparenta. Não é totalmente harmônica. Há relativizações. Nesse caso, por exemplo, o STJ criou uma regra com âmbito de aplicação, de alcance, extremamente amplo, sem considerar que um entendimento consolidado dessa forma pode atingir os demais paradigmas de forma destoante do contexto constitucionalista em que estão atualmente inseridos.

Por isso, entende-se que a prática constitucional desses novos paradigmas esbarra em uma ciranda de pedra. Esses paradigmas, tratados de forma desarmônica em um contexto macro, podem produzir conflitos entre as estruturas teórico-identitárias e práticas de alguns dos subramos do direito administrativo, gerando consequências nem sempre claras, mas sempre refletidoras de um cenário de exclusão de alguns paradigmas da prática constitucional atenta ao contexto constitucionalista atual.

<sup>28</sup> LIMA, Carina Bertozzi de. Superfície e subterrâneos: significações de morte, perda e renascimento em Ciranda de Pedra. Orientador: Alamir Aquino Corrêa. Tese (Doutorado em Estudos Literários) – Universidade Estadual de Londrina, Centro de Letras e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Estudos Literários. Londrina, 2013.

<sup>29</sup> CAMARGO, Claudia Regina. Virgínia não entra na roda: ciranda de pedra e o romance de formação feminino. Revista de Letras Norte@mentos, v. 15, n. 38, 2022.

A edição do enunciado 665 da súmula do STJ, como já se afirmou, é meramente a consolidação de um entendimento que já há bom tempo é defendido pelo tribunal. Ao fim e ao cabo, o enunciado representa mais um passo jurisprudencial no sentido de limitação do controle jurisdicional do mérito administrativo.

Contudo, apresenta-se que o enunciado é, na prática, mais do que pretende a sua literalidade. Ele tem um efeito jurídico extremamente amplo em função da identidade e da estrutura sistêmica do direito administrativo sancionador.

O enunciado 665 coloca em xeque o que a doutrina do direito administrativo brasileiro tem pontuado acerca da constitucionalização desse ramo do direito em dois aspectos fundamentais: a transformação do Princípio da Legalidade em Princípio da Juridicidade e a transformação do Princípio da Separação de poderes em Princípio do Equilíbrio de Poderes<sup>30</sup>.

Deve-se pontuar que o fenômeno da constitucionalização não é restrito ao direito administrativo. A constitucionalização do direito administrativo está inserida em um contexto de constitucionalização do direito. É um contexto neoconstitucionalista, forjado por um novo supraparadigma que reflete as mudanças profundas que ocorreram na cultura jurídica contemporânea. A preocupação intrínseca de cada um dos ramos do Direito deixou de ser ensimesmada, e já não é mais senão a de contribuir para a realização dos valores constitucionais<sup>31</sup>.

É preciso considerar, por isso, que o emprego da expressão “constitucionalização” pode assumir diferentes conotações a depender do sentido de sua utilização. Luís Roberto Barroso aponta que essa expressão comporta múltiplos sentidos. Pode-se usá-la para designar, simplesmente, qualquer ordenamento jurídico que tenha a Constituição em seu centro, em posição de supremacia<sup>32</sup>.

O autor defende, no entanto, que esse talvez não seja o seu adequado significado. Para ele, a posição de supremacia da Constituição é a premissa, a noção preliminar que suplanta a constitucionalização do direito, em todos os seus ramos. Não configura, por si só, o fenômeno em si. Se assim o fosse, faltaria especificidade à expressão<sup>33</sup>.

O sentido também não seria a simples inclusão, em relação ao texto constitucional, de inúmeros temas afetos ao direito infraconstitucional. O sentido da expressão consiste em indicar a expansão das normas constitucionais. Conforme afirma Barroso, ao destrinchar a importância da discussão em torno da expressão, “a ideia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico”<sup>34</sup>.

Nesse sentido, compreende não ser definidora do fenômeno da constitucionalização a inclusão de temas do direito infraconstitucional na Constituição, mas a (re)interpretação de seus institutos à luz dela, de seus valores, seus princípios, sua normatividade<sup>35</sup>. O que ocorre no caso do direito administrativo sancionador, que tem sua identidade e estrutura advindas da ressignificação do direito administrativo e do direito sancionador.

<sup>30</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. Supremacia do interesse público e outros temas relevantes de Direito Administrativo. São Paulo, SP: Editora Atlas, 2010.

<sup>31</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. *Revista Quaestio Iuris*, v. 2, n. 1, p. 1-48, 2006; SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-133, 2009.

<sup>32</sup> BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p.211.

<sup>33</sup> BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p.211.

<sup>34</sup> BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p.211.

<sup>35</sup> BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p.216.

O sentido da utilização da expressão para designar o impacto desse fenômeno, na seara do direito administrativo, pode ser determinado em face de todas as mudanças ocasionadas pela estrutura que lhe foi dada pela Constituição, que teve para com este ramo especial preocupação. Sem que se olvide que a Carta Magna foi detalhista em diversos aspectos, o mais importante ponto de mudança foi a inauguração de um novo regime jurídico-administrativo, suplantado pela relativização de antigos paradigmas, visando privilegiar os direitos fundamentais<sup>36</sup>.

Para os fins do presente trabalho, interessam os dois pontos já destacados. Primeiramente, a vinculação do agente administrativo à Constituição. Se houver confronto entre dois atos normativos, a opção do administrador deve recair na Constituição, com o afastamento da lei inconstitucional. É a quebra do paradigma da legalidade convencional, de que o agente administrativo somente adota condutas conforme o que a lei determina ou autoriza. É o agir pautado diretamente — até mesmo, independentemente —, pela Constituição. Transformou-se o princípio da legalidade em princípio da juridicidade<sup>37</sup>.

O segundo — e mais importante para este trabalho —, é a possibilidade de controle judicial do mérito administrativo, que significou o rompimento do paradigma da limitação do judiciário à análise da legalidade dos atos da Administração Pública. Os princípios constitucionais gerais e aqueles específicos, setoriais, ressignificam e passam a permitir, diante da irradiação, da expansão das normas constitucionais, o controle da discricionariedade administrativa, do mérito administrativo<sup>38</sup>.

Esse segundo aspecto é o mais interessante por decorrer da nova compreensão da divisão de poderes em um Estado Democrático e Constitucional de Direito. à luz da tradicional compreensão da separação de poderes, tal rompimento do paradigma da limitação do judiciário à análise da legalidade dos atos da Administração Pública não poderia ter ocorrido. A vinculação de todos os poderes ao compromisso constitucional de máxima efetividade dos direitos fundamentais, porém, foi exigente de uma transformação. Essa transformação redundou na concepção de um equilíbrio de poderes como fórmula jurídica capaz de adequar a necessidade de divisão dos poderes da República à necessidade de máxima efetividade dos direitos fundamentais.

É com fundamento nessas transformações que os autores passaram a defender que, na nova realidade do direito administrativo brasileiro, a visão tradicional do mérito administrativo como inacessível à apreciação do poder Judiciário, assumiu o aspecto de uma fase ultrapassada do controle judicial da administração. Esses autores, inclusive, afirmam que essa visão tradicional constitui, atualmente, um mito. Como afirma Belizário Antônio de Lacerda, “(...) afirmar modernamente que o mérito do ato administrativo é insuscetível de apreciação pelo Poder Judiciário, atualmente, não passa de um mito jurídico”<sup>39</sup>.

Sobre essa temática, pertinentes as considerações de Fábio Lins de Lessa Carvalho, que, no artigo intitulado “De um passado de contradições e um presente partilhado por dois mundos a um futuro pragmático: notas sobre a história do controle judicial dos atos administrativos no Brasil”, analisa a história do controle judicial dos atos administrativos no Brasil, desde o século XIX até os dias atuais, a fim de perceber melhor essas mudanças. Essa análise é valorosa para o presente trabalho, uma vez que a trajetória do controle dos atos administrativos serve para perceber a evolução do controle jurisdicional do mérito administrativo<sup>40</sup>.

<sup>36</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos et al. Direito administrativo e seus novos paradigmas. 2. ed. 1. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

<sup>37</sup> FERNANDES, Francisco Luiz. Princípio da Juridicidade: O supraprincípio normativo no direito público. Revista de Direito Brasileira, v. 6, n. 3, p. 291-300, 2013.

<sup>38</sup> BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo— 7. ed.— São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 220-221.; JÚNIOR, Dirley da Cunha. Curso de direito constitucional.— 2. ed. rev. ampl. e atual.— Salvador: JusPODIVM, 2008. p.48-50.

<sup>39</sup> LACERDA, Belizário Antônio de. O mito do mérito administrativo. Em: Jurisprudência mineira, Belo Horizonte: Tribunal de Justiça de Minas Gerais, v. 63, n. 200, mar/jan. 2012, p. 37-40, 2012. p.40.

<sup>40</sup> DE LESSA CARVALHO, Fábio Lins; ATHAYDE, Mariana Aires. DE UM PASSADO DE CONTRADIÇÕES E UM PRESENTE PARTILHADO POR DOIS MUNDOS A UM FUTURO PRAGMÁTICO: Notas sobre a história do controle judicial dos

O autor propõe uma divisão em três momentos históricos: o primeiro, marcado pela contradição entre a lógica da autoridade e a lógica da liberdade; o segundo, marcado pela convivência do novo e do antigo paradigma de controle; e o terceiro, marcado pela perspectiva de uma virada pragmática do direito administrativo.

O primeiro momento histórico seria marcado por uma “progressão de contenção” do controle judicial, influenciado pelo direito francês e pela separação dos poderes formalistas. O segundo, pela convivência do novo e do antigo, com a constitucionalização do direito administrativo e a adoção da juridicidade como critério de controle, mas também com a persistência de teorias antigas e de resistências ao controle judicial<sup>41</sup>.

Para o autor, o passado é marcado por uma “progressão de contenção” do controle judicial, baseada em teorias como o desvio de poder e os motivos determinantes, mas ainda limitada pelo mérito administrativo. O presente, pela constitucionalização do direito administrativo, que amplia as possibilidades de intervenção judicial baseada em princípios, mas também poderia gerar uma relativa flexibilidade e insegurança jurídica. E o futuro, pela influência de uma possibilidade de “virada pragmática” do direito administrativo, que levaria a uma análise que considera as consequências e o contexto dos atos administrativos, exigindo conhecimento interdisciplinar dos juristas<sup>42</sup>.

É nesse sentido que o autor discute o papel da separação dos poderes em relação à evolução do controle judicial, defendendo que esse princípio deve ser problematizado e reformulado para acompanhar as mudanças institucionais e de controle exigidas pela sociedade em um Estado Democrático de Direito, pois tem um papel relevante na definição dos limites e da intensidade do controle judicial, uma vez que pode afetar a dinâmica e o compromisso do controle judicial com os preceitos do modelo político escolhido pela Constituição e seus novos desafios<sup>43</sup>.

É por isso que este é o ponto fulcral da discussão que se propõe em relação ao enunciado 665. Pois, com esse novo paradigma, inaugurou-se um novo papel para o judiciário. E iniciou-se, por consequência, uma nova relação entre judiciário e administração pública. Essa nova relação é parte dos contornos do direito administrativo sancionador.

A discussão levantada pelo enunciado da súmula referido deve ser fundada nessas contribuições doutrinárias porque, no fundo, o enunciado lida com os limites sobre os critérios decisórios no âmbito da administração pública e, conseqüentemente, com a relação entre interpretação, processo e decisão no direito administrativo.

Relativamente a isso, Fernando Rodrigues Martins propõe que uma visão técnico-jurídica adequada nessa temática deve ser suplantada por uma compreensão hermenêutica e processual do direito administrativo. Uma visão superadora da discricionariedade e da legalidade como únicas balizas decisórias. É nesse sentir que defende que a decisão administrativa deve ser reconstruída sobre as bases hermenêuticas do direito e

atos administrativos no Brasil. RIOS - Revista Científica do Centro Universitário do Rio São Francisco, v. 15 n. 29. p.264-287, 2021.

<sup>41</sup> DE LESSA CARVALHO, Fábio Lins; ATHAYDE, Mariana Aires. DE UM PASSADO DE CONTRADIÇÕES E UM PRESENTE PARTILHADO POR DOIS MUNDOS A UM FUTURO PRAGMÁTICO: Notas sobre a história do controle judicial dos atos administrativos no Brasil. RIOS – Revista Científica do Centro Universitário do Rio São Francisco, v. 15 n. 29. p.264-287, 2021. p. 266-277.

<sup>42</sup> DE LESSA CARVALHO, Fábio Lins; ATHAYDE, Mariana Aires. DE UM PASSADO DE CONTRADIÇÕES E UM PRESENTE PARTILHADO POR DOIS MUNDOS A UM FUTURO PRAGMÁTICO: Notas sobre a história do controle judicial dos atos administrativos no Brasil. RIOS – Revista Científica do Centro Universitário do Rio São Francisco, v. 15 n. 29. p.264-287, 2021. p. 277-281

<sup>43</sup> DE LESSA CARVALHO, Fábio Lins; ATHAYDE, Mariana Aires. DE UM PASSADO DE CONTRADIÇÕES E UM PRESENTE PARTILHADO POR DOIS MUNDOS A UM FUTURO PRAGMÁTICO: Notas sobre a história do controle judicial dos atos administrativos no Brasil. RIOS – Revista Científica do Centro Universitário do Rio São Francisco, v. 15 n. 29. p.264-287, 2021. p.281-286

que, por meio do processo, possa ser controlada e fiscalizada democraticamente, sem perder sua autonomia e seu traço político<sup>44</sup>.

O autor, ao discutir os novos paradigmas do direito administrativo, apresenta uma visão hermenêutica desse ramo jurídico que, além de demonstrar e justificar que a processualização da administração pública pode ser um elemento prévio de controle da decisão administrativa, aponta que é essencial um controle hermenêutico nas decisões administrativas, e que o processo é o palco para a realização desse sistema de limites<sup>45</sup>.

Para Martins, a hermenêutica é essencial para a realização da Constituição e para a superação do paradigma da discricionariedade, que permitiria uma liberdade de escolhas arbitrárias. Por isso, sustenta que o controle hermenêutico deve ser exercido tanto na esfera administrativa quanto na esfera jurisdicional, e que o processo é o *locus* para tal exercício, pois garante o equilíbrio<sup>46</sup> entre o constitucionalismo e a democracia<sup>46</sup>.

É nesse vagar que os autores entendem que a evolução do controle da Administração Pública no constitucionalismo contemporâneo aponta no sentido de que ele deve ser fundado na juridicidade, ou seja, na conformidade com os princípios e regras constitucionais, e não apenas na legalidade formal. Tais autores entendem que a dimensão normativa do Estado Democrático de Direito irradia-se de forma a exigir uma reformulação das concepções positivistas e dogmáticas do Direito Administrativo, que se baseiam na supremacia da lei, na separação de poderes e na imunidade de controle das decisões administrativas<sup>47</sup>.

Há de se ponderar, contudo, que esse novo momento do direito administrativo brasileiro pode requerer um maior cuidado neste âmbito. Uma nova forma de considerá-lo, sob uma perspectiva de equilíbrio efetivo. A esse respeito, Gustavo Justino de Oliveira apresenta a ideia de que a união entre pragmatismo e consequencialismo jurídicos foi adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro com o advento da inovação da LINDB<sup>48</sup>. O autor afirma que essa decisão surgiu em um momento em que o direito administrativo brasileiro já clamava por mudanças face à dicotomia de hiperativismo do controle externo da Administração Pública e do apagão das canetas<sup>49</sup>.

Justino defende que somente considerando-se a ressignificação de velhos paradigmas do direito administrativo é possível superar esse quadro, mas, em uma outra direção pouco trabalhada: devolver ao administrador uma efetiva e legítima discricionariedade. O administrador, assim, deixaria de ser mero controlador, como seria atualmente. O modelo de governança, dessa forma, seria finalmente implementado como de-

<sup>44</sup> TAVARES, Gustavo Nascimento; MARTINS, Fernando Rodrigues. A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E O CONTROLE HERMENÊUTICO DA DECISÃO EM PROCESSOS ADMINISTRATIVOS: por um processo decisório e uma filosofia processual no direito administrativo. Revista de Direito Brasileira, v. 21, n. 8, p. 292-312, 2019.

<sup>45</sup> TAVARES, Gustavo Nascimento; MARTINS, Fernando Rodrigues. A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E O CONTROLE HERMENÊUTICO DA DECISÃO EM PROCESSOS ADMINISTRATIVOS: por um processo decisório e uma filosofia processual no direito administrativo. Revista de Direito Brasileira, v. 21, n. 8, p. 292-312, 2019.

<sup>46</sup> TAVARES, Gustavo Nascimento; MARTINS, Fernando Rodrigues. A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E O CONTROLE HERMENÊUTICO DA DECISÃO EM PROCESSOS ADMINISTRATIVOS: por um processo decisório e uma filosofia processual no direito administrativo. Revista de Direito Brasileira, v. 21, n. 8, p. 292-312, 2019. p.307-308.

<sup>47</sup> OHLWEILER, Leonel Pires. A efetividade do controle da Administração Pública no constitucionalismo contemporâneo: contributo de Ronald Dworkin para a teoria do direito administrativo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.2, 2015.

<sup>48</sup> 31. BRASIL. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n.º 4.657/63, com a redação dada pela Lei n.º 12.376, de 2010). Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. 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: 29 de fevereiro de 2024.

<sup>49</sup> DE OLIVEIRA, Gustavo Justino. O hiperativismo do controle externo da gestão pública pós-lei federal n.º 13.655/18: panorama das adaptações comportamentais e normativas do TCU e do Conselho Nacional do Ministério Público-CNMP frente aos novos parâmetros pragmatistas e consequencialistas de Direito Público fixados pela LINDB. p.261-279. In: MAFFINI, Rafael et al. Nova LINDB: consenquencialismo, deferência judicial, motivação e responsabilidade do gestor público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

veria, o que possibilitaria um real desenvolvimento, ao menos naquilo que depende dos gestores. Afirma o autor que essas mudanças já teriam chegado ao TCU e ao MP, que estariam se adequando a estas noções<sup>50</sup>.

O enunciado, ao restringir o controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar ao exame da regularidade do procedimento e da legalidade do ato, pela via da invocação aos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, estabelece como exceções hipóteses formadas por três conceitos jurídicos indeterminados (flagrante ilegalidade, teratologia ou manifesta desproporcionalidade da sanção aplicada), adentra a seara do direito administrativo sancionador, que tem identidade e estrutura firmadas em função desses novos paradigmas, a partir de uma visão determinada da distribuição de poderes na República, principalmente em relação à possibilidade de controle jurisdicional do mérito administrativo e da própria função constitucional do judiciário. Ou seja, escolhe uma determinada forma de enxergar e considerar essas transformações do direito administrativo.

Entretanto, o tribunal não considera que essa nova função do judiciário destaca-se exatamente na interpretação do âmbito de aplicação dos princípios constitucionais. E, ao fixar como exceções à regra hipóteses formadas por conceitos jurídicos indeterminados, o tribunal abre margem para que ele próprio os preencha, em relação à necessidade de análise em um caso concreto, a partir dos mesmos princípios constitucionais usados como fundamentação do enunciado, em virtude da textura aberta das normas principiológicas e de sua estrutura de mandado de otimização.

Para melhor compreender esse contexto, indispensáveis as lições de Eduardo García de Enterría, que se debruçou com profundidade sobre as problemáticas das relações entre judiciário e administração nessa nova realidade neoconstitucionalista presente na quase totalidade das democracias ocidentais.

Em seu livro “Democracia, jueces y control de la administración”, o autor aborda, em relação ao tema da relação existente entre democracia, juízes e controle da administração, segundo a noção de Estado de Direito, os fundamentos e limites da atuação judicial no controle externo da Administração Pública. Embora o parâmetro de análise seja o ordenamento jurídico espanhol, suas considerações são interessantes pela proximidade estrutural com o ordenamento jurídico brasileiro e pelo extenso esforço do autor em formular proposições com pretensão de universalidade<sup>51</sup>.

No capítulo 12 da obra, na seção “a”, o autor enfrenta a posição doutrinária crescente na literatura jurídica espanhola de que a teoria alemã sobre os conceitos jurídicos indeterminados não pode ser aplicada na Espanha no que diz respeito à noção de “interés general”, em virtude do modelo constitucional espanhol. Para essa corrente, a posição dominante conduz ao controle absoluto do judiciário, uma espécie de domínio de uma suposta discricionariedade judicial<sup>52</sup>.

Para o autor, esse termo representa um conceito jurídico indeterminado, porquanto é assim utilizado pela constituição, em sentido amplo. A lógica seria, justamente, permitir que o Judiciário possa controlar, externamente, a Administração de uma forma delimitada, dentro da aplicação deste conceito por ela<sup>53</sup>.

Para Enterría, o interesse público é conceito jurídico indeterminado, porquanto é conceito constitucional de âmbito de aplicação indeterminado. Há a vinculação da Administração ao interesse público. Nisto, são iguais Brasil e Espanha. Por meio do conceito constitucional, possui claramente uma função delimitadora,

<sup>50</sup> DE OLIVEIRA, Gustavo Justino. O hiperativismo do controle externo da gestão pública pós-lei federal n.º 13.655/18: panorama das adaptações comportamentais e normativas do TCU e do Conselho Nacional do Ministério Público-CNMP frente aos novos parâmetros pragmatistas e consequencialistas de Direito Público fixados pela LINDB. p.261-279. In: MAFFINI, Rafael et al. Nova LINDB: consensualismo, deferência judicial, motivação e responsabilidade do gestor público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

<sup>51</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Democracia, jueces y control de la administración. 6 ed. Navarra: Editorial Civitas, 2009.

<sup>52</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Democracia, jueces y control de la administración. 6 ed. Navarra: Editorial Civitas, 2009. p. 227-263.

<sup>53</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Democracia, jueces y control de la administración. 6 ed. Navarra: Editorial Civitas, 2009. p.232.

pela qual a Constituição, em sentido amplo, alude a um âmbito determinado de atuação, perfeitamente singularizado, ainda que sua aplicação concreta em cada caso seja imprecisa. Ela exclui algumas atuações e inclui outras. A proposição é que a delimitação é ampla, mas, efetiva<sup>54</sup>.

Para o autor, a vinculação objetiva da Administração ao interesse público já implica que a discricionariedade não é uma liberdade global dos gestores. A atitude a ser adotada pela Administração é a de servir não a qualquer interesse, mas ao setor de interesses que pode ser encontrado e que se caracteriza como interesse público, como interesse geral. A proposição é que, se este é um imperativo dirigido à Administração, exclui-se a possibilidade de que qualquer apreciação que esta possa fazer de um interesse para qualificá-lo como público ou geral seja, necessariamente, juridicamente válida<sup>55</sup>.

O fundamento é que a Administração, em geral, já é limitada pela lei em sua atuação, o que, somado à necessidade de justificar um qualificado interesse público em casos especiais, denota que ela está sempre valorando interesses como públicos para decidir entre esta e aquela opção. Por isso, deve fundamentar especificamente essas valorações. Por outro lado, os tribunais podem controlar as determinações de interesse público que faz o legislador, pois, como intérpretes da constituição, devem interpretar os conceitos constitucionais<sup>56</sup>.

Para o autor, isto parece fazer parte da função mesma dos tribunais. Principalmente, dos tribunais constitucionais, como o STF, que têm a última palavra na interpretação da Constituição e de seus conceitos. Essa atuação é feita pelos tribunais por meio da técnica da margem de apreciação, que constitui a base legitimadora que liga a função delimitadora em abstrato aos contornos concretos<sup>57</sup>.

Não há conceitos constitucionais que possam escapar à apreciação dos tribunais, no desempenho de suas funções. Assim, como o interesse público é valorado, determinado, em cada caso concreto em que será aplicado pela Administração, é normal que possa haver o controle quando houver abuso desse poder de valoração. Os magistrados interpretam a lei ao aplicar ou controlar a aplicação desse conceito pelo postulado da tutela judicial efetiva. Pois a juridicidade, como já se pontuou, implica submissão da Administração ao ordenamento jurídico<sup>58</sup>.

A vinculação da Administração aos fins que a justificam são fruto da preocupação do constituinte com a possibilidade de criação de uma zona de imunidade formal pela invocação do interesse público, ou de outro conceito jurídico indeterminado. Isto permite que também ocorra, dessa forma, em julgamentos administrativos. Por isso, os tribunais podem controlar essa declarada finalidade. A técnica adequada para isso é a técnica do exame do desvio de poder, a qual permite verificar se os agentes estão servindo ao interesse público ou a outros interesses que não são como ele qualificados. Ainda que sejam, também, gerais<sup>59</sup>.

Esses conceitos postulam, para Enterría, uma única solução justa. O que não quer dizer que somente exista uma única conduta específica possível. Ou seja, por meio da apreciação por um juízo disjuntivo, uma ação serve ou não serve ao interesse público. Há casos difíceis. Mas não há meio termo. Há na aplicação desses conceitos um lugar de certeza positiva, uma zona cinzenta e uma zona de certeza negativa<sup>60</sup>.

<sup>54</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Democracia, jueces y control de la administración. 6 ed. Navarra: Editorial Civitas, 2009. p.233.

<sup>55</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Democracia, jueces y control de la administración. 6 ed. Navarra: Editorial Civitas, 2009. p.234-236.

<sup>56</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Democracia, jueces y control de la administración. 6 ed. Navarra: Editorial Civitas, 2009. p.236-238.

<sup>57</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Democracia, jueces y control de la administración. 6 ed. Navarra: Editorial Civitas, 2009. p.242-246.

<sup>58</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Democracia, jueces y control de la administración. 6 ed. Navarra: Editorial Civitas, 2009. p.246.

<sup>59</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Democracia, jueces y control de la administración. 6 ed. Navarra: Editorial Civitas, 2009. p.247.

<sup>60</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Democracia, jueces y control de la administración. 6 ed. Navarra: Editorial Civitas, 2009.

Isto justifica o dever de anulação de atos administrativos em circunstâncias em que claramente afrontam o interesse público, ainda que gozem de presunção de legalidade e não possuam defeitos quanto aos seus elementos. E nisso se percebe, com clareza, que o conceito jurídico indeterminado é perfeitamente controlável pelo magistrado no caso concreto. É parte do exercício da função judicial ordinária. É obrigatório, na verdade, em virtude de sua função constitucional. A margem de apreciação será, então, sempre guiada pelo núcleo do conceito jurídico indeterminado. Esse núcleo é determinado pelo critério para conhecer até onde vão seus limites<sup>61</sup>.

Portanto, ao agir assim, o magistrado não substitui o administrador em sua decisão, tampouco exercita algum tipo de “discricionariedade judicial”. Apenas atua conforme lhe impõe a sua função constitucional dentro de um Estado Democrático de Direito. Importante notar que o magistrado controla a aplicação do conceito jurídico indeterminado não somente quando invalida a aplicação feita pela Administração, mas também quando a reputa como adequada em um caso em que seja questionada. O juízo disjuntivo se aplica em ambos os casos<sup>62</sup>.

Assim, o controle anulatório somente se produz quando a Administração ultrapassa os limites da margem de apreciação. O magistrado verifica se os limites que a lei, em sentido amplo, tenta impor foram ultrapassados, ou simplesmente desprezados. Não seria um controle político que fosse disfarçado. Mas um controle jurídico autêntico.

O autor expõe que a jurisprudência espanhola, inclusive, entende que, há casos, no exercício desse controle negativo, em que o juiz assume a posição de substituir a decisão administrativa anulada. A teoria Alemã chama esses casos de “redução a zero”, que ocorre quando estão em jogo direitos fundamentais ou outras regras constitucionais, ou quando há o dever de intervenção e a Administração Pública se abstém<sup>63</sup>.

García de Enterría pontua que não há uma solução única e simples para essa problemática, e que não há como definir tão claramente as áreas acessíveis ou não à apreciação do judiciário no que toca ao controle do mérito administrativo. O autor explica que que<sup>64</sup>:

en cualquier caso, lo que es más importante notar es que no se puede, en modo alguno, pretender resolver de un tajo todos estos complejos y matizados problemas de la aplicación de los conceptos legales indeterminados con una fórmula radical, a la que en último término se vendría a reducir todo el problema de la relación de los jueces con la Administración: que hay una parte que está regulada por el Derecho, donde los jueces pueden entrar, y otra que sería política, vedada a los jueces y patrimonio exclusivo o reservado del Gobierno o de la Administración. Ese pretendido reparto entre política y Derecho no puede dar razón de lo que es el Estado de Derecho ni, en particular, del «sometimiento pleno a la Ley y al Derecho» de la Administración. (...) Recordemos que es la deferencia la regla general y la intervención la necesitada de justificaciones expresas, técnica que se intenta justificar en la afirmación básica de que «el poder judicial no forma parte del poder público... no responde ante el pueblo», todo lo cual resulta completamente inaceptable en nuestro sistema constitucional propio, aunque en algún momento haya podido pensarse otra cosa.

Assim, percebe-se que, se, por um lado, o STJ parece preocupar-se com a possibilidade de exercer uma “discricionariedade judicial”, de assumir o lugar da Administração em suas decisões; por outro, deixa de considerar que o enunciado cria hipóteses não previstas em lei em que se poderia adentrar no mérito ad-

---

p. 252-253.

<sup>61</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Democracia, jueces y control de la administración. 6 ed. Navarra: Editorial Civitas, 2009. p. 253-254.

<sup>62</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Democracia, jueces y control de la administración. 6 ed. Navarra: Editorial Civitas, 2009. p. 256-258.

<sup>63</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Democracia, jueces y control de la administración. 6 ed. Navarra: Editorial Civitas, 2009. p. 258-259.

<sup>64</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Democracia, jueces y control de la administración. 6 ed. Navarra: Editorial Civitas, 2009. p. 260-262.

ministrativo por meio de conceitos jurídicos indeterminados não legais, que não têm um âmbito claro de aplicação, ou uma função delimitadora bem definida.

A “manifesta desproporcionalidade da sanção aplicada”, por exemplo, invoca um conceito que segue em discussão na doutrina constitucionalista. Para alguns autores seria um princípio constitucional. Para outros, seria pouco distinguível da razoabilidade. Para Virgílio Afonso da Silva, seria uma regra e seria diferente da regra da exigência de razoabilidade, por terem origens e estruturas distintas. O autor afirma que a proporcionalidade surgiu na jurisprudência alemã e tem uma estrutura racionalmente definida, com sub-elementos independentes, enquanto a razoabilidade é um conceito vago e variável, usado na jurisprudência inglesa e norte-americana<sup>65</sup>.

É perceptível, portanto, que, em uma tentativa de preservar a legitimidade do judiciário no controle jurisdicional do mérito administrativo, para evitar os perigos de uma discricionariedade ou ativismo judicial exacerbado, o STJ pode ter, na verdade, afastado-se da legitimidade que esse poder tem dentro da estrutura de um Estado Democrático e Constitucional de Direito, ao adentrar na área do direito administrativo sancionador em contradição com os avanços do constitucionalismo e as normas constitucionais que dão azo aos novos paradigmas do direito administrativo, levando em conta de forma precária sua identidade e sua estrutura sistêmica.

O enunciado reflete a pretensa necessidade de garantir o respeito à separação dos poderes, como é tradicionalmente concebida. Nesse sentido, destoia a prática constitucional de um dos novos paradigmas do direito administrativo brasileiro, o da transformação da separação de poderes em equilíbrio de poderes, do contexto constitucionalista em que está inserida, o que reforça o apontamento da metáfora da ciranda de pedra como ilustração eficiente da problemática prática constitucional dos novos paradigmas de que ora se trata.

Percebe-se, de modo ainda mais claro, esse ponto de vista, diante dos mais recentes avanços do constitucionalismo pátrio, que apontam para a evolução do modelo político-jurídico estatal para o de um Estado Democrático e Constitucional de Direitos Fundamentais.

Essa fase do constitucionalismo se fundamenta na transição do modelo de Estado que prima pela reserva da lei para o que se propõe a resguardar a reserva da Constituição. Nesse modelo, as funções do Estado devem colaborar e se controlar mutuamente para garantir a efetividade dos direitos fundamentais. É a mudança de concepção dos direitos fundamentais como direitos subjetivos de defesa para direitos objetivos que fornecem diretrizes, impulsos e limites para todo o ordenamento jurídico. Essa concepção implica efeitos irradiantes, horizontais e dirigentes dos direitos fundamentais<sup>66</sup>.

Para Christine Oliveira Peter, no atual cenário do constitucionalismo brasileiro, há uma nova significação do ativismo judicial sob o paradigma do Estado de direitos fundamentais, que é um modelo político aberto e dinâmico, vinculado, objetivamente, aos direitos fundamentais, que se concretizam de forma irradiante, dirigente e horizontal<sup>67</sup>.

Portanto, o enunciado 665 da súmula do STJ demonstra, por meio de sua relação com a estrutura sistêmica do direito administrativo sancionador, que a prática constitucional dos novos paradigmas do direito administrativo esbarra, às vezes e em certos aspectos e áreas, em uma verdadeira ciranda de pedra, em que o aparente movimento, as aparentes transformações dos antigos paradigmas, redonda em um círculo fechado, destoante da realidade contextual do constitucionalismo brasileiro contemporâneo.

<sup>65</sup> DA SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. *Direito UNIFACS—Debate Virtual*, n. 132, 2011.

<sup>66</sup> PETER, Christine Oliveira. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, n. 2, 2015.

<sup>67</sup> PETER, Christine Oliveira. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, n. 2, 2015.

## 4 Considerações finais

Por meio da análise empreendida, e considerando-se a identidade e estrutura sistêmica do direito administrativo sancionador, esta, pelo seu enquadramento como subsistema do suprassistema de direito público sancionador, o enunciado 665 da súmula do STJ, tem alcance maior do que a interpretação literal de seu texto poderia indiciar, alcançando, igualmente, o controle jurisdicional de todos os processos que, como o processo administrativo disciplinar, veiculem o direito administrativo sancionador.

O enunciado, ao restringir o controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar ao exame da regularidade do procedimento e da legalidade do ato, pela via da invocação aos princípios constitucionais contraditórios, da ampla defesa e do devido processo legal, estabelecendo como exceções hipóteses formadas por três conceitos jurídicos indeterminados (flagrante ilegalidade, teratologia ou manifesta desproporcionalidade da sanção aplicada), adentra a seara do direito administrativo sancionador, que tem identidade e estrutura firmadas por esses novos paradigmas, a partir de uma visão estanque da distribuição de poderes na República, principalmente no que toca à possibilidade de controle jurisdicional do mérito administrativo e da própria função constitucional do judiciário.

Não considera que essa nova função do judiciário destaca-se, exatamente, na interpretação do âmbito de aplicação dos princípios constitucionais. Ao invocar hipóteses formadas por conceitos jurídicos indeterminados, o tribunal abre margem para que ele próprio os preencha, quando da necessidade de análise em um caso concreto, a partir dos mesmos princípios constitucionais usados como fundamentação do enunciado, em virtude da textura aberta das normas principiológicas e de sua estrutura de mandado de otimização.

Assim, percebe-se que, se, por um lado, o STJ parece preocupar-se com a possibilidade de exercer uma “discrecionabilidade judicial”, de assumir o lugar da Administração em suas decisões; por outro, desconsidera que o enunciado cria hipóteses não previstas em lei em que se poderia adentrar no mérito administrativo por meio de conceitos jurídicos indeterminados não legais, que não têm um âmbito claro de aplicação ou uma função delimitadora bem definida.

Portanto, o enunciado 665 da súmula do STJ demonstra, por meio de sua relação com a estrutura sistêmica do direito administrativo sancionador, que a prática constitucional dos novos paradigmas do direito administrativo esbarra, às vezes e em certos aspectos e áreas, em uma verdadeira ciranda de pedra, em que o aparente movimento, as aparentes transformações dos antigos paradigmas, redundam em um círculo fechado, destoante da realidade contextual do constitucionalismo brasileiro contemporâneo.

## Referências

- ARAGÃO, Alexandre Santos et al. *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. 2. ed. 1. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O direito fundamental à presunção de inocência no processo administrativo disciplinar. *A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, p. 11-55, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. *Revista Quaestio Iuris*, v. 2, n. 1, p. 1-48, 2006.

BRASIL. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/63, com a redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010). Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. 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: 29 de fevereiro de 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo nº 799. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 665. O controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar restringe-se ao exame da regularidade do procedimento e da legalidade do ato, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, não sendo possível incursão no mérito administrativo, ressalvadas as hipóteses de flagrante ilegalidade, teratologia ou manifesta desproporcionalidade da sanção aplicada. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2023. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/14122023-Primeira-Secao-aprova-sumula-sobre-controle-jurisdicional-do-processo-administrativo-disciplinar.aspx> . Acesso em: 13 fev. 2024.

CAMARGO, Claudia Regina. Virgínia não entra na roda: ciranda de pedra e o romance de formação feminino. *Revista de Letras Norte@mentos*, v. 15, n. 38, 2022.

CARVALHO, Patrícia Oliveira. Um estudo da representação da mulher em Ciranda de pedra, de Lygia Fagundes Telles. *MOSAICO*, v. 18, n. 1, 2020.

DA SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. *Direito UNIFACS–Debate Virtual*, n. 132, 2011.

DE LESSA CARVALHO, Fábio Lins; ATHAYDE, Mariana Aires. DE UM PASSADO DE CONTRADIÇÕES E UM PRESENTE PARTILHADO POR DOIS MUNDOS A UM FUTURO PRAGMÁTICO: Notas sobre a história do controle judicial dos atos administrativos no Brasil. *RIOS - Revista Científica do Centro Universitário do Rio São Francisco*, v. 15 n. 29. p.264-287, 2021.

DE LUCENA, Suênio Campos. Casa, família e desestruturação em Ciranda de Pedra, de Lygia Fagundes Telles. *Revista Léguas & Meia*, v. 8, n. 1, p. 14-30, 2017.

DE OLIVEIRA, Gustavo Justino. O hiperativismo do controle externo da gestão pública pós-lei federal nº 13.655/18: panorama das adaptações comportamentais e normativas do TCU e do Conselho Nacional do Ministério Público-CNMP frente aos novos parâmetros pragmatistas e consequencialistas de Direito Público fixados pela LINDB. p.261-279. In: MAFFINI, Rafael et al. *Nova LINDB: consenquencialismo, deferência judicial, motivação e responsabilidade do gestor público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

DEZAN, Sandro Lúcio; DA SILVA PEREIRA, Eliomar. Contributo da teoria do delito para a imputação jurídica no direito público sancionador. *Revista Estudos Institucionais*, v. 8, n. 1, p. 88-104, 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes de Direito Administrativo*. São Paulo, SP: Editora Atlas, 2010.

DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção (S1). MS 19995/DF: Mandado de Segurança. Relato: Min. Gurgel de Faria. Brasília, DF, 13 de dez. de 2023.

FERNANDES, Francisco Luiz. Princípio da Juridicidade: O supraprincípio normativo no direito público. *Revista de Direito Brasileira*, v. 6, n. 3, p. 291-300, 2013.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la administración*. 6 ed. Navarra: Editorial Civitas, 2009.

GONÇALVES, Benedito; GRILO, Renato César Guedes. Os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador no regime democrático da constituição de 1988. *Revista Estudos Institucionais*, v.7, nº2, mai./ago. 2021, p. 467-478.

GUARAGNI, Fábio André; SOBRINHO, Fernando Martins Maria; BACH, Marion. Direito penal econômico: administrativização do direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos - 2ª ed. Londrina: Editora Thoth, 2021.

GUARDIA, Gregório Edoardo Raphael Selingardi. Princípios processuais no direito administrativo sancionador: um estudo à luz das garantias constitucionais. R. Fac. Dir. Univ. São Paulo. v. 109. p. 773–793. jan./dez. 2014.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. Curso de direito constitucional.– 2. ed. rev. ampl. e atual.–Salvador: JusPODIVM, 2008.

LACERDA, Belizário Antônio de. O mito do mérito administrativo. Em: Jurisprudência mineira, Belo Horizonte: Tribunal de Justiça de Minas Gerais, v. 63, n. 200, mar/jan. 2012, p. 37-40, 2012.

Lima, Carina Bertozzi de. Superfície e subterrâneos: significações de morte, perda e renascimento em Ciranda de Pedra. Orientador: Almir Aquino Corrêa. Tese (Doutorado em Estudos Literários). Universidade Estadual de Londrina, Centro de Letras e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Estudos Literários. Londrina, 2013.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. Interesse Público, Belo Horizonte, ano, v. 22, p. 83-126, 2020.

OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015..

PETER, Christine Oliveira. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 5, n. 2, 2015.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-133, 2009.

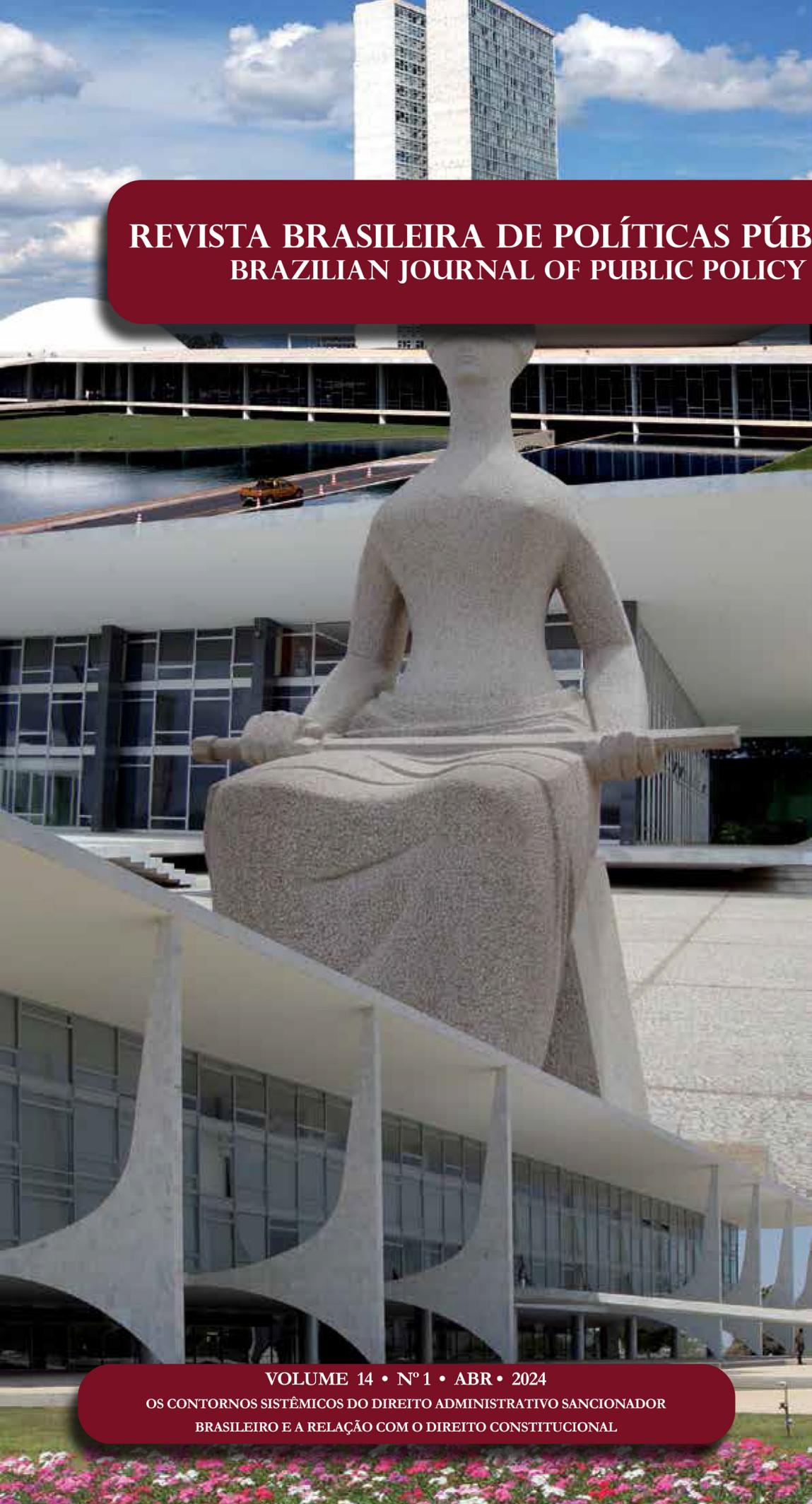
SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional, v. 5, n. 20, p. 145-165, 2007.

STJ. Súmula N. 665. Superior Tribunal de Justiça, 2023.

SUNDFELD, Carlos Ari; DE SOUZA, Rodrigo Pagani. Reincidência no direito administrativo sancionador. Revista do Direito Público, v. 12, n. 1, p. 174-202, 2017. p. 184-185.

TAVARES, Gustavo Nascimento; MARTINS, Fernando Rodrigues. A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E O CONTROLE HERMENÊUTICO DA DECISÃO EM PROCESSOS ADMINISTRATIVOS: por um processo decisório e uma filosofia processual no direito administrativo. Revista de Direito Brasileira, v. 21, n. 8, p. 292-312, 2019.

TELLES, Lygia Fagundes. Ciranda de pedra. São Paulo, 1982.



**CEUB**

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Legalidade, juridicidade e  
convencionalidade no Direito  
Administrativo Sancionador**

**Legality, juridicity and  
conventionality in Administrative  
Sanctions Law**

Luiz Guilherme Arcaro Conci

Livia Fioramonte Tonet

**VOLUME 14 • Nº 1 • ABR • 2024**

**OS CONTORNOS SISTÊMICOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR  
BRASILEIRO E A RELAÇÃO COM O DIREITO CONSTITUCIONAL**

# Legalidade, juridicidade e convencionalidade no Direito Administrativo Sancionador\*

## Legality, juridicity and conventionality in Administrative Sanctions Law

Luiz Guilherme Arcaro Conci\*\*

Livia Fioramonte Tonet\*\*\*

### Resumo

O presente artigo perpassa pela evolução histórica do direito administrativo que se, num primeiro momento, tinha o Princípio da Legalidade como norteador, acompanha as transformações sociais e demanda, atualmente, estar vinculado ao Princípio da Juridicidade Convencionalizado, advindo da constitucionalização do direito e, em seguida, da Convencionalização deste. Demonstra-se que o direito administrativo precisa seguir e vincular-se não somente à lei estritamente formal, mas também à Constituição, seus princípios e regras, aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado e à jurisprudência de tribunais que tiveram sua jurisdição reconhecida. No âmbito do direito administrativo sancionador, expõe-se, no presente artigo, como ilícitos previstos de forma indeterminada e ampla opõem-se aos direitos fundamentais e, conseqüentemente, ao direito internacional dos direitos humanos, exigindo uma maior tipicidade conforme o Princípio da Juridicidade Convencionalizado.

**Palavras-chave:** Direito Administrativo; Direito Administrativo sancionador; princípio da legalidade; princípio da juridicidade; princípio da juridicidade convencionalizado.

### Abstract

This article goes through the historical evolution of administrative law, which at first had the principle of legality as its guiding principle, but now follows social transformations and demands to be linked to the principle of conventionalized legality, arising from the constitutionalization of law and then its conventionalization. It shows that administrative law needs to follow and be bound not only by strictly formal law, but also by the Constitution, its principles and rules, international human rights treaties ratified by the state and the case law of courts that have recognized its jurisdiction. In the context of administrative sanctions law, this article exposes how illicit acts that are provided for in an indeterminate and broad manner are in opposition to fundamental rights and, consequently, to international human rights law, requiring greater typicality in accordance with the principle of conventionalized legality.

\* Recebido em: 06/03/2024  
Aprovado em: 22/04/2024

\*\* Professor da Faculdade de Direito (Graduação, Mestrado e Doutorado) e do Mestrado em Governança Global e Políticas Públicas Internacionais, do Departamento de Relações Internacionais, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Titular da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo - Autarquia. Foi professor visitante contratado na Universidade de Turim (2021), Messina (2019), Medellín (2019), Perugia (2022) e Bolonha (2016 e 2024). Livre-Docente, Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP. Fez estágio pós-doutoral no Instituto de Direito Parlamentar da Universidade Complutense de Madri (2013-2014).  
E-mail: lgaconci@pucsp.br.

\*\*\* Advogada em São Paulo. Graduada pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo – Autarquia Municipal. Assistente da disciplina Ciência Política e Teoria do Estado na Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo.  
E-mail: livia.tonet@direitosbc.br.

**Keywords:** Administrative Law; Administrative Sanctioning Law; principle of legality; principle of jurisdiction; conventionalized principle of jurisdiction.

Objetivo do artigo: busca-se demonstrar, neste artigo, a racionalidade e evolução que transforma o Princípio da Legalidade em Princípio da Juridicidade Convencionalizado. Pretende-se demonstrar que, em relação ao início do Direito Administrativo francês, o Princípio da Legalidade implicou coibir abusos advindos da Administração Pública. No entanto, atualmente, tais abusos podem advir da lei em sentido estrito e o princípio, atualmente, se mostra insuficiente para proteção das liberdades individuais. O cenário se coaduna com as transformações da jurisdição constitucional por meio da centralização da Constituição e o dever de observância do direito como um todo. Esse período também inaugura o direito internacional dos direitos humanos, exigindo que o ordenamento jurídico interno considere não somente o texto dos tratados internacionais e respectivos atos normativos, mas também a jurisprudência destes, consolidando o Princípio da Juridicidade Convencionalizada, que substitui a legalidade estrita.

Metodologia: utilizou-se o levantamento bibliográfico como metodologia, por meio consulta de textos a respeito de documentos formantes essenciais: doutrina, legislação, pesquisas científicas com o objetivo de entender o direito administrativo, seus princípios e a evolução do constitucionalismo. Primeiramente, buscou-se material bibliográfico em sites acadêmicos que ocupam espaço privilegiado na comunidade científica regional. Com isso, pretende-se atender o objetivo do presente artigo.

Originalidade ou valor: a pesquisa proposta neste artigo justifica-se em virtude de o tema, ainda, carecer “de maior profusão”.<sup>1</sup> A contribuição para o debate público reside no fato de ser um tema incipiente e pouco explorado, na necessidade de adequação da Administração Pública a esse novo cenário, o que garante uma maior proteção aos direitos humanos e a maximização da dignidade humana. O artigo contribui para área pouco explorada academicamente e complexa na prática da administração pública e dos administrados.

## 1 Introdução

O direito administrativo surge com o objetivo de delimitar a atividade do Estado a fim de evitar abusos de poder, como os ocorridos no período anterior (Estado Absolutista), e se baseava no Princípio da Legalidade: a reserva, a primazia da lei e sua vinculação à lei formal e estrita como sua única fonte válida e legítima. A lei, nesse cenário, garante liberdades individuais.

Entretanto, com o movimento da Constitucionalização do Direito, ocorrido no século XX, a Administração Pública passou por transformações, e, ao aprofundar suas funções na vida privada e no campo das políticas públicas, teve como fonte direta de suas decisões a Constituição. Ao vincular a Administração Pública ao *bloco de constitucionalidade*, exigiu-se que, além do texto constitucional, fosse incluída jurisprudência, sedimentada, principalmente do Supremo Tribunal Federal (STF) como fonte decisória. Esse novo cenário norteia o Princípio da Legalidade e sua substituição pelo da juridicidade, que orienta as atividades estatais, sejam elas administrativas, legislativas ou judiciais.

Portanto, a simples vinculação à lei estrita e formal se mostra insuficiente diante do arcabouço jurídico, e demanda uma incorporação de tais temas ao direito administrativo, bem como a interpretação de seus institutos e adequação destes com base nos valores constitucionais. Assim, o Princípio da Juridicidade constitui marco de superação da legalidade estrita.

Concomitante a esse movimento, ocorreu, também, a partir da Constituição de 1988, um processo de abertura jurídica em direção ao direito internacional dos direitos humanos, que se constitucionalizaram a

<sup>1</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A convencionalização do direito administrativo na América Latina. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 280, n. 3, p. 207-257, 2021.

partir do artigo 5º, §2º, uma cláusula de não tipicidade de direitos fundamentais, incorporando tanto aqueles implícitos no texto quanto os advindos dos tratados internacionais de direitos humanos. Incluíram-se, então, novas diretrizes de democracia, proteção de direitos humanos como obrigatória e, nessa conjuntura, o *corpus juris* internacional com parâmetros e diretrizes de garantia dos direitos humanos, orientando a Administração Pública.

Nesse sentido, a Administração Pública passou por um processo de *convencionalização* para adequar seus institutos aos compromissos assumidos internacionalmente. O Princípio da Juridicidade torna-se convencionalizado e a Administração Pública precisa repensar instituições estatais para garantir os direitos humanos.

Essa construção deve ser aplicada ao direito administrativo em sua esfera sancionatória e, com isso, novos problemas surgem, ao considerar o Princípio da Juridicidade convencionalizado que amplia a necessidade de proteger direitos fundamentais. Nesse sentido, exige-se que, dentre outros, a tipicidade seja expressa em condutas claras e precisas, de acordo com o artigo 9º da CADH, que dispõe sobre a legalidade, tipicidade e retroatividade também na esfera administrativa, além da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que se analisou mais à frente.

Evidencia-se, portanto, que o direito administrativo sancionador se define por essas fontes e princípios. Nesse sentido, a Administração Pública deve considerar o Princípio da Juridicidade Convencionalizada.

## 2 Administração Pública em movimento

A modelo de Administração Pública que se conhece atualmente decorre de construção historicizada que remonta, especialmente, ao Estado Liberal do século XIX, e tinha por principal a limitação da atividade estatal à garantia de relações privadas e da ordem pública, condicionada a agir somente em situações expressamente previstas em lei, em sentido formal,<sup>2</sup> justificada pela finalidade de evitar abusos e discricionariedade do Estado Absolutista anterior,<sup>3</sup> caracterizado pelo medo da burguesia diante dos possíveis abusos estatais.<sup>4</sup> É nesse sentido que, mesmo os direitos constitucionais, nesse cenário, estão limitados à sua previsão legal (reserva de lei),<sup>5</sup> o que denota o sentido da primazia da lei nesse cenário, tendo sido, por muito tempo, essa a leitura do direito administrativo do Princípio da Legalidade, “uma situação dependente entre a Administração e o Parlamento-Legislador”.<sup>6</sup>

Com o tempo, caminhou-se no sentido de também atuar, diretamente, para fomentar e auxiliar atividades privadas de interesse coletivo, criando, muitas vezes, ele mesmo, pessoas jurídicas de direito privado para cumprir tais desígnios, podendo, inclusive, se unir a particulares para tanto<sup>7</sup>. Assim, houve a necessidade de afastamento de “uma série de mitos oitocentistas”.<sup>8</sup>

<sup>2</sup> DEZAN, Sandro Lúcio; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. A ilusória amorfia do processo administrativo sancionador: o princípio da instrumentalidade das formas vs. as finalidades do processo, sob o amparo da ética, da moral e da complexidade. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, [S. l.], n. 50, 2017.

<sup>3</sup> MARINO, Tiago Fuchs. *O controle difuso de convencionalidade pela administração pública*. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, [S. l.], 2021. Disponível em: <https://repositorio.ufms.br/handle/123456789/4289>. Acesso em: 13 fev. 2024.

<sup>4</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A convencionalização do direito administrativo na América Latina. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 280, n. 3, p. 207-257, 2021.

<sup>5</sup> GARCÍA PELAYO, Manuel. Estado legal y Estado constitucional de Derecho. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, [S. l.], v. 82, p. 31-45, 1991.

<sup>6</sup> EISENMANN, Charles. O direito administrativo e o princípio da legalidade. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 56, p. 47-70, 1959.

<sup>7</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. p. 17.

<sup>8</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 236, p. 51-64, 2004.

Mais recentemente, e tendo como foco o estado brasileiro, com a Constituição de 1988, e a construção constitucional do Estado Democrático e Social de Direito, que se perfila uma Administração Pública atuante no sentido de aprofundar, mediante políticas públicas, ações relativas à melhora dos patamares de dignidade da pessoa humana, que “para além das finalidades oitocentistas de manutenção da ordem e da segurança, deve alcançar, por meio dos serviços públicos e políticas públicas, os elevados objetivos que impôs a Constituição Federal”.<sup>9</sup>

Nesse sentido, o Direito Administrativo passa a se conformar a um Estado Interventor em prol da redução das desigualdades sociais e econômicas. O Estado Social demandará, assim, a reconstrução do sentido de ordem jurídicas, e, com ele, o sentido da legalidade, que não somente se apresenta na sua vertente positiva, em que administração pode fazer o que a lei lhe permite.<sup>10</sup> Com isso, campos estáveis como o poder de sanção, por exemplo, passarão por mudanças que, de um lado, incrementam os programas nacionais, e, de outro, não podem mais deixar de conter os avanços da proteção da pessoa humana em âmbito internacional.

Assim, houve impacto em relação ao Direito Administrativo Sancionador, considerando-se o fato de que este constitui um “conjunto de normas jurídicas disciplinadoras da organização, do funcionamento, da estruturação, do exercício, dos resultados e consequências e do controle da produção jurídica a cargo das Administrações Públicas”,<sup>11</sup> tangenciando as relações administrativas para sua efetivação e interesse público por meio de sanções diante de condutas subjetivas de agentes públicos e administrados.<sup>12</sup>

O Direito Administrativo, como Direito Constitucional aplicado para a administração pública, tem de acompanhar as mudanças históricas do Estado e enfrenta sempre constantes transformações.<sup>13</sup> Em sua perspectiva clássica, tem como norteador o Princípio da Legalidade administrativa como limitação e vinculação à lei em sentido formal e estrito, sendo a única fonte legítima deste.<sup>14</sup>

Tal princípio adveio do pensamento iluminista, tendo a lei, produzida pelo Parlamento, como razão pura e fruto dos representantes da sociedade, configurando-se como a principal fonte do direito e a validade das normas jurídicas, enfocando, especialmente, o respeito aos procedimentos formais.<sup>15</sup>

Com isso, surgiram dois estatutos jurídicos a vincular, diferentemente, a relação entre Estado-Particular e Particular-Particular e então, a Administração Pública não poderia realizar o que não estivesse expressamente previsto em lei (legalidade), ao contrário da vinculação que norteava a vida privada, segundo a qual os particulares tinham autonomia e liberdade geral com exceção das condutas expressamente descritas como proibidas (autonomia privada).<sup>16</sup>

<sup>9</sup> VALIM, Rafael Ramires Araujo. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*. 2009. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

<sup>10</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. *Atualidades Jurídicas: Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 83-106, jan./jun. 2012.

<sup>11</sup> OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 22, p. 83-126, 2020.

<sup>12</sup> OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 22, p. 83-126, 2020.

<sup>13</sup> MARINO, Tiago Fuchs. *O controle difuso de convencionalidade pela administração pública*. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, [S. l.], 2021. Disponível em: <https://repositorio.ufms.br/handle/123456789/4289>. Acesso em: 13 fev. 2024.

<sup>14</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A convencionalização do direito administrativo na América Latina. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 280, n. 3, p. 207-257, 2021.

<sup>15</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A convencionalização do direito administrativo na América Latina. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 280, n. 3, p. 207-257, 2021.

<sup>16</sup> MARINO, Tiago Fuchs. *O controle difuso de convencionalidade pela administração pública*. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, [S. l.], 2021. Disponível em: <https://repositorio.ufms.br/handle/123456789/4289>. Acesso em: 13 fev. 2024.

A lei como garantia e proteção de liberdades individuais, quando a representação política (ainda que elitista) e a separação de poderes conferia segurança jurídica da ação do Estado e a consequente defesa dos indivíduos e, como solução encontrada à época, buscava evitar transgressões estatais, contra os excessos de poder com um espaço de autonomia privada.<sup>17</sup>

Com o Estado Social, mais recentemente, a efetivação dos direitos fundamentais perpassa, obrigatoriamente, pela Administração Pública como o meio em que a atividade administrativa do Estado se concretiza por meio de proteção e garantia dos direitos fundamentais, que devem ser realizados por meio de ações administrativas,<sup>18</sup> devendo o Estado agir com “suporte no Direito” (relação de juridicidade necessária) e, sobretudo, na Constituição (relação de constitucionalidade necessária).<sup>19</sup> Com isso, ainda que se reconheça a possibilidade de que o administrador público “somente pode fazer aquilo que a lei autoriza expressa ou implicitamente”,<sup>20</sup> amplia-se em direção à Constituição a fonte jurídica para sua decisão.

Consequência disso é que, como os processos de reconstitucionalização da ordem jurídica, no Brasil, marcado pelo advento da Constituição em 1988, dá-se também relevância à Constituição como um sistema de princípios e regras. Essa força normativa torna-a centro do ordenamento jurídico,<sup>21</sup> impondo juridicidade para todo o ordenamento jurídico. Ocorre um fenômeno marcante no sentido de migração de temas, antes afetos somente ao direito infraconstitucional, para a Constituição, operacionalizando a *Constitucionalização do Direito*. Com isso, ao se atribuir *status* normativo central, no ordenamento jurídico, à Constituição, exige-se que a supremacia da lei seja substituída pela superioridade da Constituição.<sup>22</sup>

Significa dizer, em síntese, que a força jurídica da Constituição, dentre outros efeitos, suprime a necessidade da intermediação legal feita, tradicionalmente, pelo legislador, reafirmando o Princípio da Legalidade.

### 3Constitucionalização e Convencionalização do Direito Administrativo

Esse processo de constitucionalização do Direito, com seus ganhos e perdas, acaba “na medida em que princípios e regras específicos de uma disciplina ascendem à Constituição, sua interação com as demais normas daquele subsistema muda de qualidade e passa a ter um caráter subordinante”.<sup>23</sup>

O impacto desse processo ocorre não somente no Direito Público, mas, inclusive, no Direito Privado, em função “da posição hierárquica superior da Carta Constitucional”, para se permitir que se considere “a Constituição como novo centro do Direito Privado, em condições para consolidar as suas partes e a informar seu conteúdo”.<sup>24</sup>

No Direito Público, o ideal de segurança jurídica, pensado para a lei em sentido formal, é afetado por normas jurídicas cuja aplicabilidade demanda um poder criativo mais acentuado por parte daquele que deci-

<sup>17</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A convencionalização do direito administrativo na América Latina. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 280, n. 3, p. 207-257, 2021.

<sup>18</sup> GUSSOLI, Felipe Klein. *Controle de convencionalidade pela função administrativa do Estado*. 2023. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Universidade Federal do Paraná, [S. l.], 2023.

<sup>19</sup> MARRARA, Thiago. As fontes do direito administrativo e o princípio da legalidade. *Revista Digital de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 23-51, 2014.

<sup>20</sup> TÁCITO, Caio. Princípio de legalidade e poder de polícia. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 242, p. 191-198, 2005.

<sup>21</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Safe, 1991.

<sup>22</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A convencionalização do direito administrativo na América Latina. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 280, n. 3, p. 207-257, 2021.

<sup>23</sup> BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 31-63.

<sup>24</sup> CARVALHO, Alexander Perazo Nunes de. Convencionalização do direito civil: a aplicação dos tratados e convenções internacionais no âmbito das relações privadas. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, 2015.

de, seja ele administrador público ou juiz, por exemplo, dado que as normas constitucionais detêm estrutura jurídica diversa daquela que, historicamente, detinha a lei. Essa afirmação, entretanto, deve ser mitigada, contemporaneamente, tendo em vista que as leis, também, fundam a ação administrativa, e passaram a contar com princípios ou normas jurídicas com grau acentuado de indeterminação,<sup>25</sup> em virtude de o legislador estar “impossibilitado de regulamentar todos os possíveis casos de modo antecipado e em detalhes”,<sup>26</sup> bastando que “as atribuições de poderes pela lei (devam), por sucintas que sejam, ser pelo menos conexas com princípios que possibilitem o seu controle”.<sup>27</sup>

Um de seus resultados é a interpretação do direito conforme a Constituição,<sup>28</sup> tangenciando todos os poderes e autoridades públicas, inclusive a Administração, em que não somente a lei, mas a Constituição orienta a atividade administrativa à juridicidade,<sup>29</sup> impondo, inclusive, os princípios administrativos do artigo 37, caput. Essa “inflação legislativa” do Direito Administrativo na Constituição fez com que não houvesse “praticamente um capítulo do Direito Administrativo que (tivesse) escapado à atenção do Legislador. A Constituição abarcou tudo”,<sup>30</sup> inclusive o direito administrativo sancionador.

Nesse sentido, a Constituição ocupa um espaço público maior e objetiva ser um instrumento ativo entre os poderes estatais, sendo o contrapeso aos excessos e omissões destes. Desse movimento, advém novos instrumentos jurídicos, em contraponto, ao Poder Judiciário, que passa a controlar também as omissões inconstitucionais do poder legislativo e da Administração Pública.<sup>31</sup>

Essas transformações não somente afetaram a ordem jurídica no sentido de re-conformar as instituições, mas, de outro lado, produziu uma ampliação do catálogo de direitos fundamentais previstos no texto constitucional, que não é exaustivo e convive com outros atos normativos que também determinam direitos,<sup>32</sup> produzindo sensível impacto nas relações entre administrado e Administração Pública, instituindo um “modelo radicalmente firmado na defesa e promoção dos direitos fundamentais, expressão jurídica densificadora por excelência do Princípio da Dignidade Humana”.<sup>33</sup>

Destaca-se, assim, a importância de modificação do Princípio da Legalidade, pois a mera vinculação à lei positivada não é mais suficiente e justificável em razão da incorporação de temas relevantes do direito administrativo no texto constitucional bem como em relação à interpretação de seus princípios e institutos com base nestes<sup>34</sup> e, como será apresentado a seguir, em relação ao Direito Administrativo Sancionador,

<sup>25</sup> SOUSA, António Francisco de. *Conceitos indeterminados no Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994.

<sup>26</sup> KRELL, Andreas J. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. *Revista da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região*, [S. l.], n. 8, p. 117-224, 2004.

<sup>27</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 236, p. 51-64, 2004.

<sup>28</sup> Sobre o tema, ver LAURENTIIS, Lucas. *Interpretação conforme a Constituição: conceito, técnicas e efeitos: técnicas decisórias com efeitos aditivos no direito comparado: modelos e casos aplicados no direito brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2012.

<sup>29</sup> MARINO, Tiago Fuchs. *O controle difuso de convencionalidade pela administração pública*. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, [S. l.], 2021. Disponível em: <https://repositorio.ufms.br/handle/123456789/4289>. Acesso em: 13 fev. 2024.

<sup>30</sup> MARRARA, Thiago. As fontes do direito administrativo e o princípio da legalidade. *Revista Digital de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 23-51, 2014.

<sup>31</sup> CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; FARACO, Marina. O bloco de constitucionalidade convencionalizado como paradigma contemporâneo da jurisdição constitucional brasileira. In: CLEVE, Clémerson Merlin (org.). *Jurisdição constitucional em perspectiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

<sup>32</sup> CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; FARACO, Marina. O bloco de constitucionalidade convencionalizado como paradigma contemporâneo da jurisdição constitucional brasileira. In: CLEVE, Clémerson Merlin (org.). *Jurisdição constitucional em perspectiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

<sup>33</sup> CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. O Direito administrativo no divã do Estado Constitucional de Direito: a travessia da legalidade para a juridicidade administrativa. *Revista da ESMEC*, [S. l.], v. 21, n. 27, 2014.

<sup>34</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A convencionalização do direito administrativo na América Latina. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 280, n. 3, p. 207-257, 2021.

esse movimento é exposto com princípios implícitos e expressos na Constituição, a fim de estabelecer uma racionalidade e proteção de direitos fundamentais como o interesse público.<sup>35</sup>

Além disso, esse processo de transformação do Princípio da Legalidade, no direito brasileiro, perpassa também a mudança do status jurídico das decisões judiciais. Especialmente, mas não somente, aquelas advindas do Supremo Tribunal Federal que, no sistema concentrado, detêm o poder vinculante das suas decisões contra a Administração Pública (arts. 102, §10 da CF; 28, §único da Lei 9.868/1999 e 10, §3º., da Lei 9.882/1999), o mesmo ocorrendo, especialmente, no sistema difuso, com as súmulas vinculantes (art. 103-A, caput, da CF). Ou seja, a nova conformação da separação dos poderes contemporânea faz também do Poder Judiciário força invasiva do clássico princípio da legalidade formal.

O Princípio da Legalidade Formal, assim, se transforma. Isso não significa que a lei perdeu importância entre as fontes do Direito Administrativo, mas, sim, que, entre outras fontes, ela desempenha um papel de parte, e não de centro do ordenamento jurídico, pois o Direito Administrativo se submete ao Direito, como um todo, e não à lei, em sentido estrito.

Com o advento da constitucionalização do direito, a Administração Pública vincula-se ao bloco de constitucionalidade, ou seja, obriga-se a seguir não somente a própria Constituição em sentido formal, mas, ainda, o sentido que lhe é atribuído pela jurisprudência, especialmente do Supremo Tribunal Federal.<sup>36</sup> É nesse sentido que se insere o Princípio da Juridicidade Administrativa,<sup>37</sup> advindo da mudança de interpretação do Princípio da Legalidade.<sup>38</sup>

Nesse ambiente em que o bloco de constitucionalidade vincula o Princípio da Juridicidade Administrativa, uma vez que a lei não é mais o único ato que vincula a Administração Pública, faz com que, como se disse, ela se torne um elemento dentro do sistema de juridicidade a ser observado pelo Direito Administrativo. Exige-se que se perceba o papel que desempenham, nesses cenários, em que a pessoa humana passa a ocupar o centro do sistema jurídico,<sup>39</sup> a importância dos direitos humanos reconhecidos pelo Direito Internacional<sup>40</sup> e absorvidos pela ordem jurídica doméstica dos estados nacionais.

Isso porque, como parte do movimento de Constitucionalização do Direito, houve também uma abertura para os direitos internacionais dos direitos humanos, que se constitucionalizaram (Constitucionalização do Direito Internacional),<sup>41</sup> e, no caso da Constituição Federal de 1988, com o artigo 5º, em seu §2º, se retratou bem esse novo cenário, impondo uma cláusula de não tipicidade dos direitos fundamentais para abranger direitos implícitos no texto constitucional e outros advindos de tratados internacionais<sup>42</sup>. Essa relação entre os direitos fundamentais, internos, e direitos humanos, internacionais, somente pode ser de

<sup>35</sup> OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 22, p. 83-126, 2020.

<sup>36</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A convencionalização do direito administrativo na América Latina. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 280, n. 3, p. 207-257, 2021.

<sup>37</sup> MARINO, Tiago Fuchs. *O controle difuso de convencionalidade pela administração pública*. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, [S. l.], 2021. Disponível em: <https://repositorio.ufms.br/handle/123456789/4289>. Acesso em: 13 fev. 2024.

<sup>38</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A convencionalização do direito administrativo na América Latina. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 280, n. 3, p. 207-257, 2021.

<sup>39</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito administrativo de espetáculo: direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

<sup>40</sup> MARINO, Tiago Fuchs. *O controle difuso de convencionalidade pela administração pública*. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, [S. l.], 2021. Disponível em: <https://repositorio.ufms.br/handle/123456789/4289>. Acesso em: 13 fev. 2024.

<sup>41</sup> RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 497-524, 2012.

<sup>42</sup> CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; FARACO, Marina. O bloco de constitucionalidade convencionalizado como paradigma contemporâneo da jurisdição constitucional brasileira. In: CLEVE, Clémerson Merlin (org.). *Jurisdição constitucional em perspectiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

complementaridade, pois “a cisão teórica em relação aos direitos fundamentais representa uma negação de seu processo de formação histórica”<sup>43</sup>, ou seja, não se justifica objetivamente.

Assim, concomitante ao processo de Constitucionalização do Direito, apresenta-se o processo de Conventionalização do Direito, que impõe o paradigma da vinculação jurídica, também, aos tratados e à jurisprudência internacional, além do *jus cogens internacional*. Com isso, incorpora diretrizes do Direito Internacional dos Direitos Humanos, como os princípios da Democracia, do Estado de Direito e da proteção dos Direitos Humanos, com caráter vinculante no sentido da obrigatoriedade jurídica. Emerge, destarte, um *corpus juris* internacional que apresenta parâmetros de aplicação e garantia dos direitos humanos, orientando, também, a Administração em sua função típica, como uma nova ótica das fontes do Direito.<sup>44</sup>

A Constituição e todo o ordenamento jurídico interno submetem-se ao direito internacional dos direitos humanos e condicionam esse sistema aos parâmetros de proteção determinados pelo sistema internacional. Consequentemente, surge a necessidade premente de adequar e acomodar os atos normativos aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado nacional, independentemente de sua posição na hierarquia normativa, submetendo a essa adequação tanto a atividade administrativa quanto a legislativa e judicial.<sup>45</sup>

### 3.1 Vinculação da Administração Pública ao Direito Internacional dos Direitos Humanos – o Sistema Interamericano

O espraiamento do Direito Internacional com a contemporânea expansão da normatividade internacional afeta as áreas mais variadas do Direito, e, diante disso, com “o crescimento das organizações internacionais e dos tratados [...] o direito administrativo ultrapassa as fronteiras do Estado e passa a ser influenciado pelo direito internacional na mesma medida”.<sup>46</sup> Consequência disso é a incorporação do Direito Internacional dos Direitos Humanos pelo Direito Administrativo, sentido como uma grande evolução contemporânea, tratando-se do “[...] farol brilhante que hoje orienta esse processo de fortalecimento do estado de direito constitucional”. Nesse sentido, promove um “desenvolvimento geral muito positivo dos direitos humanos no campo do direito administrativo”.<sup>47</sup>

No caso brasileiro, pode-se verificar que tal expansão normativa internacional ocorreu especialmente a partir da Constituição Federal de 1988, tanto em âmbito global (ONU) quanto regional (OEA e Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos) e, com isso, ampliou-se o rol das instituições e dos direitos que obrigam ao Estado brasileiro.

Importa verificar que as obrigações internacionais do Estado brasileiro decorrem não somente dos tratados específicos de que é signatário, mas, ainda, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, promulgada no Brasil pelo Decreto n.º 7.030, de 14 de dezembro de 2009, que, em seu artigo 27, aponta a proibição de uso da contrariedade do ordenamento jurídico doméstico para não cumprir obrigação jurídica decorrente de tratado internacional.

<sup>43</sup> FERREIRA, Rafael Fonseca; ANADON, Celine Barreto. O diálogo hermenêutico e a pergunta adequada à aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil: caminhos para o processo de internacionalização da Constituição. *Revista de Direito Internacional*, [S. l.], v. 12, n. 2, 2015.

<sup>44</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A convencionalização do direito administrativo na América Latina. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 280, n. 3, p. 207-257, 2021.

<sup>45</sup> CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; FARACO, Marina. O bloco de constitucionalidade convencionalizado como paradigma contemporâneo da jurisdição constitucional brasileira. In: CLEVE, Clémerson Merlin (org.). *Jurisdição constitucional em perspectiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

<sup>46</sup> VIEIRA, Luciane Klein; VEDOVATO, Luís Renato. A relação entre direito interno e direito internacional: os impactos no cotidiano jurídico brasileiro sob a perspectiva da ampliação do bloco de constitucionalidade. *Conpedi Law Review*, [S. l.], v. 1, n. 15, p. 102-119, 2016.

<sup>47</sup> DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. La jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos en la perspectiva del derecho administrativo: especial referencia al caso Gelman vs. Uruguay. *Revista de Investigaciones Constitucionais*, [S. l.], v. 1, p. 103-130, 2019.

No contexto regional, o Brasil reconheceu e aderiu ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), se submetendo à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), acarretando o dever de respeitar e aplicar suas orientações, jurisprudência e atos normativos internamente, o que exige, de forma consequente, a adequação de diversos atores estatais a tais diretrizes, uma vez que todas as atividades desempenhadas pelo Estado podem resultar em violações aos direitos humanos e aos compromissos assumidos internacionalmente, de modo que o Brasil possa ser sancionado por ilícitos internacionais.<sup>48</sup> Ainda no plano normativo, também os artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) fundamentam o dever de os Estados membros adotarem disposições de direito interno para garantir os direitos e liberdades reconhecidos.<sup>49</sup>

Ou seja, o Brasil deve adaptar o seu ordenamento jurídico doméstico, seja mediante leis, atos administrativos,<sup>50</sup> alterando a Constituição, interpretando-a de acordo com os tratados ou mesmo sedimentando uma jurisprudência de acordo aos tratados internacionais de direitos humanos<sup>51</sup> e à jurisprudência internacional.<sup>52</sup>

Sobre a jurisprudência da Corte IDH, é interessante perceber que alguns casos rumorosos do SIDH derivam, justamente, do Direito Administrativo, como se pode perceber em *BAENA, Ricardo y otros vs. Panamá*; *Ivcher Bronstein vs. Perú*, de 6 de febrero de 2001; *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, de 17 de junio de 2005; *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, de 29 de marzo de 2006; *Claude Reyes y otros vs. Chile*, de 19 de setiembre de 2006. Todos eles versam sobre procedimentos administrativos que violaram a Convenção IDH.<sup>53</sup>

Com o reconhecimento da jurisdição da Corte IDH, se verifica a ampliação do bloco de constitucionalidade ao ter sua jurisprudência vinculante, não somente face à interpretação do texto constitucional, mas também diante do dever de realizar controle de convencionalidade.<sup>54</sup>

É por essa razão que, ao adotar o bloco de constitucionalidade como vinculante para a administração pública, entende-se, por conseguinte, que a sua interpretação deve estar de acordo não somente com o texto dos tratados, e da Convenção Americana, por exemplo, mas, também, com a jurisprudência da Corte IDH, ou seja, é nesse sentido que se fala em bloco de constitucionalidade convencionalizado como fonte das decisões tomadas pelo administrador público, pelo juiz e, ainda, pelo legislador.<sup>55</sup>

<sup>48</sup> CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; FARACO, Marina. O bloco de constitucionalidade convencionalizado como paradigma contemporâneo da jurisdição constitucional brasileira. In: CLEVE, Clémerson Merlin (org.). *Jurisdição constitucional em perspectiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

<sup>49</sup> MARINO, Tiago Fuchs. *O controle difuso de convencionalidade pela administração pública*. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, [S. l.], 2021. Disponível em: <https://repositorio.ufms.br/handle/123456789/4289>. Acesso em: 13 fev. 2024.

<sup>50</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Convencionalidad y Derecho Administrativo: interacciones sistémicas en el estado social de derecho que procura la eficacia de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho de gentes. In: MONTAÑA PLATA, Alberto; OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando (ed.). *La constitucionalización del derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014. p. 615-656.

<sup>51</sup> CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; FARACO, Marina. O bloco de constitucionalidade convencionalizado como paradigma contemporâneo da jurisdição constitucional brasileira. In: CLEVE, Clémerson Merlin (org.). *Jurisdição constitucional em perspectiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

<sup>52</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A convencionalização do direito administrativo na América Latina. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 280, n. 3, p. 207-257, 2021.

<sup>53</sup> DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. La jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos en la perspectiva del derecho administrativo: especial referencia al caso Gelman vs. Uruguay. *Revista de Investigações Constitucionais*, [S. l.], v. 1, p. 103-130, 2019.

<sup>54</sup> CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; FARACO, Marina. O bloco de constitucionalidade convencionalizado como paradigma contemporâneo da jurisdição constitucional brasileira. In: CLEVE, Clémerson Merlin (org.). *Jurisdição constitucional em perspectiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

<sup>55</sup> CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; FARACO, Marina. O bloco de constitucionalidade convencionalizado como paradigma contemporâneo da jurisdição constitucional brasileira. In: CLEVE, Clémerson Merlin (org.). *Jurisdição constitucional em perspectiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

### 3.2 Interrelação entre o direito doméstico e o direito internacional

É importante estabelecer que o processo de constitucionalização do Direito, quando traz para si, em seu bloco de constitucionalidade, os textos dos tratados internacionais e a jurisprudência da Corte IDH (bloco de convencionalidade) não afirma, de modo algum, a superioridade, no sentido hierárquico, das normas (texto interpretado)<sup>56</sup> do Direito Internacional dos Direitos Humanos,<sup>57</sup> o que significa que, no caso concreto, não há hierarquia *prima facie*, entre o direito internacional e o direito doméstico. Ou seja, tal exame de precedência somente será feito após a realização dos processos de interpretação, quando todos os sentidos estão disponíveis ao intérprete.

No caso da integração entre direitos humanos, estabelecidos em tratados internacionais, e direitos fundamentais, existentes na Constituição, implícita ou explicitamente (art. 5, §2º, CF), importa entender que essa interrelação exige uma análise do *quantum* de proteção cada qual deles impõe. Assim, somente após tal análise é possível que se decida pela prevalência, no caso concreto, das normas, internacionais ou nacionais. Trata-se da decorrência do artigo 29 da CADH que estabelece as normas de interpretação de modo a obstar interpretações restritivas aos direitos previstos no documento, além do seu artigo 68.1, que dispõe sobre o compromisso dos Estados membros no cumprimento de decisões emanadas pela Corte IDH. E essa obrigatoriedade jurídica decorre, no plano normativo, do artigo 1º do Decreto n.º 4.463/2002, que submete o Brasil à jurisdição da CIDH, de pleno direito e por prazo indeterminado, com competência para todos os casos de interpretação ou aplicação da CADH.<sup>58</sup>

Essa nova postura estatal tem como consequência a redefinição das fontes de direito e a afirmação cooperativa dos direitos, humanos e fundamentais, e instituições em plano internacional, formando um sistema multinível de direitos humanos com diversos atos normativos e uma pluralidade de ordenamentos, configurando-se como uma rede complexa e diversa abrangendo muitas instituições e sistemas jurídicos,<sup>59</sup> objetivando a maior proteção possível da dignidade humana.<sup>60</sup>

Nesse cenário, o reconhecimento da jurisdição da CIDH gera o diálogo entre o ordenamento interno e o direito internacional por meio de um amplo diálogo entre ordens jurídicas. O órgão passa a ter a função de produzir parâmetros de interpretação de proteção dos direitos humanos que orientam os Estados em sua garantia, além de julgar casos concretos, trazendo o dever de compatibilizar os atos jurídicos internos do Estado com o *corpus juris* interamericano por meio do controle difuso de convencionalidade.<sup>61</sup>

### 3.3 Princípio da juridicidade e o bloco de constitucionalidade convencionalizado

Tal *corpus juris* interamericano abrange não somente atos normativos, mas também a jurisprudência da Corte IDH como parâmetro de interpretação do texto constitucional brasileiro. Em consequência, amplia-

<sup>56</sup> CLÈVE, Clémerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Interpretação constitucional: entre dinâmica e integridade. *Sequência*, Florianópolis, p. 67-92, 2016.

<sup>57</sup> BORGES, Thiago Carvalho. O monitoramento e fiscalização do cumprimento das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a relação heterárquica entre o direito internacional e o direito brasileiro. *Revista de Direito Internacional*, [S. l.], v. 19, n. 1, 2022.

<sup>58</sup> CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; FARACO, Marina. O bloco de constitucionalidade convencionalizado como paradigma contemporâneo da jurisdição constitucional brasileira. In: CLEVE, Clémerson Merlin (org.). *Jurisdição constitucional em perspectiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

<sup>59</sup> VON BOGDANDY, Armin; URUEÑA, René. Constitucionalismo transformador internacional na América Latina. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 11, n. 2, 2021.

<sup>60</sup> BORGES, Bruno Barbosa; PIOVESAN, Flávia. O diálogo inevitável interamericano e a construção do *ius constitutionale* commune. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, [S. l.], v. 24, n. 3, p. 5-26, 2019.

<sup>61</sup> MACGREGOR, Eduardo Ferrer. El control difuso de convencionalidad por los jueces Latinoamericanos: evolución de la doctrina de la corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista "Cuadernos Manuel Giménez Abad"*, [S. l.], n. 2, p. 1-3, 2011.

-se o bloco de constitucionalidade uma vez que essa jurisprudência passa a ser considerada no processo decisório<sup>62</sup> também da administração pública.<sup>63</sup>

Suas sentenças produzem um “standard mínimo regional de efetividade dos direitos humanos, que passa a conformar as atividades jurisdicionais, legislativas e administrativas de todos os Estados que compõem o SIDH.”<sup>64</sup> E, como consequência, a constituição estatal torna-se convencionalizada:<sup>65</sup> conformada e complementada com os tratados internacionais de direitos humanos e a jurisprudência da Corte IDH, de modo a melhor proteger a pessoa humana.<sup>66</sup>

O controle de convencionalidade é um instrumento para aplicação dos direitos internacionais em âmbito interno e integra os diferentes ordenamentos jurídicos, exigindo que os atores estatais (legislador, juiz e administrador público) tomem conhecimento do direito internacional dos direitos humanos e da jurisprudência da CIDH, considerando os dois âmbitos do direito como o vigente e aplicável,<sup>67</sup> o que decorre da jurisprudência sedimentada da Corte IDH, que, no caso *Vélez Loor vs. Panamá* em 2010, afirmou que ele deve ser feito “órgãos de qualquer dos poderes cujas autoridades desempenhem funções jurisdicionais” (§287)<sup>68</sup> e que, em 2011, no caso *Gelman vs. Uruguai*, determinou que “[...] deve primar um ‘controle de convencionalidade’, que é função e tarefa de qualquer autoridade pública e não apenas do Poder Judiciário” (§239).<sup>69</sup>

Nessas sentenças há o entendimento do dever de realizar o controle de convencionalidade por demais órgãos estatais, que têm nesse instrumento o meio para garantir os direitos assegurados nos tratados internacionais por meio da tutela administrativa dos direitos humanos.<sup>70</sup>

Em 2012, a sentença do caso *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador* determinou que o dever de respeitar a CADH “vincula todos os poderes e órgãos estatais”, estes obrigados a realizarem o controle de convencionalidade de ofício entre as normas internas e a CADH.<sup>71</sup>

Portanto, para efetivação da proteção disposta na CADH, é necessária a realização do controle de convencionalidade dos atores estatais de modo a analisar a compatibilidade do ato normativo interno com as disposições internacionais. Esse instrumento de controle deve ser exercido de modo difuso, ou seja, por autoridades públicas no âmbito interno dos estados, em todos os poderes.<sup>72</sup>

<sup>62</sup> CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; FARACO, Marina. O bloco de constitucionalidade convencionalizado como paradigma contemporâneo da jurisdição constitucional brasileira. In: CLEVE, Clémerson Merlin (org.). *Jurisdição constitucional em perspectiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

<sup>63</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A convencionalização do direito administrativo na América Latina. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 280, n. 3, p. 207-257, 2021.

<sup>64</sup> MARINO, Tiago Fuchs. *O controle difuso de convencionalidade pela administração pública*. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, [S. l.], 2021. Disponível em: <https://repositorio.ufms.br/handle/123456789/4289>. Acesso em: 13 fev. 2024.

<sup>65</sup> SAGÜÉS, Néstor Pedro. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: a propósito de la “constitución convencionalizada”. *Parlamento y Constitución: anuario*, [S. l.], n. 14, p. 143-152, 2011.

<sup>66</sup> AGUILAR CAVALLO, Gonzalo; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. El principio favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y de preferencia normativa. *Revista de Derecho Público*, [S. l.], v. 84, p. 13-43, 2016.

<sup>67</sup> GUSSOLI, Felipe Klein. *Controle de convencionalidade pela função administrativa do Estado*. 2023. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná, [S. l.], 2023.

<sup>68</sup> MARINO, Tiago Fuchs. *O controle difuso de convencionalidade pela administração pública*. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, [S. l.], 2021. Disponível em: <https://repositorio.ufms.br/handle/123456789/4289>. Acesso em: 13 fev. 2024.

<sup>69</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_221\\_esp1.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf). Acesso em: 21 abr. 2024.

<sup>70</sup> GUSSOLI, Felipe Klein. *Controle de convencionalidade pela função administrativa do Estado*. 2023. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná, [S. l.], 2023.

<sup>71</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Massacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Disponível em: [https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_252\\_esp.pdf](https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_252_esp.pdf).

<sup>72</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A convencionalização do direito administrativo na América Latina. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 280, n. 3, p. 207-257, 2021.

A Administração Pública, assim, passa por um processo de convencionalização, a fim de se adequar aos compromissos internacionais assumidos sobre os direitos humanos e evitar a responsabilização estatal, e, com isso, o Princípio da Juridicidade torna-se convencionalizado. O Direito Administrativo tem, entre seus principais desafios, atualmente, repensar e redesenhar instituições estatais para preservar os direitos fundamentais. E compreender o papel que o direito internacional dos direitos humanos desempenha nesse cenário é o centro da preocupação ao reconstruir o Princípio da Juridicidade. A “legalidade administrativa” perpassa, portanto, o pluralismo internacional de atos normativos e não se restringe mais ao âmbito nacional e à Constituição.<sup>73</sup>

Por isso, a Administração Pública, nos limites de suas competências, deve tomar parte na implementação do Direito Internacional no âmbito interno<sup>74</sup> e isso demanda que o Princípio da Juridicidade afirme deveres jurídicos mais exigentes à Administração. O ponto central de preocupação é reformular o direito administrativo seguindo as bases do Estado Convencional de Direito.<sup>75</sup> Isso porque o Princípio Juridicidade demanda adequação do direito interno às normas internacionais de direitos humanos para a máxima proteção da pessoa humana. Há uma ampliação dos deveres jurídicos que a Administração detém com a vinculação ao bloco de constitucionalidade convencionalizado, pois inaugura, por conseguinte, a dever de respeitar um Princípio da Juridicidade convencionalizado.<sup>76</sup>

Desse modo, a vinculação da Administração Pública deve ser (i) à constitucionalidade, (ii) à convencionalidade, e (iii) à legalidade que se transformou em juridicidade, considerando o ordenamento jurídico de forma a abandonar a lei estrita, e de modo a legitimar a atividade estatal e torná-la um instrumento interno de proteção à pessoa humana.<sup>77</sup> Para isso, os direitos fundamentais precisam ser “relidos” a partir da sua aproximação com os direitos humanos e a interpretação deve ocorrer no sentido de maximizar a proteção da pessoa ou, de outro lado, minimizar as restrições aos seus direitos fundamentais (Princípio *Pro Persona*).<sup>78</sup> Incentiva-se o diálogo e a integração dos âmbitos internos e internacionais do direito com a finalidade de adequação e efetividade sobre as obrigações assumidas nos tratados internacionais, tido como um instrumento para garantir cobertura protetiva aos direitos fundamentais, o que ocorre, também, para honrar os compromissos jurídicos internacionais de modo a evitar a responsabilização estatal,<sup>79</sup> e isso diz respeito a normas, parâmetros, jurisprudência, *standards* e diretrizes advindos do *corpus juris* interamericano que incidem e vinculam as atividades estatais.

<sup>73</sup> MARINO, Tiago Fuchs. *O controle difuso de convencionalidade pela administração pública*. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, [S. l.], 2021. Disponível em: <https://repositorio.ufms.br/handle/123456789/4289>. Acesso em: 13 fev. 2024.

<sup>74</sup> MOLINA HERNÁNDEZ, Mario. Administración pública y control de convencionalidad: problemas y desafíos. *Revista Euro-latinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, v. 5, n. 2, p. 287-299, jul./dez. 2018.

<sup>75</sup> FUENTES CONTRERAS, Édgar Hernán. Del Estado constitucional al Estado convencional de Derecho: estudio preliminar sobre el modelo del Estado Convencional de Derecho, en el contexto latinoamericano. *Revista jurídica digital UANDES*, [S. l.], v. 3, n. 2, p. 13-42, 2019.

<sup>76</sup> CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; FARACO, Marina. O bloco de constitucionalidade convencionalizado como paradigma contemporâneo da jurisdição constitucional brasileira. In: CLEVE, Clémerson Merlin (org.). *Jurisdição constitucional em perspectiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

<sup>77</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A convencionalização do direito administrativo na América Latina. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 280, n. 3, p. 207-257, 2021.

<sup>78</sup> CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; VÉRAS, Gustavo Rodrigues. Constitucionalismo multinível, sistema heterárquico e diálogo entre cortes no constitucionalismo latino-americano. *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos*, [S. l.], v. 14, n. 2, p. 180-202, 2021.

<sup>79</sup> MARINO, Tiago Fuchs. *O controle difuso de convencionalidade pela administração pública*. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, [S. l.], 2021. Disponível em: <https://repositorio.ufms.br/handle/123456789/4289>. Acesso em: 13 fev. 2024.

## 4 O Direito Administrativo Sancionador e o Princípio da Juridicidade Convencionalizado

Esse arcabouço construído deve ser, por decorrência, aplicado ao Direito Administrativo Sancionador, campo que anseia limitar o poder estatal no seu relacionamento com aqueles com quem se relaciona, o que demonstra a necessidade de maior consideração e aplicação do Princípio da Juridicidade Convencionalizado.

Considerando-se tal interesse, houve uma intensa produção legislativa de instrumentos controladores para instituir burocracias estatais, procedimentos e sanções. Estas, como meios de controle para punir agentes públicos e privados que se opõem ao interesse público.<sup>80</sup> Diante desse contexto, sanção pode ser definida como repressão e “uma penalidade aplicada a alguém em decorrência de conduta irregular.”<sup>81</sup> Advinda do poder punitivo do Estado, toda aplicação sancionatória restringe direitos do indivíduo punido e precisa, por conseguinte, ser fruto de uma análise “global” do ordenamento jurídico que passa, também, pelo direito internacional dos direitos humanos.<sup>82</sup>

Especificamente no campo sancionatório, um dos problemas mais reiterados diz respeito à questão da regulação das condutas ilícitas mediante leis com conceitos jurídicos indeterminados.<sup>83</sup> Esse problema tem sido referido, por exemplo (i) na Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992) que, em seu artigo 11º, dispõe constituir ato de improbidade administrativa àquele “que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade [...]”;<sup>84</sup> (ii) na Lei do Processo Administrativo Federal (Lei 9.784/1999), que, em seu artigo 2º, estabelece que a “Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos Princípios da Legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”;<sup>85</sup> e (iii) na Lei do Regime Jurídico dos Servidores Públicos (8.112/1990) que, em seu artigo 132, V, determina a demissão nos casos de “incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição”.<sup>86</sup>

Esses dispositivos mencionados, que são somente alguns dos tantos outros assim redigidos, preveem condutas abertas, amplas, imprecisas e com conceitos jurídicos indeterminados, o que demanda da autoridade sancionadora uma elevada carga de discricionariedade para aplicar a sanção.<sup>87</sup>

No entanto, é comum observar o entendimento que não se aplica ao Princípio da Tipicidade no campo sancionador e que estes poderiam ser tipos legais abertos, descritos por meio de conceitos jurídicos indeterminados, uma vez que a Administração dispõe de alguma “margem de apreciação no enquadramento da falta dentre os ilícitos previstos na lei.”<sup>88</sup> Determina-se que é suficiente que a lei estabeleça a infração de modo genérico para que a autoridade administrativa aplique a sanção, por meio da discricionariedade.<sup>89</sup> O cenário

<sup>80</sup> GABRIEL, Yasser. *Sanções do direito administrativo*. São Paulo: Almedina, 2023.

<sup>81</sup> GABRIEL, Yasser. *Sanções do direito administrativo*. São Paulo: Almedina, 2023.

<sup>82</sup> RESENDE, Augusto Cesar Leite de; MOLINARO, Carlos Alberto. A interamericanização do direito administrativo sancionador brasileiro: reflexões sobre o princípio da tipicidade da infração disciplinar a partir do diálogo judicial internacional. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 76, p. 153-173, abr./jun. 2019.

<sup>83</sup> NOHARA, Irene Patrícia. Conceitos jurídicos indeterminados e delimitação concreta da discricionariedade administrativa no pós-positivismo. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, [S. l.], v. 71, p. 167-193, 2010.

<sup>84</sup> PEIXOTO, Geovane de Mori. *Segurança jurídica e a tipificação de condutas para caracterização do ilícito de improbidade administrativa por violação de princípios*. 2017. Dissertação (Doutorado em Direito Público) - Universidade Federal da Bahia, [S. l.], 2017.

<sup>85</sup> PEIXOTO, Geovane de Mori. *Segurança jurídica e a tipificação de condutas para caracterização do ilícito de improbidade administrativa por violação de princípios*. 2017. Dissertação (Doutorado em Direito Público) - Universidade Federal da Bahia, [S. l.], 2017.

<sup>86</sup> GUSSOLI, Felipe Klein. *Controle de convencionalidade pela função administrativa do Estado*. 2023. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Universidade Federal do Paraná, [S. l.], 2023.

<sup>87</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A teoria dos conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade técnica. *Revista Direito UFMS*, [S. l.], v. 1, n. 1, 2015.

<sup>88</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

<sup>89</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

prático é exatamente o previsto uma vez que, como demonstrado, os tipos jurídicos são indeterminados e dispõe sobre: conduta escandalosa, incontinência pública e deveres baseados em princípios.

No entanto, ao considerar a Constitucionalização e Convencionalização do Direito, não é suficiente que os ilícitos administrativos sejam previstos observando, apenas, o Princípio da Legalidade, mediante condutas genéricas. Nessa conjuntura, demanda-se a tipicidade por meio de normas claras e precisas, para garantir a maior proteção da pessoa humana, de forma que o direito possa ser entendido pelos administrados e, então, observado.<sup>90</sup>

Tais normas também estão vinculadas aos direitos fundamentais na Constituição, por isso decorre da legalidade o Princípio da Tipicidade, que garante a segurança jurídica em razão da previsibilidade das normas e suas consequências advindas das condutas públicas.<sup>91</sup> Nesse sentido, o Princípio da Juridicidade convencionalizado considera o artigo 9 da CADH, que prevê o Princípio da Legalidade, tipicidade e retroatividade no âmbito do direito administrativo, a fim de aplicar a norma mais benéfica ao sancionado, uma vez que há restrições aos direitos individuais quando há incidência das sanções, que caracteriza o poder punitivo estatal.<sup>92</sup>

Portanto, é possível inferir que esse *modus operandi* da Administração Pública, por meio da legalidade ampla e indeterminada, viola a Convenção Americana, pois permite uso discricionário e arbitrário das sanções, fruto dos tipos normativos abertos, uma vez que o tratado internacional demanda previsões claras e precisas das condutas.<sup>93</sup>

O mesmo decorre da jurisprudência da Corte IDH. Em 2015, no caso *López Lone e outros vs. Honduras*,<sup>94</sup> a Corte IDH entendeu pela violação do dispositivo 9º da CADH diante de tipos legais muito abertos, imprecisos e indeterminados ou amplos, que afetem sanções disciplinares, em razão da possibilidade de seu uso para abusos ou arbitrariedades com a possibilidade da incidência de concepções pessoais, que geram limitações de direitos, implicando uma politização do aparato sancionador e menor relevância para aos direitos fundamentais e garantias processuais.<sup>95</sup> Nesse caso, a Corte IDH reconheceu que os princípios da tipicidade, legalidade e retroatividade devem ser atendidos no campo sancionador do direito administrativo em razão da expressão do poder punitivo estatal presente, pois implicam restrição de direitos.<sup>96</sup>

Logo, a Corte IDH entendeu que, em uma democracia, é preciso expressar as precauções para que as medidas sejam adotadas com respeito aos direitos fundamentais conjuntamente a uma verificação cuidadosa da efetiva existência de uma conduta ilícita.<sup>97</sup> O poder punitivo deve ser orientado por valores democráticos com base na dignidade humana.<sup>98</sup>

<sup>90</sup> RESENDE, Augusto Cesar Leite de; MOLINARO, Carlos Alberto. A interamericanização do direito administrativo sancionador brasileiro: reflexões sobre o princípio da tipicidade da infração disciplinar a partir do diálogo judicial internacional. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 76, p. 153-173, abr./jun. 2019.

<sup>91</sup> RESENDE, Augusto Cesar Leite de; MOLINARO, Carlos Alberto. A interamericanização do direito administrativo sancionador brasileiro: reflexões sobre o princípio da tipicidade da infração disciplinar a partir do diálogo judicial internacional. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 76, p. 153-173, abr./jun. 2019.

<sup>92</sup> RESENDE, Augusto Cesar Leite de; MOLINARO, Carlos Alberto. A interamericanização do direito administrativo sancionador brasileiro: reflexões sobre o princípio da tipicidade da infração disciplinar a partir do diálogo judicial internacional. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 76, p. 153-173, abr./jun. 2019.

<sup>93</sup> GUSSOLI, Felipe Klein. *Controle de convencionalidade pela função administrativa do Estado*. 2023. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná, [S. l.], 2023.

<sup>94</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso López Lone e outros vs. Honduras*. Sentença de 05 de outubro de 2015. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_302\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_302_esp.pdf). Acesso em: 21 abr. 2024.

<sup>95</sup> SANTOS, Fanuel Souza dos; JOSEPH, Felipe dos Santos; ARRUDA, Rejane Alves de. A constitucionalização do direito administrativo sancionador. *Revista Auditorium*, Rio de Janeiro, v. 26, p. 8-30, mar./jun. 2022.

<sup>96</sup> RESENDE, Augusto Cesar Leite de; MOLINARO, Carlos Alberto. A interamericanização do direito administrativo sancionador brasileiro: reflexões sobre o princípio da tipicidade da infração disciplinar a partir do diálogo judicial internacional. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 76, p. 153-173, abr./jun. 2019.

<sup>97</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso López Lone e outros vs. Honduras*. Sentença de 05 de outubro de 2015. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_302\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_302_esp.pdf). Acesso em: 21 abr. 2024.

<sup>98</sup> SANTOS, Fanuel Souza dos; JOSEPH, Felipe dos Santos; ARRUDA, Rejane Alves de. A constitucionalização do direito administrativo sancionador. *Revista Auditorium*, Rio de Janeiro, v. 26, p. 8-30, mar./jun. 2022.

Destaca-se o caso *Baena, Ricardo e outros vs. Panamá*, de 2001, em que a Corte IDH entendeu que as garantias processuais presentes no artigo 8 da CADH e o Princípio da Legalidade do artigo 9º se aplicam ao direito administrativo sancionador, uma vez que estas são uma expressão do poder punitivo estatal, o mesmo ocorrendo com o devido processo legal, em que a Corte IDH reconhece sua vigência em processos administrativos sancionatórios.<sup>99</sup>

No que toca a uma hermenêutica adequada, o Direito Administrativo sancionador dispõe da prerrogativa material de implementar sanções a bens constitucional e convencionalmente previstos, à proteção da pessoa humana, no que diz respeito à sua integridade física (conforme artigo 5º da CADH e artigo 5º, XLIX da Constituição), da sua propriedade (segundo artigo 21 da CADH e artigo 5º, XXII da Constituição), da sua privacidade, dentre outros direitos contidos no bloco de constitucionalidade convencionalizado. Por essa razão, demanda-se de quem decide uma leitura protetiva em sentido amplo, ou seja, aplica-se a interpretação mais vantajosa para o administrado, como decorrência do Princípio *Pro Persona*. Foi assim que a Corte IDH entendeu em 2005, no caso *Massacre de Mapiripán vs. Colômbia*, segundo o artigo 29 da CADH, em que a interpretação da Convenção deve ser orientada para a tutela mais favorável aos direitos fundamentais, de acordo com o Princípio da Norma mais favorável ao ser humano.<sup>100</sup>

Isso não significa o alargamento do protetivismo ou da impunidade, mas, sim, que, havendo discricionariedade por parte do administrador, para aplicar sanção, podendo escolher entre opções interpretativas, deve fazê-lo no sentido mais protetivo ou menos restritivo dos direitos da pessoa humana envolvidos, segundo o Princípio *Pro Persona*.

## 5 Considerações finais

Tendo em vista que o Direito Administrativo tem, entre seus objetivos, o controle do abuso do poder estatal, a transformação desses mecanismos exige que também se substituam as fontes jurídicas que dão suporte às decisões tomadas pelo legislador, pelo juiz e pela administração pública, por consequência.

O Princípio da Legalidade, surgido para o controle, mediante decisões fundadas na soberania popular, nos representantes do povo, ocupou um papel fundamental nesse sentido, pois espelha um avanço fundamental em direção à colegialidade das decisões que têm por objetivo restringir direitos.

Todavia, os mecanismos de controle e abuso do poder estatal se transformaram, concomitantemente, ao processo de transformação das funções estatais. Primeiramente, observou-se um movimento de constitucionalização do Direito, inclusive do Direito Administrativo, que levou à Constituição parte dos conjuntos temáticos desse campo do Direito. E a Constituição, assim, ao adquirir força normativa alargada, exigiu que passasse, além da Lei, mas sobre ela, que se pensasse e fundasse decisões nas normas jurídicas dela decorrente. Com isso, passou a redefinir o antigo conceito de legalidade para, entre outros, se falar em Princípio da Juridicidade.

Tal Princípio da Juridicidade, ainda, precisa ser entendido juntamente à expansão da atividade judicial e do papel da sua jurisprudência como fonte a adquirir importância maior no quadro da teoria das fontes. O Princípio da Juridicidade, assim, deve unir a lei, a Constituição e, por conseguinte, a jurisprudência sedimentada sobre tais outras fontes.

A constitucionalização do Direito Administrativo, assim, deve considerar tais movimentos, inicialmente.

<sup>99</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Ricardo Baena y otros vs. Panamá*. Sentencia de 02 de febrero de 2001. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_72\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_72_esp.pdf). Acesso em: 21 abr. 2024.

<sup>100</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Massacre de Mapiripán vs. Colombia*. Sentencia de 15 de setiembre de 2005. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf). Acesso em: 21 abr. 2024.

Ademais, a Constituição, especialmente a partir da segunda metade do século passado, começou a integrar com outros mecanismos de controle do abuso de poder, agora de natureza internacional. Com isso, observou-se o processo de Convencionalização do Direito, o qual, à medida que se expandia, necessitava integrar-se ao processo de constitucionalização do Direito. Nesse sentido, a interpretação da Constituição Convencionalizada exige que não somente os tratados internacionais, mas, também, a jurisprudência internacional sejam integradas mediante um processo de composição que o intérprete deve fazer no processo de decidir sobre o que está a decidir.

Com isso, se verifica que, com as transformações ocorridas no âmbito do Direito Administrativo, em relação às suas fontes, há uma transformação do Princípio da Legalidade, que se mostra insuficiente para proteger os direitos da pessoa humana em razão da crise da lei formal. Demanda-se que o Princípio da Juridicidade também seja convencionalizado, resultando em vinculação para a Administração Pública. Nesse cenário, lei, Constituição, jurisprudência nacional devem conviver, harmonicamente, com os tratados internacionais de direitos humanos e com a jurisprudência, especialmente da Corte IDH.

O Princípio da Juridicidade convencionalizado é fruto dessa integração normativa, textual e jurisprudencial e implica o reconhecimento, pelos atores estatais, do arcabouço de proteção multinível e do pluralismo de ordens jurídicas que objetivam proteger os direitos fundamentais e a máxima proteção da dignidade da pessoa humana. Logo, o Princípio da Legalidade estrita se mostra ineficiente, diante desse novo cenário, para vincular e orientar a administração.

Consequentemente, o Direito Administrativo Sancionador parcela do Direito Administrativo que se dedica a sujeitar o administrado a restrições a seus direitos fundamentais. Deve, assim, como campo que está entre aqueles em que o abuso do poder é uma possibilidade, especialmente por decorrência do uso cada vez mais reiterado de regulações com elevado grau de indeterminação, com aumento da discricionariedade daquele que decide, deve se submeter a essa diversidade de fontes jurídicas.

Nesse cenário, aquele que decide em matérias de restrição de direitos fundamentais não pode prescindir de toda essa conjugação fontes e, ainda, precisa estar atento, no processo que leva à decisão final, em decidir pelos sentidos que melhor protejam o administrado, seja restringindo menos seus direitos, seja os protegendo com maior intensidade, como decorre do artigo 29 da CADH, que afirma o Princípio *Pro Persona*.

No âmbito do direito administrativo sancionador, a clareza da regulação para a imposição da sanção e proteção eficiente dos direitos fundamentais do administrado são elementos centrais nesse processo em direção à melhor proteção da pessoa humana e à adequação de tratados e jurisprudência internacional da Corte IDH.

## Referências

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. El principio favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y de preferencia normativa. *Revista de Derecho Público*, [S. l.], v. 84, p. 13-43, 2016.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 236, p. 51-64, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 31-63.

BORGES, Bruno Barbosa; PIOVESAN, Flávia. O diálogo inevitável interamericano e a construção do ius constitutionale commune. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, [S. l.], v. 24, n. 3, p. 5-26, 2019.

BORGES, Thiago Carvalho. O monitoramento e fiscalização do cumprimento das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a relação heterárquica entre o direito internacional e o direito brasileiro. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 19, n. 1, 2022.

CARVALHO, Alexander Perazo Nunes de. Convencionalização do direito civil: a aplicação dos tratados e convenções internacionais no âmbito das relações privadas. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, 2015.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Interpretação constitucional: entre dinâmica e integridade. *Sequência*, Florianópolis, p. 67-92, 2016.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; FACHIN, Melina Girardi. A progressiva superação da regulação do crime de desacato na América Latina: diálogos entre o doméstico e o internacional. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 11, n. 2, 2021.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; FARACO, Marina. O bloco de constitucionalidade convencionalizado como paradigma contemporâneo da jurisdição constitucional brasileira. In: CLEVE, Clèmerson Merlin (org.). *Jurisdição constitucional em perspectiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; VÉRAS, Gustavo Rodrigues. Constitucionalismo multinível, sistema heterárquico e diálogo entre cortes no constitucionalismo latino-americano. *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos*, [S. l.], v. 14, n. 2, p. 180-202, 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_221\\_esp1.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf). Acesso em: 21 abr. 2024.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso López Lone e outros vs. Honduras*. Sentença de 05 de outubro de 2015. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_302\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_302_esp.pdf). Acesso em: 21 abr. 2024.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso massacre de Mapiripán vs. Colômbia*. Sentencia de 15 de setembro de 2005. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf). Acesso em: 21 abr. 2024.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Ricardo Baena y otros vs. Panamá*. Sentença de 02 de fevereiro de 2001. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_72\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_72_esp.pdf). Acesso em: 21 abr. 2024.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. O direito administrativo no divã do Estado Constitucional de Direito: a travessia da legalidade para a juridicidade administrativa. *Revista da ESMESEC*, [S. l.], v. 21, n. 27, 2014.

DEZAN, Sandro Lúcio; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. A ilusória amorfia do processo administrativo sancionador: o princípio da instrumentalidade das formas vs. as finalidades do processo, sob o amparo da ética, da moral e da complexidade. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, [S. l.], n. 50, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. *Atualidades Jurídicas*: Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 83-106, jan./jun. 2012.

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

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. La jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos en la perspectiva del derecho administrativo: especial referencia al caso Gelman vs. Uruguay. *Revista de Investigaciones Constitucionais*, [S. l.], v. 1, p. 103-130, 2019.

EISENMANN, Charles. O direito administrativo e o princípio da legalidade. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 56, p. 47-70, 1959.

FERREIRA, Rafael Fonseca; ANADON, Celine Barreto. O diálogo hermenêutico e a pergunta adequada à aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil: caminhos para o processo de internacionalização da Constituição. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, 2015.

FUENTES CONTRERAS, Édgar Hernán. Del Estado constitucional al Estado Convencional de Derecho: estudio preliminar sobre el modelo del Estado Convencional de Derecho, en el contexto latinoamericano. *Revista Jurídica Digital UANDES*, [S. l.], v. 3, n. 2, p. 13-42, 2019.

GABRIEL, Yasser. *Sanções do Direito Administrativo*. São Paulo: Almedina, 2023.

GARCÍA PELAYO, Manuel. Estado legal y Estado constitucional de Derecho. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, [S. l.], v. 82, p. 31-45, 1991.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A teoria dos conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade técnica. *Revista Direito UFMS*, [S. l.], v. 1, n. 1, 2015.

GUSSOLI, Felipe Klein. *Controle de convencionalidade pela função administrativa do Estado*. 2023. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Universidade Federal do Paraná, [S. l.], 2023.

HACHEM, Daniel Wunder. A convencionalização do direito administrativo na América Latina. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 280, n. 3, p. 207-257, 2021.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Safe, 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito administrativo de espetáculo: direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

KRELL, Andreas J. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. *Revista da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região*, [S. l.], n. 8, p. 117-224, 2004.

LAURENTIIS, Lucas. *Interpretação conforme a Constituição: conceito, técnicas e efeitos: técnicas decisórias com efeitos aditivos no direito comparado: modelos e casos aplicados no direito brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2012.

MACGREGOR, Eduardo Ferrer. El control difuso de convencionalidad por los jueces Latinoamericanos: evolución de la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista "Cuadernos Manuel Giménez Abad"*, [S. l.], n. 2, p. 1-3, 2011.

MARINO, Tiago Fuchs. *O controle difuso de convencionalidade pela administração pública*. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, [S. l.], 2021. Disponível em: <https://repositorio.ufms.br/handle/123456789/4289>. Acesso em: 13 fev. 2024.

MARRARA, Thiago. As fontes do direito administrativo e o princípio da legalidade. *Revista Digital de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 23-51, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

MOLINA HERNÁNDEZ, Mario. Administración pública y control de convencionalidad: problemas y desafíos. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, v. 5, n. 2, p. 287-299, jul./dez. 2018.

NOHARA, Irene Patrícia. Conceitos jurídicos indeterminados e delimitação concreta da discricionariedade administrativa no pós-positivismo. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, [S. l.], v. 71, p. 167-193, 2010.

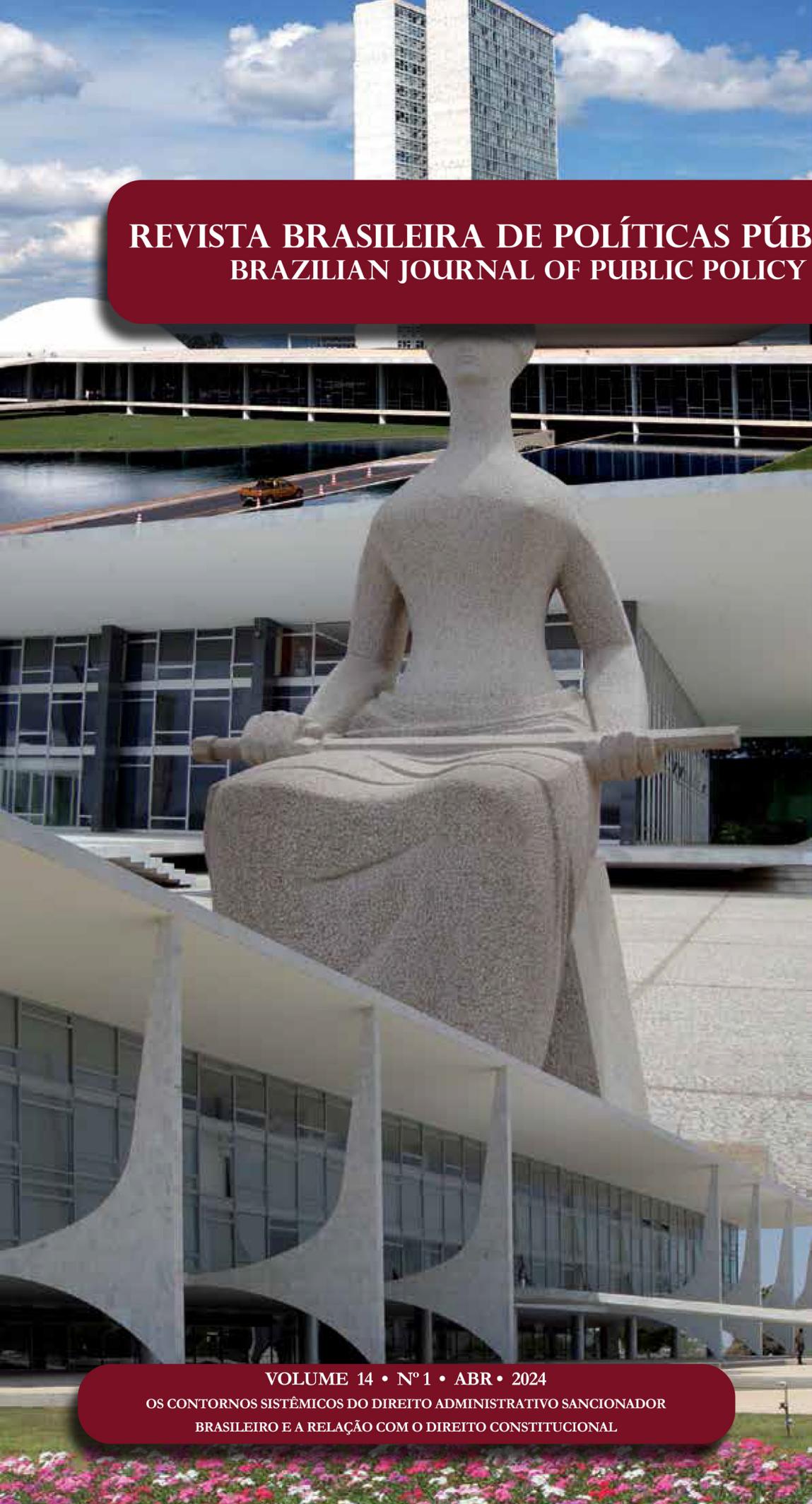
OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 22, p. 83-126, 2020.

- OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- PEIXOTO, Geovane de Mori. *Segurança jurídica e a tipificação de condutas para caracterização do ilícito de improbidade administrativa por violação de princípios*. 2017. Dissertação (Doutorado em Direito Público) - Universidade Federal da Bahia, [S. l.], 2017.
- RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, São Paulo, p. 497-524, 2012.
- RESENDE, Augusto Cesar Leite de; MOLINARO, Carlos Alberto. A interamericanização do direito administrativo sancionador brasileiro: reflexões sobre o princípio da tipicidade da infração disciplinar a partir do diálogo judicial internacional. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 76, p. 153-173, abr./jun. 2019.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: a propósito de la “constitución convencionalizada”. *Parlamento y Constitución*: anuario, [S. l.], n. 14, p. 143-152, 2011.
- SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Convencionalidad y Derecho Administrativo: interacciones sistémicas en el estado social de derecho que procura la eficacia de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho de gentes. In: MONTAÑA PLATA, Alberto; OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando (ed.). *La constitucionalización del derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014. p. 615-656.
- SANTOS, Fanuel Souza dos; JOSEPH, Felipe dos Santos; ARRUDA, Rejane Alves de. A constitucionalização do direito administrativo sancionador. *Revista Auditorium*, Rio de Janeiro, v. 26, p. 8-30, mar./jun. 2022.
- SOUSA, António Francisco de. *Conceitos indeterminados no direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994.
- TÁCITO, Caio. Princípio de legalidade e poder de polícia. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 242, p. 191-198, 2005.
- VALIM, Rafael Ramires Araujo. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*. 2009. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.
- VIEIRA, Luciane Klein; VEDOVATO, Luís Renato. A relação entre direito interno e direito internacional: os impactos no cotidiano jurídico brasileiro sob a perspectiva da ampliação do bloco de constitucionalidade. *Compedi Law Review*, [S. l.], v. 1, n. 15, p. 102-119, 2016.
- VON BOGDANDY, Armin; URUEÑA, René. Constitucionalismo transformador internacional na América Latina. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 11, n. 2, 2021.

The logo for CEUB (Centro de Educação Universitária Brasileira) features the letters 'CEUB' in a bold, white, sans-serif font. The 'U' is stylized with a vertical line through its center. The logo is set against a dark red background with a subtle, repeating pattern of white floral or scrollwork motifs.

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

The cover image is a photograph of a modern architectural complex. In the foreground, a large, white, abstract sculpture of a seated figure, possibly a woman, is the central focus. The figure is seated on a wide, curved base and holds a long, thin object, possibly a scroll or a tablet, across her lap. Behind the sculpture, a large, multi-story building with a grid of windows and a prominent white dome is visible. The building is situated on a hillside, and a road with a yellow car is visible in the middle ground. The sky is blue with scattered white clouds. The overall scene is bright and clear, suggesting a sunny day.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**O erro grosseiro previsto no art. 28 do Decreto-Lei n.º 4.657/1942: aportes teóricos para uma conceituação constitucional**

**The “crass mistake” provided for in art. 28 of Decree-Law No. 4,657/1942: theoretical contributions for a constitutional conception**

Marcelo Rodrigues Mazzei

Lucas Oliveira Faria

Sebastião Sérgio da Silveira

VOLUME 14 • Nº 1 • ABR • 2024

OS CONTORNOS SISTÊMICOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR  
BRASILEIRO E A RELAÇÃO COM O DIREITO CONSTITUCIONAL

# O erro grosseiro previsto no art. 28 do Decreto-Lei n.º 4.657/1942: aportes teóricos para uma conceituação constitucional\*

## The “crass mistake” provided for in art. 28 of Decree-Law No. 4,657/1942: theoretical contributions for a constitutional conception

Marcelo Rodrigues Mazzei\*\*

Lucas Oliveira Faria\*\*\*

Sebastião Sérgio da Silveira\*\*\*\*

### Resumo

O presente artigo objetiva traçar uma conceituação teórica-constitucional do erro grosseiro previsto no art. 28 do Decreto-Lei n.º 4.657/1942 e, com isso, demonstrar a compatibilidade do art. 28 da LINDB frente ao disposto no art. 37, § 6º da Constituição Federal por meio da sistematização de limites que modelem um conceito jurídico apto a garantir maior segurança jurídica e previsibilidade aos agentes públicos frente aos órgãos de controle. A presente investigação mantém sua relevância devido ao julgamento pelo STF das ADIs 6.421 e 6.428, que questionam a constitucionalidade do art. 28. Além disso, destaca-se a importância do tema devido à ausência de uma definição jurídico-constitucional clara do conceito de erro grosseiro, o que pode permitir a utilização de juízos discricionários e arbitrários pelos órgãos de controle, comprometendo assim a estrutura constitucional de direitos e garantias fundamentais. O método de procedimento utilizado foi a pesquisa bibliográfica, além da pesquisa documental, com base em um método de abordagem hipotético-dedutivo. Conclui-se que art. 28 é compatível com a Constituição Federal, e, por meio de uma concepção teórica-constitucional do erro grosseiro, dentre outras premissas, conclui-se que o erro grosseiro equivale à culpa grave ou qualificada (elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia) devidamente comprovada pelo arcabouço fático do processo de responsabilização, afastada a responsabilidade presumida e a teorização do dano *in re ipsa* para responsabilização do agente.

**Palavras-chave:** erro grosseiro; constitucionalidade; conceituação.

### Abstract

The present article aims to outline a theoretical-constitutional conception of the crass mistake provided for in Article 28 of Decree-Law N 4,657/1942 and, thereby, demonstrate the compatibility of Article 28 of the LINDB (Brazilian Legal Norms Introduction Law) with the provisions of Article 37, § 6 of the Federal Constitution through the systematization of limits

\* Recebido em: 28/01/2024  
Aprovado em: 18/03/2024

\*\* Doutorando e Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania pela UNAERP. Especialista em Processo Civil pela UNAERP. Procurador do Município de Ribeirão Preto-SP.  
E-mail: mrmazzei@yahoo.com.br.

\*\*\* Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP -Franca). Procurador do Município de Ribeirão Preto-SP.  
E-mail: lucasfaria.direitounesp@gmail.com.

\*\*\*\* Pós-Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Doutor e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Titular e Coordenador do Curso e do Pós-Graduação em Direito da Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). Professor Doutor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP/FDRP. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo.  
E-mail: sssilveira@usp.br.

that shape a legal concept capable of ensuring greater legal certainty and predictability to public agents in the face of control bodies. This investigation is current, given the Supreme Federal Court's judgment of ADIs 6,421 and 6,428, which challenge the constitutionality of Article 28, and is relevant due to the lack of a legal-constitutional conceptualization of what constitutes gross error authorizing the use of discretionary and arbitrary judgments by control bodies, undermining the constitutional modeling of fundamental rights and guarantees. The procedural method used was bibliographical research, as well as documentary research, based on a hypothetical-deductive approach. It is concluded that Article 28 is compatible with the Federal Constitution, and through a theoretical-constitutional conception of gross error, it is possible to conclude, among other premises, that gross error is equivalent to serious or qualified fault (a high degree of negligence, imprudence, or incompetence) duly proven by the factual framework of the accountability process, setting aside presumed liability and theorization of damage in re ipsa for the agent's accountability.

**Key words:** crass mistake; constitutionality; conceptualization.

## 1 Introdução

O art. 28 do Decreto-Lei n.º 4.657/1942 (Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro), introduzido pela Lei n.º 13.655/2018, prevê que o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro. Os três parágrafos do art. 28 contidos no Projeto de Lei n.º 7.448/2017 foram vetados pela Presidência da República por meio da Mensagem de veto n.º 212 de 25 de abril de 2018.

Originalmente, o § 1º trazia um conceito de erro grosseiro a partir de uma negativa, qual seja a de que não consistia erro grosseiro a decisão ou opinião baseada em jurisprudência ou doutrina, ainda que não pacificada, em orientação geral ou, ainda, em interpretação razoável, mesmo que não venha a ser posteriormente aceita por órgãos de controle ou judiciais<sup>1</sup>.

A responsabilização estabelecida no art. 28 também está inserida na seara civil e administrativa, por regresso<sup>2</sup>, quanto ao agente responsável pelo dano em caso de dolo ou erro grosseiro<sup>3</sup>. O art. 28 é passível, portanto, de classificação como cláusula geral sobre o erro administrativo<sup>4</sup>.

A constitucionalidade do art. 28 do Decreto-Lei n.º 4.657/1942 – em especial sua compatibilidade com o art. 37, § 6º da Constituição Federal – é objeto das ADIs 6.421 e 6.428 juntamente ao Supremo Tribunal Federal. Na data da finalização do presente estudo, a tramitação processual consta somente com o voto do

<sup>1</sup> Consta como razão do veto “a busca pela pacificação de entendimentos é essencial para a segurança jurídica. O dispositivo proposto admite a desconsideração de responsabilidade do agente público por decisão ou opinião baseada em interpretação jurisprudencial ou doutrinária não pacificada ou mesmo minoritária. Deste modo, a propositura atribui discricionariedade ao administrado em agir com base em sua própria convicção, o que se traduz em insegurança jurídica” (Mensagem n.º 212, de 25 de abril de 2018 da Presidência da República).

<sup>2</sup> No âmbito federal, o direito de regresso somente será exercido nas hipóteses de dolo e erro grosseiro, com observância aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade (art. 14 do Decreto n.º 9.830/2019). A defesa judicial ou extrajudicial do agente público federal, ativo ou inativo, em razão de ato ou conduta praticada quando do exercício regular de suas atribuições institucionais, poderá ser solicitada à Advocacia-Geral da União, que avaliará a verossimilhança de suas alegações e a consequente possibilidade de realizar sua defesa, nos termos do disposto no art. 22 da Lei n.º 9.028/1995 (art. 15 do Decreto n.º 9.830/2019).

<sup>3</sup> Substancial decisão que norteia o procedimento de ação regressiva foi proferida no julgamento do tema n.º 940 de repercussão geral (STF, RE 1027633, relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 14/08/2019), em que foi decidido: “a teor do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, a ação por danos causados por agente público deve ser ajuizada contra o Estado ou a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, sendo parte ilegítima para a ação o autor do ato, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

<sup>4</sup> BINENBOJM, Gustavo e CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB: A cláusula geral do erro administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, p. 203–224, 2018. p. 211

Ministro relator Luís Roberto Barroso, que julgou prejudicadas as ações quanto à Medida Provisória n.º 966/2020, e, no mérito, julgou improcedentes os pedidos de declaração de inconstitucionalidade. O relator propôs a tese de julgamento de que compete ao legislador ordinário dimensionar o conceito de culpa previsto no art. 37, § 6º da Constituição Federal, respeitado o Princípio da Proporcionalidade, em especial na sua vertente de vedação à proteção insuficiente, estando abrangidas pela ideia de erro grosseiro as noções de imprudência, negligência e imperícia, quando efetivamente graves. O processo se encontra com vistas ao Ministro André Mendonça.

A definição jurídica de erro grosseiro, por não apresentar limites normativos precisos<sup>5</sup> e variáveis contingencialmente no tempo e espaço<sup>6</sup>, representa um conceito jurídico indeterminado a ser preenchido pelo intérprete/aplicador:

Na verdade, o conceito em si não é indeterminado, como conceito, pois é possível expressar verbalmente o seu significado. O que ocorre é a impossibilidade de identificar a priori todas as situações que se enquadram na fórmula. Mas, no momento em que uma situação ou fato aí se enquadram, efeitos ou consequências jurídicas ocorrem<sup>7</sup>.

Importante, dessa forma, para contribuir aos estudos do tema, que sejam traçados parâmetros dogmáticos relativos aos limites do alcance da definição de erro grosseiro prevista no art. 28 do Decreto-Lei n.º 4.657/1942, permitindo-se, com isso, um esboço de uma concepção teórica-constitucional do instituto do erro grosseiro.

## **2 A busca por uma concepção teórica-constitucional do erro grosseiro previsto no art. 28 do Decreto-Lei n.º 4.657/1942 e a sua regulamentação pelo Decreto n.º 9.830/2019.**

A ausência de uma conceituação jurídica-constitucional do que venha a ser erro grosseiro acaba por permitir que sejam empregados juízos discricionários, especialmente por parte dos órgãos de controle.

A regulamentação do art. 28 tratou de fornecer um grau mínimo de conceituação de erro grosseiro como aquele erro manifesto, evidente e inescusável, praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia (art. 12, § 1º do Decreto n.º 9.830/2019).

Ou seja, não será configurado dolo ou erro grosseiro do agente público se não restar comprovada, nos autos do processo de responsabilização, situação ou circunstância fática capaz de caracterizar o dolo ou o erro grosseiro (art. 12, § 2º do Decreto n.º 9.830/2019), e o simples nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica, obrigatoriamente, a responsabilização, exceto se comprovado o dolo ou o erro grosseiro do agente público (art. 12, § 3º do Decreto n.º 9.830/2019), afastando-se a responsabilização por presunção pelo dano (dano *in re ipsa*).

A estimativa de prejuízo causado ao erário não poderá ser considerada isolada e exclusivamente como motivação para se concluir pela irregularidade de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativas (art. 13, § 2º do Decreto n.º 9.830/2019).

<sup>5</sup> PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa*. dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 82/83.

<sup>6</sup> GRAU, Eros. *O Direito posto e o Direito Pressuposto*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 214-215.

<sup>7</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 109.

O Tribunal de Contas da União, em diversas decisões, equiparou o erro grosseiro à culpa grave<sup>8</sup>, considerando a figura do “administrador médio”<sup>9</sup>, consistente em uma idealização de condutas compatíveis com um comportamento ético comum a um administrador minimamente diligente<sup>10</sup>, caracterizado pela normal observância do dever de cuidado com a coisa pública<sup>11</sup>.

O TCU já entendeu que o descumprimento da previsão legal de demonstrar a regular aplicação de recursos federais, recebidos por meio de transferência voluntária, constitui grave inobservância do dever de cuidado no trato com a coisa pública, revelando a existência de culpa grave, uma vez que se distancia do que seria esperado de um administrador minimamente diligente<sup>12</sup>, caracterizando o erro grosseiro constante do art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942<sup>13</sup>. Entendeu, também, que configura erro grosseiro pela culpa grave a assinatura de contrato e homologação de dispensa de licitação sem a existência de projeto básico<sup>14</sup>, bem como a decisão do gestor que desconsidera, sem a devida motivação, parecer da consultoria jurídica do órgão<sup>15</sup>.

Por outro lado, o TCU decidiu que não configura erro grosseiro a aplicação equivocada de decisões judiciais de Tribunais Superiores<sup>16</sup> ou a não detecção de irregularidade que em face do caráter estritamente técnico dos aspectos envolvidos demandaria avaliações além dos conhecimentos exigíveis e das atribuições de supervisão afetas à autoridade<sup>17</sup>.

<sup>8</sup> “Dito isso, é preciso conceituar o que vem a ser erro grosseiro para o exercício do poder sancionatório desta Corte de Contas. Segundo o art. 138 do Código Civil, o erro, sem nenhum tipo de qualificação quanto à sua gravidade, é aquele “que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio” (grifos acrescidos). Se ele for substancial, nos termos do art. 139, torna anulável o negócio jurídico. Se não, pode ser convalidado. Tomando como base esse parâmetro, o erro leve é o que somente seria percebido e, portanto, evitado por pessoa de diligência extraordinária, isto é, com grau de atenção acima do normal, considerada as circunstâncias do negócio. O erro grosseiro, por sua vez, é o que poderia ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal, ou seja, que seria evitado por pessoa com nível de atenção aquém do ordinário, consideradas as circunstâncias do negócio. Dito de outra forma, o erro grosseiro é o que decorreu de uma grave inobservância de um dever de cuidado, isto é, que foi praticado com culpa grave” (TCU, Acórdão n.º 2.391/2018. Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Data da Sessão 17/10/2018).

<sup>9</sup> “Para fins do exercício do poder sancionatório do TCU, considera-se erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 – Lindb) aquele que poderia ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal ou que poderia ser evitado por pessoa com nível de atenção aquém do ordinário, decorrente de grave inobservância do dever de cuidado. Associar culpa grave à conduta desviante da que seria esperada do homem médio significa tornar aquela idêntica à culpa comum ou ordinária, negando eficácia às mudanças promovidas pela Lei 13.655/2018 na Lindb, que buscaram instituir novo paradigma de avaliação da culpabilidade dos agentes públicos, tornando mais restritos os critérios de responsabilização” (TCU, Acórdão n.º 63/2023, Primeira Câmara, Min. rel. Benjamin Zymler, Data da Sessão 24/01/2023). Nesse sentido, ainda: “Incorre no erro grosseiro a que alude o art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 (Lindb), entendido como grave inobservância do dever de cuidado e zelo com a coisa pública, o gestor que falha nas circunstâncias em que não falharia aquele que emprega nível de diligência normal no desempenho de suas funções, considerados os obstáculos e as dificuldades reais apresentados à época da prática do ato impugnado” (TCU, Acórdão 11674/2023, Primeira Câmara, Relator Min. Jhonatan de Jesus, Data da Sessão 24/10/2023).

<sup>10</sup> “Dentre as várias métricas que o TCU se vale para responsabilizar, a do administrador médio é a mais pitoresca. Nada menos de 133 acórdãos se referem a ela. O teste consiste em comparar o comportamento avaliado com o esperado do administrador médio, tomado como razoável (razoabilidade da conduta); se a carapuça do administrador médio não servir, responsabiliza-se. As sanções somente seriam manejadas em situações extremas, quando fosse ‘nítido o distanciamento do critério de atuação esperado, considerando a também vaga noção de administrador médio’, ou quando fossem ‘descumpridas determinações anteriores’ (Ac. 2575/2014; Ac. 2160)” PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Quem é o “administrador médio” do TCU?* 2018. Disponível em: <https://sbdp.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Quem-%C3%A9-o-administrador-m%C3%A9dio-do-TCU-JOTA-Info.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2024.

<sup>11</sup> “Em situações de incerteza, a responsabilidade pessoal do gestor é condicionada diretamente pelo grau de previsibilidade e evitabilidade do dano, isto é, pela presença de condições necessárias ao cumprimento dos deveres de cuidado e avaliação diligente e informada” MODESTO, Paulo. *Café com prosa: crônicas de Direito e reforma do Estado*. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2021. p. 217.

<sup>12</sup> Da mesma forma, configura erro grosseiro por se distanciar do comportamento minimamente diligente a não comprovação da regular aplicação de recursos federais em face da omissão no dever de prestar contas, (Acórdão n.º 8879/2021, Primeira Câmara, Min. rel. Benjamin Zymler, Data da Sessão 29/06/2021) e a antecipação de pagamentos em descompasso com a execução do objeto, sem previsão no edital e sem as devidas garantias ao resguardo do interesse da Administração Pública (Acórdão n.º 3328/2023, Segunda Câmara, Min. rel. Marcos Bemquerer, Data da Sessão 09/05/2023).

<sup>13</sup> Acórdão 9007/2023-TCU-Segunda Câmara, Relator Min-Substituto Marcos Bemquerer, Data da Sessão 05/09/2023.

<sup>14</sup> Acórdão n.º 2783/2022, Segunda Câmara, Min. rel. Augusto Nardes, Data da Sessão 31/05/2022.

<sup>15</sup> Acórdão n.º 1264/2019, Plenário, Min. rel. Augusto Nardes, Data da Sessão 05/06/2019

<sup>16</sup> Acórdão n.º 1092/2023, Plenário, Min. Rel. Jhonatan de Jesus, Data da Sessão 31/05/2023.

<sup>17</sup> Acórdão n.º 2012/2022, Segunda Câmara, Min. rel. Antônio Anastasia, Data da Sessão 03/05/2022.

Já na esfera jurisdicional, é possível extrair da jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, a mero título de amostragem, algumas situações exemplificativas da configuração ou não de erro grosseiro: configura erro grosseiro a emissão de parecer jurídico orientando o pagamento de multa rescisória sobre os depósitos do FGTS e aviso prévio a empregados em comissão em desacordo com a súmula administrativa do órgão jurídico oficial<sup>18</sup>; não configura erro grosseiro – quando ausentes prejuízos econômicos ao erário público –, a elaboração de parecer jurídico para fins de inexigibilidade de licitação por pessoa formada em Direito, mas não integrante do quadro da Advocacia Pública Municipal<sup>19</sup> (cargo comissionado de Chefe de Divisão de Apoio da Secretaria Municipal da Saúde) e não configura erro grosseiro, pela presunção de constitucionalidade das leis, a emissão de parecer jurídico fundado em lei vigente, mas cuja constitucionalidade é questionada somente pelo órgão de controle sem decisão judicial nesse sentido<sup>20</sup>.

Essas decisões são importantes para demonstrar, de forma exemplificativa, a ampla margem de discricionariedade na definição do que seria “erro grosseiro” para fins de responsabilização dos agentes públicos<sup>21</sup>

A busca por uma concepção teórica-constitucional do erro grosseiro previsto no art. 28 do Decreto-Lei n.º 4.657/1942, inserido no sistema sancionatório brasileiro e regulamentado pelo Decreto n.º 9.830/2019, permite concluir, objetivamente, por oito premissas básicas que conformam os limites da conceituação de “erro grosseiro” por uma filtragem constitucional:

- 1) o erro grosseiro equivale à culpa grave ou qualificada (elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia) devidamente comprovada pelo arcabouço fático no processo de responsabilização, afastada a responsabilidade presumida e a teorização do dano *in re ipsa* para responsabilização por regresso;
- 2) o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não basta isoladamente para responsabilização por regresso do agente em caso de erro grosseiro (art. 12, § 3º do Decreto n.º 9.830/2019);
- 3) é necessário o efetivo prejuízo para responsabilização do agente<sup>22</sup>;
- 4) serão sopesadas na responsabilização a complexidade da matéria, as atribuições exercidas e os obstáculos e as dificuldades reais do agente (art. 22 da LINDB e art. 8º do Decreto n.º 9.830/2019);
- 5) o dano econômico ao erário público, mesmo que expressivo, não basta isoladamente para responsabilização por regresso do agente (art. 12, § 5º do Decreto n.º 9.830/2019);
- 6) não basta a mera condição de ordenador de despesa para responsabilização objetiva do agente, cabendo a análise da presença de dolo ou erro grosseiro<sup>23</sup>;

<sup>18</sup> TJSP; Agravo de Instrumento 2137886-12.2020.8.26.0000; Relator Des. Marcelo Semer, 10ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 05/10/2020

<sup>19</sup> TJSP; Apelação Cível 1004230-39.2016.8.26.0477; Relatora Des. Sílvia Meirelles; 6ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 03/08/2020.

<sup>20</sup> TJSP; Agravo de Instrumento 2008827-05.2019.8.26.0000; Relator Des. Antonio Celso Faria; 8ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 03/04/2019.

<sup>21</sup> “De fato, nem sempre será fácil delimitar o erro grosseiro. Afinal, trata-se de um conceito jurídico indeterminado que depende da análise proporcional do caso concreto. Visando amenizar essas dificuldades, podemos analisar os erros dos agentes públicos a partir dos seguintes standards pragmáticos: i) grau de diligência: considerando a urgência, a importância e os obstáculos materiais do gestor para tomada de decisão; ii) grau de incerteza e imprevisibilidade: das circunstâncias fáticas e jurídicas necessárias no contexto decisório; iii) exigências pertinentes ao cargo público: erro deve ser analisado sob a ótica das funções e conhecimentos específicos exigidos para o cargo do agente público e iv) aderência aos dados coletados: coerência entre a decisão e os dados técnicos e jurídicos que instruíram sua escolha” REIMÃO, Clóvis. O erro no Direito Administrativo: uma visão panorâmica. *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 25, n. 140, p. 71-98, jul./ago. 2023. p. 93.

<sup>22</sup> BUZAID, Alfredo. Da responsabilidade do juiz. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 9, p. 15-36, jan. /mar. 1978. p. 34.

<sup>23</sup> “Lícito concluir a partir do DL 200/1967, a mera aposição de assinatura ou prática de ato que resulte em emissão de empenho, autorização de pagamento ou suprimento de dispêndio que gerem prejuízos causados por subordinados, não deve redundar em responsabilização automática do ordenador de despesas. Para tanto, necessário que o ordenador de despesa tenha atuado no plano da responsabilidade subjetiva de maneira dolosa ou com erro grosseiro (art. 28 da LINDB) para que possa ser responsabilizado” SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

7) a responsabilização pela opinião técnica não se estende de forma automática ao decisor que a adotou como fundamento de decidir, salvo conluio entre agentes ou se presentes elementos suficientes para o decisor aferir o dolo ou o erro grosseiro da opinião técnica (art. 12, § 6º do Decreto n.º 9.830/2019) e;

8) o superior hierárquico somente responde por culpa na fiscalização quando a própria omissão se caracterizar como erro grosseiro (art. 12, § 7º do Decreto n.º 9.830/2019).

### **3 A constitucionalidade do art. 28 da LINDB e a sua adequação ao disposto no art. 37, § 6º da Constituição Federal.**

O Supremo Tribunal Federal, por meio do julgamento das ADIs 6.421 e 6.428, irá decidir sobre a constitucionalidade ou não do art. 28 do Decreto-Lei n.º 4.657/1942 (introduzido pela Lei n.º 13.655/2018).

Já consta no voto do Ministro relator Luís Roberto Barroso a fixação da tese de que compete ao legislador ordinário dimensionar o conceito de culpa, previsto no art. 37, § 6º da Constituição Federal, respeitado o Princípio da Proporcionalidade, em especial na sua vertente de vedação à proteção insuficiente, estando abrangidas pela ideia de erro grosseiro as noções de imprudência, negligência e imperícia, quando efetivamente graves.

O art. 37, § 6º prevê que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Não há, no art. 37, § 6º a previsão expressa de graduação da culpa para fins de ação de regresso. Assim, à primeira vista, seria possível responsabilizar em ação regressiva os agentes públicos responsáveis pelos danos mesmo na hipótese de culpa leve.

Com base nesse entendimento, o art. 28 seria inconstitucional por restringir o grau de proteção previsto no art. 37, § 6º, que não se limita à responsabilização do agente por erro grosseiro ou culpa grave:

o novo dispositivo da LINDB (art. 28) abrandou indevidamente o referido preceito constitucional, ao estabelecer o chamado erro grosseiro em substituição à culpa prevista na Constituição Federal. A culpa pode ser grave, leve ou levíssima. [...]. Ao excluir a culpa das hipóteses de responsabilização do agente público, 28 da LINDB restringe inapropriadamente a redação do texto constitucional, pois a noção de erro grosseira, vale dizer, o agir com incúria, desídia, sem qualquer cuidado, com real desprezo pela coisa pública, equivale à culpa grave que, por sua vez, se assemelha ao dolo. [...] O art. 28 da LINDB fere flagrantemente o texto constitucional, ao abrandar a responsabilidade civil do agente público que exerce ato ou atividade danosa mediante conduta culposa. Uma vez excluída a culpa das hipóteses das hipóteses de responsabilização, com a sua substituição por erro grosseiro, permite apenas a eventual reparação em ação de regresso pelo Estado contra o agente público se este agir com dolo. Isso porque culpa grave equivale a erro grosseiro que, bem de ver, deve ter o mesmo tratamento do dolo<sup>24</sup>.

<sup>24</sup> DONNINI, Rogério. Comentário geral ao art. 28 da LINDB. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro Anotada*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. v. 2. p. 405-406.

Ainda como crítica ao art. 28 da LINDB<sup>25</sup>, a delimitação da responsabilização para as hipóteses de dolo e erro grosseiro estimularia o cometimento de ilícitos pela garantia de impunidade<sup>26</sup>.

O Tribunal de Contas da União (TCU), mantém a posição de que a regra prevista no art. 28 não se aplica à responsabilidade financeira por danos ao erário, já que o dever de indenizar prejuízos aos cofres públicos permanece sujeito à comprovação de dolo ou culpa, sem qualquer gradação, tendo em vista o tratamento constitucional dado à matéria<sup>27</sup> (art. 37, § 6º, da Constituição Federal).

Dessa forma, entende o TCU que a regra prevista no art. 28 do Decreto-Lei 4.657/1942 não se aplica à responsabilidade financeira por dano ao erário, eis que o dever de indenizar prejuízos aos cofres públicos permanece sujeito à comprovação de dolo ou culpa, sem qualquer gradação de culpa tendo em vista o tratamento constitucional dado à matéria por força do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.<sup>28</sup>

Não parece, entretanto, ser esse o melhor entendimento. É possível que a legislação infraconstitucional promova a gradação da culpa para fins de ação regressiva com base no juízo de culpabilidade<sup>29</sup>.

No caso, a opção legislativa do art. 28 foi estabelecer a culpa grave (também denominada culpa temerária), denominada de erro grosseiro, como a intensidade autorizativa ao exercício do direito de regresso<sup>30</sup>.

Com isso, “já não basta a simples presença de negligência ou imprudência para que o gestor possa vir a ser responsabilizado. O equívoco grosseiro requer a constatação de culpa temerária, ou seja, grave<sup>31</sup>.”

<sup>25</sup> Cabe destacar uma outra pertinente crítica ao art. 28, elaborado pelo Ministro Herman Benjamin do Superior Tribunal de Justiça, formulada em sua exposição no Seminário Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro (10/04/2019), quando aponta que o art. 28 não deveria estar na LINDB, por não se tratar de norma de sobredireito ou metadireito (*Lex Legum*), era mais apropriada sua previsão na legislação atinente ao estatuto do servidor ou ao processo administrativo. Na verdade, a redação do art. 28 teria a intenção de influenciar na interpretação do antigo art. 11 da Lei n.º 8.429/1992 (antes das alterações promovidas pela Lei n.º 14.230/2021), piorando a situação uma vez que a jurisprudência do STJ já pacificou o entendimento de que a sanção prevista no art. 11 somente é aplicável na hipótese de dolo, não admitindo a mera culpa (erro grosseiro). Ademais, o erro grosseiro não é previsto na LIA, que é legislação especial e admite somente hipóteses de dolo ou culpa, sendo que o Direito brasileiro não admite, desde o século XIX, a teoria da gradação da culpa (culpa leve, grave e gravíssima). SEMINÁRIO Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro: parte 2. [S. l.: s. n.], 2019. 1 vídeo (3h 51 min). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=EMZjSzlonoI>. Acesso em: 20 jul. 2023.

<sup>26</sup> “Bastante explorado por órgãos de controle nos debates sobre seus poderes é o argumento ad terrorem: exagerar os efeitos negativos de inovações legislativas ou jurisprudenciais que delimitem sua atuação. O argumento invariável é que elas produziram impunidade e corrupção. [...] O terrorismo retórico marcou as discussões sobre a reforma da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), em 2018. Controladores diziam que sua atuação seria inviabilizada com as inovações, cujo verdadeiro objetivo era apenas racionalizar. [...] Quando são criticados por extrapolar, os controladores se justificam dizendo que seus atos são mera decorrência lógica de competências que o direito lhes atribuiu explicitamente. E mais: tentam passar a imagem de excepcionalidade quanto às hipóteses em que intervêm”. JORDÃO, Eduardo. A retórica dos controladores: Exagerando e minimizando, eles confundem o debate sobre os limites de sua atuação. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JORDÃO, Eduardo; MOREIRA, Egon Bockmann Moreira; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; BINENBOJM, Gustavo; CÂMARA, Jacintho Arruda; MENDONÇA, José Vicente Santos de; JUSTEN FILHO, Marçal e MONTEIRO, Vera. *Publicitas: direito administrativo sob tensão*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 33-34.

<sup>27</sup> TCU, Acórdão n.º 1958/2022, Plenário, Min. rel. Benjamin Zymler, DJ. 24/08/2022 e Acórdão n.º 11289/2021, Primeira Câmara, Min. rel. Vital do Rêgo, Data da Sessão 17/08/2021.

<sup>28</sup> TCU, Acórdão 1740/2023, Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, Data da Sessão 23/08/2023.

<sup>29</sup> Tem-se que o legislador eliminou quaisquer dúvidas quanto à consagração do princípio da culpabilidade, a qual deriva, no nosso modo de entender, do art. 5º, XLV e XLVI, da Constituição vigente, ao estatuírem a personalização da pena e sua individualização.

<sup>30</sup> Enunciado n.º 20 da 1ª Jornada de Direito Administrativo do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo de 2019: “O art. 28 da LINDB, para os casos por ele especificados (decisões e opiniões técnicas) disciplinou o §6º do artigo 37 da Constituição, passando a exigir dolo ou erro grosseiro (culpa grave) também para fins da responsabilidade regressiva do agente público” (IBDA. Enunciados do IBDA sobre a interpretação da LINDB. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 19, n. 221, p. 167-168, jul. 2019. p. 168.

<sup>31</sup> NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *As normas de Direito Público na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro: paradigmas para interpretação e aplicação do Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019. p. 195.

A gradação do juízo de culpabilidade<sup>32</sup> para fins de responsabilização de regresso, como todo ato estatal, está submetida à proporcionalidade<sup>33</sup>.

A possibilidade da gradação encontra ressonância no julgamento do Tema n.º 897 de Repercussão Geral pelo Supremo Tribunal Federal<sup>34</sup>, onde se fixou a tese de que são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa<sup>35</sup>.

Isso porque houve a cisão entre ato doloso e culposo para fins de aplicabilidade do regime prescricional da pretensão ressarcitória do erário público.

Essa cisão entre a prescrição do ressarcimento de ato doloso (imprescritível) e de ato culposo (prescritível) reforça o entendimento pela constitucionalidade, no plano infraconstitucional, da gradação da culpa prevista no art. 37, § 6º, visto que se possível a separação de regimes para ressarcimento de ato doloso e culposo (*plus*), possível se mostra a gradação do mero regime culposo (*minus*).

Ademais, o ordenamento jurídico brasileiro já possui normas específicas abrangendo situações em que a responsabilidade de determinado agente público é atenuada ou potencializada, não se verificando, nesses casos, qualquer incompatibilidade com o art. 37, § 6º da Constituição Federal.

<sup>32</sup> “Entretanto, à luz do conteúdo do preceito constitucional indicado, da doutrina e da orientação jurisprudencial a respeito da responsabilização de agentes públicos consolidadas ao longo dos anos, há espaço para a delimitação/delineamento legislativo do que seja culpa passível de reprovação, sem nenhum prejuízo do intento de garantir a efetiva responsabilização do agente público. O art. 37, § 6º, da CF/1988, na primeira parte, trata da responsabilidade objetiva do Estado por dano causado por agente público a terceiros e, na parte final, do direito de regresso do Poder Público contra o agente faltante, cuja configuração dependerá, sempre, de juízo de culpabilidade. Compreende-se que a essência da norma, nessa última parte, é, primordialmente, consolidar a responsabilidade pessoal subjetiva do agente em contraposição àquela objetiva do Estado, e não propriamente fixar que todo ato culposo ou doloso de agente público há de ser penalizado, sem possibilidade de delimitação do conceito de culpa. A previsão do art. 28 serve a essa valoração da reprovabilidade da conduta do agente, a partir da concepção que se tem do que seja ‘culpa’, também delimitada pelo legislador/doutrinador – e não pelo constituinte. A norma, complementada por seu regulamento, garante a responsabilização do agente nos casos de dolo e de culpa, ficando estabelecido que, nessa última hipótese, seja elevado o grau de imprudência, de imperícia ou de negligência para que seja punido”. (Trecho do parecer do Procurador Geral da República Augusto Aras na ADI n.º 6.421, rel. Min. Luis Roberto Barroso).

<sup>33</sup> BOROWSKI, Martin. *Elementos esenciales de la dogmática de los derechos fundamentales*. Tradução: Arnulfo Daniel Mateos Durán. México: Tirant lo Blanch, 2022. p. 129.

<sup>34</sup> STF, RE 852475, Relator(a): Alexandre de Moraes, Relator(a) p/ Acórdão: Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 08/08/2018.

<sup>35</sup> “O ato de improbidade administrativa é um ato ilícito civil qualificado – ‘ilegalidade qualificada pela prática de corrupção’ – e exige, para a sua consumação, um desvio de conduta do agente público, devidamente tipificado em lei, e que, no exercício indevido de suas funções, afaste-se dos padrões éticos e morais da sociedade, pretendendo obter vantagens materiais indevidas (artigo 9º da LIA) ou gerar prejuízos ao patrimônio público (artigo 10 da LIA), mesmo que não obtenha sucesso em suas intenções, apesar de ferir os princípios e preceitos básicos da administração pública (artigo 11 da LIA) [...]. 1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se – nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA – a presença do elemento subjetivo – dolo; 2) A norma benéfica da Lei 14.230/2021 – revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa –, é irretroativa, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes; 3) A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente; 4) O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é irretroativo, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei” (STF, ARE 843989, Relator(a): Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 18/08/2022, Tema nº 1199 de Repercussão Geral).

A título de exemplo, pode-se mencionar a previsão da responsabilidade regressiva somente nas hipóteses de dolo ou fraude<sup>36</sup> no exercício das funções do magistrado<sup>37</sup> (art. 143, inciso I do CPC e art. 49, inciso I da Lei Complementar nº 35/1979<sup>38</sup>), do membro do Ministério Público<sup>39</sup> (art. 181 do CPC), do Advogado Público<sup>40</sup> (art. 184 do CPC) e do Defensor Público<sup>41</sup> (art. 187 do CPC). Há posicionamento doutrinário, inclusive, sustentando a incidência do Princípio da Isonomia, o que fundamentaria o art. 28 no sentido da equiparação entre as responsabilizações de diferentes cargos:

Nessa linha, o art. 28 da LINDB veio apenas consagrar o princípio da isonomia, posto que a exigência de responsabilização apenas nos casos de dolo ou fraude é adotada para magistrados, promotores públicos, ministros e conselheiros dos tribunais de contas, sendo isonômico e razoável aplicar a responsabilidade por atividade decisória ou técnica no exercício de função administrativa apenas nos casos de dolo ou erro grosseiro<sup>42</sup>.

Ao comentarem o art. 28 da LINDB, Gustavo Binenbojm e André Cyrino ostentam o entendimento de constitucionalidade da norma:

em primeiro lugar, porque, em linha como exposto acima, o erro possível de responsabilização na tradição jurídica brasileira pressupõe a ocorrência de culpa. Aquele que se engana, em linha de princípio, teria agido de maneira diferente, caso soubesse da realidade. Por conseguinte, a lógica é de que o engano em sua forma pura deve ser perdoado. [...]. Em segundo lugar, com os olhos no art. 37, § 6º, verifica-se

<sup>36</sup> Em que pese a divergência doutrinária quanto à distinção entre dolo e fraude, entendemos que fraude pode ser entendida dentro do amplo aspecto de dolo, especificamente como seu estado anímico antecedente, já que não é possível fraude sem dolo (intenção de fraudar). Em sentido contrário: “Na verdade, dolo e fraude são conceitos que a análise distingue claramente. Por diferentes modos demonstra a doutrina que eles não se confundem, nem um pode considerar-se subespécie do outro [...] assim, pois, o dolo se distingue da fraude. No dolo o agente visa a enganar a sua vítima, dela obtendo consentimento que não seria dado se não incidisse em erro; logo, o negócio viciado por dolo fere o princípio da autonomia da vontade na formação do contrato. O pressuposto do dolo é o emprego de maquinações artificiosas ou de sugestões capazes de gerar o engano na vontade do contratante. Em tudo diversa é fraude. Nesta, a vítima é estranha ao processo fraudulento. O seu elemento constitutivo está no propósito de burlar o cumprimento da obrigação. Quanto seus efeitos, o dolo geram a anulabilidade do ato, porque não se formou validamente. Na fraude pauliana, ao contrário, o ato é ineficaz em relação aos credores, mas subsiste em relação aos contratantes. O que caracteriza a fraude pauliana é o prejuízo sofrido pelos credores. O que caracteriza a fraude à lei é o desafio à ordem jurídica positiva. Daí resulta que dolo e fraude são conceitos inconfundíveis. Bem fez o legislador em incluir, no art. 133, os dois institutos como fundamento da ação civil de responsabilidade do juiz” BUZAID, Alfredo. Da responsabilidade do juiz. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 9, p. 15-36, jan. /mar. 1978. p. 33.

<sup>37</sup> “O proceder doloso ou fraudulento do juiz deverá estar devidamente provado nos autos, de maneira a convencer o julgador de que houve não simplesmente decisões equivocadas, mas conduta impregnada de elemento subjetivo negativo. Se a decisão é errada, teratológica até, mas o juiz não agiu com dolo ou fraude, não pode ser responsabilizado pessoalmente. Em benefício dos jurisdicionados, que não podem ter seus casos decididos por julgadores tolhidos pelo medo. Para decisões simplesmente erradas, o sistema prevê múltiplos recursos” (STJ, REsp n. 1.221.997/AM, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 19/10/2017, DJe de 5/2/2018).

<sup>38</sup> “O Código de Processo Civil de 1973, no art. 133, I (aplicável ao caso concreto, com norma que foi reproduzida no art. 143, I, do CPC/2015), e a Lei Complementar n. 35/1979 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional), no art. 49, I, prescrevem que o magistrado responderá por perdas e danos quando, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude. A demora na entrega da prestação jurisdicional, assim, caracteriza uma falha que pode gerar responsabilização do Estado, mas não diretamente do magistrado atuante na causa”. (STJ, REsp n. 1.383.776/AM, relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 6/9/2018, DJe de 17/9/2018).

<sup>39</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 613.

<sup>40</sup> “Há que se fazer uma ressalva, entretanto, ao entendimento sustentado pelo Supremo Tribunal Federal. Isso porque nas hipóteses de ausência de legislação de regência do respectivo ente federativo ao qual o advogado público está submetido, por força dos arts. 15 e 184 do CPC (normas especiais em face das normas gerais de responsabilização dos agentes públicos), o advogado público, no exercício de sua atividade de consultoria, somente responde civilmente por dolo ou fraude, afasta a possibilidade de responder por culpa grave (erro grosseiro) nos termos do art. 28 do Decreto-Lei n.º 4.657/1942 (norma geral para agentes públicos) e do art. 32 da Lei n.º 8.906/94 (norma geral relativa aos advogados), já que tais disposições se constituem normas gerais de responsabilização, que são afastadas pela aplicação da norma especial contida no art. 184 do CPC por força do critério de resolução de antinomia da especialidade (*lex specialis derogat legi generali*), previsto no art. 2º do Decreto-Lei n.º 4.657/1942”. SILVEIRA, Sebastião Sérgio; MAZZEI, Marcelo Rodrigues. A responsabilidade civil do advogado público no exercício da atividade consultiva e o direito coletivo à boa administração. *Revista IBERC*, Belo Horizonte, v. 5, n. 1, p. 60–77, 2022. p. 75.

<sup>41</sup> MEDINA, José Miguel García. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 321.

<sup>42</sup> SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

que constituinte adotou um conceito amplo ao se referir à culpa, mas não fechou questão sobre o grau de intensidade de sua incidência para a configuração da responsabilidade do agente público. Assim, logo à partida, a crítica adota uma versão de maximalismo constitucional incompatível tanto com a letra expressa da lei maior, quanto com uma visão aberta e democrática do constitucionalismo. Por evidente, não existe uma interdição constitucional a que o legislador democrático densifique o conceito de culpa ou adote uma certa modalidade ou intensidade para que a responsabilidade reste configurada. Isso é uma decorrência da abertura semântica do termo e também um imperativo de construção democrática do sentido das normas constitucionais ao longo do tempo. Não há como pretender congelar um conceito específico de culpa, apenas por desejo da doutrina, impedindo a sua regulamentação legal dentro de certas balizas semânticas. A adoção da categoria de erro grosseiro nos parece legítima opção legislativa, que respeita os limites de livre conformação estabelecidos pelo constituinte. [...] Veja-se que, em semelhante toada, o art. 143 do Código de Processo Civil também regulamentou as hipóteses de responsabilização pessoal dos magistrados<sup>43</sup>.

É certo que não é aconselhável, sob o ponto de vista de subvertê-lo, que se interprete o direito sem considerá-lo como um todo – sob o ponto de vista sistêmico – o que impõe ao intérprete, inclusive, um compromisso com a coerência e integridade<sup>44</sup>:

A interpretação do direito é a interpretação do direito, no seu todo, não de textos isolados, desprendidos do direito. Não se interpreta o direito em tiras ou pedaços. A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele — do texto — até a Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum<sup>45</sup>.

Consta do voto do relator Ministro Luís Roberto Barroso nas ADIs 6.421 e 6.428 de que compete ao legislador ordinário dimensionar o conceito de culpa previsto no art. 37, § 6º da Constituição Federal, respeitado o Princípio da Proporcionalidade, em especial na sua vertente de vedação à proteção insuficiente, estando abrangidas pela ideia de erro grosseiro as noções de imprudência, negligência e imperícia, quando efetivamente graves.

Isto porque a evolução do constitucionalismo – com destaque à crença e defesa da força normativa da Constituição – não significam, por certo, limitação exacerbada à atividade legiferante, especialmente porque é a própria atividade legiferante um dos instrumentos não só de conformação da Constituição com a democracia, como também elemento necessário para a não fossilização dos dispositivos constitucionais, em oposição à ideia maximalista, como esclarece José Francisco Garcia Garcia:

todo maximalismo en este debate — sea progresista como conservador — son contrarios a una sensata evolución constitucional; son acercamientos al debate constitucional desde una visión que divide a la comunidad política, precisamente cuando la Carta Fundamental cumple aquel rol elemental de unir en la diversidad. Ambos pretenden congelar en el tiempo un arreglo institucional: los primeros, buscando consagrar los ideales que encuentran en sus artículos y libros, siendo indiferentes el grado de vinculación que tengan ciertos arreglos propuestos con la tradición constitucional chilena; los segundos, promoviendo el arreglo original, tal cual quedó plasmado bajo categorías propias de la guerra fría.<sup>46</sup>

Nesse diapasão, fica transparente no voto do relator a premissa de que cabe ao legislador ordinário conformar o conceito de culpa ou erro grosseiro previsto no art. 37, § 6º, desde que o faça observando a

<sup>43</sup> BINENBOJM, Gustavo e CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, p. 203–224, 2018. p. 204-205.

<sup>44</sup> “Coerência liga-se à consistência lógica que o julgamento de casos semelhantes deve guardar entre si. Trata-se de um ajuste que as circunstâncias fáticas que o caso deve guardar com os elementos normativos que o Direito impõe ao seu desdobramento. [...] Integridade é a exigência de que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do Direito, numa perspectiva de ajuste de substância. A integridade traz em si um aspecto mais valorativo/moral enquanto a coerência seria um *modus operandi*, a forma de alcançá-la”. STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica*: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Coleção Lenio Streck de Dicionário Jurídicos; Letramento; Casa do Direito, 2020. p. 44.

<sup>45</sup> GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 12

<sup>46</sup> GARCIA GARCIA, José Francisco. Minimalismo E Incrementalismo Constitucional. *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, v. 41, n. 1, p. 267-302, abr. 2014. p. 286-287.

proporcionalidade<sup>47</sup>, ou seja, observando a dimensão da proibição da proteção insuficiente ou deficiente (*Untermassverbot*)<sup>48</sup> dentro da função formal-interpretativa da proporcionalidade<sup>49</sup>:

A liberdade de conformação do legislador ordinário, ao transpor para o plano infraconstitucional os comandos constitucionais relativos aos direitos fundamentais, situa-se entre a proibição de excesso e a proibição de insuficiência, exigindo que o direito infraconstitucional ofereça uma proteção eficiente no seu conjunto, o que deixa frequentemente diversas possibilidades de variação em aberto para o legislador, quanto ao modo como esse direito deve ser especificamente conformado<sup>50</sup>.

Não se deve confundir a constitucionalidade da gradação da culpa pelo legislador ordinário para fins de responsabilização com o automático efeito de beneficiar maus gestores e administradores. O art. 28 da LINDB não representa proteção deficiente ao fixar a responsabilização dos agentes somente nas hipóteses de dolo ou erro grosseiro (culpa grave), visto que objetiva maior segurança jurídica dos atos de gestores públicos probos<sup>51</sup>:

Nesse ponto, a lei buscou se aproximar da realidade e fazer a necessária distinção entre o bom e o mau gestor público. É indiscutível que o gestor público desonesto, ímprobo, corrupto ou desleixado, no exercício das suas funções, merece receber as mais severas penalidades pelos atos que praticar. Assim, demonstrado o dolo ou erro manifestamente grosseiro, no âmbito do devido processo legal, o mau gestor deve ser dura e pessoalmente responsabilizado. É dizer, a lei busca proteger e tornar mais seguras as atividades decisórias do bom gestor público. Não visa acobertar falcatruas, imoralidades ou aventuras irresponsáveis na gestão pública. Cuida-se, pois, da proteção do bom gestor público pelos erros honestos, praticados no exercício da função pública<sup>52</sup>.

Na verdade, a redação do art. 28 vem a reforçar o entendimento norteador da reforma da Lei n.º 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) pela Lei n.º 14.230/2021, presente em apontamentos de parte da doutrina administrativista<sup>53</sup> e também presente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça<sup>54</sup>,

<sup>47</sup> “Uno de los límites a la limitación de los derechos de mayor relevancia en las democracias constitucionales actuales es el examen de la proporcionalidad en sentido amplio. Así, considerar la validez del derecho en oportunidad de su limitación significa que, a) los derechos actúan como límites a su limitación y b) elevan una pretensión de ejercicio. Por ello, la validez de los derechos impone límites frente a un exceso (*Übermaß*) de restricción como así también frente a una omisión o acción insuficiente (*Untermass*) que imposibilite injustificadamente su ejercicio”. CLÉRICO, Lara. El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto. In: CARBONELL, Miguel (org.). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008. p. 125.

<sup>48</sup> “Em outras palavras, não há liberdade (absoluta) de conformação legislativa nem mesmo em matéria penal, ainda que a lei venha a descriminalizar condutas consideradas ofensivas a bens fundamentais. Nesse sentido, se de um lado há a proibição de excesso (*Übermassverbot*), de outro há a proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*)”. STRECK, Lênio Luiz. Da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de deficiência (*Untermassverbot*): de como não há blindagem contra as normas penais inconstitucionais. (Neo)constitucionalismo: ontem os códigos; hoje, as Constituições. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica (RIHJ)*, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, jan./dez. 2004. p. 243–284.

<sup>49</sup> BARAK, Aharon. *Proporcionalidad: los derechos fundamentales y sus restricciones*. Tradução: Gonzalo Villa Rosas. Lima: Pal-estra Editores, 2017. p. 174-77.

<sup>50</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Breves considerações sobre os deveres de proteção do Estado e a garantia da proibição de retrocesso em matéria ambiental. In: ROCHA, Mariângela Guerreiro Milhoranza; BÜHRING, Marcia Andrea (org.). *Temas Polêmicos de Direito Ambiental*. Porto Alegre: Editora Fi, 2019. p. 119.

<sup>51</sup> “A partir do regramento constitucional apresentado, não há dúvida de que seria incompatível com o art. 37, § 6º, da CF/88 eventual ato normativo que buscasse imunizar o agente público pela prática de ato ilícito culposo ou doloso. Todavia, dada a própria abertura semântica do conceito de culpa no campo da Responsabilidade Administrativa, não parece que seria defeso ao legislador ordinário, com o intuito de conferir maior segurança jurídica ao gestor público, prever elementares culposas qualificadas, que pudessem trazer especificação normativa da conduta culposa moldada à praxis da gestão pública regulamentada. É justamente com esse intuito de qualificar a modalidade culposa da responsabilidade dos agentes públicos que normas como o art. 28 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro”. Trechos do voto do Min. Gilmar Mendes na Medida Cautelar da ADI 6421, Relator Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 21/05/2020

<sup>52</sup> SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. Novos paradigmas para as decisões de gestão e controle públicos à luz da Lei n.º 13.655/2018. *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 21, n. 117, p. 195-216, set./out. 2019. p. 206.

<sup>53</sup> Por todos: DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 762.

<sup>54</sup> STJ, AgInt no AREsp 1305749/MG, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 01/12/2020, DJe 09/12/2020. No mesmo sentido: REsp. 1.314.122/MG, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 9.4.2014. O Supremo Tribunal Federal, ao concluir o julgamento que originou o Tema n.º 1.199 de repercussão geral (ARE 843989, Relator(a): Alexandre de Moraes, Tri-

todos no sentido de se evitar um exagerado e desproporcional punitivismo por parte dos órgãos de controle, especificamente quanto à caracterização de atos de improbidade administrativa, que não são sinônimos de mera ilegalidade administrativa, erro ou má administração<sup>55</sup>. A improbidade administrativa se caracteriza pela ilegalidade qualificada pela imoralidade, pela má-fé, pela falta de probidade no desempenho da função pública<sup>56</sup>, muitas vezes visando ao proveito pessoal ou de terceiros.

Como destacou o Ministro Gilmar Mendes em seu voto na ADI n.º 7.042<sup>57</sup> (Relator Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 31.08.2022), a adoção de políticas públicas equivocadas e errôneas, por si só, não leva à responsabilização por improbidade administrativa em face da ausência de dolo.

Em razão da argumentação apresentada, há evidente compatibilidade entre o art. 28 da LINDB e o art. 37, § 6º da Constituição Federal, inexistindo qualquer inconstitucionalidade decorrente da responsabilização prevista somente em casos de dolo ou erro grosseiro.

## 4 Considerações finais

A previsão de responsabilização por erro grosseiro introduzida pelo art. 28 da LINDB é constitucional e não afronta o disposto no art. 37, § 6º da Constituição Federal. Permite-se ao legislador infraconstitucional promover a gradação da culpa para fins de responsabilização do agente público, desde que o faça por meio de um juízo de proporcionalidade que considere uma

concepção teórica-constitucional do erro grosseiro.

A busca de um conceito de “erro grosseiro” previsto no art. 28 do Decreto-Lei n.º 4.657/1942, por meio de uma filtragem constitucional do sistema sancionatório brasileiro, permite alcançar 08 (oito) proposições objetivas a serem observadas pelo intérprete: 1) o erro grosseiro se equivale à culpa grave ou qualificada (elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia) devidamente comprovada pelo arcabouço fático no processo de responsabilização, afastada a responsabilidade presumida e a teorização do dano *in re ipsa* para responsabilização; 2) o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não basta isoladamente para responsabilização por regresso do agente em caso de erro grosseiro (art. 12, § 3º do Decreto n.º 9.830/2019); 3) é necessário o efetivo prejuízo para responsabilização do agente; 4) serão sopesadas na

---

bunal Pleno, julgado em 18/08/2022), firmou a tese de “a nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente”.

<sup>55</sup> “O erro do gestor público decorrente de sua própria incapacidade técnica ou de seus colaboradores em virtude das fragilidades de formação ou estrutura, o que é bastante comum para a burocracia de Municípios e/ou Estados de menor porte, não é fato gerador suficiente para sustentar uma ação de improbidade, ou o que é pior, implicar em qualquer nível de sanção.” ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. *Corrupção e Improbidade Administrativa*. Cenários de risco e a responsabilização dos agentes públicos municipais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 146.

<sup>56</sup> STJ, AgInt no REsp 1470080/SP, Primeira Turma, Min. Rel. Sérgio Kukina, DJ. 19/06/2018.

<sup>57</sup> “Quando votei a questão da repercussão geral, dá até vergonha de falar disso, porque, se há uma coisa que o Brasil deve a esses personagens é a estabilização da economia, mas Pedro Malan, Pedro Parente e Serra, no Conselho Monetário Nacional, respondem, ainda hoje, por uma ação de improbidade. E a ação era muito sensível, pedia-se, em relação a eles, a perda dos direitos políticos e a devolução de tudo que se gastou no Proer. Presidente, existe um documentário que está correndo acho que na HBO Plus ou Max sobre o Brasil: 12 Moedas. Era um quadro de caos econômico. Tudo aquilo que se fez, Governo Sarney, Governo Collor, todos aqueles experimentos... Era um caos, vendo-se a Ministra Zélia explicar, sem saber explicar, a retenção dos ativos financeiros, e, depois, o Presidente do Banco Central, que talvez soubesse explicar o que era a medida, mas não sabia falar português. Era um quadro que, se a gente não soubesse que correspondia à realidade, diria: ‘é uma ficção’. Não houve, felizmente, para eles, ação de improbidade, mas para quem fez parte de um programa exitoso, há uma ação de improbidade ainda hoje em tramitação aqui. Vejam os Senhores, por quê? Porque se fez uma política pública e política pública também se pode fazer e dar errado, sem nenhum dolo. Isso faz parte do processo. Quantos de nós participamos na Administração Pública e lançamos projetos que depois se viram frustrados! Isso acontece nas nossas gestões como acontece no contexto geral. Não obstante, faz-se um prognóstico ...” (Trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI n.º 7.042, relator Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 31.08.2022).

responsabilização a complexidade da matéria, as atribuições exercidas e os obstáculos e as dificuldades reais do agente (art. 22 da LINDB e art. 8º do Decreto n.º 9.830/2019); 5) o dano econômico ao erário público, mesmo que expressivo, não basta isoladamente para responsabilização por regresso do agente (art. 12, § 5º do Decreto n.º 9.830/2019); 6) não basta a mera condição de ordenador de despesa para responsabilização objetiva do agente, cabendo a análise da presença de dolo ou erro grosseiro; 7) a responsabilização pela opinião técnica não se estende de forma automática ao decisor que a adotou como fundamento de decidir, salvo conluio entre agentes ou se presentes elementos suficientes para o decisor aferir o dolo ou o erro grosseiro da opinião técnica (art. 12, § 6º do Decreto n.º 9.830/2019) e; 8) o superior hierárquico somente responde por culpa na fiscalização quando a própria omissão se caracterizar como erro grosseiro (art. 12, § 7º do Decreto n.º 9.830/2019).

Nota-se, portanto, que o conceito — em uma perspectiva oposta ao maximalismo constitucional — se demonstra compatível com a Constituição por se tratar de representação legítima da atividade legiferante de modo a conformar as disposições constitucionais com as necessidades prementes da contemporaneidade, de forma coerente e proporcional, visando entender as circunstâncias reais da gestão pública, buscando separar — sob o ponto de vista das consequências jurídicas — as falhas do bom gestor da administração mal intencionada do mau gestor.

## Referências

- BARAK, Aharon. *Proporcionalidad: los derechos fundamentales y sus restricciones*. Tradução: Gonzalo Villa Rosas. Lima: Palestra Editores, 2017.
- BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB - a cláusula geral do erro administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, p. 203–224, 2018.
- BOROWSKI, Martin. *Elementos esenciales de la dogmática de los derechos fundamentales*. Tradução: Arnulfo Daniel Mateos Durán. México: Tirant lo Blanch, 2022.
- BUZAID, Alfredo. Da responsabilidade do juiz. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 9, p. 15-36, jan. /mar. 1978.
- CLÉRICO, Lara. El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto. In: CARBONELL, Miguel (org.). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008. p. 125-173.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- DONNINI, Rogério. Comentário geral ao art. 28 da LINDB. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). *Lei de introdução às normas do Direito brasileiro anotada*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. v. 2. p. 401-408.
- GARCIA, José Francisco. Minimalismo e incrementalismo constitucional. *Revista chilena de derecho*, Santiago, v. 41, n. 1, p. 267-302, abr. 2014.
- GRAU, Eros. *O Direito posto e o Direito pressuposto*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- GRAU, Eros. *Por que tenho medo dos juízes*. São Paulo: Malheiros editora, 2017.
- JORDÃO, Eduardo. A retórica dos controladores: Exagerando e minimizando, eles confundem o debate sobre os limites de sua atuação. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JORDÃO, Eduardo; MOREIRA, Egon Bockmann Moreira; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; BINENBOJM, Gustavo; CÂMARA, Jacintho Arruda; MENDONÇA, José Vicente Santos de; JUSTEN FILHO, Marçal e MONTEIRO, Vera. *Publicitas: direito administrativo sob tensão*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 33-34.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MENDONÇA, José Vicente Santos de; JUSTEN FILHO, Marçal; MONTEIRO, Vera. *Publicitas: direito administrativo sob tensão*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

MODESTO, Paulo. *Café com prosa: crônicas de Direito e reforma do Estado*. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2021.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *As normas de Direito público na Lei de Introdução ao Direito brasileiro: paradigmas para interpretação e aplicação do Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Quem é o “administrador médio” do TCU?* 2018. Disponível em: <https://sbdp.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Quem-%C3%A9-o-administrador-m%C3%A9dio-do-TCU-JOTA-Info.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2024.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

REIMÃO, Clóvis. O erro no Direito Administrativo: uma visão panorâmica. *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 25, n. 140, p. 71-98, jul./ago. 2023.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Breves considerações sobre os deveres de proteção do Estado e a garantia da proibição de retrocesso em matéria ambiental. *In: ROCHA, Mariângela Guerreiro Milhoranza; BÜHRING, Marcia Andrea (org.). Temas polêmicos de Direito Ambiental*. Porto Alegre: Editora Fi, 2019. p. 109-157.

SEMINÁRIO Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro: parte 2. [S. l.: s. n.], 2019. 1 vídeo (3h 51 min). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=EMZjSzlonOI>. Acesso em: 20 jul. 2023.

SILVEIRA, Sebastião Sérgio; MAZZEI, Marcelo Rodrigues. A responsabilidade civil do advogado público no exercício da atividade consultiva e o direito coletivo à boa administração. *Revista IBERC*, Belo Horizonte, v. 5, n. 1, p. 60-77, 2022.

SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. Novos paradigmas para as decisões de gestão e controle públicos à luz da Lei nº 13.655/2018. *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 21, n. 117, p. 195-216, set./out. 2019.

STRECK, Lênio Luiz. Da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de deficiência (Untermassverbot): de como não há blindagem contra as normas penais inconstitucionais. (Neo)constitucionalismo: ontem os códigos; hoje, as Constituições. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica (RIHJ)*, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 243-284, jan./dez. 2004.

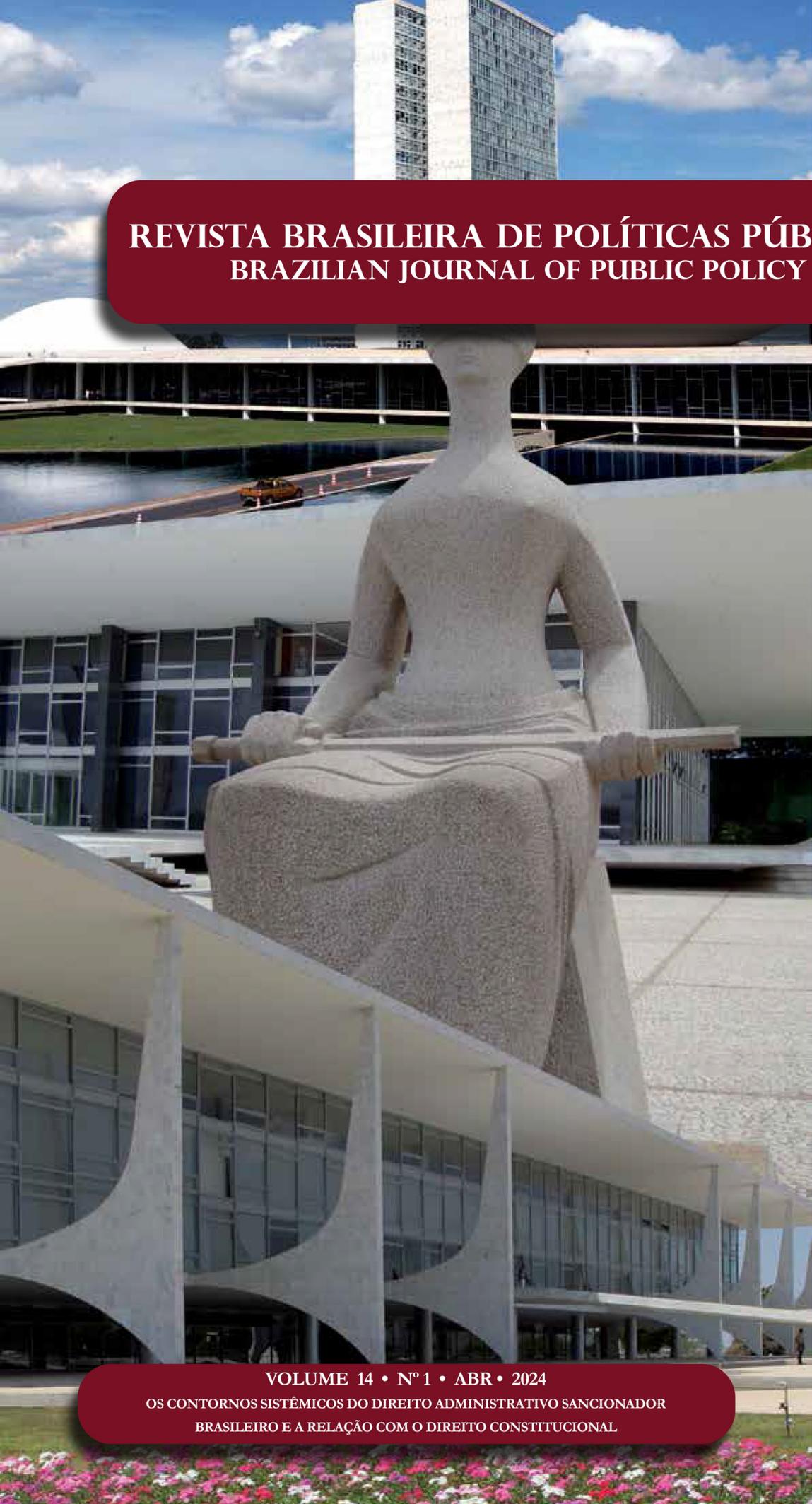
STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte: Coleção Lenio Streck de Dicionário Jurídicos; Letramento; Casa do Direito, 2020.

ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. *Corrupção e improbidade administrativa*. Cenários de risco e a responsabilização dos agentes públicos municipais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

The logo for CEUB (Centro Universitário de Brasília) is displayed in a stylized, bold, white font against a dark red background.

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

The cover features a photograph of a large, white, seated female statue in the foreground, holding a long, thin object. In the background, there is a modern building with a glass facade and a tall, white, rectangular tower. The sky is blue with scattered white clouds. The entire cover is framed by a dark red border with a subtle floral pattern.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Parâmetros de aferição da culpa e do erro grosseiro: o homem médio morreu?**

**Parameters for measuring guilt and gross mistake: is the reasonable person dead?**

Odilon Cavallari

**VOLUME 14 • Nº 1 • ABR • 2024**

**OS CONTORNOS SISTÊMICOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR  
BRASILEIRO E A RELAÇÃO COM O DIREITO CONSTITUCIONAL**

# Parâmetros de aferição da culpa e do erro grosseiro: o homem médio morreu?\*

## Parameters for measuring guilt and gross mistake: is the reasonable person dead?\*

Odilon Cavallari\*\*

### Resumo

O objetivo deste artigo é analisar se, no âmbito do direito administrativo sancionador, o critério do homem médio é um parâmetro consistente de avaliação da culpa *stricto sensu* e do erro grosseiro, pois para a aferição da culpa *stricto sensu* é preciso superar os desafios impostos pelo tipo aberto e pela tipicidade indireta, predominantes no direito administrativo sancionador, o que dificulta a identificação do dever de cuidado objetivo em cada caso e do nível de diligência a ser exigido do agente. Neste artigo, por meio de pesquisa doutrinária e jurisprudencial, e com base no método hipotético-dedutivo, examinam-se, primeiro, os influxos do direito constitucional público sancionador. Em um segundo momento, busca-se refletir sobre os desafios decorrentes do tipo aberto e da tipicidade indireta. Na sequência, analisa-se o critério do homem médio, suas características e as críticas que recebe, a fim de sustentar uma proposta de releitura. Por último, avalia-se se a aferição do erro grosseiro requer alguma alteração de critério, por se tratar de culpa grave. Conclui-se que o critério do homem médio deve ser aplicado tanto para a culpa simples quanto para o erro grosseiro, mas, a partir de proposta no sentido de que aludido critério requer uma releitura, a fim de que seja usado em duas fases: a primeira concernente à adoção do critério abstrato e a segunda de acordo com o critério concreto. Propõe-se, assim, o abandono da clássica dicotomia entre os dois critérios, de modo a não serem tratados como mutuamente excludentes, mas sim complementares.

**Palavras-chaves:** Direito administrativo sancionador. Culpa *stricto sensu*. Erro grosseiro.

### Abstract

The aim of this article is to analyze whether, in the context of administrative sanctionatory law, the criterion of the reasonable person is a consistent parameter for evaluating guilt *stricto sensu* and gross mistake, since in order to assess guilt *stricto sensu* it is necessary to overcome the challenges imposed by the open type and indirect typicality that prevail in administrative sanctionatory law, which makes it difficult to identify the objective duty of care in each case and the level of diligence to be required of the agent. In this article, through doctrinal and jurisprudential research and based on the hypothetical-deductive method, the influences of public constitutional sanc-

\* Recebido em: 01/03/2024  
Aprovado em: 17/04/2024

\*\* Doutor em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (CEUB). Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Especialista em Administração Financeira pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Bacharel em Direito pelo CEUB e em Administração de Empresas pela Universidade de Brasília (UnB). Auditor Federal de Controle Externo e Assessor de Ministro do Tribunal de Contas da União (TCU). Advogado.  
E-mail: odiloncavallari@gmail.com.

tionary law are first examined. In a second step, we seek to reflect on the challenges arising from the open type and indirect typicality. Next, we analyze the criterion of the reasonable person, its characteristics and the criticisms it has received, in order to support a proposal for a re-reading. Finally, we assess whether the measurement of gross mistake requires any change in criteria, as it is a serious fault. The conclusion is that the criterion of the reasonable person should be applied to both simple fault and gross mistake, but based on an innovative proposal in the sense that this criterion requires a re-reading, so that it is used in two phases: the first, concerning the adoption of the abstract criterion, and the second, according to the concrete criterion. The proposal is thus to abandon the classic dichotomy between the two criteria, so that they are not treated as mutually exclusive, but rather complementary.

**Keywords:** Administrative sanctionary law. Culpability *stricto sensu*. Gross mistake.

## 1 Introdução

De um modo geral, no ordenamento jurídico brasileiro, a regra é a responsabilidade subjetiva, segundo a qual é imprescindível a demonstração da culpa para a imputação de responsabilidade. Trata-se de realidade que alcança também o direito administrativo sancionador. As exceções estão expressamente previstas na legislação, a exemplo da Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), cujo artigo 2º estabelece que as pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos naquela lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.<sup>1</sup>

É bem verdade que o tratamento da culpa comporta algumas variações nos diversos ramos do direito, como ocorre no direito civil, em relação ao qual há quem entenda haver certa erosão da culpa na qualidade de filtro da reparação do dano, o que tem provocado um processo de objetivação da responsabilidade civil em virtude da adoção de presunções contrárias a quem é apontado como devedor.<sup>2</sup>

Essa percepção da atual realidade não significa o abandono da responsabilidade subjetiva pelo direito civil, conforme se depreende da leitura do art. 186 do Código Civil, no sentido de que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

E a doutrina civilista, de igual modo, reafirma o compromisso com a responsabilidade subjetiva e seus três pressupostos, que são o fato ilícito, como elemento formal, por ser uma contrariedade ao direito resultante de uma conduta voluntária; o dolo ou a culpa, como elemento subjetivo; e o dano e seu respectivo nexo de causalidade, como elemento causal-material.<sup>3</sup>

Referidos elementos são também exigidos pelo direito público sancionador, o que inclui o direito penal e o administrativo em suas variadas vertentes, com a única exceção de que nem sempre o dano será requerido, porquanto há diversos ilícitos penais e administrativos que não exigem o resultado dano, mas revelam uma ofensa ao ordenamento jurídico, por serem ilegais em sentido amplo, ilegítimos ou antieconômicos.

Conforme alertado, porém, por Sandro Dezan e Paulo Carmona, a voluntariedade do agente não é suficiente para fundamentar a aplicação de uma sanção administrativa, pois requer, também, a demonstração do dolo ou da culpa, sob pena de se aceitar, indevidamente, aplicação de sanção com base em responsabilidade objetiva. Por essa razão, os autores sustentam que o elemento anímico da conduta é aferido em duas fases

<sup>1</sup> BRASIL. Lei n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/12846.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12846.htm). Acesso em: 22 jan. 2024.

<sup>2</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 34-51.

<sup>3</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 17-18.

ou etapas: na primeira, avalia-se se a ação praticada pelo agente foi voluntária ou involuntária; na segunda, avalia-se se a ação do agente foi dolosa ou culposa.<sup>4</sup>

Desse modo, os elementos da responsabilidade subjetiva são o fato ilícito, a conduta omissiva ou comissiva, dolosa ou culposa, e o nexo de causalidade. Além disso, no direito administrativo sancionador, assim como ocorre no direito penal, a imposição de uma sanção requer a prévia avaliação acerca de eventuais excludentes de ilicitude, excludentes de culpabilidade e causas de extinção de punibilidade.

Especificamente em relação à culpa *stricto sensu*, representada pela negligência, imprudência e imperícia, o desafio a ser superado diz respeito ao critério segundo o qual a conduta supostamente culposa deve ser avaliada. Dentre as possíveis respostas que têm sido consideradas ora pela doutrina ora pela jurisprudência, é possível destacar as seguintes: a) a conduta deve ser avaliada em relação ao caso concreto; b) basta observar se o autor da conduta cumpriu o seu dever de cuidado objetivo; c) age com culpa quem pratica conduta inescusável; d) age com culpa quem incorre em erro no qual o homem médio não incorreria.

Em relação às possíveis respostas supracitadas a última é a que tem atraído maior controvérsia na doutrina, motivo pelo qual o objetivo deste artigo é, por meio de pesquisa doutrinária e jurisprudencial e com base no método hipotético-dedutivo, responder a seguinte pergunta: no âmbito do direito administrativo sancionador, o critério do homem médio é um parâmetro consistente de avaliação da culpa *stricto sensu* e, em especial, do erro grosseiro?

A resposta passa pela análise dos seguintes pontos: 1) os influxos do direito constitucional público sancionador, na qualidade de fonte primária do direito administrativo sancionador; 2) os desafios inerentes à avaliação da conduta culposa *stricto sensu*, em virtude do tipo aberto e da tipicidade indireta predominantes no direito administrativo sancionador; 3) o critério do homem médio, suas características, críticas e proposta de releitura; 4) análise crítica do uso do critério do homem abaixo da média, para fins de avaliação do erro grosseiro, a partir da divergência jurisprudencial no Tribunal de Contas da União.

## 2 A aferição da culpa como decorrência do direito constitucional público sancionador

Diferentemente do que ocorre no direito civil, os pressupostos da imputação de responsabilidade subjetiva no direito administrativo sancionador recebem tratamento mais rigoroso e garantista em virtude da incidência de regras e de princípios do direito público sancionador. Ou seja, consoante reconhecido pela doutrina, há um regime jurídico punitivo estatal único formado por normas constitucionais e legais que regulam o direito de punir do Estado, por meio de regras e princípios que estabelecem as possibilidades e os limites da ação estatal.<sup>5</sup>

A qualificação jurídica de uma conduta como ilícito, seja penal ou administrativo, é uma escolha política do legislador, mas que, em ambos os casos, enseja a atuação sancionadora do Poder Público. Por essa razão, as regras e princípios que informam a atuação repressora do Estado assim como as garantias do acusado devem compor um regime jurídico único. Caso contrário, o legislador poderia qualificar determinada conduta no ramo do direito público sancionador que oferecesse menos garantias ao acusado, como estratégia de facilitação da atuação repressiva do Estado.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> DEZAN, Sandro Lúcio; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. Quem tem medo da responsabilização subjetiva? As teorias da conduta e da imputação, para um direito administrativo sancionador constitucionalizado. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 11, n. 1, p. 690-709, abr. 2021, p. 697. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/7346>. Acesso em: 10 jan. 2024.

<sup>5</sup> ATALIBA, Geraldo. Imposto de renda – multa punitiva. *Revista de Direito Administrativo*. 126/550.

<sup>6</sup> MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição*

Por outros fundamentos, Sandro Lúcio Dezan também sustenta a existência de um direito público sancionador, por entender que há uma única lógica do punir, ou seja, a lógica da sanção de direito público é uma só, anterior aos ramos epistemológicos nos quais o legislador, posteriormente, regulamenta a matéria com suas especificidades, tais como o penal e o administrativo, motivo pelo qual o autor defende a presença de um sistema de direito sancionador pré-epistêmico, cujo alcance não se limita às normas de direito material, mas contempla, também, as de direito processual, na qualidade de ramos representativos dos diversos sub-ramos epistemológicos do direito público sancionador.<sup>7</sup>

Marçal Justen Filho, em sentido semelhante, também entende haver um regime jurídico uniforme ao qual se subordinam tanto as sanções penais quanto as administrativas, de modo que deve obediência às garantias fundamentais do art. 5º da Constituição Federal, o que significa, segundo o autor, “a incidência dos princípios da legalidade, da tipicidade, da culpabilidade, da proporcionalidade, da personalidade da sanção, dentre outros”.<sup>8</sup>

Se, portanto, no plano constitucional incidem no direito administrativo sancionador os princípios decorrentes do regime jurídico público unitário, no plano infraconstitucional deve-se recorrer ao uso da analogia com outros ramos do direito, o que sinaliza para o direito penal como fonte predominante para a colmatação das lacunas legislativas, dadas as suas semelhanças com o direito administrativo sancionador.

Nelson Hungria, de longa data, já havia sustentado que “a ilicitude jurídica é uma só, do mesmo modo que um só, na sua essência, é o dever jurídico. (...) Assim, não há falar-se de um ilícito administrativo ontologicamente distinto de um ilícito penal”.<sup>9</sup> Guido Zanobini, no entanto, faz importante ressalva no sentido de que não se aplicam ao direito administrativo sancionador as normas de direito penal concernentes à própria política criminal ou restritas ao âmbito jurídico penal, mas somente aquelas que tenham por fundamento princípios de direito universalizáveis.<sup>10</sup>

Na doutrina argentina, a compreensão é no mesmo sentido. Juan Carlos Cassagne, após ressaltar que o ilícito administrativo não é, a rigor, uma infração de dano, mas sim uma transgressão ao dever de colaboração com a Administração Pública na realização das finalidades públicas que busca realizar, enfatiza que o ponto comum entre o ilícito administrativo e o ilícito penal é a aplicação dos princípios de direito penal, especialmente no tocante à exigência de prévia cominação legal para que se aplique uma pena.<sup>11</sup>

José Cerezo Mir, ao comentar o processo evolutivo da Espanha, informa que, contrariamente ao que ocorreu em vários países europeus, tais como Alemanha, França e Itália, nos quais o crescimento da atividade administrativa provocou uma hipertrofia do direito penal, na Espanha houve um substancial incremento da atividade sancionadora da própria Administração Pública, o que provocou uma reação no sentido, não de uma despenalização ou segregação entre o direito penal administrativo e o criminal, mas sim de uma desadministração da atividade sancionadora da Administração Pública ou a sua sujeição aos princípios fundamentais do direito penal, como o da legalidade, da retroatividade da lei mais favorável e da culpabilidade.<sup>12</sup>

---

*Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 106; no mesmo sentido: BINENBOJM, Gustavo. O direito administrativo sancionador e o estatuto constitucional do poder punitivo estatal: possibilidades, limites e aspectos controvertidos da regulação do setor de revenda de combustíveis. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral*, Rio de Janeiro (Edição Especial): Administração Pública, risco e segurança jurídica, p. 468-491, 2014, p. 469.

<sup>7</sup> DEZAN, Sandro Lúcio. *Uma teoria do direito público sancionador: fundamentos da unidade do sistema punitivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 37-39.

<sup>8</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 1.595.

<sup>9</sup> HUNGRIA, Nelson. Ilícito administrativo e ilícito penal. *Revista de Direito Administrativo*, seleção histórica. 1945-1995, p. 15.

<sup>10</sup> ZANOBINI, Guido. *Le sanzioni amministrative*. Turim: Fratelli Bocca, 1924, p. 136.

<sup>11</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. Tomo I. 7. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 190.

<sup>12</sup> MIR, Jose Cerezo, Limites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 28, p. 159-175, Fasc/Mes 2, 1975, p. 162. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2788179>. Acesso em: 14 jan. 2024.

Trata-se de entendimento encampado pelos tribunais espanhóis, a exemplo do Tribunal Constitucional que tem recorrido aos princípios do direito penal para colmatar lacunas do direito administrativo sancionador, embora tenha ressalvado que essa importação jurídica deve-se dar com matizes.<sup>13</sup> No mesmo sentido tem sido a jurisprudência do Tribunal Supremo que, há, no mínimo 50 anos, supre as lacunas do direito administrativo sancionador a partir de normas do direito penal, justamente por reconhecer a existência de um regime jurídico punitivo único de estatura constitucional.<sup>14</sup>

Alejandro Nieto, porém, em detida análise que fez da evolução da jurisprudência do Tribunal Supremo Espanhol a partir da decisão de 1972 (STS de 9 de fevereiro de 1972) até a Sentença de 21 de fevereiro de 1984 do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (caso Oztürk), teceu substancial crítica à tese adotada nesses julgamentos de que haveria uma unidade supra conceitual entre os ilícitos penal e administrativo, ou seja, de natureza ontológica. Para o autor, a identidade ontológica significa identidade não normativa, mas sim identidade relativamente à própria natureza das coisas, o que entende não existir no caso dos ilícitos penal e administrativo, tendo em vista que são conceitos puramente normativos. Ou seja, determinada conduta somente é considerada ilícita se houver uma norma que assim a considere.<sup>15</sup>

Portanto, segundo o autor, não faz sentido se falar em identidade ontológica, pois não há ilícito não normativo, apenas no mundo dos fatos, tendo em vista que o ilícito não existe por si só, porquanto é criado pela norma. Todo ilícito é um fenômeno normativo. Além disso, Nieto entende até mesmo desnecessário o esforço de tentar estabelecer uma identidade ontológica para justificar um tratamento normativo semelhante, ao menos no essencial, pois ao legislador, por razões diversas, é dado o direito de prever norma que dispense idêntico tratamento a seres ontologicamente diferentes, como é o caso do homem e da mulher que, embora tenham naturezas distintas, recebem idêntico tratamento normativo.<sup>16</sup>

Nieto também critica a tese de que a identidade ontológica não é entre o ilícito administrativo e o ilícito penal, mas sim entre a sanção administrativa e a sanção penal, sob o argumento de que ambas são expressão do *jus puniendi*. O autor cita as Sentenças de 14 de junho e 4 de julho de 1989 (Ar. 4625 y 5246, Llórente) e a Sentença de 13 de outubro de 1989 (Ar. 8386; Mendizábal), todas do Tribunal Supremo, para exemplificar que esse entendimento incorre em um raciocínio circular, porque, na sentença de Llórente, o *jus puniendi* unitário do Estado foi justificado sob o argumento de que haveria uma identidade ontológica entre as sanções administrativa e penal, mas, contraditoriamente, na sentença de Mendizábal, se fez o inverso, ou seja, justificou-se a citada identidade ontológica ao argumento de que decorrem do mesmo *jus puniendi* unitário.<sup>17</sup>

A crítica de Nieto, na realidade, volta-se contra a abordagem filosófica do assunto, pois o autor admite e defende, expressamente, a aplicação, com matizes, do direito penal ao direito administrativo sancionador, como elemento integrador desse último ramo jurídico, mas o faz por questões pragmáticas, a partir da análise normativa, por identificar no direito penal o ramo jurídico, no plano infraconstitucional, no qual há técnicas mais profundas sobre a aplicação de penas e experiência sobre o tema que não podem deixar de ser aproveitadas nem adotadas, pois a rigor o *jus puniendi* unitário do Estado se abastece, exatamente, dessas técnicas do direito penal e expande a sua aplicação.<sup>18</sup>

Embora na prática possa parecer indiferente adotar a tese da identidade ontológica do ilícito administrativo e penal ou das respectivas sanções ou rejeitá-la desde que se apliquem, com matizes, alguns princípios e regras do direito penal ao direito administrativo sancionador, este artigo fundamenta-se na corrente de

<sup>13</sup> ENTERRÍA, Eduardo García, FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. Tomo II, 13. ed. Madrid: Civitas, 2013, p. 174-175.

<sup>14</sup> RINCÓN, José Suay. El derecho administrativo sancionador: perspectivas de reforma. *Revista de Administración Pública*, n. 109, p. 185-191, Enero-abril, 1986, p. 190, nota de rodapé.

<sup>15</sup> NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2006, p. 149-153.

<sup>16</sup> NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2006, p. 154.

<sup>17</sup> NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2006, p. 155.

<sup>18</sup> NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2006, p. 161-165.

pensamento antes mencionada que reconhece a identidade ontológica das sanções administrativa e penal, por derivarem de um mesmo fundamento jurídico, qual seja, o direito de punir do Estado, de estatura constitucional.

Importante registrar que tanto o Tribunal Constitucional quanto o Tribunal Supremo da Espanha têm enfatizado a relevância de que a importação dos institutos de direito penal para o direito administrativo sancionador se processe “com os devidos matizes oriundos da natureza das sanções administrativas que atendem [...] ao devido cumprimento das finalidades da atividade administrativa”.<sup>19</sup> Entre os princípios de direito penal aplicáveis ao direito administrativo sancionador, o Tribunal Supremo já mencionou, sem pretensão de esgotar o tema, o da presunção de inocência, o da legalidade e o da interdição da arbitrariedade.<sup>20</sup>

Nieto defende a adoção do seguinte critério para a aplicação de institutos do direito penal ao direito administrativo sancionador: primeiro, devem ser aplicados os princípios punitivos constitucionalizados, ainda que oriundos do direito penal, pois devem ser vistos como princípios comuns a todo o sistema punitivo do Estado, motivo pelo qual têm precedência sobre qualquer disposição infraconstitucional; segundo, devem ser aplicados ao direito administrativo sancionador os princípios do direito penal não constitucionalizados, desde que não haja comando legal em sentido contrário na área onde se pretende aplicá-los, pois, nessa hipótese, prevalecem os princípios da área específica e não os de direito penal.<sup>21</sup>

Também a favor da existência de um direito público sancionador foi a manifestação do ministro Roberto Barroso, em voto proferido no Supremo Tribunal Federal, no sentido de que “as sanções administrativas estão sujeitas, em suas linhas gerais, a um regime jurídico único, um verdadeiro estatuto constitucional do poder punitivo estatal”, informado pelos princípios constitucionais legalidade, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, da segurança jurídica e da irretroatividade, da culpabilidade e da pessoalidade da pena, da individualização da sanção, da razoabilidade e da proporcionalidade.<sup>22</sup>

A incidência do direito constitucional público sancionador sobre o direito administrativo sancionador não elimina por completo eventuais interseções com outros ramos do direito, especialmente em matérias aproximadas, como ocorre com a aferição da culpa *stricto sensu*. Por essa razão, o direito civil, embora dispense tratamento menos garantista à responsabilidade subjetiva, com certa tendência à objetivação em muitos casos, em virtude da erosão da culpa, conforme se afirmou anteriormente, é também importante fonte de consulta. Particularmente em relação ao critério do homem médio, tanto a doutrina quanto a jurisprudência civilista oferecem significativas contribuições para o aprofundamento do tema, o que justifica o recurso a esse ramo do direito também.

### 3 Desafios na aferição das condutas culposas, especialmente no direito administrativo sancionador

O principal traço distintivo da culpa *stricto sensu* para o dolo reside na finalidade da ação, pois no dolo a conduta é direcionada para a produção de um resultado ilícito desejado ou, no mínimo, aceito pelo seu autor, ao passo que na culpa *stricto sensu* o resultado ao final produzido não é o desejado, mas ocorre em virtude de uma falha na execução da conduta, por negligência, imprudência ou imperícia.

<sup>19</sup> NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2006, p. 169.

<sup>20</sup> NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2006, p. 167.

<sup>21</sup> NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2006, p. 167.

<sup>22</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). *Mandado de Segurança n.º 32.201*. Ementa: Direito administrativo. Mandado de segurança. Multas aplicadas pelo TCU. Prescrição da pretensão punitiva. Exame de legalidade. 1. A prescrição da pretensão punitiva do TCU é regulada integralmente pela Lei n.º 9.873/1999, seja em razão da interpretação correta e da aplicação direta desta lei, seja por analogia. (...). Relator: Min. Roberto Barroso, 21 de março de 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13287495>. Acesso em: 18 jan. 2024.

Sergio Cavaliere Filho, com base na doutrina do civilista português Fernando Pessoa Jorge, sustenta que a conduta diligente é formada por dois momentos distintos. No primeiro, o agente busca identificar, em um processo intelectual, o comportamento que se espera dele, ou seja, o comportamento que deve ser o mais adequado, consideradas as opções que têm e as vantagens e desvantagens de cada um. No segundo momento, isto é, após decidida qual é a conduta mais adequada a ser praticada, o agente efetivamente a pratica. Nos dois momentos só é exigível do agente um esforço médio.<sup>23</sup>

E aqui reside o desafio, pois o que se espera do agente é a prática de uma conduta diligente, prudente ou perita. A dificuldade fica mais evidente quando se coloca a questão diante do caso concreto a ser enfrentado pelo agente, pois resta saber o que, na prática, é considerada uma conduta diligente, prudente ou perita. Além disso, segundo quais critérios será formada essa convicção.

Considerada essa realidade, a análise da consistência do critério do homem médio ou de qualquer outro a se considerar requer a compreensão da importância do denominado modal deontico para o convívio social, pois somente a partir do prévio conhecimento acerca de quais condutas são permitidas, proibidas ou obrigatórias as pessoas físicas e jurídicas terão condições de decidir, de modo esclarecido, se preferem se conduzir de acordo com o direito ou não. Em outras palavras, o modal deontico, como o próprio nome indica, diz respeito ao mundo do dever ser, da deontologia, no que concerne ao comportamento dos membros da sociedade, quanto ao que lhes é permitido, proibido ou obrigatório.<sup>24</sup>

No âmbito do direito penal essa prévia descrição da conduta denomina-se “tipo”, que pode ser doloso ou culposo.<sup>25</sup> O tipo é uma decorrência do princípio da legalidade previsto no inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal, segundo o qual “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Desse modo, evita-se a surpresa, promove-se previsibilidade e respeita-se o direito do cidadão de escolher livremente a conduta que pretende praticar, sabedor de suas consequências jurídicas, como, por exemplo, a obrigação de reparar um dano, a correção ou o desfazimento do ato ou contrato ilícito, ou, ainda, a imposição de uma sanção. Praticada a conduta descrita pelo tipo, abre-se caminho para a imposição da respectiva consequência jurídica.

Tipicidade, a seu turno, é a adequação da conduta praticada no mundo dos fatos àquela descrita abstratamente pela norma, ou seja, a tipicidade consiste no resultado de uma operação de subsunção do fato à norma que revela a sua perfeita adequação. Eis a razão pela qual a tipicidade é também denominada de adequação típica. Consequentemente, diz-se que a conduta é típica quando preencheu todos os elementos do tipo.<sup>26</sup>

O tipo pode ter elementos descritivos, normativos e subjetivos. Os elementos descritivos são de natureza objetiva, pois, como o próprio nome indica, descrevem objetos, coisas, seres vivos em geral, inclusive humanos, portanto, cuja compreensão é simples, não requer juízos psíquicos nem de valor. Exemplo emblemático é o crime de homicídio, previsto no art. 121 do Código Penal, que prevê o seguinte tipo: “matar alguém”.

É baixo o esforço de interpretação para o bom entendimento do significado do tipo previsto no art. 121 do Código Penal, pois o verbo “matar” indica uma ação que necessariamente produz o resultado morte, sem o qual não há o crime de homicídio. E a palavra “alguém”, que pertence à classe gramatical dos pronomes

<sup>23</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 32.

<sup>24</sup> Sobre o modal deontico das normas jurídicas: NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. Tradução: Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 75. Em sentido semelhante, entre outros: BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução: Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: EDIPRO. 5. ed. 2012, p. 125-129.

<sup>25</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 27. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 365.

<sup>26</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 382-383; GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 169.

indefinidos, exerce na frase, à luz da sintaxe, a função de objeto direto e, em termos semânticos, refere-se, iniludivelmente, a um ser humano.

Os elementos normativos do tipo, a seu turno, são aqueles que, para a sua aplicação, requerem um juízo valorativo do julgador para a sua concretização, a exemplo das seguintes expressões constantes de vários artigos do Código Penal: “sem justa causa” (art. 153), “motivo fútil” (art. 122, § 3º, I), “dignidade ou o decoro” (art. 140), “indevidamente” (art. 151), “injustamente” (art. 337-N), “relevante” (art. 337-O), “suficientes e necessários” (art. 337-O, § 1º) e outros.

Os elementos subjetivos do tipo, por fim, dizem respeito aos elementos anímicos que revelam a vontade do autor da conduta, motivo pelo qual se referem ao campo psíquico, pois dizem respeito à representação mental feita pelo agente em relação à realidade que pretendeu concretizar. A doutrina tem indicado o dolo como elemento subjetivo por excelência, mas há quem inclua nessa classificação também a culpa *stricto sensu*, nas modalidades de negligência, imprudência e imperícia.<sup>27</sup>

Tipos que contêm elementos descritivos, normativos e subjetivos suficientemente esclarecedores são denominados pela doutrina de tipos fechados. Por outro lado, os tipos abertos são aqueles sem descrição completa da conduta, motivo pelo qual exigem do aplicador da norma esforço interpretativo para a definição da conduta indesejada.<sup>28</sup>

É o caso, por exemplo, dos tipos culposos, pois, salvo algumas exceções, em regra, a norma não define quais condutas são negligentes, imprudentes ou imperitas. Caberá ao julgador, diante do caso concreto, proceder a essa avaliação, a fim de, primeiro, formar a sua convicção sobre qual conduta seria diligente, prudente ou perita, para, a partir desse modal deontico, concluir se a conduta praticada foi negligente, imprudente ou imperita.

Consoante reconhecido pela doutrina nacional e estrangeira, no direito administrativo sancionador, como ramo do direito constitucional público sancionador, aplica-se o princípio da tipicidade e, portanto, trabalha-se com o conceito de tipo, embora, na maioria dos casos, sejam tipos abertos que requerem valoração subjetiva do aplicador da norma.<sup>29</sup>

Exemplo do que se expõe é o art. 155 da Lei 14.133/2021, que, ao descrever as infrações pelas quais o licitante ou o contratado será responsabilizado administrativamente, previu, no inciso X, a seguinte hipótese: “x – comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude de qualquer natureza”. Saber, portanto, o que é comportamento “inidôneo” não é tarefa simples e contempla elevada dose de subjetividade, por se tratar de conceito jurídico de conteúdo indeterminado cuja concreção somente é possível diante de cada caso concreto.<sup>30</sup>

Para se chegar à conclusão de que ocorreu a adequação típica, isto é, de que a conduta praticada no mundo dos fatos se amolda perfeitamente àquela prevista abstratamente pela norma, o que conduziria, no caso, à conclusão de que houve a prática de um ato ilegítimo ou antieconômico, é preciso, antes, identificar, em relação à situação de fato, o que seria legítimo ou econômico.

No entanto, diferentemente do que ocorre quando se lê o art. 121 do Código Penal, relativamente ao crime de homicídio, sobre o qual é fácil saber qual conduta não praticar a fim de evitar matar alguém, não

<sup>27</sup> GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 180-182; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 27. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 370-372.

<sup>28</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 5. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 311-312.

<sup>29</sup> No direito espanhol: RINCÓN, José Suay. El derecho administrativo sancionador: perspectivas de reforma. *Revista de Administración Pública*, n. 109, p. 185-191, Enero-abril, 1986, p. 190, nota de rodapé. No direito italiano: ZANOBINI, Guido. Op. cit., p. 136. No direito brasileiro: OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 141-148.

<sup>30</sup> No mesmo sentido: JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 1599-1600.

é fácil para o agente público, em muitas oportunidades, saber qual conduta deve praticar para que seja considerada legal, legítima ou econômica. E nessa questão reside o desafio tanto para o agente público quanto para o órgão de controle.

A clareza do tipo, portanto, é essencial para a concretização do princípio da segurança jurídica e para fornecer previsibilidade às pessoas. Consoante observa Claus Roxin, ao fazer coro com Welzel, o tipo tem a função de garantia, na medida em que descreve de forma objetiva a conduta proibida, pois somente assim se dá cumprimento ao princípio de que não há pena sem prévia cominação legal.<sup>31</sup>

Por outro lado, a clareza do tipo é também importante para autorizar e, ao mesmo tempo, limitar a atuação do julgador. É o que Rogério Greco denominou de função fundamentadora, pois é por intermédio do tipo que o órgão julgador está autorizado a imputar responsabilidade a alguém em virtude da prática de conduta ilícita, mas é também pelo tipo que o julgador está limitado na sua atuação que somente estará fundamentada no tipo se não ultrapassar os seus limites.<sup>32</sup>

Contudo, a clareza do tipo no direito administrativo é tarefa, verdadeiro desejo, quase sonho de consumo, que se desenvolve por caminhos mais longos e tortuosos. A razão está na profunda distinção entre os crimes definidos pelo legislador, não todos, mas a sua maioria, e os ilícitos administrativos.

A definição legislativa das condutas consideradas crime, em regra, decorre de uma arbitrariedade do legislador que decide pela sua tipificação em virtude da sua atividade legislativa que busca traduzir os valores mais sensíveis e caros da sociedade, em determinado tempo e espaço, a partir da positivação de normas incriminadoras. Nesse sentido, os tipos penais, no geral, são autônomos, suficientes para transmitir às pessoas a ideia clara das condutas proibidas e das obrigatórias. Portanto, o direito penal é vocacionado a instrumentalizar, na legislação, a repulsa da sociedade a determinados comportamentos que considera altamente reprováveis.

Não é essa, porém, a realidade do direito administrativo, pois suas normas são elaboradas com a finalidade de ordenar a atividade da Administração Pública, a partir do estabelecimento de princípios e regras sobre o que é permitido, proibido e obrigatório, de modo que os direitos das pessoas físicas e jurídicas sejam não apenas respeitados, mas também efetivados, concretizados, naquilo que dependam de prestações positivas do Poder Público, seja direta ou indiretamente, a partir de sua atuação regulatória.

Quer se dizer, portanto, que a identificação do comportamento permitido, proibido ou obrigatório do agente público raramente está no tipo ilícito administrativo, mas sim em uma norma regente do funcionamento da Administração Pública. Consequentemente, para se saber se o agente público incorreu no tipo previsto nas Leis Orgânicas dos Tribunais de Contas como, por exemplo, ter praticado ato de gestão ilegal, ilegítimo ou antieconômico é necessário consultar as normas ordenadoras da atividade administrativa, porquanto nelas constam as permissões, as proibições e as obrigações dos agentes públicos.

E isso explica parte da razão pela qual tipos ilícitos administrativos contemplam conceitos jurídicos indeterminados, tais como as expressões “ilegítimo” e “antieconômico”, pois, na linha da observação que Juan Carlos Cassagne fez sobre o tipo disciplinar, mas cujo raciocínio nesse caso particular se aplica ao direito administrativo sancionador em geral, é impossível especificar, antecipada e detalhadamente, as atribuições dos agentes públicos.<sup>33</sup>

Esse procedimento de tipificação do direito administrativo no qual a leitura do tipo ilícito administrativo não é suficiente, pois requer a consulta a outra norma em que conste a proibição ou a obrigação do agente

<sup>31</sup> ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Tradução para o castelhano: Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: Depalma, 1979, p. 170.

<sup>32</sup> GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 191-192.

<sup>33</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. Tomo II. 7. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 448.

público, é denominado pela doutrina de tipificação indireta.<sup>34</sup> Como afirma Alejandro Nieto, os tipos sancionadores administrativos não são autônomos, porquanto se referem a outras normas nas quais consta a conduta obrigatória ou proibida. E não há problema em relação a isso, pois, diferentemente do direito penal que lida com um repertório limitado de crimes, no direito administrativo “a lista de infrações é indomável, de modo que, caso se tentasse ser exaustivo, resultaria em bibliotecas inteiras”.<sup>35</sup>

Na perspectiva do agente público, tipos abertos e tipificação indireta podem, portanto, enfraquecer o princípio da segurança jurídica, mas, por outro lado, as normas ordenadoras da Administração Pública exercem função basilar para a previsibilidade do direito, ao disciplinarem a atividade administrativa, em geral, e dos agentes públicos, em particular, o que é positivo, pois quanto mais elementos descritivos do tipo, de natureza objetiva, houver nas normas ordenadoras tanto menor tende a ser a insegurança jurídica e tanto maior a previsibilidade. Exemplos emblemáticos são a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n.º 101/2000) e a Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n.º 14.133/2021).

Paradoxalmente, a legislação ordenadora da atividade administrativa se, por um lado, tem disciplinado algumas atividades a partir de normas com elevado conteúdo instrumental, por outro, tem também feito uso intenso de conceitos jurídicos de conteúdo indeterminado e, mais recentemente, de comandos que exigem do agente público a realização de juízos consequencialistas mais frequentes e específicos, a exemplo do art. 20 do Decreto-Lei n.º 4.657/1942 (LINDB).<sup>36</sup>

Por essa razão, o cumprimento da norma nesse caso é mais complexo, pois envolve diversos conceitos jurídicos indeterminados e juízos consequencialistas desafiadores. Nessa hipótese, é mais difícil a identificação da conduta lícita esperada do agente público que não o enquadre no tipo ilícito de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico, assim como o é também para o órgão de controle questionar a escolha do gestor e fundamentar eventual sanção que lhe venha a ser aplicada.

## 4 O critério do homem médio para aferição da culpa: conceito, críticas e proposta de releitura

Desse modo, o tipo aberto e a tipicidade indireta são características desafiadoras para a avaliação consistente da conduta culposa *stricto sensu*, pois, para saber se a conduta praticada foi negligente, imprudente ou imperita, é preciso, primeiramente, identificar qual seria a conduta diligente, prudente ou perita esperada do agente.

Em termos gerais, a conduta esperada de todo membro da sociedade é aquela que não ofenda bens jurídicos. Como explica Welzel, o direito exige de todos que queiram viver sem restrições nas suas relações sociais que ajam de acordo com o dever de observância da diligência necessária ao convívio social.<sup>37</sup> É o denominado dever de cuidado objetivo. Segundo o aludido autor, a diligência objetiva significa, portanto, a

<sup>34</sup> NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2006, 2006, p. 312. No Brasil: MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 144; VORONOFF, Alice. *Direito administrativo sancionador no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 217-218.

<sup>35</sup> NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2006, p. 312.

<sup>36</sup> LINDB, art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. 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.

<sup>37</sup> WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Tradução para o espanhol: Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 136-137.

“observância da medida socialmente adequada do perigo para os bens jurídicos”, mas determinar qual é essa medida “é uma das tarefas mais difíceis do juiz”.<sup>38</sup>

A doutrina penalista, em geral, refere-se ao dever de cuidado objetivo como algo relativamente fácil de se identificar, entre outros motivos, porque o tipo culposo, em regra, é derivado de um tipo doloso no qual a norma proibitiva é de clara compreensão.<sup>39</sup> Exemplo do que ora se trata é o crime de homicídio, que admite tanto a modalidade dolosa quanto a culposa. Nesse caso, a norma proibitiva é “é proibido matar”, da qual decorre a norma mandamental “não matar”. Portanto, nesse caso, o dever de cuidado objetivo envolve a adoção de cautelas de fácil percepção, a fim de que as pessoas que não queiram matar alguém não incorram no crime de homicídio culposo em virtude de uma conduta negligente, imprudente ou imperita que revele o descumprimento do dever de cuidado objetivo.

Não é difícil compreender a razão pela qual muitos doutrinadores recorrem ao exemplo do tráfego de veículos para explicar essa questão. Dizem que há um dever de cuidado objetivo imposto a todos que dirigem veículos automotores, de modo que quem está na via secundária sabe que deve dar preferência a quem está na via principal que, por sua vez, pode trafegar com tranquilidade pela via principal, sem parar em cada esquina, porque confia que quem está na via secundária cumprirá o seu dever de cuidado objetivo que, nesse exemplo, decorre das próprias normas de trânsito. Daí, também, a razão pela qual a doutrina se refere ao princípio da confiança como instituto derivado do dever de cuidado objetivo. Como se vê, portanto, o dever de cuidado objetivo nesse exemplo é de fácil compreensão para todos os motoristas.<sup>40</sup>

Há, ao menos, duas distinções relevantes entre o tipo culposo no direito penal e no direito administrativo que precisam ser consideradas na avaliação da conduta: primeira, a conduta culposa no direito administrativo não é, em regra, derivada de um tipo doloso do qual seja facilmente apreensível a norma proibida e a norma obrigatória, mas sim um delito autônomo; segunda, o dever de cuidado objetivo no direito administrativo, não raras vezes, é dado por comandos extremamente abertos e genéricos, principalmente porque numerosas normas do direito administrativo são de ordenação da atividade administrativa.

A Administração Pública, conforme se demonstrou anteriormente, é regida intensamente por princípios que são mandados de otimização, isto é, são “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”.<sup>41</sup> Significa dizer que a norma impõe ao administrador público diversos mandados de otimização, mas não lhe fornece detalhes sobre como efetivar esses mandados, que são os princípios, de modo que, para o bem e para o mal, lhe concede substancial margem de atuação.

A Lei n.º 14.133/2021 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos) está repleta de exemplos sobre o assunto. Um deles é o art. 47, inciso II, ao dispor que “as licitações de serviços atenderão aos princípios: [...] II – do parcelamento, quando for tecnicamente viável e economicamente vantajoso”. Trata-se de decisão muitas vezes difícil de ser tomada, porquanto saber de antemão se será ou não economicamente vantajoso o parcelamento é tarefa que envolve certa dose de incerteza, pois, em certos contratos, há variáveis difíceis de serem antecipadamente identificadas ou estimados os seus impactos.

A questão é relevante porque a doutrina aponta a previsibilidade do resultado como um dos elementos do delito culposo, de modo que, se o resultado era imprevisível, não há de se falar em conduta culposa. O desafio é saber como avaliar, após o fato consumado, se havia ou não a previsibilidade do resultado quando da prática da conduta. É o caso, por exemplo, da gestão de riscos nas contratações públicas, imensamente

<sup>38</sup> WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Tradução para o espanhol: Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 141-142. Do original: “Diligencia objetiva significa la observancia de la medida socialmente adecuada del peligro de bienes jurídicos. Determinar esta medida es una de las tareas más difíciles del juez”.

<sup>39</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 5. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 322.

<sup>40</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 5. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 322; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 27. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 396.

<sup>41</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008, p. 90-91.

prestigiada na Lei n.º 14.133/2021, tanto que a palavra risco consta nada menos do que 48 vezes contra apenas 3 vezes na Lei n.º 8.666/1993.

Ora, medidas tendentes a reduzir os riscos têm custos e são precificadas pelo mercado, a exemplo do seguro de veículos. Os seus proprietários, em regra, optam por realizar uma despesa antecipada e certa, a fim de evitar uma despesa futura, mas incerta. E assim o fazem por concluírem que a relação custo/benefício compensa diante da probabilidade de um sinistro.

No caso de contratações públicas, no entanto, a decisão sobre a gestão de riscos pode ser bem mais complexa. É o caso do seguro cambial, que é uma operação tendente à proteção do valor do contrato diante de futuras variações cambiais. Em licitações públicas para a contratação de objetos cujos insumos podem estar sujeitos à variação cambial, a decisão a ser tomada é sempre desafiadora, pois, caso se insira no edital de licitação a exigência de seguro cambial, os licitantes naturalmente precificarão esse seguro nas suas propostas, o que implicará o aumento do valor da contratação.

A contratação de seguro cambial não se justifica em cenários cambiais estáveis. Além disso, há variações cambiais que, pela sua baixa repercussão contratual, também não justificam a contratação do seguro cambial, tendo em vista que onera substancialmente o valor do contrato. Nessas hipóteses, é melhor correr o risco. É essa a razão, inclusive, do nome: “gestão de riscos” e não “redução de riscos”, pois esta tem custos que precisam ser avaliados diante dos benefícios esperados.

Portanto, este é o desafio da avaliação da conduta culposa no âmbito da Administração Pública, qual seja, o de identificar qual era, ao tempo da ação, o dever de cuidado objetivo exigido do agente ou, em outras palavras, qual era o nível de exigência decorrente do modal deontológico relativamente ao grau de diligência, prudência ou perícia que era razoável exigir do autor da conduta. A resposta a essa indagação é condição essencial para a aferição da culpa *stricto sensu*, pois somente a partir da identificação de qual era a conduta esperada é possível formular juízo sobre a conduta praticada.

Nesse sentido, a doutrina majoritária tem adotado o critério do homem médio como parâmetro de aferição da culpa *stricto sensu*. Referido critério segue os passos descritos por Silvio Rodrigues, segundo o qual para:

verificar se existiu, ou não, erro de conduta, e portanto culpa, por parte do agente causador do dano, mister se faz comparar o seu comportamento com aquele que seria normal e correntio em um homem médio, fixado como padrão. Se de tal comparação resultar que o dano derivou de uma imprudência, imperícia ou negligência do autor do dano, nos quais não incorreria o homem padrão, criado in abstracto pelo julgador, caracteriza-se a culpa, ou seja, o erro de conduta.<sup>42</sup>

Nos países que adotam o sistema *civil law*, o critério do homem médio tem origem no conceito de bom pai de família do direito romano (*bonus pater familias*) ao passo que, nos ordenamentos jurídicos adeptos do sistema do *common law*, referido critério surgiu com base no conceito de *reasonable man*, posteriormente ajustado para *reasonable person* (pessoa razoável), “entendido como o homem médio, o homem-padrão, o indivíduo prudente”, sendo, até os dias atuais, o critério predominante em ambos os sistemas jurídicos.<sup>43</sup>

Na mesma linha preleciona Sérgio Cavalieri Filho no sentido de que a noção de culpa é normativa, isto é, exige um juízo de valor em cada caso, e, nas hipóteses em que não há normas legais ou regulamentares específicas, “o conteúdo do dever objetivo de cuidado só pode ser determinado por intermédio de um princípio metodológico — comparação do fato concreto com o comportamento que teria adotado, no lugar do agente, um homem comum, capaz e prudente”.<sup>44</sup>

<sup>42</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 4, p. 146. *Apud* SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 36.

<sup>43</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 35.

<sup>44</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 34.

Aludido parâmetro de comparação serve para aferir a conduta culposa nos termos do que ordinariamente acontece, pois não é de se exigir do agente que adote um nível de cuidado que não seria o ordinariamente adotado pelo homem comum, homem médio ou normal, adotado também como parâmetro pelo legislador na elaboração das leis que fixam os direitos e os deveres das pessoas em sociedade.<sup>45</sup>

Ou seja, na seara da responsabilidade civil, como bem resume Carlos Roberto Gonçalves, “é consenso geral de que não se pode prescindir, para a correta conceituação de culpa, dos elementos ‘previsibilidade’ e comportamento do *homo medius*.”<sup>46</sup> Nas palavras de Cavaliari Filho, “o padrão que se toma para apreciar a conduta do agente não é só a do homem diligente, cuidadoso e zeloso, mas também do homem medianamente sensato, avisado, razoável e capaz”.<sup>47</sup>

No campo da responsabilidade penal, de igual modo, o critério do homem médio é amplamente utilizado pela doutrina, de longa data. Conforme observado por Francisco de Assis Toledo, a culpa *stricto sensu*, embora tenha sido uma criação do direito privado, foi, aos poucos, sendo transplantada para o direito penal.<sup>48</sup>

Na dicção de Mirabete, se, por um lado, há deveres e cuidados que são expressamente previstos pela legislação, tais como a velocidade máxima na condução de veículos e o uso de equipamentos para certas atividades industriais, por outro, é impossível à legislação prever todas as possíveis violações de cuidados nas atividades humanas. Nessas hipóteses, “deve-se confrontar a conduta do agente que causou o resultado lesivo com aquela que teria um homem razoável e prudente em lugar do autor”.<sup>49</sup>

Observa Damásio de Jesus que os crimes dolosos não demandam o uso do método comparativo com o homem médio, porquanto para a sua ocorrência basta que haja adequação típica, isto é, basta que o autor do crime tenha praticado, no mundo dos fatos, exatamente a mesma conduta prevista abstratamente pela norma.<sup>50</sup>

O mesmo, porém, não se pode afirmar do crime culposos, porquanto, conforme lembrado por Rogério Greco, amparado em lição de Hans Welzel, “nos delitos culposos a ação do tipo não está determinada legalmente. Seus tipos são, por isso, ‘abertos’ ou ‘com necessidade de complementação’, já que o juiz tem que completá-los para o caso concreto”.<sup>51</sup>

Desse modo, se, no crime doloso, deve-se comparar a conduta do agente com aquela prevista abstratamente pelo tipo penal, no crime culposos, o mecanismo é outro, pois a norma penal não descreve a conduta culposa, razão pela qual, segundo ensina Heleno Fragoso, “a tipicidade nos crimes culposos determina-se através da comparação entre a conduta do agente e o comportamento presumível que, nas mesmas circunstâncias, teria uma pessoa de discernimento e prudência ordinários”.<sup>52</sup>

Especificamente no âmbito do direito administrativo sancionador, de igual modo, adota-se o critério do homem médio, pois, conforme observado por Alejandro Nieto, a identificação de qual é o dever de cuidado objetivo em cada caso pode conduzir o julgador a valorações arbitrárias, motivo pelo qual lhe resta se socorrer do critério do homem médio.<sup>53</sup>

No entanto, o método comparativo com o homem médio não desfruta de consenso no meio jurídico, a exemplo de Zaffaroni e Pierangeli que o rejeitam veementemente. Referidos autores entendem que o critério a ser adotado na avaliação da conduta culposa é o do dever de cuidado objetivo, apenas, que deve ser

<sup>45</sup> Ibidem.

<sup>46</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Vol. 4: responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 34.

<sup>47</sup> CAVALIARI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 32.

<sup>48</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 290-291.

<sup>49</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 139.

<sup>50</sup> JESUS, Damásio. E. de. *Direito Penal*, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 253-254.

<sup>51</sup> GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 217.

<sup>52</sup> FRAGOSO, Heleno. *Lições de direito penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 220.

<sup>53</sup> NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2006, 2006, p. 392.

avaliado “de acordo com a situação jurídica de cada homem”, sem o uso de fórmulas gerais, tais como a do “homem normal” que, segundo os autores, “de nada servem”.<sup>54</sup>

Mencionados autores recorrem ao exemplo de um médico que durante a cirurgia recebe da enfermeira o instrumental sem esterilização e o usa. A controvérsia diz respeito à culpa do médico. Para os autores, “o médico terá violado o dever de cuidado se a falta de esterilização do instrumental era de tal natureza que devia tê-la percebido ao utilizá-lo”.<sup>55</sup>

Contudo, os autores deixaram de esclarecer, nesse exemplo, o critério que o juiz adotará para avaliar se o médico devia ou não ter percebido a ausência de esterilização do instrumental. Considerando que o juiz não é médico e, muito provavelmente, nunca foi, como saberá qual o procedimento usual que os cirurgiões adotam nessas atividades e se variam de acordo com o tipo de cirurgia, a sua urgência, as instalações onde é realizada, o tipo de esterilização que é feita, o tipo de instrumental que é usado, o tamanho e o perfil da equipe de apoio do médico e outras tantas questões que somente a prática médica dos cirurgiões pode revelar.

Na mesma linha crítica, Juarez Tavares, talvez o penalista brasileiro que mais discorreu sobre o método comparativo, o homem médio ou normal, e que mais o criticou, sustenta que “não se deve, em caso algum, ter por base a figura do homem prudente, consciencioso e diligente, com cuja conduta imaginária se deveria comparar a conduta realizada pelo agente”, pois, segundo o autor, a figura do homem prudente é uma sofisticação do conceito de homem médio da teoria causal e é inferido de um juízo subjetivo do próprio julgador “e não de um padrão objetivo e coerente”, já que o julgador imagina o conceito de homem prudente a partir de seus próprios conhecimentos e “traumas pessoais”, ou seja, o homem prudente seria, na visão do autor, “aquele que fosse fixado pelo julgador e nada mais”.<sup>56</sup>

Juarez Tavares reconhece, porém, que é necessária uma orientação ao julgador para que possa bem avaliar qual seria a conduta cuidadosa, ou seja, qual seria o dever de cuidado objetivo a ser exigido do agente no caso concreto. Nesse sentido, o autor concorda com a proposta que João Mestieri formulou para a culpabilidade, mas que Tavares entende ser possível aproveitá-la também para o tipo de injusto culposo, no sentido de se adotar a “experiência geral da vida” como “parâmetro empírico negativo” do cuidado instituído pela norma, de modo que “não haverá conduta descuidada desde que tenha sido realizada de conformidade com a experiência geral da vida”.<sup>57</sup>

Embora admita que o critério do homem prudente também poderia ser complementado “com a exigência de que lhe fossem estendidas as mesmas condições em que se encontrava o sujeito concreto”, Tavares o refuta por entender necessário “eliminar-se do direito penal todo e qualquer elemento meramente fictício ou subjetivo”, tal como é o conceito de homem prudente. Segundo o autor, “a experiência geral relativa à execução de uma atividade é, ao revés, um elemento concreto, aferível, inclusive, empiricamente, o que pode servir de elemento objetivo de referência para a norma mandamental”.<sup>58</sup>

No entanto, a proposta do autor conduz, exatamente, à mesma conclusão do homem prudente que tanto refutou, pois a denominada “experiência geral da vida” refere-se, a rigor, à prática adotada e aceita por diversas pessoas de um determinado meio social. Disso resulta que a proposta do autor opera segundo o mesmo método do homem prudente, ou seja, pela comparação entre a conduta do agente com aquela praticada e aceita em determinado meio social ou profissional. Ora, como se verá adiante, esse é exatamente o método como atualmente se trabalha com o conceito de homem médio, nos termos da moderna doutrina e da jurisprudência.

<sup>54</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 439-440.

<sup>55</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 439-440.

<sup>56</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 5. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 323-324.

<sup>57</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 5. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 328.

<sup>58</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 5. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 330-331.

Ainda na seara penal, Cezar Roberto Bitencourt, apesar de não tecer qualquer crítica ao critério do homem médio, prudente, enfatiza que a comparação entre a conduta do agente e a que seria devida deve ser procedida à luz das condições concretas. Segundo entende o citado autor, “é necessário indagar, sob a perspectiva *ex ante*, se no momento da ação ou da omissão era possível para qualquer pessoa no lugar do autor identificar o risco proibido e ajustar a conduta ao cuidado devido”. Por fim, alerta o autor que a avaliação sobre se era possível ao agente, no caso concreto, ter adotado as cautelas devidas é tarefa a ser feita quando da análise da culpabilidade, a fim de verificar se lhe era exigível conduta diversa.<sup>59</sup>

Em relação à responsabilidade civil, Anderson Schreiber registra que o método de aferição *in abstracto* do comportamento que seria o esperado, nos moldes romanísticos do *bonus pater familias*, tem sofrido críticas tanto no Brasil quanto em outros países, pelo fato de ser um “padrão único de diligência e razoabilidade” que é “incompatível com uma realidade complexa e plural, como a que caracteriza as sociedades contemporâneas”, marcada pela “especialização dos setores econômicos” e o avanço tecnológico.<sup>60</sup>

Por essa razão, o autor informa que, sem abandonar o método abstrato, os tribunais judiciais têm aplicado o que se denominou de “fragmentação dos modelos de conduta”, ou seja, os tribunais “têm, em toda parte, procurado dar ênfase às circunstâncias concretas e à especialidade das situações submetidas à sua avaliação, desenhando modelos múltiplos e menos generalizados de comportamento”, o que tem sido feito a partir de consulta a diretrizes emitidas por associações profissionais, a códigos de conduta especializados, ainda que sem valor normativo, e a oitiva de assistentes judiciais especializados.<sup>61</sup>

Desse modo, o modelo único de homem médio tem sido substituído pelos tribunais judiciais por modelos específicos de homem médio de cada área de atuação. Schreiber cita o exemplo do transporte de material genético e da companhia acusada de divulgar balanços adulterados, pois nesses casos haveria dois modelos de conduta: o primeiro seria identificado a partir da consideração acerca dos “procedimentos técnicos habituais, as condições em que se deu o transporte, as recomendações da Agência Nacional de Saúde e de entidades especializadas”; e o segundo, a partir das “normas gerais de contabilidade, as práticas habituais na elaboração de demonstrações financeiras, o grau de controle da auditoria externa e assim por diante”.<sup>62</sup>

Entende-se que o critério do homem médio, prudente, normal é importante subsídio para a formação de convicção do julgador que, em muitos casos, é um leigo no assunto, como no exemplo invocado por Zaffaroni e Pierangeli do cirurgião que usa instrumental não esterilizado que lhe foi entregue pela enfermeira. Nesse caso, o homem médio deveria ser o “cirurgião médio, prudente” como representativo do comportamento usual dos outros médicos cirurgiões em circunstâncias semelhantes.

Não por outra razão, em situações como essa é extremamente comum a convocação como testemunha de outros médicos cirurgiões e de algum membro do conselho de fiscalização da profissão, no caso o respectivo Conselho Regional de Medicina, na condição de representante da classe médica, exatamente com a finalidade de se identificar a prática profissional reiterada nessas circunstâncias. Portanto, o método comparativo é importante instrumento para subsidiar o julgador na avaliação de qual é o dever de cuidado objetivo e qual a intensidade desse dever.

Com efeito, a própria legislação recorre ao método comparativo com um padrão de comportamento, para fins de estabelecimento de regra de conduta, a exemplo do art. 138 do Código Civil, segundo o qual “são anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio”. Ou ainda

<sup>59</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 27. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 393.

<sup>60</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 41.

<sup>61</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 42.

<sup>62</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 42.

o art. 153 da Lei n.º 6.404/1976 (Lei das Sociedades por Ações), cujo teor é o seguinte: “o administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios”.<sup>63</sup>

A jurisprudência do Poder Judiciário, a seu turno, usa intensamente o método comparativo com o homem médio nos mais variados tipos de ação e ramos do direito. Em pesquisa realizada até o dia 1º de março de 2024, com a expressão de busca “homem médio”, no caso do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), “homem adj1 médio” no Superior Tribunal de Justiça (STJ) e no Tribunal Regional da 1ª Região (TRF1) e “(homem adj médio).VOTO” no Tribunal de Contas da União (TCU), apurou-se o seguinte resultado.

No Supremo Tribunal Federal, há 6 acórdãos em que a expressão “homem médio” foi usada. Em 4 deles referida expressão constou da própria ementa, um foi prolatado no ano de 2017 em sede de repercussão geral e o mais recente é de 2020, além de 483 decisões monocráticas.<sup>64</sup> A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça registra 77 acórdãos nos quais consta a exata expressão “homem médio” e 3.917 decisões monocráticas.<sup>65</sup>

No Tribunal Regional da 1ª Região, constam 250 acórdãos e 173 decisões monocráticas nos quais a expressão “homem médio” foi mencionada.<sup>66</sup> No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, registram-se 58.096 acórdãos e 420 decisões monocráticas nos quais houve referência à expressão “homem médio”.<sup>67</sup> No Tribunal de Contas da União, em 333 precedentes o relator fez menção em seu voto à exata expressão “homem médio”.<sup>68</sup>

Portanto, o método comparativo do homem médio tem sido usado pelos Tribunais Judiciários com imensa frequência e atualidade como parâmetro de aferição das condutas nos mais diversos ramos do direito, o que evidencia, inequivocamente, que, não obstante algum dissenso doutrinário, consoante apontado anteriormente, trata-se de critério amplamente adotado pelo Poder Judiciário nos seus múltiplos julgamentos.

A radical rejeição do método comparativo, sem o oferecimento de qualquer outro critério que forneça um parâmetro racional para a decisão a ser tomada, tem potencial explosivo para produzir o efeito contrário ao que se pretende. A rejeição desse método nos inúmeros casos em que não há norma regulamentar sobre determinada atividade ou ato específico coloca o julgador na situação de ter de julgar segundo as suas percepções pessoais apenas, o que pode resultar em decisão distanciada da realidade e arbitrária.

No extremo, ignorar o método comparativo é ignorar os costumes de determinada comunidade, seja social ou profissional, e permitir que o juízo sobre o que seja uma conduta diligente, prudente ou perita venha a ser realizado de modo solipsista pelo julgador que decidirá segundo unicamente o seu critério de justiça, o que revela prática própria do período no qual prevaleceu o jusnaturalismo que, exatamente por essa razão, foi posteriormente superado pelo positivismo jurídico como reação à insegurança jurídica produzida por esse tipo de decisão.

<sup>63</sup> Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6404compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404compilada.htm) . Acesso em: 25 jan. 2024.

<sup>64</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa\\_inteiro\\_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=%20%22homem%20m%C3%A9dio%22&sort=date&sortBy=desc](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=%20%22homem%20m%C3%A9dio%22&sort=date&sortBy=desc) . Acesso em: 01 mar. 2024.

<sup>65</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp> . Acesso em: 01 mar. 2024.

<sup>66</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/trf1/index.xhtml> . Acesso em: 01 mar. 2024.

<sup>67</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=11FC2F23228F882BFD5CBB5E385B814F.cjsg2> . Acesso em: 01 mar. 2024.

<sup>68</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/resultado/acordao-completo/%2528homem%2520adj%2520m%25C3%A9dio%2529.VOTO%2520> . Acesso em: 01 mar. 2024.

As críticas ao critério do homem médio se resumem, basicamente, ao seu suposto distanciamento da realidade, o que conduziria o julgador a decidir sem considerar as circunstâncias do caso concreto, pois estaria comparando um sujeito abstrato e imaginário com um agente que praticou uma conduta inserido, muitas vezes, em circunstâncias bastante adversas.

A preocupação procede e está conforme os ditames de um Estado Democrático de Direito comprometido com o ideal de justiça. Mas a solução para atender a essa preocupação não é encontrada na aplicação isolada da fórmula do dever de cuidado objetivo, pois, como se demonstrou, o desafio, muitas vezes, é exatamente o de se identificar qual era o nível exigido desse dever de diligência.

Exatamente por esse mesmo motivo também é insuficiente para a aferição da culpa *stricto sensu* adotar como critério o erro inescusável, pois, nesse caso, de igual modo, se impõe o desafio de se identificar, primeiramente, qual seria a conduta acertada e o erro escusável, o que, mais uma vez, remete ao critério comparativo sob pena de arbitrariedade do julgador.

Por essa razão, o método comparativo é inevitável, pois somente a partir da comparação do autor da conduta com os seus semelhantes de profissão será possível identificar o nível de diligência que era razoável exigir do agente. Para tanto, o critério do homem médio atende a essa preocupação desde que comprometido com as circunstâncias do caso concreto.

Nesse sentido, defende-se o uso do critério do homem médio em duas fases: na primeira, como ponto de partida, adota-se o critério do homem médio abstrato, a fim de se identificar, em circunstâncias ordinárias, o modal deôntico aplicável; na segunda, busca-se avaliar o fato a partir do critério do homem médio concreto, ou seja, inserido nas circunstâncias do caso concreto e na sua modalidade fragmentada. Na prática significa comparar pregoeiro com pregoeiro médio, prefeito de município pequeno com prefeito médio de município pequeno, e, assim, sucessivamente.

Ou seja, defende-se, não o abandono do critério do homem médio, tampouco uma escolha mutuamente excludente entre o critério abstrato e o concreto de homem médio, mas sim a sua aplicação complementar, do geral para o particular.

## 5 A aferição do erro grosseiro: o que muda?

O art. 28 da LINDB dispõe que “o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”. Há duas questões relevantes sobre esse artigo: primeira, saber o que é erro grosseiro; segunda, saber qual o critério de apuração do erro grosseiro.

Quanto à primeira questão, o Decreto Federal n.º 8.930/2019, ao regulamentar o supratranscrito artigo, estabeleceu no § 1º do seu art. 12 que “considera-se erro grosseiro aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia”. O Tribunal de Contas da União (TCU) tem tido o mesmo entendimento, no sentido de que “o erro grosseiro é o que decorreu de uma grave inobservância de um dever de cuidado, isto é, que foi praticado com culpa grave”,<sup>69</sup> assim como a doutrina.<sup>70</sup>

<sup>69</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão n.º 2.391/2018*. Ementa: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. SUPOSTAS IRREGULARIDADES NA LIQUIDAÇÃO E PAGAMENTO DE DESPESAS DE CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE EXECUTIVO. (...). Relator: Min. Benjamin Zymler, 17 de outubro de 2018. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A2391%2520ANOACORDAO%253A2018%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2391%2520ANOACORDAO%253A2018%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520). Acesso em: 5 fev. 2024.

<sup>70</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. O erro grosseiro: análise crítica do Acórdão n.º 2.391/2018 do TCU. In: VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini e (Coords). *A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 488.

No que concerne à segunda questão, no sentido de se saber qual o critério de apuração do erro grosseiro, há um dissenso na jurisprudência do TCU, pois há precedentes tanto do Plenário<sup>71</sup> quanto de Câmara<sup>72</sup> nos quais o Tribunal continua a aplicar o critério do homem médio, mas há outros precedentes que passaram a associar o erro grosseiro ao homem abaixo do normal, consoante o trecho do voto do relator do precedente que inaugurou esse entendimento:

82. Dito isso, é preciso conceituar o que vem a ser erro grosseiro para o exercício do poder sancionatório desta Corte de Contas. Segundo o art. 138 do Código Civil, o erro, sem nenhum tipo de qualificação quanto à sua gravidade, é aquele “que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio” (grifos acrescidos). Se ele for substancial, nos termos do art. 139, torna anulável o negócio jurídico. Se não, pode ser convalidado.

83. Tomando como base esse parâmetro, o erro leve é o que somente seria percebido e, portanto, evitado por pessoa de diligência extraordinária, isto é, com grau de atenção acima do normal, consideradas as circunstâncias do negócio. O erro grosseiro, por sua vez, é o que poderia ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal, ou seja, que seria evitado por pessoa com nível de atenção aquém do ordinário, consideradas as circunstâncias do negócio. Dito de outra forma, o erro grosseiro é o que decorreu de uma grave inobservância de um dever de cuidado, isto é, que foi praticado com culpa grave.

Gradação do erro	Pessoa que seria capaz de perceber o erro	Efeito sobre a validade do negócio jurídico (se substancial)
Erro grosseiro	Com diligência abaixo do normal	Anulável
Erro (sem qualificação)	Com diligência normal	Anulável
Erro leve	Com diligência extraordinária – acima do normal	Não anulável

Apresentada a divergência jurisprudencial, a tese de que “o erro grosseiro, por sua vez, é o que poderia ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal, ou seja, que seria evitado por pessoa com nível de atenção aquém do ordinário, consideradas as circunstâncias do negócio” requer análise sob duas perspectivas, uma operacional e outra jurídica.

Na perspectiva operacional, se o erro grosseiro é aquele que “poderia ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal”, isso significa, *a contrario sensu*, que incorre em erro grosseiro quem não tem diligência abaixo do normal, mas sim abaixo do abaixo do normal, pois somente quem tem diligência abaixo do abaixo do normal não perceberia o erro grosseiro, ou seja, o cometeria. Depreende-se dessa conclusão puramente lógica, sem qualquer juízo de valor, que não é tarefa fácil identificar quem está abaixo do abaixo do normal. Trata-se, a rigor, de conceito de difícil operacionalização, quase impossível.

Na perspectiva jurídica, ao se afirmar que erro grosseiro é culpa grave, e sobre esse entendimento não há controvérsia na jurisprudência do TCU, tampouco na doutrina, isso significa que o erro grosseiro deve receber tratamento jurídico semelhante ao da culpa grave. Ora, se o erro grosseiro pode ser considerado uma novidade no direito público sancionador brasileiro, a partir da alteração da LINDB pela Lei n.º 13.655/2018, a culpa grave não o é, sendo, em verdade, uma velha conhecida da doutrina e da jurisprudência que a asso-

<sup>71</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão n.º 2.324/2019*. Ementa: VALEC ENGENHARIA, CONSTRUÇÕES E FERROVIAS S.A. PRESTAÇÃO DE CONTAS ORDINÁRIA. EXERCÍCIO 2009. (...). Relator: Min. Bruno Dantas, 2 de outubro de 2019. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/prud%25C3%25AAncia%2520a%2520dj1%2520mediana/%2520%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/2>. Acesso em: 11 fev. 2024.

<sup>72</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União (Segunda Câmara). *Acórdão n.º 2.012/2022*. Ementa: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. (...) A RESPONSABILIDADE POR CULPA “IN VIGILANDO” EXIGE A CARACTERIZAÇÃO DA OMISSÃO POR ERRO GROSSEIRO OU DOLO. (...). Relator: Min. Antonio Anastasia, 3 de maio de 2022. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A2012%2520ANOACORDAO%253A2022%2520COL%2520EGIADO%253A%2522Segunda%2520C%252C%2520A2022%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2012%2520ANOACORDAO%253A2022%2520COL%2520EGIADO%253A%2522Segunda%2520C%252C%2520A2022%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520). Acesso em: 11 fev. 2024.

ciam à conduta de quem não observa o dever de cuidado objetivo próprio do homem médio, comum, em virtude da prática de um erro grosseiro.<sup>73</sup>

Dito isso, o equívoco na assertiva de que “o erro grosseiro, por sua vez, é o que poderia ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal” parece decorrer da premissa adotada no parágrafo anterior do aludido voto, no sentido de que “segundo o art. 138 do Código Civil, o erro, sem nenhum tipo de qualificação quanto à sua gravidade, é aquele ‘*que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio*’” [os destaques são do original].

Consoante enfatizado pela doutrina civilista, o erro a que se refere o art. 138 do Código Civil é sobre “circunstâncias e aspectos relevantes do negócio” jurídico, motivo pelo qual não há que se falar em “tipo de qualificação quanto à sua gravidade”.<sup>74</sup> Quando se trata de erro relativo a negócios jurídicos, somente há duas possibilidades: ou o erro é substancial ou é acidental. É o próprio Código Civil, nos arts. 138 e, principalmente, 139, que elucida a distinção a partir da definição do que seja erro substancial, com o seguinte teor:

Art. 138. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.

Art. 139. O erro é substancial quando:

I – interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração, ou a alguma das qualidades a ele essenciais;

II – concerne à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante;

III – sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico.

Desse modo, a distinção entre erro substancial e acidental é que aquele “é de tal importância que, sem ele, o ato não se realizaria”, ou seja, “se o agente conhecesse a verdade, não manifestaria vontade de concluir o negócio jurídico”, ao passo que o erro acidental se refere a circunstâncias de menor importância, por dizerem respeito a qualidades secundárias do objeto ou da pessoa, motivo pelo qual ainda que tais qualidades fossem do conhecimento do agente à época da celebração do negócio jurídico, ele não deixaria de o realizar.<sup>75</sup>

Decorre da descrição legal do que seja erro substancial a assertiva de Flávio Tartuce no sentido de que o erro a que se refere o art. 138 é “fático, uma falsa noção, em relação a uma pessoa, ao objeto do negócio ou a um direito que acomete a vontade de uma das partes que celebrou o negócio jurídico”.<sup>76</sup>

Como se vê, não há qualquer relação entre graus de culpa e o conceito de erro substancial. Por esse motivo, entende-se que há um equívoco na afirmação de que “segundo o art. 138 do Código Civil, o erro, sem nenhum tipo de qualificação quanto à sua gravidade, é aquele ‘*que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio*’” porque não cabe qualquer associação entre o erro substancial e qualquer “tipo de qualificação quanto à sua gravidade”.

<sup>73</sup> Embora o conceito de erro grosseiro possa ser tido como novidade no direito público sancionador brasileiro, não é uma novidade no direito brasileiro, pois é um conceito, de longa data, usado pela jurisprudência em matéria processual, na aferição do cabimento da aplicação da fungibilidade, a fim de que se conheça do recurso erroneamente interposto como se fosse o certo, de modo que somente cabe a fungibilidade se o erro não foi grosseiro na interposição do recurso. O STJ registra na sua jurisprudência nada menos do que 3.214 acórdãos e 57.155 decisões monocráticas em que fez menção à expressão “erro grosseiro”. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 31 jan. 2024.

<sup>74</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, vol. 1: parte geral*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 410.

<sup>75</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, vol. 1: parte geral*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 409.

<sup>76</sup> TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 5. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 223.

Por outro lado, a segunda parte do art. 138 do Código Civil se refere ao erro substancial “que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio”. Em virtude dessa redação, parte da doutrina civilista entende que a anulação do negócio jurídico somente é admitida se houver o atendimento a duas condições: primeira, que o erro seja substancial; segunda, que decorra de erro escusável. Outra parte, porém, entende que a escusabilidade não é condição necessária para a anulação do negócio jurídico, mas sim a cognoscibilidade do erro, de modo que, para essa corrente, o erro, além de substancial, deve ser também reconhecível.

Ou seja, uma parte da doutrina centra a atenção na conduta do autor do erro e entende ser importante avaliar se incorreu em erro escusável ou inescusável ao ter tido uma percepção falsa acerca de elemento substancial do negócio jurídico.<sup>77</sup> Outra parte da doutrina, porém, volta a sua atenção para o outro contratante, o que, em tese, se beneficiou do erro do autor da conduta, e entende que é preciso avaliar se esse outro contratante tinha conhecimento de que o autor da conduta estava incorrendo em erro substancial. Se a resposta for sim, então, para esses doutrinadores, o negócio é anulável, tendo em vista que a conduta do outro contratante ofendeu o princípio da confiança e a boa-fé objetiva.<sup>78</sup>

Considerando que, conforme se demonstrará a seguir, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é pela exigência de erro, além de substancial, também escusável, não se aborda neste artigo a controvérsia doutrinária sobre a escusabilidade do contratante que incorreu no erro substancial ou a cognoscibilidade do contratante que dele se beneficiou. Além disso, outra razão importante para não se avançar nessa controvérsia refere-se ao fato de que tanto uma corrente doutrinária quanto a outra admitem que a avaliação da escusabilidade, assim como da cognoscibilidade, deve ser realizada a partir do parâmetro do homem médio, de diligência normal.

Portanto, a escusabilidade do erro não tem qualquer relação com as qualidades do negócio jurídico, nem com o fato de ser o erro substancial ou não. São duas análises distintas. Nesse mesmo sentido é o entendimento de Maria Helena Diniz, para quem a anulação do negócio jurídico requer não apenas que o erro seja substancial, mas também escusável e real, sempre com base na percepção de uma pessoa de diligência normal, ou seja, o homem médio. Nas palavras da autora:

O erro para viciar a vontade e tornar anulável o negócio deve ser substancial (CC, art. 138), escusável e real, no sentido de que há de ter por fundamento uma razão plausível, ou ser de tal monta que qualquer pessoa inteligente e de atenção ordinária seja capaz de cometê-lo. Anula-se o negócio, quando a vontade advier de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do ato negocial. Adota-se o padrão abstrato *vir mediis* para sua aferição.<sup>79</sup>

O entendimento do STJ também tem sido no sentido de que a anulação do negócio jurídico requer que o erro seja não apenas essencial, substancial, mas também escusável à luz do parâmetro do homem médio. Além disso, o STJ entendeu que o erro grosseiro, portanto, inescusável, não enseja a anulação do negócio jurídico:

2. O erro que enseja a anulação de negócio jurídico, além de essencial, deve ser **inescusável**, decorrente da falsa representação da realidade própria do **homem mediano**, perdoável, no mais das vezes, pelo desconhecimento natural das circunstâncias e particularidades do negócio jurídico. Vale dizer, para ser escusável o erro deve ser de tal monta que qualquer pessoa de inteligência mediana o cometaria.

3. No caso, não é crível que o autor, instituição financeira de sólida posição no mercado, tenha descurado-se das cautelas ordinárias à celebração de negócio jurídico absolutamente corriqueiro, como a dação de imóvel rural em pagamento, substituindo dívidas contraídas e recebendo imóvel cuja área encontrava-

<sup>77</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, vol. 1: parte geral*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 415; DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, vol. 1: Teoria geral do direito civil*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 493.

<sup>78</sup> TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 5. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 223-224; TEPEPINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República, vol. 1*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 272-273.

<sup>79</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, vol. 1: Teoria geral do direito civil*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 493.

se deslocada topograficamente daquela constante em sua matrícula. Em realidade, se houve vício de vontade, este constituiu **erro grosseiro**, incapaz de anular o negócio jurídico, porquanto revela culpa imperdoável do próprio autor, dadas as peculiaridades da atividade desenvolvida.<sup>80</sup> [os grifos não são do original]

Ao comentar o art. 138 do Código Civil, Silvio de Salvo Venosa, ancorado nas lições de Domingues de Andrade, alinha-se à ideia de que “o erro indesculpável é o erro escandaloso, que procede de culpa grave do declarante; é aquele em que não teria caído uma pessoa dotada de normal inteligência, experiência e circunspeção”.<sup>81</sup>

Portanto, entende-se que o art. 138 do Código Civil não é a fonte mais indicada para se identificar o critério de aplicação do erro grosseiro previsto no art. 28 da LINDB. Mas, ainda que fosse, a sua interpretação, por qualquer das duas correntes doutrinárias, evidencia que: primeiro, o erro substancial a que se refere o art. 138 diz respeito às qualidades do próprio negócio jurídico, motivo pelo qual não há que se falar em “tipo de qualificação quanto à sua gravidade”; segundo, o erro inescusável, segundo a ampla doutrina e a jurisprudência, é aquele que o homem médio, de diligência normal, poderia perceber e, portanto, não o cometeria, o que significa entendimento contrário à afirmação de que “o erro grosseiro, por sua vez, é o que poderia ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal”.

Por outro lado, entende-se estar no campo da responsabilidade, seja civil ou penal, a fonte adequada para se buscar um critério de aferição do erro grosseiro previsto no art. 28 da LINDB, por dois motivos: primeiro, referido artigo diz respeito à responsabilização de agentes públicos; segundo, é consenso na doutrina e na jurisprudência que o erro grosseiro do art. 28 da LINDB é sinônimo de culpa grave.

No âmbito da responsabilidade civil, os graus de culpa têm importância limitada, em face da obrigação de reparar o dano. No entanto, o art. 944, parágrafo único, do Código Civil prevê que “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”, o que exige, neste caso, a avaliação da culpa grave.

Segundo definição de Sergio Cavalieri Filho, ao discorrer sobre a responsabilidade civil, “a culpa será grave se o agente atuar com grosseira falta de cautela, com descuido injustificável ao homem normal, impróprio ao comum dos homens”. Em outras palavras, a culpa grave é aquela na qual não incorre o homem médio, de diligência normal.<sup>82</sup>

Esse é também o entendimento de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald transcrito no próprio voto que fundamentou o Acórdão n.º 2.391/2018-TCU-Plenário, no sentido de que “culpa grave é caracterizada por uma conduta em que há uma imprudência ou imperícia extraordinária e inescusável, que consiste na omissão de um grau mínimo e elementar de diligência que todos observam”.<sup>83</sup>

Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, “culpa grave é caracterizada por uma conduta em que há uma imprudência ou imperícia extraordinária e inescusável, que consiste na omissão de um grau mínimo e elementar de diligência que todos observam” (FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. São Paulo: Atlas, p. 169)

Desse modo, ao fazerem referência à “diligência que todos observam” como parâmetro de avaliação da culpa grave, os citados autores evidenciam o entendimento de que adotam o critério do homem médio, de diligência normal, e não o homem de diligência abaixo do normal.

<sup>80</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). *Recurso Especial n.º 744311*. Ementa: DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ANULAÇÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO. DAÇÃO EM PAGAMENTO. IMÓVEL. LOCALIZAÇÃO. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA DE SÓLIDA POSIÇÃO NO MERCADO. ERRO INESCUSÁVEL. [...]. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 19 de agosto de 2010. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200500646675&dt\\_publicacao=09/09/2010](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200500646675&dt_publicacao=09/09/2010). Acesso em: 20 jan. 2024.

<sup>81</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 414.

<sup>82</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 37.

<sup>83</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. São Paulo: Atlas, p. 169.

Na responsabilidade penal, o critério adotado, conforme se demonstrou anteriormente, é também o parâmetro do homem médio, de diligência normal, como expressão do cuidado objetivo, especialmente quando não há norma regulamentar sobre como proceder. Nesse sentido é a lição de Damásio de Jesus, cujo entendimento é de que “há erro invencível (escusável ou inculpável) quando não pode ser evitado pela normal diligência. Qualquer pessoa, empregando a diligência ordinária exigida pelo ordenamento jurídico, nas condições em que se viu o sujeito, incidiria em erro”.<sup>84</sup>

A razão, também como já se demonstrou anteriormente, é porque o homem médio retrata o padrão de conduta esperada, razoável, aceitável pela sociedade, retrata o dever de cuidado objetivo. E é exatamente por esse motivo que, tanto para fins de avaliação da culpa leve quanto da grave, o parâmetro é o mesmo, qual seja, o dever de cuidado objetivo, com base naquilo que é razoável exigir do agente, considerado o comportamento normal, comum, das outras pessoas em circunstâncias semelhantes, ou seja, o homem médio.

Como bem reconhece Juarez Tavares, não é fácil, nos casos concretos, identificar a diferença entre culpa grave e média, tendo em vista que os “parâmetros vão se tornando cada vez mais indefinidos”. Para identificar essa diferença o autor cogita de dois modos: primeiro, partindo da ideia de risco permitido ou proibido, “estimando uma gradação na ação perigosa”; segundo, “determinando uma gradação na intensidade da violação da norma de cuidado”. Com base nesse entendimento, o autor oferece o seguinte conceito para culpa grave:

Uma culpa será grave, na medida que a ação perigosa se tenha realizado com tal intensidade que não apresente dúvida quanto a contrariar ao cuidado objetivamente exigível para evitar o resultado. A referência à norma de cuidado é aqui essencial, porque antes de se proceder à gradação da ação perigosa, será preciso verificar qual será o significado que essa norma atribui àquela forma de realização da ação.<sup>85</sup>

Desse modo, não é juridicamente consistente alterar o *standard* de comportamento de acordo com a culpa que se quer aferir, se leve ou grave. A conduta esperada, exigida, é extraída do dever de cuidado objetivo que, por sua vez, é dado pela norma, pelos regulamentos, pelos costumes e práticas correntes, não sendo admitida pela sociedade a normalização de condutas abaixo do normal.

Pelo contrário. O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar ação civil pública por improbidade administrativa oferecida em desfavor de ex-Prefeito, ex-Secretários e ex-Presidente da Comissão Permanente de Licitação de determinado município, sob a alegação de que os réus concorreram para a malversação de recursos oriundos do Fundeb, bem como para fraudar procedimentos licitatórios mediante direcionamento dos certames e contratação de empresas fantasmas, enfatizou que o grau de diligência exigido dos agentes públicos é superior ao do homem médio, em julgado cuja ementa, na parte que aborda essa questão, ficou assim redigida:

XV – A conduta exigida dos agentes públicos não se limita às suas convicções pessoais sobre a licitude, abrangendo, também, a observância de um padrão mínimo esperado no âmbito da administração pública, tendo em vista o objetivo primordial de atender o interesse público. É dizer, dos agentes públicos exige-se grau de diligência superior ao do homem médio. Isso porque eles não podem dispor da coisa pública como bem lhes aprouver. Ao contrário, devem empregar na proteção da res publica zelo maior do que aquele com que tratam dos seus interesses privados. Por essa razão, comportamentos que revelem uma atuação despreocupada e descompromissada dos agentes públicos não podem ser tolerados.<sup>86</sup>

<sup>84</sup> JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal, vol. 1*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 268. No mesmo sentido, mas no âmbito do direito civil: BEVILAQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado. Vol. 1. 6. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1.940, p. 334. *Apud* NEVARES, Ana Luiza Maia. O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no Código Civil de 2002, p. 263. *In*: TEPEDINO, Gustavo (Coordenador). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

<sup>85</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 5. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 424.

<sup>86</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). *Embargos de Declaração no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n.º 1631846*. Ementa: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LICITAÇÃO. FRAUDE. DIRECIONAMENTO DO CERTAME. VALORAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS. NÃO INCIDÊNCIA DAS SÚMULA N. 7 DO STJ. [...]. Relator: Min. Francisco Falcão, 9 de agosto de 2021. Disponível em: <https://processo.stj>.

O precedente do STJ acima mencionado retrata entendimento adotado também por Fábio Medina Osório, quando alerta que quanto maiores forem as qualidades profissionais do agente e quanto maior for o seu nível de responsabilidades tanto maior será o grau de exigência para que se reconheça como inevitável ou invencível o erro que eventualmente vier a cometer.<sup>87</sup>

Na realidade, a avaliação dos graus de culpa diz respeito ao quanto que a conduta praticada pelo agente se distanciou da conduta esperada, ou seja, o quanto descumpriu o dever de cuidado objetivo que, pelas razões acima apontadas, não pode ser tido como um comportamento abaixo da diligência normal. Portanto, se a conduta praticada pelo agente se distanciou pouco do cuidado objetivo, é culpa leve, se muito, é culpa grave.

O que se sustenta não é novidade e tem no Código de Trânsito Brasileiro um de seus melhores exemplos, pois a conduta padrão esperada dos motoristas é dada pelas normas de trânsito, mas as infrações são graduadas de acordo com o distanciamento que cada conduta revela em relação à conduta esperada. Desse modo, se o motorista pratica conduta muito distante daquela que seria esperada, será considerada infração grave ou gravíssima, mas, do contrário, pode ser média ou leve.

Nesse sentido, este artigo alinha-se aos precedentes do TCU segundo os quais o erro grosseiro da LINDB é avaliado conforme os padrões do homem médio reveladores do dever de cuidado objetivo. Ou seja, haverá erro grosseiro quando a conduta for substancialmente distante do padrão de conduta esperado de um agente público em situações semelhantes, à luz das normas pertinentes e das práticas costumeiras sobre o assunto.

## 6 Considerações finais

Conclui-se que a aferição da culpa *stricto sensu* no direito administrativo sancionador sofre os influxos do direito constitucional público sancionador, o que significa, por exemplo, a obrigatória observância de princípios tais como o da tipicidade e da culpabilidade, entre tantos outros. Por essa razão, ressalvadas as exceções expressamente previstas na legislação, a regra é a aferição da culpa segundo os critérios da responsabilidade subjetiva, o que requer a demonstração do dolo ou da culpa *stricto sensu*, nas suas modalidades de negligência, imprudência e imperícia.

No entanto, a aferição da culpa *stricto sensu* é desafiada pelo fato de serem predominantes no direito administrativo sancionador o tipo aberto e a tipicidade indireta, com o uso intenso de conceitos jurídicos de conteúdo indeterminado. Por esse motivo, a adoção isolada do parâmetro do dever de cuidado objetivo é insuficiente para a avaliação da conduta, pois as normas administrativas, em regra, não definem por completo esse dever nem o nível de diligência a ser exigido do agente, cabendo ao julgador buscar a sua identificação em cada caso concreto. Ou seja, aludidas normas não oferecem a descrição completa do denominado modal deontico, relativo às condutas permitidas, obrigatórias e proibidas.

Pelas mesmas razões, também é insuficiente o critério do erro inescusável, pois, para a sua identificação, é preciso, primeiramente, saber qual era a conduta acertada e qual seria o erro escusável, o que mais uma vez conduz ao modal deontico e ao dever de cuidado objetivo que precisa ser descoberto em cada caso.

Diante dessa realidade, o critério comparativo a partir do parâmetro do homem médio é a opção adotada pela doutrina majoritária e pela jurisprudência dominante, tanto nos ordenamentos jurídicos adeptos do sistema do *civil law* quanto nos do *common law*, o que não afasta a justa preocupação com a aferição da culpa segundo as circunstâncias do caso concreto.

[jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/?documento\\_tipo=integra&documento\\_sequencial=132662964&registro\\_numero=201903607399&peticao\\_numero=202100337176&publicacao\\_data=20210813](https://jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=132662964&registro_numero=201903607399&peticao_numero=202100337176&publicacao_data=20210813) . Acesso em. 20 jan. 2024.

<sup>87</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 460.

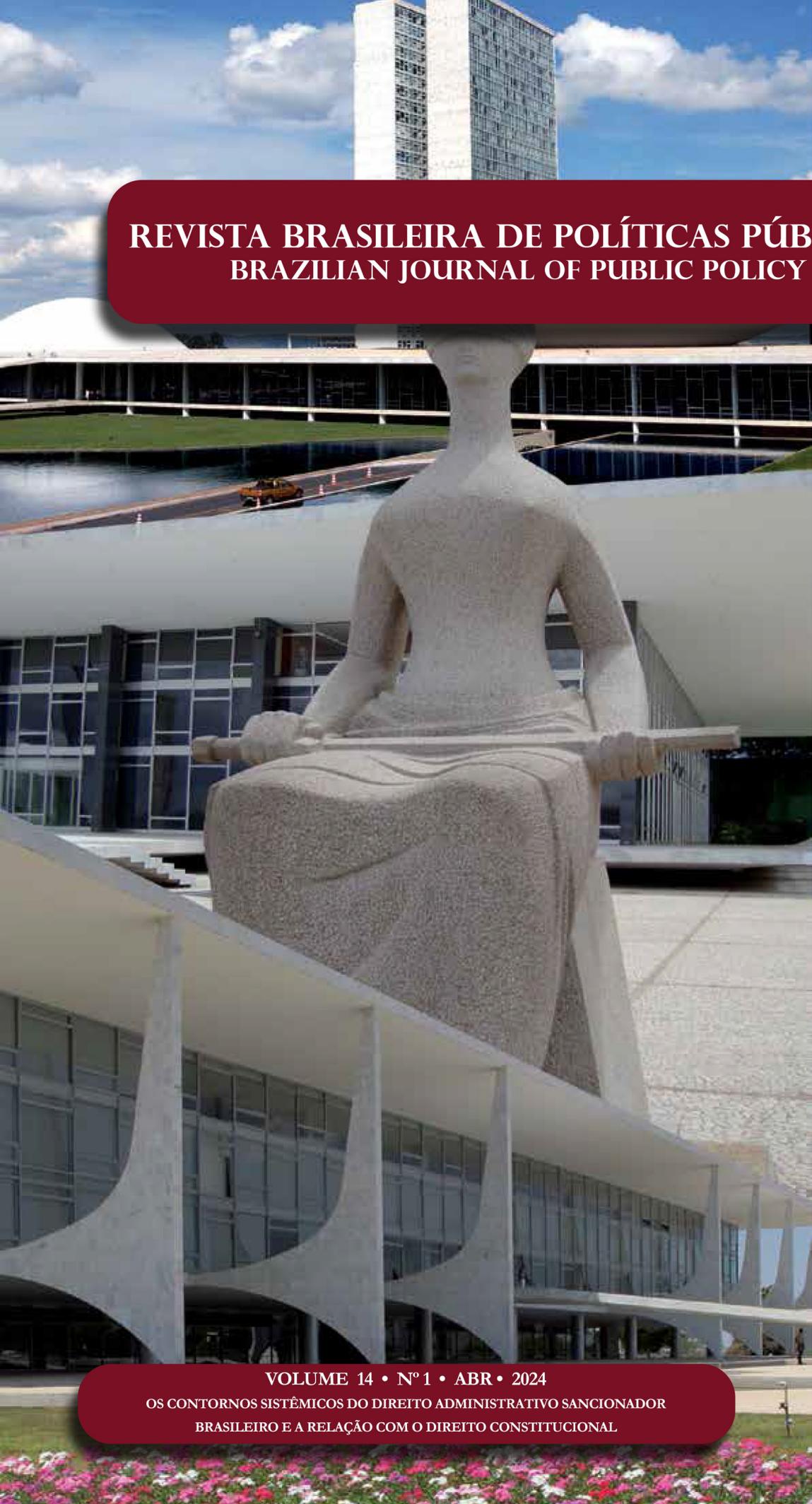
Para tanto, propõe-se uma releitura do critério do homem médio, a fim de que o critério abstrato não seja tratado como mutuamente excludente do critério concreto, mas sim complementar, de modo que a análise da conduta deve ser feita em duas fases: na primeira, a partir do critério abstrato do homem médio e, na segunda, sucessivamente, conforme as circunstâncias do caso concreto, no qual deve ser inserido o homem médio, na modalidade fragmentada, ou seja, segundo a especialização de cada profissão.

Por fim, a aferição do erro grosseiro, considerado como sinônimo de culpa grave, deve ser realizada também segundo o critério do homem médio, mas se devendo avaliar se a conduta praticada se distanciou pouco ou muito do dever de cuidado objetivo, a fim de que, se foi pouco, é culpa simples, se muito, fica configurado o erro grosseiro.

## Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ATALIBA, Geraldo. Imposto de renda – multa punitiva. *Revista de Direito Administrativo*. 126/550.
- BEVILAQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado. Vol. 1. 6. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1.940, p. 334. *Apud* NEVARES, Ana Luiza Maia. O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no Código Civil de 2002, p. 263. In: TEPEDINO, Gustavo (Coordenador). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- BINENBOJM, Gustavo. O direito administrativo sancionador e o estatuto constitucional do poder punitivo estatal: possibilidades, limites e aspectos controvertidos da regulação do setor de revenda de combustíveis. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral*, Rio de Janeiro (Edição Especial): Administração Pública, risco e segurança jurídica, p. 468-491, 2014.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução: Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: EDIPRO. 5. ed. 2012.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 27. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.
- CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. Tomo I. 7. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- DEZAN, Sandro Lúcio. *Uma teoria do direito público sancionador: fundamentos da unidade do sistema punitivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.
- DEZAN, Sandro Lúcio; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. Quem tem medo da responsabilização subjetiva? As teorias da conduta e da imputação, para um direito administrativo sancionador constitucionalizado. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 11, n. 1, p. 690-709, abr. 2021, p. 697. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/7346>. Acesso em: 10 jan. 2024.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, vol. 1: Teoria geral do direito civil*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ENTERRÍA, Eduardo García, FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. Tomo II, 13. ed. Madrid: Civitas, 2013.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Atlas.
- FRAGOSO, Heleno. *Lições de direito penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, vol. 1: parte geral*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, vol. 4: responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

- HUNGRIA, Nelson. Ilícito administrativo e ilícito penal. *Revista de Direito Administrativo*, seleção histórica. 1945-1995.
- JESUS, Damásio. E. de. *Direito Penal, vol. 1*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- MIR, Jose Cerezo, Limites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 28, p. 159-175, Fasc/Mes 2, 1975. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2788179>. Acesso em: 14 jan. 2024.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- NIEBUHR, Joel de Menezes. O erro grosseiro: análise crítica do Acórdão nº 2.391/2018 do TCU. In: VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini e (Coords). *A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2006.
- NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. Tradução: Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- RINCÓN, José Suay. El derecho administrativo sancionador: perspectivas de reforma. *Revista de Administración Pública*, n. 109, p. 185-191, Enero-abril, 1986.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 4, p. 146. *Apud* SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011
- ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Tradução para o castelhano: Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: Depalma, 1979.
- SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 5. ed. São Paulo: Método, 2015.
- TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 5. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República, vol. 1*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- VORONOFF, Alice. *Direito administrativo sancionador no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Tradução para o espanhol: Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- ZANOBINI, Guido. *Le sanzioni amministrative*. Turim: Fratelli Bocca, 1924.



CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS  
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**A retroatividade da Lei Mais Benéfica no contexto do Direito Administrativo Sancionador: uma análise à luz da reforma da Lei de Improbidade**

**The Retroactivity of the Most Beneficial Law in the Context of Administrative Sanction Law: Analysis in Light of the Reform of the Improbability Law**

Alberth Sant'Ana Costa da Silva

Alfredo Ribeiro da Cunha Lobo

Marco Antônio R. Sampaio Filho

VOLUME 14 • Nº 1 • ABR • 2024

OS CONTORNOS SISTÊMICOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR  
BRASILEIRO E A RELAÇÃO COM O DIREITO CONSTITUCIONAL

# A retroatividade da Lei Mais Benéfica no contexto do Direito Administrativo Sancionador: uma análise à luz da reforma da Lei de Improbidade\*

## The Retroactivity of the Most Beneficial Law in the Context of Administrative Sanction Law: Analysis in Light of the Reform of the Improbability Law

Alberth Sant'Ana Costa da Silva\*\*

Alfredo Ribeiro da Cunha Lobo\*\*\*

Marco Antônio R. Sampaio Filho\*\*\*\*

### Resumo

Neste artigo, aborda-se a possibilidade de aplicação retroativa da lei mais benéfica no contexto do Direito Administrativo Sancionador, com foco na reforma da Lei de Improbidade Administrativa, promovida pela Lei n.º 14.230, de 25 de outubro de 2021 e considerando o julgamento do Tema 1.199 pelo Supremo Tribunal Federal. A partir de revisão bibliográfica e análise jurisprudencial, buscou-se examinar se a lei mais benéfica deve ou não retroagir no campo do Direito Administrativo Sancionador, e quais as respectivas implicações da aplicação, ou não, desse princípio. As conclusões destacam a complexidade da aplicação do Princípio da Retroatividade no Direito Administrativo Sancionador, especialmente diante das mudanças introduzidas pela Lei n.º 14.230, de 2021. Apesar de algumas controvérsias, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) sinaliza diretrizes importantes sobre o assunto, buscando conciliar princípios constitucionais com a natureza específica do Direito Administrativo. Por fim, destaca-se que o artigo contribui para o debate acadêmico e jurídico ao oferecer uma análise crítica e embasada sobre um tema relevante para o Direito Administrativo Sancionador no Brasil, especialmente após a reforma da Lei de Improbidade Administrativa.

**Palavras-chave:** Direito administrativo sancionador. retroatividade da Lei Mais Benéfica. Nova Lei de Improbidade Administrativa. Jurisprudência do STF.

### Abstract

The present study will address the possibility of retroactive application of the most beneficial law in the context of Administrative Sanction Law, focusing on the reform of the Law of Administrative Misconduct promoted by Law 14.230/2021 and considering the judgment of Theme 1,199 by the

\* Recebido em: 01/03/2024

Aprovado em: 17/04/2024

\*\* Doutor em Ciência da Informação pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Ciência da Informação pelo PPGCI/UFMG; especialista em Gestão de documentos pelo AVW Faculdade Integrada. Servidor do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Brasília (IFB). Revisor de atos normativos da Casa Civil da Presidência da República. Professor Substituto da Faculdade de Ciência da Informação – UnB.  
E-mail: alberthsantana@ufmg.br

\*\*\* Mestrando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP); Pós-graduado em Processo Civil pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP); Pós-graduado em Advocacia no Direito Digital e Proteção de Dados pela Escola Brasileira de Direito (Ebradi); Advogado, titular de Miranda Lima e Lobo Advogados.  
E-mail: alfredolobo@mirandaelobo.com.br

\*\*\*\* Mestrando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UniCeub; Pós-graduado em Advocacia Corporativa pela Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP; Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - CEUB; Advogado.  
E-mail: marcosampaio@mirandaelobo.com.br

Supreme Federal Court. Through bibliographic review and jurisprudential analysis, we sought to examine whether the most beneficial law should or should not be retroactive in the field of Administrative Sanction Law and what are the respective implications of the application or non-application of this principle. The conclusions highlight the complexity of applying the retroactivity principle in Administrative Sanction Law, especially considering the changes introduced by Law 14.230/2021. Despite some controversies, the jurisprudence of the Supreme Federal Court (STF) signals important guidelines on the subject, seeking to reconcile constitutional principles with the specific nature of Administrative Law. Finally, it is emphasized that the article contributes to the academic and legal debate by offering a critical and informed analysis on a relevant topic for Administrative Sanction Law in Brazil, especially after the reform of the Law of Administrative Misconduct.

**Keywords:** Administrative sanctioning Law; retroactivity of the Most Beneficial Law; New Law on Administrative Improbability; jurisprudence of the Brazilian Supreme Court.

## 1 Introdução

No contexto complexo do Direito Administrativo Sancionador, a retroatividade da Lei Mais Benéfica emerge como um tema controverso e de vital importância para a justiça e proteção dos direitos dos administrados. Embora parte da doutrina a considere ferramenta essencial para corrigir desigualdades e garantir a aplicação de mudanças legislativas favoráveis, a questão da retroatividade não é pacífica e não está expressamente estabelecida nos diplomas administrativos sancionadores.

Destaca-se que a retroatividade da lei mais benéfica não apenas visa resguardar os direitos individuais dos envolvidos em processos administrativos, mas também contribui para a eficácia e a legitimidade do ordenamento jurídico como um todo.<sup>1</sup> Ao permitir que novas normas mais favoráveis sejam aplicadas retroativamente, esse princípio promove a coerência e a equidade no tratamento dos casos sob análise<sup>2</sup>, evitando a perpetuação de situações injustas ou desproporcionais.

Nesse contexto, a presente pesquisa se propõe a investigar a aplicação da retroatividade da lei mais benéfica no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, com especial enfoque na reforma da Lei de Improbidade Administrativa promovida pela Lei n.º 14.230, de 25 de outubro de 2021. Recentemente, o Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar o Tema 1.199, fixou tese crucial sobre esse assunto, definindo que disposições da nova Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 14.230, de 2021) devem retroagir, salvo se houver trânsito em julgado, em virtude do art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição.<sup>3</sup>

Destaca-se que a citada reforma legal trouxe consigo uma série de modificações significativas na legislação que regula a responsabilização dos agentes públicos por atos de improbidade, suscitando debates e questionamentos sobre seus efeitos retroativos e suas implicações para casos em andamento e futuros.

Dessa forma, a análise cuidadosa da interseção entre a retroatividade da lei mais benéfica e as alterações promovidas pela Lei n.º 14.230, de 2021, na Lei de Improbidade Administrativa, se revela de extrema relevância não apenas para a compreensão teórica desse princípio jurídico, mas também para a adequada interpretação e aplicação das normas em casos práticos.

<sup>1</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. 18. ed., São Paulo: Saraiva, 2014, v. I.

<sup>2</sup> SANTOS, Rodrigo Valgas dos. NOVO REGIME DE DISPENSA DE LICITAÇÃO POR VALOR NA LEI Nº 14.133/2021: CONSEQUÊNCIAS CRIMINAIS E NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. Disponível em: [www.licitacao-econtrato.com.br](http://www.licitacao-econtrato.com.br). Acesso em: 29 fev. 2024.

<sup>3</sup> ARE 843989, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 18-08-2022, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-251 DIVULG 09-12-2022 PUBLIC 12-12-2022.

Ao examinar os fundamentos, as possíveis controvérsias e os desafios decorrentes dessa relação, busca-se contribuir, neste artigo, para o aprimoramento do debate jurídico e o desenvolvimento de soluções que conciliem os Princípios da Legalidade, da segurança jurídica e da justiça no contexto do Direito Administrativo Sancionador.

## 2 Contornos do direito administrativo sancionador e da nova lei de improbidade administrativa

Neste tópico, serão abordados os conceitos básicos e a aplicação do Princípio da Retroatividade da Lei Mais Benéfica, com ênfase em sua relevância no Direito Administrativo Sancionador. Serão explorados os fundamentos teóricos desse princípio, que busca assegurar justiça e equidade na aplicação das normas legais, protegendo os direitos individuais e corrigindo desigualdades decorrentes de leis menos favoráveis. A retroatividade da lei mais benéfica, consagrada em diversos documentos internacionais e na legislação brasileira, será analisada quanto à sua importância na promoção da segurança jurídica e na garantia dos direitos dos administrados no contexto das sanções administrativas.

Em seguida, o foco se voltará para os princípios e características do Direito Administrativo Sancionador, discutindo-se os pilares fundamentais que orientam a atuação do Estado no exercício de seu poder punitivo, incluindo os princípios da legalidade, proporcionalidade, razoabilidade e devido processo legal. Além disso, serão abordadas as recentes reformas introduzidas pela Lei n.º 14.230, de 2021, que trouxeram mudanças significativas na Lei de Improbidade Administrativa, com o objetivo de aumentar a eficiência e a justiça na responsabilização por atos de improbidade.

### 2.1 Conceitos Básicos da Retroatividade da Lei Mais Benéfica

A retroatividade da lei mais benéfica é um princípio fundamental do ordenamento jurídico que visa garantir a proteção dos direitos individuais e a justiça na aplicação das normas legais. Esse princípio estabelece que, em caso de mudanças legislativas, devem ser aplicadas as normas mais favoráveis aos envolvidos em um processo, mesmo que essas normas sejam posteriores aos fatos que deram origem ao processo.<sup>4</sup>

Essa noção está enraizada no ideal de justiça e equidade, buscando corrigir desigualdades decorrentes de leis anteriores menos favoráveis aos indivíduos. Assim, a retroatividade da lei mais benéfica protege os direitos adquiridos e assegura que os indivíduos não sejam prejudicados por mudanças legislativas durante o curso de um processo administrativo ou judicial.<sup>5</sup>

Esse princípio encontra respaldo em diversos documentos e tratados internacionais, bem como na legislação de muitos países ao redor do mundo.<sup>6</sup> No Brasil, é expressamente reconhecido pelo art. 5º, inciso XL, da Constituição, que estabelece que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

No contexto do Direito Administrativo Sancionador, apesar de ser um tema controverso na doutrina e na jurisprudência, a retroatividade da lei mais benéfica desempenha um papel crucial na garantia da segurança jurídica e na proteção dos direitos dos administrados. Isso porque as sanções administrativas podem

<sup>4</sup> SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 138.

<sup>5</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Direito jurisprudencial. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2012. p. 113.

<sup>6</sup> BARBOSA, Rui. Leis retroativas e interpretativas no Direito brasileiro. In: BRASIL. Ministério da Educação e Saúde. *Obras completas de Rui Barbosa*. v. XXV, t. IV. Rio de Janeiro, 1898, p. 150.

ter impactos significativos na esfera dos direitos individuais, exigindo que sejam observados os princípios da legalidade, da proporcionalidade e da razoabilidade.

Afinal, “o art. 5º, XL, da Constituição da República prevê a possibilidade de retroatividade da lei penal, sendo cabível extrair-se do dispositivo constitucional princípio implícito do Direito Sancionatório, segundo o qual a lei mais benéfica retroage”.<sup>7</sup>

Portanto, compreender os fundamentos teóricos da retroatividade da lei mais benéfica é essencial para analisar sua aplicação no contexto do Direito Administrativo Sancionador, fornecendo uma base sólida para a interpretação e aplicação desse princípio em casos concretos. Essa análise contribui para a promoção da justiça e da equidade nas relações entre o Estado e os administrados, fortalecendo os fundamentos democráticos e constitucionais do Estado de Direito.

## 2.2 Direito Administrativo Sancionador: princípios e características

O Direito Administrativo Sancionador constitui um ramo específico do Direito Público que regula a atuação do Estado no exercício de seu poder punitivo frente a condutas lesivas aos interesses públicos e à ordem administrativa. Esse campo do direito se caracteriza pela aplicação de sanções administrativas, tais como multas, advertências, suspensões, cassações de licenças, entre outras, com o propósito de coibir infrações administrativas e promover o interesse público.<sup>8</sup>

Nesse contexto, alguns princípios orientadores são fundamentais para a garantia da legalidade, da proporcionalidade e da justiça na atuação do Estado.<sup>9</sup>

O Princípio da Legalidade é uma pedra angular do Estado Democrático de Direito e um dos pilares fundamentais do Direito Administrativo Sancionador. Esse princípio estabelece que a atuação do Estado, especialmente no contexto da imposição de sanções, deve estar rigidamente ancorada na legislação vigente. Em outras palavras, o Estado somente pode aplicar medidas sancionatórias quando expressamente autorizado por normas jurídicas previamente estabelecidas.<sup>10</sup>

Essa exigência de estrita observância da legalidade visa proteger os cidadãos contra arbitrariedades e abusos de poder por parte da Administração Pública. Ao vincular a atuação estatal à lei, o Princípio da Legalidade garante a previsibilidade e a segurança jurídica nas relações entre o Estado e os administrados, promovendo a justiça e a igualdade perante a lei.<sup>11</sup>

No contexto do Direito Administrativo Sancionador, a observância estrita da legalidade implica que as sanções somente podem ser impostas nos casos expressamente previstos na legislação, não sendo permitida a aplicação de medidas punitivas com base em interpretações extensivas ou analogias inadequadas. Em outras palavras, a Administração Pública não possui discricionariedade ilimitada na imposição de sanções, estando restrita aos limites estabelecidos pela lei.<sup>12</sup>

Essa limitação imposta pela legalidade tem o propósito não apenas de proteger os direitos individuais dos administrados, mas também de preservar a integridade do próprio Estado de Direito. Ao exigir que a

<sup>7</sup> STJ- REsp n. 1.153.083/MT, relator Ministro Sérgio Kukina, relatora para acórdão Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 6/11/2014, DJe de 19/11/2014.

<sup>8</sup> GUARDIA, Gregório Edoardo Raphael Selingardi. Princípios Processuais no Direito Administrativo Sancionador: Um Estudo à luz das garantias constitucionais. *R. Fac. Dir. Univ. São Paulo*, v. 109, p. 773 – 793, jan./dez. 2014.

<sup>9</sup> PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. Os princípios mais relevantes do Direito Administrativo. *Revista da EMERJ*, v. 11, n.º 42, 2008.

<sup>10</sup> Torres, R. L. O princípio da tipicidade no direito tributário. *Revista De Direito Administrativo*, 235, 193–232, 2004.

<sup>11</sup> REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 305.

<sup>12</sup> ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Constituição Federal comentada*. Dos Direitos e Garantias Fundamentais. 30 anos da CF. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018, p.139-142.

atuação estatal esteja sempre fundamentada na lei, o Princípio da Legalidade fortalece os fundamentos democráticos e republicanos do sistema jurídico, impedindo o arbítrio e garantindo que o Estado exerça seu poder de forma legítima e responsável.<sup>13</sup>

Portanto, a observância do Princípio da Legalidade é essencial para garantir a legitimidade e a eficácia das medidas sancionatórias adotadas pelo Estado no Direito Administrativo, contribuindo para a construção de uma sociedade justa, livre e democrática.<sup>14</sup>

O Princípio da Proporcionalidade, por sua vez, estabelece que as sanções devem ser proporcionais à gravidade da infração cometida, de modo a evitar excessos e garantir que as medidas adotadas sejam adequadas e necessárias para alcançar os objetivos almejados.<sup>15</sup>

Em conjunto, o Princípio da Razoabilidade é um dos pilares essenciais do Direito Administrativo Sancionador, atuando como um baluarte contra o exercício arbitrário do poder estatal. Este princípio estabelece que as decisões administrativas devem ser razoáveis, isto é, devem ser fundamentadas em critérios objetivos e proporcionais, levando em consideração as circunstâncias específicas de cada caso concreto.<sup>16</sup>

Essa exigência de razoabilidade busca garantir que as medidas sancionatórias aplicadas pela Administração Pública sejam proporcionais à gravidade da infração cometida e aos objetivos perseguidos pela legislação. Dessa forma, as sanções devem ser adequadas e necessárias para atender aos interesses públicos envolvidos, sem impor ônus desnecessários ou desproporcionais aos administrados.<sup>17</sup>

Ao exigir que as decisões administrativas sejam razoáveis, promove-se a justiça e a equidade na aplicação das sanções, garantindo que os administrados sejam tratados de forma justa e imparcial pela Administração Pública. Isso significa que as medidas adotadas devem ser proporcionais aos danos causados pela infração, levando em consideração fatores como a gravidade do ilícito, a culpabilidade do infrator, sua capacidade econômica, entre outros.<sup>18</sup>

Além disso, o Princípio da Razoabilidade exige que as decisões administrativas sejam fundamentadas em critérios objetivos e transparentes, evitando arbitrariedades e favorecimentos injustificados. Isso implica que a Administração deve justificar, de forma clara e fundamentada, as razões que embasam suas decisões, garantindo, assim, a transparência e a *accountability* na aplicação das sanções.

Portanto, ao exigir que as decisões administrativas sejam razoáveis, o Princípio da Razoabilidade desempenha um papel fundamental para a promoção da justiça e da equidade no Direito Administrativo Sancionador. Ao garantir que as medidas sancionatórias sejam proporcionais, fundamentadas e transparentes, esse princípio contribui para fortalecer os fundamentos democráticos e republicanos do Estado de Direito, assegurando assim a legitimidade e a eficácia das ações do Poder Público.

<sup>13</sup> PIRES, Antonio Cecílio Moreira. Princípio do devido processo legal no processo administrativo. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: *Direito Administrativo e Constitucional*. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/95/edicao-1/principio-do-devido-processo-legal-no-processo-administrativo> Acesso em: 29 fev. 2024.

<sup>14</sup> DE ALMEIDA, Guilherme Assis. *Constituição Federal Comentada: dos direitos e garantias fundamentais - 30 anos da CF*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018. p.139-142.

<sup>15</sup> BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

<sup>16</sup> BINENBOJM, Gustavo. O Direito Administrativo sancionador e o estatuto constitucional do poder punitivo estatal: possibilidades, limites e aspectos controvertidos da regulação do setor de revenda de combustíveis. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*: ReDAC, v. 2, n. 11, p. 11-35, ago. 2014.

<sup>17</sup> BINENBOJM, Gustavo. O Direito Administrativo sancionador e o estatuto constitucional do poder punitivo estatal: possibilidades, limites e aspectos controvertidos da regulação do setor de revenda de combustíveis. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*: ReDAC, v. 2, n. 11, p. 11-35, ago. 2014.

<sup>18</sup> ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Constituição Federal Comentada: dos direitos e garantias fundamentais - 30 anos da CF*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018. p.139-142.

O Princípio do Devido Processo Legal é um dos pilares fundamentais do Estado Democrático de Direito e constitui uma garantia essencial para a proteção dos direitos individuais no âmbito do Direito Administrativo Sancionador. Esse princípio, consagrado tanto na Constituição Federal quanto em diversos tratados internacionais de direitos humanos, estabelece que ninguém pode ser privado de seus direitos, bens ou liberdade sem o devido processo legal.<sup>19</sup>

Em seu cerne, o Princípio do Devido Processo Legal preconiza que os procedimentos administrativos sancionadores devem ser conduzidos de acordo com um conjunto de garantias mínimas, visando assegurar a imparcialidade, a ampla defesa e o contraditório. Isso significa que o Estado deve garantir aos administrados o direito de serem informados sobre as acusações que pesam contra eles, o direito de apresentar sua defesa de forma ampla e efetiva, bem como o direito de ter acesso aos elementos de prova e aos fundamentos que embasam a decisão administrativa.<sup>20</sup>

Além disso, o Princípio do Devido Processo Legal exige que os procedimentos administrativos sejam conduzidos de forma razoável, sem demoras injustificadas e com respeito aos prazos estabelecidos em lei. Essa exigência visa garantir a celeridade e a eficiência na tramitação dos processos, assegurando que os administrados não sejam submetidos a uma espera prolongada e prejudicial aos seus direitos.<sup>21</sup>

Outro aspecto fundamental do Princípio do Devido Processo Legal é a garantia de acesso à jurisdição e à revisão judicial das decisões administrativas.<sup>22</sup> Isso significa que os administrados têm o direito de recorrer às instâncias judiciais competentes para contestar as sanções aplicadas pela Administração Pública, garantindo, assim, uma revisão imparcial e independente das decisões administrativas.

Portanto, o Princípio do Devido Processo Legal desempenha um papel crucial na proteção dos direitos individuais no Direito Administrativo Sancionador, garantindo a observância de procedimentos justos e equitativos por parte do Estado.<sup>23</sup> Ao assegurar a imparcialidade, a ampla defesa e o contraditório, esse princípio contribui para fortalecer os fundamentos democráticos e republicanos do Estado de Direito, promovendo, assim, a justiça e a igualdade perante a lei.

Além disso, o Direito Administrativo Sancionador se caracteriza pela sua natureza coercitiva, uma vez que as sanções aplicadas pelo Estado têm o propósito de compelir o cumprimento das normas administrativas e de reprimir condutas lesivas. Dessa forma, a atuação do Estado nesse campo do direito visa não apenas punir infrações, mas também prevenir a ocorrência de condutas irregulares e promover a conformidade com a ordem jurídica administrativa.

### 2.3 Reforma da Lei de Improbidade pela Lei n.º 14.230, de 2021

A Lei n.º 14.230, de 2021 é um importante marco na legislação brasileira ao promover significativas alterações na Lei de Improbidade Administrativa. Essa reforma foi uma resposta às demandas por maior eficiência e celeridade nos processos de responsabilização por atos de improbidade, bem como pela necessidade de adequação da legislação às novas dinâmicas sociais e jurídicas.

<sup>19</sup> PIRES, Antonio Cecílio Moreira. Princípio do devido processo legal no processo administrativo. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/95/edicao-1/principio-do-devido-processo-legal-no-processo-administrativo>.

<sup>20</sup> REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 305.

<sup>21</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar. São Paulo: Max Limonad, 1998.

<sup>22</sup> MADEIRA, Vinícius de Carvalho. Lições de Processo Administrativo Disciplinar – Brasília: Fortium 1ª ed., 2008.

<sup>23</sup> DALLARI, Adílson de Abreu; FERRAZ, Sérgio. Processo Administrativo, São Paulo: Malheiros, 2002.

Entre as principais mudanças introduzidas pela Lei n.º 14.230, de 2021, destaca-se a alteração nos prazos prescricionais para o ajuizamento das ações de improbidade administrativa. Antes da reforma, o prazo era de cinco anos a partir da data do ato ímprobo, mas agora passou a ser de até oito anos nos casos de ressarcimento ao erário<sup>24</sup>. Essa ampliação dos prazos busca garantir que as investigações e processos de responsabilização tenham maior efetividade, especialmente nos casos mais complexos e de maior repercussão.

Além disso, a Lei n.º 14.230, de 2021 introduziu novos instrumentos para facilitar a obtenção de provas e agilizar a instrução processual. Dentre esses instrumentos, destaca-se a previsão da possibilidade de acordo de não persecução cível, que permite que o agente público investigado reconheça sua responsabilidade e se comprometa a adotar medidas para reparar o dano causado, em troca da suspensão do processo de improbidade. Essa medida visa desafogar o sistema judiciário e possibilitar uma solução mais rápida e eficiente para os casos de menor complexidade.<sup>25</sup>

Outra alteração relevante promovida pela Lei n.º 14.230, de 2021, diz respeito à exclusão da improbidade administrativa culposa, ou seja, aquela decorrente de negligência ou imprudência por parte do agente público. Com a reforma, apenas a improbidade dolosa (com dolo, ou seja, com intenção) é passível de punição, restringindo-se o espectro de condutas sujeitas à responsabilização.

Além disso, a Lei n.º 14.230, de 2021, estabeleceu regras mais claras para a aplicação das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, determinando critérios objetivos para a fixação das penas e para a dosimetria das multas. Isso visa garantir uma maior previsibilidade e segurança jurídica na aplicação das sanções, evitando decisões arbitrárias ou desproporcionais por parte dos órgãos julgadores.

Por fim, vale ressaltar que a Lei n.º 14.230, de 2021 também trouxe disposições específicas para regular a responsabilização de pessoas jurídicas por atos de improbidade administrativa, estabelecendo regras mais claras e rigorosas para a aplicação das sanções nesses casos e que visam resguardar a manutenção da atividade da pessoa jurídica.

Portanto, a reforma promovida pela Lei n.º de 14.230, de 2021 representa um importante avanço no combate à corrupção e na promoção da probidade administrativa no Brasil. Ao modernizar e aprimorar a Lei de Improbidade Administrativa, essa reforma busca tornar mais eficiente e eficaz o sistema de responsabilização por atos de improbidade, contribuindo assim para o fortalecimento das instituições democráticas e para a construção de um país mais justo e transparente.

<sup>24</sup> Brasil. Lei n.º 14.230, de 25 de outubro de 2021. Art. 23: «a ação para a aplicação das sanções previstas nesta Lei prescreve em 8 (oito) anos, contados a partir da ocorrência do fato ou, no caso de infrações permanentes, do dia em que cessou a permanência.»

<sup>25</sup> Brasil. Lei n.º 14.230, de 25 de outubro de 2021. Brasil. Lei n.º 14.230, de 25 de outubro de 2021. “Art. 17-B. O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução civil, desde que dele advenham, ao menos, os seguintes resultados: I – o integral ressarcimento do dano; II – a reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados. § 1º A celebração do acordo a que se refere o caput deste artigo dependerá, cumulativamente: I – da oitiva do ente federativo lesado, em momento anterior ou posterior à propositura da ação; II – de aprovação, no prazo de até 60 (sessenta) dias, pelo órgão do Ministério Público competente para apreciar as promoções de arquivamento de inquéritos civis, se anterior ao ajuizamento da ação; III – de homologação judicial, independentemente de o acordo ocorrer antes ou depois do ajuizamento da ação de improbidade administrativa. § 2º Em qualquer caso, a celebração do acordo a que se refere o caput deste artigo considerará a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, da rápida solução do caso. § 3º Para fins de apuração do valor do dano a ser ressarcido, deverá ser realizada a oitiva do Tribunal de Contas competente, que se manifestará, com indicação dos parâmetros utilizados, no prazo de 90 (noventa) dias. § 4º O acordo a que se refere o caput deste artigo poderá ser celebrado no curso da investigação de apuração do ilícito, no curso da ação de improbidade ou no momento da execução da sentença condenatória. § 5º As negociações para a celebração do acordo a que se refere o caput deste artigo ocorrerão entre o Ministério Público, de um lado, e, de outro, o investigado ou demandado e o seu defensor. § 6º O acordo a que se refere o caput deste artigo poderá contemplar a adoção de mecanismos e procedimentos internos de integridade, de auditoria e de incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, se for o caso, bem como de outras medidas em favor do interesse público e de boas práticas administrativas. § 7º Em caso de descumprimento do acordo a que se refere o caput deste artigo, o investigado ou o demandado ficará impedido de celebrar novo acordo pelo prazo de 5 (cinco) anos, contado do conhecimento pelo Ministério Público do efetivo descumprimento.”

### 3 A (ir)retroatividade da norma mais benéfica no direito administrativo sancionador

Neste tópico, será abordada a aplicação do Princípio da Retroatividade da Lei Mais Benéfica no Direito Administrativo Sancionador, tema que suscita intensos debates tanto na doutrina quanto na jurisprudência brasileira. Serão discutidos os diferentes contornos e interpretações desse princípio no Direito Administrativo Sancionador, com foco nas posições doutrinárias e na aplicação desse princípio em relação à nova Lei de Improbidade Administrativa, considerando o recente julgamento do Tema de Repercussão Geral 1.199 pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que trouxe importantes definições e limitações quanto à retroatividade de normas mais benéficas nesse contexto.

Essas análises são essenciais para compreender como o Princípio da Retroatividade da Lei Mais Benéfica é tratado fora do Direito Penal e como os tribunais superiores buscam equilibrar a aplicação desse princípio com os demais fundamentos do ordenamento jurídico brasileiro.

#### 3.1 Os contornos da aplicação da retroatividade no Direito Administrativo Sancionador

A aplicação do Princípio da Retroatividade da Lei Mais Benéfica é uma questão complexa e multifacetada no contexto jurídico brasileiro, suscitando debates tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Enquanto esse princípio é amplamente aceito e aplicado no Direito Penal<sup>26</sup>. Contudo, sua extensão para outros ramos, como o Direito Administrativo Sancionador, tem sido objeto de controvérsias e diferentes interpretações.

Uma das posições doutrinárias mais proeminentes, representada por autores como Régis Fernandes de Oliveira<sup>27</sup> e Carlos Maximiliano<sup>28</sup>, advoga pela aplicação irrestrita e universal da retroatividade da norma mais benéfica em todo o Direito Administrativo Sancionador. Argumentam que essa abordagem promove a igualdade perante a lei e a segurança jurídica, garantindo tratamento equitativo aos infratores e atualizando a legislação de acordo com os valores sociais predominantes.

No entanto, outra corrente doutrinária, corroborada por Rafael Munhoz Mello<sup>29</sup>, contesta essa aplicação indiscriminada do Princípio da Retroatividade da Norma. Para os autores dessa corrente, o Princípio da Retroatividade da Lei Mais Benéfica está, intrinsecamente, ligado ao Direito Penal, o que limita sua extensão a outros campos jurídicos.

Essa dicotomia doutrinária encontra eco na jurisprudência, onde o Superior Tribunal de Justiça (STJ) apresenta uma variedade de decisões em relação à retroatividade da lei mais benéfica no Direito Administrativo Sancionador. Alguns acórdãos enfatizam a necessidade de respeitar a literalidade do texto constitucional e a distinção entre os diversos ramos do Direito Público Punitivo, enquanto outros sustentam a aplicação dos princípios do Direito Sancionador para favorecer o apenado.

Diante dessa diversidade de posicionamentos, torna-se essencial estabelecer critérios claros e consistentes para a aplicação desse princípio, garantindo sua efetividade e coerência com os fundamentos do ordenamento jurídico brasileiro. Cabe ao legislador e aos tribunais a tarefa de conciliar os princípios fundamentais do sistema jurídico com as demandas específicas de cada ramo do Direito, buscando assegurar uma justa e equitativa aplicação do poder punitivo estatal.

<sup>26</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

<sup>27</sup> OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Infrações e sanções administrativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1985, p. 44.

<sup>28</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1996, p. 327.

<sup>29</sup> MELLO, Rafael Munhoz de. In: *Temas de Direito Administrativo*, v. 17, “Princípios Constitucionais do Direito Sancionador”. Editora Malheiros, 2007, p. 153.

### 3.2 A retroatividade da Lei Mais Benéfica aplicada à nova Lei de Improbidade Administrativa e o julgamento do tema pelo Supremo Tribunal Federal

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal julgou o Tema de Repercussão Geral 1.199, que trata sobre a irretroatividade da nova lei de improbidade administrativa para a responsabilidade por atos ilícitos civis de improbidade administrativa. Embora não tenha pacificado a controvérsia que envolve a temática, o Supremo Tribunal Federal fixou tese sobre pontos específicos que ainda não tinham respostas, uma vez que o legislador, mais uma vez, se omitiu e deixou de definir se a norma mais benéfica retroagiria ou não.

No julgado, destacou-se que o princípio da retroatividade da lei penal consagrado na Constituição, no art. 5º, inciso XXXVI, não possui aplicação automática no que se refere à responsabilidade por atos ilícitos civis de improbidade administrativa, diante da inexistência de previsão legal específica. Logo, o objeto do recurso julgado em repercussão geral foi justamente definir se tal princípio também se aplica na esfera do direito administrativo sancionador, ou se fica restrito ao direito penal.

Como já exposto, a doutrina e a jurisprudência possuem divergências, na medida em que parte delas entende que o princípio se aplica ao direito administrativo sancionador, outros entendem que se aplica parcialmente e há aqueles que entendem que não se deve aplicar, justamente diante da falta de previsão legal específica e expressa.

Pacificando parte da controvérsia, o Supremo Tribunal Federal fixou a tese de que o novo regime prescricional previsto na Lei n.º de 14.230, de 2021 e que a revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa (norma mais benéfica) nos quais houve condenações definitivas e processos em fase de execução de pena não são retroativas, portanto, não se aplicam às condutas praticadas durante a vigência da lei anterior. Portanto, nesses casos, mesmo a nova norma sendo mais benéfica para o réu, não retroage. Sobre o ponto, o Ministro Alexandre de Moraes (relator) destacou que a Lei de Improbidade Administrativa não está no âmbito do direito penal.

Por outro lado, reconheceu a retroatividade da norma mais benéfica quanto aos atos culposos praticados na vigência da lei anterior se a ação não possuir decisão definitiva, de modo que, uma vez que a conduta culposa foi revogada no novo texto, não é possível a continuidade da ação em andamento, devendo ser extinta. Confira-se a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no Tema 1.119<sup>30</sup>:

- 1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se - nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA - a presença do elemento subjetivo - DOLO;
- 2) A norma benéfica da Lei 14.230/2021 - revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa -, é IRRETROATIVA, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes;
- 3) A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente;
- 4) O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é IRRETROATIVO, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei.

É importante observar que o julgamento não foi unânime e que houve divergência entre os próprios Ministros da Corte Suprema. Dentre eles, a Ministra Rosa Weber e o Ministro Luiz Fux entenderam que a nova Lei de Improbidade não deve retroagir, por estar no âmbito do direito civil. Noutro eixo, Os Ministros Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes destacaram que as normas de direito administrativo se equiparam às de direito penal, razão pela qual devem retroagir para alcançar todos os atos ocorridos, mesmo se houver trânsito em julgado.

<sup>30</sup> STF. Agravo em Recurso Extraordinário 843989. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno. Julgado em: 18 ago. 2022. Diário da Justiça Eletrônico, Repercussão Geral - Mérito, DJe-251, divulgado em: 09 dez. 2022, publicado em: 12 dez. 2022.

Diante das divergências doutrinárias e jurisprudenciais quanto à aplicação da retroatividade da norma mais benéfica no Direito Administrativo Sancionador, o julgamento do Supremo Tribunal Federal sobre o Tema 1.199 se destacou como um marco importante na busca por clareza e coerência nessa questão.

Ao fixar a tese de que a revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa, prevista na Lei n.º 14.230, de 2021, não possui efeito retroativo em casos de condenação definitiva ou processos em fase de execução de pena, o STF buscou conciliar princípios constitucionais e a natureza do Direito Administrativo em relação ao Direito Penal. Contudo, a falta de unanimidade entre os Ministros da Corte ressalta a complexidade do tema e a necessidade de um debate contínuo para aprimorar a compreensão e a aplicação desses princípios no contexto do Direito Administrativo Sancionador.

Assim, é fundamental que tanto a doutrina quanto a jurisprudência continuem a se debruçar sobre essa questão, buscando consolidar critérios claros e consistentes que assegurem uma interpretação justa e equitativa do princípio da retroatividade da norma mais benéfica, em conformidade com os princípios fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro. Somente dessa forma será possível garantir uma aplicação coerente e efetiva desse princípio, contribuindo para a promoção da justiça e da segurança jurídica no Direito Administrativo Sancionador.

#### **4 A reforma da lei de improbidade administrativa e sua interseção com a retroatividade**

A Lei n.º 14.230, de 2021 promoveu uma reforma substancial na Lei de Improbidade Administrativa, buscando modernizar e aprimorar o sistema de responsabilização por atos de improbidade. Dentre as mudanças mais significativas, destaca-se a introdução de novos tipos de condutas consideradas como improbidade administrativa, ampliando o leque de situações passíveis de punição. Um exemplo disso é a inclusão da promoção pessoal e do nepotismo como novos tipos de improbidade.

Além disso, a Lei n.º 14.230, de 2021 redefiniu os critérios para aplicação das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa. Notavelmente, houve uma limitação das penas mais severas, como a suspensão dos direitos políticos e a proibição de contratar com o Poder Público, reservadas, atualmente, para casos de maior gravidade. Essa medida visa adequar as punições à proporcionalidade das condutas, evitando excessos e garantindo uma resposta mais justa e equilibrada aos atos de improbidade.

Além das alterações substantivas nas condutas tipificadas e nas sanções aplicáveis, a Lei n.º 14.230, de 2021 também trouxe ajustes procedimentais e de prazos, buscando tornar mais ágil e eficiente o trâmite dos processos de responsabilização por improbidade administrativa. Essas mudanças visam reduzir a morosidade e a burocracia, garantindo uma resposta mais célere e eficaz aos casos de irregularidades na Administração Pública.

Em conjunto, as alterações promovidas pela Lei n.º 14.230, de 2021 representam uma tentativa de modernização e adequação da Lei de Improbidade Administrativa às demandas e desafios contemporâneos, buscando tornar o sistema de responsabilização por atos de improbidade mais efetivo, justo e equilibrado.

##### **4.1 Reflexões sobre a retroatividade dessas alterações**

A retroatividade das mudanças introduzidas pela Lei n.º 14.230, de 2021 na Lei de Improbidade Administrativa suscita uma série de reflexões importantes sobre sua aplicação em casos anteriores à entrada em vigor da reforma. Tal fenômeno pode ter impactos significativos no cenário jurídico, especialmente no que diz respeito à segurança jurídica, aos direitos das partes envolvidas e à estabilidade das decisões judiciais.

Primeiramente, é necessário analisar como a retroatividade das novas disposições legais afeta os processos de responsabilização por atos de improbidade em andamento. Casos que ainda não foram julgados po-

dem ser afetados pela retroatividade, possibilitando a aplicação das normas mais benéficas aos investigados. Isso pode resultar na revisão de decisões administrativas ou judiciais anteriores à luz das novas disposições legais, garantindo uma maior proteção dos direitos dos acusados.<sup>31</sup>

Por outro lado, a retroatividade pode gerar desafios interpretativos e aplicativos, especialmente em casos já encerrados ou em fase avançada de tramitação. A aplicação retroativa das mudanças legislativas pode suscitar questionamentos sobre a validade e a legalidade das decisões já proferidas com base na legislação anterior. Além disso, pode haver dificuldades na determinação dos critérios para a retroatividade e na identificação dos casos em que essa retroatividade se aplica de forma adequada.

Outro aspecto a ser considerado refere-se ao impacto da retroatividade na segurança jurídica e na previsibilidade das relações jurídicas. A aplicação retroativa das novas normas pode gerar incertezas quanto à estabilidade das decisões judiciais e administrativas, bem como em relação aos direitos e obrigações das partes envolvidas. Isso pode prejudicar a confiança no sistema jurídico e dificultar a adoção de medidas pautadas em segurança e estabilidade jurídica.

Diante dessas reflexões, é fundamental promover uma análise criteriosa e ponderada da retroatividade das alterações promovidas pela Lei n.º 14.230, de 2021 na Lei de Improbidade Administrativa. É necessário garantir uma aplicação justa e equitativa das novas disposições legais, respeitando os direitos das partes envolvidas e assegurando a segurança jurídica e a estabilidade do ordenamento jurídico como um todo.

À medida que as mudanças promovidas pela Lei n.º 14.230, de 2021, na Lei de Improbidade Administrativa, são implementadas e suas repercussões são avaliadas, diversas perspectivas futuras e desafios emergem, exigindo uma análise cuidadosa e contínua.

Uma das perspectivas futuras é a necessidade de acompanhamento da jurisprudência e da doutrina no que se refere à interpretação e aplicação das novas disposições legais. A evolução da jurisprudência será fundamental para esclarecer pontos obscuros e consolidar entendimentos sobre a retroatividade das alterações introduzidas pela reforma. Além disso, espera-se que a doutrina jurídica contribua com reflexões e análises críticas que possam orientar a aplicação prática das novas normas.

Outra perspectiva importante diz respeito à efetividade das medidas de combate à improbidade administrativa. A reforma da Lei de Improbidade Administrativa visa aprimorar os instrumentos de responsabilização por atos ímprobos, mas será fundamental avaliar se essas mudanças são capazes de efetivamente coibir práticas ilícitas e garantir a integridade e a transparência na Administração Pública. Será necessário monitorar de perto os resultados alcançados e identificar eventuais lacunas ou falhas no sistema.

Além disso, os operadores do direito enfrentarão desafios na adaptação aos novos procedimentos e na garantia de uma aplicação justa e equitativa das normas reformadas. Será necessário investir em capacitação e formação profissional para garantir que juízes, promotores, advogados e demais envolvidos na aplicação da lei estejam devidamente preparados para lidar com as novas exigências e complexidades do sistema de responsabilização por improbidade administrativa.

Por fim, será fundamental enfrentar os desafios relacionados à segurança jurídica e à estabilidade das relações jurídicas. A (ir)retroatividade das alterações promovidas pela reforma pode gerar incertezas e controvérsias sobre a validade e a eficácia das decisões judiciais e administrativas anteriores. Portanto, será necessário adotar medidas que garantam a proteção dos direitos adquiridos e a estabilidade das relações jurídicas, evitando retrocessos e preservando a confiança no sistema jurídico.

Em resumo, as perspectivas futuras e os desafios que surgem da interseção entre a reforma da Lei de Improbidade Administrativa e a retroatividade das suas alterações demandarão um esforço conjunto e con-

<sup>31</sup> STF. Agravo em Recurso Extraordinário 843989. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno. Julgado em: 18 ago. 2022. Diário da Justiça Eletrônico, Repercussão Geral – Mérito, DJe-251, divulgado em: 09 dez. 2022, publicado em: 12 dez. 2022.

tínuo de todos os envolvidos no sistema de justiça para garantir uma aplicação eficaz, justa e equitativa das novas normas.

## 5 Considerações finais

Durante o presente estudo, tratou-se da interseção entre a reforma da Lei de Improbidade Administrativa pela Lei 14.230/2021 e o Princípio da Retroatividade da lei mais benéfica, examinando-se, detalhadamente, as implicações dessas mudanças legislativas no contexto do Direito Administrativo Sancionador.

Investigou-se a aplicação e os desafios relacionados ao princípio da retroatividade da lei mais benéfica no âmbito do Direito Administrativo Sancionador. Este princípio, fundamentado na ideia de justiça e equidade, desempenha um papel crucial na busca por um sistema jurídico mais justo e coerente. Durante a análise, destacaram-se tanto os aspectos positivos quanto às complexidades inerentes à sua aplicação, visando fornecer *insights* valiosos para aprimorar o entendimento e a prática desse princípio.

Inicialmente, exploraram-se a origem e os fundamentos da retroatividade da lei mais benéfica, demonstrando sua importância histórica e filosófica no desenvolvimento do Direito. Compreender sua base teórica é essencial para contextualizar sua aplicação contemporânea e suas implicações no Direito Administrativo.

Ao longo das análises, observou-se que a retroatividade da lei mais benéfica é um instrumento fundamental na proteção dos direitos individuais dos cidadãos além do âmbito do Direito Penal, especialmente no contexto das sanções administrativas. Este princípio contribui para assegurar a segurança jurídica e proteger a confiança legítima dos administrados, elementos essenciais para a preservação do Estado de Direito.

No entanto, também foram identificados desafios significativos associados à aplicação desse princípio, principalmente no que diz respeito à sua interpretação e à sua harmonização com outros princípios jurídicos, como a irretroatividade da lei mais gravosa e o Princípio da Legalidade Estrita. Aliado a isso, enfatizou-se a necessidade de uma abordagem ponderada e contextualizada na aplicação da retroatividade da lei mais benéfica, considerando não apenas os interesses individuais dos administrados, mas também o interesse público e a preservação da ordem jurídica como um todo.

Em suma, conclui-se pela importância da atualização constante das normas e da jurisprudência, bem como do aprimoramento das práticas administrativas, para garantir uma aplicação efetiva e justa do Direito Administrativo Sancionador. Afinal, a falta de legislação expressa sobre a (ir)retroatividade da lei mais benéfica no âmbito administrativo gera incertezas e controvérsias, tanto na doutrina quanto na nos Tribunais.

Tais incertezas levam à insegurança jurídica, que é justamente o oposto do que se busca nos dias de hoje. Por outro lado, a análise das tendências e dos desafios atuais relacionados à aplicação da retroatividade da lei mais benéfica nos permite vislumbrar oportunidades para fortalecer a efetividade e a legitimidade do sistema jurídico brasileiro.

Portanto, conclui-se que a retroatividade da lei mais benéfica é um princípio essencial para a consolidação do Estado de Direito e para a garantia dos direitos dos cidadãos frente à atuação do poder público. Sua correta aplicação contribui não apenas para a justiça material, mas também para a legitimidade e a confiança nas instituições democráticas, fortalecendo os pilares do Estado democrático de direito no Brasil.

## Referências

- ALMEIDA, Péricles Ferreira de. O princípio da retroatividade da norma mais benéfica no Direito Administrativo Sancionador. In: *Direito administrativo sancionador*. José Roberto Pimenta Oliveira (coord). São Paulo: Malheiros. 2019.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- BARBOSA, Rui. Leis retroativas e interpretativas no Direito brasileiro. In: BRASIL, Ministério da Educação e Saúde. *Obras completas de Rui Barbosa*. v. XXV, t. IV. Rio de Janeiro, 1898.
- BINENBOJM, Gustavo. O Direito Administrativo sancionador e o estatuto constitucional do poder punitivo estatal: possibilidades, limites e aspectos controvertidos da regulação do setor de revenda de combustíveis. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo: ReDAC*, v. 2, n. 11, p. 11-35, ago. 2014.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. 18. ed., São Paulo: Saraiva, 2014, v. I.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2012.
- DALLARI, Adílson de Abreu; FERRAZ, Sérgio. *Processo Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2002.
- FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adílson Abreu. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros. 2001.
- GUARDIA, Gregório Edoardo Raphael Selingardi. Princípios Processuais No Direito Administrativo Sancionador: Um Estudo à Luz das garantias constitucionais. *R. Fac. Dir. Univ. São Paulo*, v. 109, p. 773 – 793, jan./dez. 2014.
- HUNGRIA, Nélon. Ilícito administrativo e ilícito penal. *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, v. 1, n. 1 (1945), p. 24-31.
- MADEIRA, Vinícius de Carvalho. *Lições de processo administrativo disciplinar* Brasília: Fortium, 2008.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1996.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira De. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros. 2010
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sanções administrativas e princípios de direito penal. *Revista de Direito Administrativo*, v. 219, p. 127-151, jan. 2000. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/47499>. Acesso em: 26 fev. 2024.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios Constitucionais penais e processuais Penais*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes. Infrações e sanções administrativas. São Paulo: *Revista dos Tribunais*. 1985.
- OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. 6. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*. 2019.
- PARENTE, Dante Aguiar; DEZAN, Sandro Lúcio. Estado constitucional de direito e coerção: a irretroatividade da lei no direito administrativo sancionador. *Revista da AGU*, v. 22, 2023.
- PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. Os Princípios mais Relevantes do Direito Administrativo. *Revista da EMERJ*, v. 11, n.º 42, 2008.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS; Rodrigo Valgas dos. NOVO REGIME DE DISPENSA DE LICITAÇÃO POR VALOR NA LEI Nº 14.133/2021: CONSEQUÊNCIAS CRIMINAIS E NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. Disponível em: [www.licitacaocontrato.com.br](http://www.licitacaocontrato.com.br). Acesso em: 29 fev. 2024.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 138.

STF. Agravo em Recurso Extraordinário 843989. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno. Julgado em: 18 ago. 2022. Diário da Justiça Eletrônico, Repercussão Geral - Mérito, DJe-251, divulgado em: 09 dez. 2022, publicado em: 12 dez. 2022.

STJ. EDcl no AgInt no RE nos EDcl no AgInt nos EAREsp n. 1.072.257/MA. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Corte Especial. Julgado em: 24 out. 2023. Diário da Justiça Eletrônico, DJe de 26 out. 2023.

Torres, R. L. (2004). O princípio da tipicidade no direito tributário. *Revista de Direito Administrativo*, 235, 193–232.

# REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

## Tipicidade nas Infrações

**Disciplinares:** o desafio da certeza do direito em um dos principais capítulos da competência sancionatória estatal

## Typicality of Disciplinary

**Infractions:** the challenge of the certainty of law in one of the main chapters of state sanctioning competence

André Petzhold Dias

Alexandre Jorge Carneiro da Cunha  
Filho

VOLUME 14 • Nº 1 • ABR • 2024

OS CONTORNOS SISTÊMICOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR  
BRASILEIRO E A RELAÇÃO COM O DIREITO CONSTITUCIONAL

# Tipicidade nas Infrações Disciplinares: o desafio da certeza do direito em um dos principais capítulos da competência sancionatória estatal\*

## Typicality of Disciplinary Infractions: the challenge of the certainty of law in one of the main chapters of state sanctioning competence

André Petzhold Dias\*\*

Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho\*\*\*

### Resumo

O presente ensaio, a partir de premissas dogmáticas do Direito Penal e especulações acerca de alguns postulados que deveriam, a nosso ver, reger o Direito Administrativo Sancionador, discutimos sobre a existência de uma garantia de tipicidade das infrações veiculadas no âmbito do direito disciplinar. Através de pesquisa bibliográfica e do método analógico/comparativo entre Direito Penal e outras searas nas quais há exercício de competência sancionatória estatal, concluímos pela existência dessa garantia também no campo objeto deste estudo, isso por sustentarmos, com base em doutrina, a ilegitimidade da punição de um agente em situações nas quais este não tenha condições de ter plena ciência quanto ao espaço do seu agir lícito.

**Palavras-chave:** tipicidade; certeza do direito; direito administrativo sancionador; infrações disciplinares

### Abstract

This essay, based on dogmatic premises of Criminal Law and speculations about some postulates that should, in our view, guide Sanctioning Administrative Law, we discuss the existence of a guarantee of typicality of infractions conveyed within the scope of disciplinary law. Through bibliographical research and the analogical/comparative method between Criminal Law and other areas in which there is the exercise of state sanctioning competence, we concluded that this guarantee also exists in the matter object of this study, because we support, based on doctrine, the illegitimacy of punishment of an agent in situations in which he is not able to be fully aware of the scope of his lawful action.

**Key words:** typicality; certainty of law; sanctioning administrative law; disciplinary infractions

\* Recebido em: 00/00/2024  
Aprovado em: 00/00/2024

\*\* Doutor e Mestre em Direito Processual pela Universidade de São Paulo. Advogado da União, Procurador Chefe da Procuradoria da União no Amazonas. Professor Universitário na Universidade Estadual do Amazonas e no Centro Universitário Fametro. <https://orcid.org/0000-0002-9057-8804>  
Email: [apdias@uea.edu.br](mailto:apdias@uea.edu.br)

\*\*\* Doutor e mestre em Direito do Estado Professor da Escola Paulista da Magistratura Juiz de Direito em São Paulo. <https://orcid.org/0000-0002-7091-7258>  
Email: [alexjccf@yahoo.com.br](mailto:alexjccf@yahoo.com.br)

Sumário:

1. Introdução; 2. Tipicidade no Direito Penal; 2.1. Tipicidade aberta no Direito Penal: polêmica e prática; 3. Tipicidade no Direito Administrativo Sancionador. Peculiaridades e convergências à vista do manejo do instituto na seara penal; 3.1. Aproximação entre Direito Administrativo Sancionador e Direito Penal: tipicidade como garantia do cidadão em prol do postulado da certeza do Direito na seara sancionatória estatal; 3.1.1. Poder de Polícia; 3.1.2. Poder disciplinar; 4. Tipicidade das condutas vedadas aos servidores públicos no uso das mídias sociais; 4.1. Códigos de Conduta; 5. Conclusão; 6. Bibliografia.

## 1 Introdução

Considerando que o agir administrativo se faz por meio de pessoas, quando se pensa na necessidade de uma gestão pública mais eficiente é inescapável refletir acerca da adequação da organização dos recursos humanos à disposição do serviço público à vista dos respectivos fins.

Essa organização, por sua vez, tem como uma de suas principais ferramentas o exercício da competência disciplinar por parte das chefias dos distintos órgãos em que distribuídas as funções que nosso direito positivo atribui ao Estado.

Esse plexo de deveres-poderes a cargo das autoridades superiores de cada unidade de ação estatal é assim definido por Hely Lopes MEIRELLES:

Poder disciplinar é a faculdade de punir internamente as infrações funcionais dos servidores e demais pessoas sujeitas à disciplina dos órgãos e serviços da Administração. É uma supremacia especial que o Estado exerce sobre todos aqueles que se vinculam à Administração por relações de qualquer natureza, subordinando-se às normas de funcionamento do serviço ou do estabelecimento a que passam a integrar definitiva ou transitoriamente<sup>1</sup>.

A passagem em destaque é ilustrativa de como a competência disciplinar ainda hoje é, via de regra, compreendida e manejada pelos agentes que detêm tal atribuição.

Antes de ser anunciada como um instrumento para bem regular a conduta dos servidores, criando um quadro de incentivos vocacionado à promoção de comportamentos desejados<sup>2</sup>, tal competência é desde logo apresentada pela sua faceta punitiva, ou seja, pela prerrogativa que ela confere ao seu titular de infligir um castigo a quem violar comandos legais ou regulamentares.

No que se refere a tais prescrições, o âmbito disciplinar é marcado por muitos tipos abertos, o que desperta preocupação sob a perspectiva da adequada sinalização da conduta que é esperada dos respectivos destinatários.

Note-se que, numa situação de incerteza sobre qual comportamento é devido sob signos como “conduta irrepreensível na vida pública ou privada”, o agente público pode ficar sujeito ao arbítrio de uma competência sancionatória que não se pauta em critérios claros e predeterminados do que é lícito ou ilícito, ou seja, que pode desencadear punições randômicas ao sabor dos interesses dos poderosos de plantão.

<sup>1</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*, 16 ed., São Paulo: RT, 1991, p. 103.

<sup>2</sup> Para o que a técnica de “comando e controle” deveria ser associada, segundo importante doutrina do Direito Administrativo contemporânea, a técnicas de indução de comportamento, em um equilíbrio atento à eficiência da regulação. Sobre o ponto, ver PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na Administração Pública*, São Paulo: Malheiros, 2015, p. 119 e ss.; BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação e Regulação - transformações político-jurídicas, econômico e institucionais do direito administrativo ordenador*, Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 164 e ss.; VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil – justificação, interpretação e aplicação*, Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 131 e ss..

Neste cenário justifica-se o estudo sobre em que medida a garantia da tipicidade prevista no Direito Penal pode servir de inspiração para salvaguarda análoga na seara do Direito Administrativo Sancionador em geral, e no âmbito da competência disciplinar em particular.

Posta a importância do tema escolhido para nosso objeto de pesquisa, para explorá-lo vamos nos valer de revisão bibliográfica e do método analógico, buscando extrair semelhanças entre regulação penal e administrativa, isso com o propósito de analisar em que medida esta última pode ser aprimorada a partir de instrumental previsto para o legítimo exercício da primeira.

Para testar a pertinência das nossas conclusões vamos, em item próprio, investigar como está ocorrendo a regulação do uso de mídias sociais para servidores públicos de algumas carreiras, tema que já começa a fazer parte do dia a dia dos Tribunais.

## 2 Tipicidade no Direito Penal

A atuação punitiva do Estado deve ser exercida, no âmbito penal, com estrita observância de princípios como o da legalidade e da intervenção mínima. Sobre este último, postula-se que o Direito Penal não intervenha na disciplina de condutas de menor lesividade e para as quais a disciplina feita por outros ramos do direito possa bastar para que se obtenha dos destinatários das suas normas o comportamento tipo por socialmente adequado<sup>3</sup>.

Considerando a gravidade das penas que o Direito Penal estabelece para quem viola as suas regras, das quais destaca-se a de prisão, entende-se, até sob uma perspectiva de proporcionalidade da ação estatal<sup>4</sup>, que não se justifica que o Estado ameace de privação de liberdade alguém que transgrida comandos desejados, mas que não estão atrelados à tutela de bens jurídicos essenciais para a vida em coletivo.

Já no que se refere à tipicidade, garantia que particularmente nos interessa à vista do foco do presente trabalho, destaca-se seu papel como limite ao poder punitivo estatal. Como decorrência do princípio da legalidade<sup>5</sup>, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude lei (art. 5, II da Constituição), exige-se pela salvaguarda em comento que a conduta prevista como crime por um determinado ordenamento seja descrita com precisão pelo legislador, de modo a que seja oferecida ciência inequívoca à população acerca do que lhe é lícito ou ilícito fazer em uma dada situação<sup>6</sup>.

Nada obstante o ideal de previsibilidade a guiar a concretização desse princípio, mesmo para hipóteses nas quais o Parlamento efetivamente se empenhe em delimitar adequadamente o comportamento esperado com o estabelecimento de tipos penais, não se pode ignorar que o emprego da palavra, por mais objetivo que seja, pode trazer consigo alguma vagueza, exigindo atuação do intérprete na fixação de seu sentido<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> TOLEDO, Franciso de Assis. *Princípios básicos do Direito Penal*, 5 ed, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 14; BITENCOURT, Cezar R. *Tratado de direito penal*, 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book, p. 96 e 97.

<sup>4</sup> ROXIN, Klaus; ALAOR, Leite. Fundamentos político-criminais e dogmáticos do Direito Penal in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 112, São Paulo: RT, jan-fev /2015 (versão eletrônica), p.1.

<sup>5</sup> TOLEDO, Franciso de Assis. *Princípios básicos do Direito Penal*, 5 ed, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 22 e ss.; GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*, v I, 6 ed, Rio de Janeiro: Ímpetus, 2006, p. 100/103; BECHARA, Ana Elisa L. S.. *Bem jurídico-penal*, São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 148 e ss..

<sup>6</sup> SALVADOR NETTO, Alamiro V.. Tipicidade penal e princípio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade in FRANCO, Alberto S.; NUCCI, Guilherme de S.. *Doutrinas essenciais - Direito Penal*, v. I, p. 301-316, São Paulo: RT, 2011, p. 302; BITENCOURT, Cezar R. *Tratado de direito penal*, 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 87/88.

<sup>7</sup> GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*, v. I, 4 ed, São Paulo: Max Limonad, 1977, p. 158 e ss.; HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 141 e ss.; REALE JR. Miguel. Razão e Subjetividade no Direito Penal constitucionalizado in *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa*, v. 1, p. 303-330, São Paulo: RT, jul. 2011, p. 304.

O princípio da tipicidade deve, portanto, ser considerado como “promessa de racionalização do poder punitivo estatal aliada à segurança jurídica necessária para uma boa administração da justiça penal”<sup>8</sup>.

É possível, então, vislumbrar no princípio da tipicidade a função positiva de servir de fundamento para decisão nos conflitos criminais, e a função negativa, cuja função racionalizadora e garantidora é preponderante, limitando o poder estatal ao funcionar como controle do controle social<sup>9</sup>.

## 2.1 Tipicidade aberta no Direito Penal: polêmica e prática

Não são raros os casos em que o Direito Penal se utiliza de linguagem vaga para superar a dificuldade da elaboração normativa exaustiva quando se pretende abarcar um número amplo de situações lesivas ao bem-estar coletivo que potencialmente ocorrerá no horizonte de um futuro longínquo. A título ilustrativo pode-se referir a tipificação de crimes culposos e omissivos por comissão<sup>10</sup>, além de algumas infrações relativas à ordem econômica<sup>11</sup>, ao meio ambiente<sup>12</sup> e aos direitos do consumidor.<sup>13-14</sup>

Quando o legislador expressamente se utiliza de tal técnica na descrição de ações ou omissões tidas por perniciosas (note-se que por vezes a indeterminação pode decorrer da simples textura aberta de uma palavra que, para quem propôs a redação de um tipo legal, não admitiria significados equívocos), coloca-se, sob a perspectiva do destinatário da norma, a questão sobre a certeza da regra de direito que rege a sua conduta.

Ao lado do emprego (intencional ou não) de noções polissêmicas pela legislação penal na proibição de comportamentos, também se verifica tipos abertos em tal seara em decorrência de remissões que essa espécie de lei faz a outras normas, muitas delas revestidas de caráter técnico, como se dá no caso da Lei de Drogas<sup>15</sup>.

Em qualquer hipótese o desafio para a cidadania é comum. Se o objetivo da regra é evitar um comportamento indesejado, contando com a ameaça de sanção para desestimular potenciais infratores a incorrerem em ilícitos, como alcançar esse propósito se as pessoas podem, em concreto, não saber das fronteiras dentro das quais sua esfera de liberdade pode ser exercida?

<sup>8</sup> GUIMARÃES, Carlos Alberto Gabriel. A Dogmática Jurídico-Penal em questão: possibilidades e limites no século XXI in *Ciências Penais*, v. 6, p. 127-150, São Paulo: RT, jan.-jun. 2007, p.131.

<sup>9</sup> GUIMARÃES, Carlos Alberto Gabriel. A Dogmática Jurídico-Penal em questão: possibilidades e limites no século XXI in *Ciências Penais*, v. 6, p. 127-150, São Paulo: RT, jan.-jun. 2007, p. 134.

<sup>10</sup> “Há muitos tipos em que a lei descreve apenas uma parte dos caracteres e confia ao juiz a tarefa de completar o tipo. Esses tipos ‘abertos’, ou que ‘necessitam ser complementados’, encontramos, antes de tudo, nos delitos culposos e nos delitos omissivos impróprios. Na maior parte dos delitos culposos (...), a lei descreve somente o resultado (a lesão ou o perigo de lesão ao bem jurídico), enquanto a ação proibida deve ser constatada pelo juiz mediante o critério da falta de observância ‘do cuidado necessário no tráfego’. Nos delitos omissivos impróprios (...), não se encontra identificado o círculo de autores, e deve ser complementado pelo juiz mediante o critério da ‘posição de garante’. Por essa razão, os tipos dos delitos culposos e dos delitos omissivos impróprios são só em parte tipos ‘legais’, e em parte tipos ‘que devem ser complementados pelo juiz’”(WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal – uma introdução à doutrina finalista*, trad. Luiz Regis Prado, 4 ed., São Paulo: RT, 2015, p. 61).

<sup>11</sup> SALOMÃO, Heloísa Estellita. Tipicidade no Direito Penal Econômico in *Revista dos Tribunais*, vol. 725, p. 407, São Paulo: RT, mar.1996 (versão eletrônica).

<sup>12</sup> MACHADO, Paulo Afonso Leme. Da poluição e outros crimes ambientais na Lei 9.650/1998 in *Revista de Direito Ambiental*, vol. 14, p. 9-19, São Paulo: RT, abr.-jun. 1999 (versão eletrônica).

<sup>13</sup> “Art. 67 do Código de Defesa do Consumidor: “Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva: Pena Detenção de três meses a um ano e multa”( [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm), acesso em 29/02/24).

<sup>14</sup> TICIANELLI, Marcos Daniel Veltrini. Uma análise do delito de publicidade enganosa e abusiva (art. 67 da Lei 8.078/90) in *Ciências Penais*, v. 4, p. 322-344 São Paulo: RT, jan.-jun. 2006, p.131.

<sup>15</sup> “Lei nº 11.343/2006 – “Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa”( [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm), acesso em 29/02/24).

Se a indeterminação em alguma medida é própria das regras jurídicas (vide limitações de antevisão do legislador que o fazem se valer de “cláusulas gerais” na disciplina de condutas, bem como das características inerentes à linguagem humana, como já referido), seu excesso põe em xeque a pretensa racionalidade do sistema normativo e sujeita os cidadãos ao risco de arbítrio no manejo da competência sancionatória estatal.

O assunto, como não poderia deixar de ser, é objeto de acesa atenção da doutrina.

Vide a respeito as ponderações de Alamiro SALVADOR NETTO, após considerar como natural o Direito Penal se valer de remissão a conceitos e regramentos de outras áreas do conhecimento para delimitação do seu campo de incidência:

“Considerado estes aspectos, independentemente da discussão paralela a respeito da legitimidade dos diversos bens jurídicos atualmente submetidos à tutela penal, não parece ferir o princípio da legalidade a existência de mera assessoriedade conceitual, principalmente a considerar a sua inarredável função de permitir um diálogo interno do ordenamento jurídico visto em sua completude. O fato do direito penal utilizar—se de conceitos expressos em outras áreas jurídicas não fere, genericamente, a legalidade, sendo decorrência natural da relativa dependência do sistema criminal ou, em outras palavras, de sua natureza sancionatória (reforço).

O aparecimento de ‘não tipos’ e com isso o rompimento da noção de taxatividade mínima, pode ser observado, contudo, naquelas expressões

típicas que atuam apenas como ‘pontes’ transferindo para o cerne das criminalizações inúmeras normas extrapenais ou administrativas.

Nestes casos, o legislador, por meio de um único tipo penal, acaba por

criminalizar o descumprimento de diversas regras administrativas, o que desnatura inclusive a função penal de ‘ultima ratio’. Além disso, obriga o cidadão a conhecimentos extraordinários acerca do quanto realmente proibido, pois exagera na ficção jurídica, base do sistema, que afirma ser todo indivíduo sabedor do conteúdo do direito. É o caso, por exemplo, da inserção de inúmeras normas (regras) administrativas do Banco Central do Brasil no conceito de gestão temerária. Em suma, não é tolerável um suposto tipo que afirma, ainda que com outras expressões ou de modo subreptício, que se considera crime administrar instituição financeira em desrespeito a toda e qualquer norma ou regra atinente à matéria”.<sup>16</sup>

Outro exemplo interessante sobre a temática reside na tipificação do terrorismo, que é criminalizado por mandamento constitucional. O legislador pátrio, contudo, sem observar normas internacionais que tratam dessa conduta<sup>17</sup>, findou por positivizar um tipo excessivamente aberto, algo absolutamente incompatível com a gravidade da sanção cominada o delito.

Confira-se a respeito a redação do art. 2 da Lei nº 13.260/2016:

Art. 2º O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública.

§ 1º São atos de terrorismo:

I - usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos, nucleares ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa;

II – (VETADO);

<sup>16</sup> SALVADOR NETTO, Alamiro V. Tipicidade penal e princípio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade in FRANCO, Alberto S.; NUCCI, Guilherme de S.. *Doutrinas essenciais - Direito Penal*, v. I, p. 301-316, São Paulo: RT, 2011, p. 315.

<sup>17</sup> BORGES, Ademar. O Crime de Terrorismo no Brasil: conteúdo do injusto penal e riscos de criminalização de movimentos sociais in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 188, p. 19-57, São Paulo: RT, fev. 2022.

III - (VETADO);

IV - sabotar o funcionamento ou apoderar-se, com violência, grave ameaça a pessoa ou servindo-se de mecanismos cibernéticos, do controle total ou parcial, ainda que de modo temporário, de meio de comunicação ou de transporte, de portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, hospitais, casas de saúde, escolas, estádios esportivos, instalações públicas ou locais onde funcionem serviços públicos essenciais, instalações de geração ou transmissão de energia, instalações militares, instalações de exploração, refino e processamento de petróleo e gás e instituições bancárias e sua rede de atendimento;

V - atentar contra a vida ou a integridade física de pessoa:

Pena - reclusão, de doze a trinta anos, além das sanções correspondentes à ameaça ou à violência<sup>18</sup>.

Os tipos abertos, portanto, constituem figura já bem conhecida e debatida pela doutrina do Direito Penal. Resta saber se a reflexão que existe sobre o tema em tal seara pode ser usada para o fim de delimitação da competência sancionatória estatal em outros campos, como no do Direito Administrativo Sancionador.

### 3 Tipicidade no Direito Administrativo Sancionador. Peculiaridades e convergências à vista do manejo do instituto na seara penal

Após discorrermos sobre a importância da tipicidade como garantia do Direito Penal vocacionada ao adequado exercício da competência sancionatória estatal na referida seara, cabe-nos indagar se faz sentido pensarmos acerca da conveniência/necessidade de se assegurar postulado equivalente aos destinatários de normas de Direito Administrativo Sancionador, dentre as quais estão aquelas atinentes à competência disciplinar.

Antes de enfrentarmos a questão, algumas palavras sobre o caminho que vem sendo adotado na elaboração de princípios para o Direito Administrativo Sancionador a partir da experiência acumulada a respeito na teorização do Direito Penal, isso no contexto da afirmação de um “devido processo” como condição para que o Estado declare alguém culpado pelo cometimento de um crime e, conseqüentemente, imponha-lhe o cumprimento da pena respectiva<sup>19</sup>.

#### 3.1 Aproximação entre Direito Administrativo Sancionador e Direito Penal: tipicidade como garantia do cidadão em prol do postulado da certeza do Direito na seara sancionatória estatal

A preocupação entre nós quanto à existência de garantias do cidadão no âmbito do processo administrativo sancionador aumentou nos últimos anos, sobretudo em razão do incremento do exercício desse tipo de competência por órgãos administrativos, do que são exemplo as atribuições de controle conferidas às agências reguladoras em diversos setores da economia desde os anos 90 do século XX e até mesmo de combate à corrupção empresarial, como previsto na Lei n. 12.846/2013.

Em comum com o Direito Penal essa função controladora a cargo do Poder Executivo tem o instituto da sanção, o seu papel no ordenamento jurídico<sup>20</sup> e a necessidade de criação de salvaguardas para que sua aplicação não se dê de forma aleatória, desprendida da sua razão de ser em um Estado de Direito.

<sup>18</sup> [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/l13260.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13260.htm), acesso em 29/02/24.

<sup>19</sup> Construção que no Ocidente vem sendo aprimorada de longa data, do que são prova ditames existentes em diversas Declarações de Direitos produzidas nos últimos séculos envolvendo o tema, a começar pela Magna Carta de 1215, segundo a qual ninguém seria levado a prisão ou nela mantido sem o direito de ser julgado pelos seus pares, conforme a lei da terra (COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 80 e 83).

<sup>20</sup> DEZAN, Sandro Lúcio; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. Quem tem medo da responsabilização subjetiva? As teorias da conduta e da imputação, para um direito administrativo sancionador constitucionalizado in *Revista Brasileira de Políticas Públicas – RBPP*, v. 11, n. 1, p. 690-709, Brasília: Uniceub, abr. 2021, p. 692.

A sanção, o castigo, embora admita leituras a partir de outras perspectivas<sup>21</sup>, tem, no nosso sentir, uma função precípua em um sistema de normas: a de desestimular condutas tidas por deletérias ao bem comum<sup>22-23</sup>.

Assim, se consideramos que a sanção não é um fim em si mesmo, mas sim um meio de fomentar comportamentos socialmente desejados<sup>24</sup>, tem-se que um dos principais vetores a reger a sua incidência seja na esfera judicial ou administrativa é a garantia de que ela só deve incidir sobre aquele que tenha tido plenas condições de saber a conduta que era devida em uma dada circunstância<sup>25</sup>.

Esse, aliás, foi apontado como um dos motivos para as alterações promovidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro pela Lei nº 13.655/2018, diploma que buscou conferir maior segurança jurídica na atuação dos servidores públicos, oferecendo-lhes anteparos para não serem punidos pelo chamado “crime de hermenêutica”, ou seja, por terem adotado em sua tomada de decisão uma interpretação plausível à vista de um determinado cenário, mas diversa daquela preferida pelo órgão de controle respectivo<sup>26</sup>.

Quanto a tal aspecto, portanto, se coloca a figura da tipicidade como elemento a despontar como uma salvaguarda do cidadão não só no Direito Penal como também no Direito Administrativo Sancionador<sup>27</sup>.

<sup>21</sup> Como a da vingança (mal justo pelo mal injusto a que se refere Kant), a da reparação do dano causado ou a da ressocialização do agente. Sobre possíveis funções da pena, ver REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*, 27 ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 71 e ss.; SILVA, Paulo Roberto Coimbra. *Direito Tributário sancionador*, São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 61 e ss.

<sup>22</sup> Tratando do tema sanções administrativas, esclarece Celso Antônio Bandeira de MELLO: “Evidentemente, a razão pela qual a lei qualifica certos comportamentos como infrações administrativas, e prevê sanções para quem nelas incorra, é a de desestimular a prática daquelas condutas censuradas ou constranger ao cumprimento das obrigatórias. (...) Não se trata, portanto, de causar uma aflição, um “mal”, objetivando castigar o sujeito, levá-lo à expiação pela nocividade da sua conduta. O Direito tem como finalidade unicamente a disciplina da vida social, a conveniência da organização dela, para o bom convívio de todos e bom sucesso do todo social, nisto se esgotando seu objeto. Onde, não entram em pauta intentos de ‘represália’, de castigo, de purgação moral a quem agiu indevidamente. É claro que também não se trata, quando em pauta sanções pecuniárias – caso das multas – de captar proveitos econômicos para o Poder Público, questão radicalmente estranha à natureza das infrações, e, conseqüentemente das sanções administrativas” (*Curso de Direito Administrativo*, 19 ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 784/785). A respeito, ver ainda BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação e Regulação - transformações político-jurídicas, econômico e institucionais do direito administrativo ordenador*, Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 108.

<sup>23</sup> Alice VORONOFF defende que, em termos funcionais, o Direito Administrativo Sancionador teria como objetivo principal a conformação do comportamento do destinatário da norma para o futuro, sem grande carga de reprovação ético-social da conduta tipificada (olhar para frente), enquanto que no Direito Penal prevaleceria o caráter retributivo da sanção, que incide sobre práticas tidas como fortemente reprováveis no meio social (olhar para trás)(VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil – justificativa, interpretação e aplicação*, Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 99 e ss.).

<sup>24</sup> MARQUES NETO, Floriano de A.. Os grandes desafios do controle da Administração Pública in *Fórum de Contratação e Gestão Pública* □ FCGP, ano 9, n. 100, Belo Horizonte: Fórum, abr. 2010 (versão digital), itens II.3, II.4 e II.5.

<sup>25</sup> Para outros possíveis desdobramentos da aproximação defendida entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador, isso em prol de um devido processo como condição para a imposição de uma sanção a alguém, confira-se: “Com isso, ‘*exempli gratia*’, a imputação e a sanção pelo emprego da ‘verdade sabida’, outrora fartamente utilizada, ou a não tipificação das infrações disciplinares, ou mesmo a utilização de métodos inquisitórios de valoração das provas (a exemplo da aplicação do método da íntima convicção), assim como a atribuição de natureza testemunhal à pessoa que noticia o ilícito disciplinar (confusão entre ‘denunciante’ e testemunha – conflito entre a faculdade e o dever de dizer a verdade nas informações prestadas à Administração Pública), compreendem técnicas de concreção jurídica que devem ser abolidas por obra do legislador. E, por outro lado, em casos de omissão dos agentes legiferantes, essas técnicas devem ser contornadas, com o emprego do princípio da juridicidade, por ação do administrador público, intérprete e aplicador do direito disciplinar, para a manutenção da coerência interna do sistema, tendo em mira a segurança jurídica, a certeza e a justiça do Direito” (DEZAN, Sandro Lucio; CARMONA, Paulo Afonso C.. A “atividade-ação” punitivo-disciplinar. Interatividade e complexidade entre ato, procedimento e processo administrativo in *Revista Brasileira de Políticas Públicas* – RBPP, v. 6, n. 2, p. 29-44, Brasília: Uniceub, out. 2016, p. 31).

<sup>26</sup> ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Aspectos Gerais Introdutórios da Nova LINDB in CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord) *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada. Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942*. v. 2, São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 30.

<sup>27</sup> “No campo do direito administrativo sancionador o princípio da segurança jurídica dá origem ao princípio da tipicidade. A tipicidade exige que o comportamento proibido esteja descrito de modo claro e preciso na norma jurídica, assim como exige precisão e clareza na descrição da sanção a ele correspondente” (MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador* – as sanções administrativas à luz da Constituição de 1988, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 134). Sobre o ponto, ver ainda OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*, 4 ed., São Paulo: RT, 2011, p. 217 e ss.; CASSAGNE, Juan Carlos. Em torno al derecho administrativo sancionador y la aplicabilidad de los principios del derecho penal in MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.). *Poder de Polícia na atualidade*, p. 57-77, Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 65/66; NIETO, Alejandro. *Derecho*

Nada obstante, uma diferença marcante a ser mencionada entre as formas de regulação penal e administrativa é que, enquanto naquela as normas de tipo aberto são exceção, nesta elas são bem mais comuns, expressas através do emprego em larga escala de conceitos jurídicos indeterminados<sup>28</sup>, técnica que acaba por se impor à vista das peculiaridades de diversos setores regulados, cujas dinâmicas e especificidades técnicas frequentemente impedem que o legislador de antemão estabeleça com precisão que tipo de conduta é esperado do destinatário de seus comandos<sup>29</sup>.

Essa realidade, ainda insuficientemente tratada pela doutrina pátria, por vezes deixa nossos Tribunais sem apoio de reflexões mais profundas sobre a compatibilização possível/necessária do quanto previsto no art. 5, II da Constituição e a hipótese de alguém ser punido pela violação de prescrições do tipo “má conduta”<sup>30</sup> ou “comportamento temerário” no exercício de uma função pública ou mesmo no âmbito de suas relações privadas.

Se o princípio da legalidade insculpido no art. 5, II da Carta Política estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” e essa própria lei contém expressão vaga na delimitação do que é lícito ou ilícito à vista de certas circunstâncias, montado está um cenário propício ao arbítrio no desempenho do poder extroverso estatal, que, sem cautelas adicionais em prol da parametrização das condutas esperadas de terceiros sob pena de sanção, organiza-se de modo descompromissado seja com a consecução de interesses gerais, seja com a tutela dos direitos do cidadão face o mau uso de prerrogativas legais por parte das autoridades constituídas.

Ao lado do desafio de especificação do conteúdo de conceitos jurídicos indeterminados veiculados na lei parlamentar para as mais diversas situações, o que deve ocorrer sobretudo por meio do exercício de competência regulamentar, o Direito Administrativo Sancionador ainda se caracteriza por uma normatividade advinda diretamente de regulamentos para além dos textos legais<sup>31</sup>, seja por força de autorização legal expressa, seja em decorrência de omissão intencional ou não do legislador.

Quando a lei atribui univocamente a determinado órgão ou entidade a função de disciplinar a conduta de um setor regulado estamos diante do chamado regulamento autorizado<sup>32</sup>. Ainda que parte da doutrina continue reticente quanto à possibilidade desse tipo de comando criar direitos e obrigações sem interme-

*administrativo sancionador*, 5 ed, Madrid: Tecnos, 2016, p. 259 e ss.; BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação e Regulação* - transformações político-jurídicas, econômico e institucionais do direito administrativo ordenador, Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 106; D’OLIVEIRA, Rafael Lima Daudt; SILVA JUNIOR, Newton Almeida da. Reflexões sobre o Direito Ambiental e a aplicação dos princípios do Direito Penal ao Processo Administrativo Sancionador in MORAES, Rodrigo Jorge; FARIAS, Talden; DELMANTO, Fábio Machado de A. (coord.). *25 anos da Lei de Crimes Ambientais*, p. 250-273, São Paulo: RT, 2023, p. 262 e ss.

<sup>28</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Z... *Direito Administrativo*, 31 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 771.

<sup>29</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*, 4 ed., São Paulo: RT, 2011, p. 223 e ss.; VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil* – justificação, interpretação e aplicação, Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 255.

<sup>30</sup> Criticando a possibilidade de destituir monarcas com base em um conceito vago como “má conduta”, afirma Edmund BURKE: “nenhum governo poderia se manter, ainda que por um instante, se pudesse ser derrubado por algo tão elástico e indefinido quanto uma opinião de ‘má conduta’ de sua parte” (*Reflexões sobre a Revolução Francesa*, trad. José Miguel Nanni Soares, São Paulo: Edipro, 2014, p. 49).

<sup>31</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação e Regulação* - transformações político-jurídicas, econômico e institucionais do direito administrativo ordenador, Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 86 e ss.; CYRINO, André. *Delegações legislativas, regulamentos e Administração Pública*, Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 199 e ss., p. 217 e ss.; e VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil* – justificação, interpretação e aplicação, Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 215 e ss.

<sup>32</sup> Tipo de normatização que, no nosso sistema, seguindo experiência análoga vivenciada por outros países ocidentais, passou a ter importância crescente na atuação administrativa à vista de um movimento de “deslegalização” de diversos setores da economia, nos quais houve recuo da disciplina feita pelo Legislativo em prol de uma a cargo do Executivo, supostamente mais apta a lidar com matérias complexas e suscetíveis a mudança em intervalos de tempo menores. Sobre o ponto, ver CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Função normativa regulatória e o novo princípio da legalidade* in ARAGÃO, Alexandre S. de (coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*, 2. ed., p. 22-57, Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2011, p. 29 e ss.; CLÉVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*, 3. ed., São Paulo: RT, 2011, p. 49 e ss.; GUERRA, Sérgio. *Agências reguladoras – da organização administrativa piramidal à governança em rede*, Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 96 e ss.

dição direta da lei<sup>33-34</sup>, em especial à vista da garantia presente no art. 5, II da Constituição e do postulado da separação de poderes, há uma certa resignação a respeito até porque, no que concerne ao segundo óbice, difícil sustentar uma violação a prerrogativa da qual o Parlamento expressamente dispôs<sup>35</sup>.

As críticas que persistem acerca do alcance do regulamento autorizado na criação de deveres<sup>36</sup>, já não antevistos na lei, para os cidadãos decorrem sobretudo de circunstâncias nas quais o próprio legislador não estipula parâmetros mínimos para o exercício da competência regulamentar pelo Poder Executivo, o que corresponderia a conferir-lhe uma espécie de cheque em branco, passível de mau uso pelas autoridades administrativas respectivas<sup>37</sup>.

No dia a dia do exercício da função pública, contudo, o que deveria ser exceção (isto é, regulamentos autorizados não balizados pela lei) acaba sendo bastante comum, o que deixa os destinatários dessas normas em situação não muito melhor, no que se refere às ameaças de um poder desregrado, do que aquela experimentada pelas pessoas quando a competência regulamentar é manejada sem prévia outorga manifesta das assembleias legislativas.

Feita a ressalva quanto à imprescindibilidade de salvaguardas vocacionadas ao adequado exercício do poder regulamentar em qualquer hipótese (i.e., seja quando este é objeto de delegação expressa por parte do Poder Legislativo ou não<sup>38</sup>), no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, na linha da argumentação ora desenvolvida, para que o cidadão consiga saber o que é permitido ou obrigatório em uma dada situação muitas vezes há necessidade de complementação das prescrições legais por regulamentos, isso tanto para a densificação de conceitos jurídicos indeterminados, como para o estabelecimento da própria regra de direito aplicável à espécie (que pode depender de conhecimento técnico especializado, por exemplo).

<sup>33</sup> MOTTA, Fabrício. *Função normativa da administração pública*, Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 161/164; CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*, 3. ed., São Paulo: RT, 2011, p. 326.

<sup>34</sup> Para uma visão contrária a tal possibilidade, ver MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 35 ed., São Paulo: Malheiros, 2021, p. 291/295.

<sup>35</sup> Para uma problematização sobre o ideal oitocentista de separação de poderes em torno da noção de lei parlamentar para explicar a dinâmica da relação entre Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário em um Estado de tipo social, ver FERREIRA FILHO, Manoel G. Poder Judiciário na Constituição de 1988 – judicialização da política e politização da justiça in *Revista de Direito Administrativo - RDA*, v. 198, p. 1/17, Rio de Janeiro: Renovar, out.-dez. 1994; GRAU, Eros. *O direito posto e o direito pressuposto*, 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 225 e ss.; MEGNA, Bruno Lopes. Desmistificando a separação dos poderes: notas comparativas sobre as relações entre Judiciário e Administração Pública na França e no Brasil in ALMEIDA, Fernando D.; ZAGO, Marina F. (coord.). *Direito Público Francês – temas fundamentais*, p. 363/380, São Paulo: Quartier Latin, 2018; VIARO, Felipe Albertini Nani. *Judicialização – análise doutrinária e verificação no cenário brasileiro*, São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 90 e ss..

<sup>36</sup> Para criação de direitos pela via regulamentar a doutrina costuma ser mais favorável, como se observa, a título ilustrativo, da seguinte passagem: “é cabível o poder regulamentar que encontre fundamento diretamente na Constituição Federal — sem lei intermediária —, desde que não restrinja direito reconhecido pela Carta Magna. Trata-se de dar efetividade aos preceitos constitucionais, sob pena de lhes negar cumprimento em escusas meramente formais”(GASPARETTO, Patrick Roberto. Limites, possibilidades e alcance do poder regulamentar em face do princípio da legalidade e a realização dos direitos fundamentais in *Revista Trimestral de Direito Público – RTDP*, v. 61, p. 143-160, São Paulo: Malheiros, 2015, p. 158).

<sup>37</sup> Crítica, aliás, feita com relação às delegações legislativas em geral, como se observa da seguinte passagem: “mesmo que não o faça com precisão capilar, a lei tem que caracterizar o direito ou a obrigação, limitação, restrição que nela se contemplem, tanto como o enunciado dos pressupostos para sua irrupção e os elementos de identificação dos destinatários da regra, de sorte que, ao menos, a compostura básica, os critérios para seu reconhecimento estejam de antemão fornecidos. Assim, o espaço regulamentar conter-se-á dentro destas balizas professadamente enunciadas na lei. Na delegação feita indiretamente justamente faltam estas especificações, pois se pretende, ao arripio da Constituição, liberar o Executivo para compô-las, ficando-lhe concedido como que um cheque em branco, a ser preenchido por via regulamentar. E isto, evidentemente, não é tolerado pela Constituição”(MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Poder regulamentar ante o princípio da legalidade in *Revista Trimestral de Direito Público - RTDP*, n. 64, p. 145/152, São Paulo: Malheiros, 2016, p. 152).

<sup>38</sup> Tema que experimentou significativo avanço no nosso país nos últimos anos na esteira da aprovação de leis em âmbito nacional dirigidas a disciplinar o processo de aprovação de regulamentos entre nós, iter que passou a depender de etapas como audiências/consultas públicas e a realização de análises de impacto regulatório. A respeito ver art. 29 de Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, art. 5º da Lei de Liberdade Econômica – Lei nº 13.874/2019 e art. 6º da Lei das Agências Reguladoras – Lei nº 13.848/2019.

Neste contexto, a garantia penal da impossibilidade de estipulação de crimes ou penas sem prévia cominação legal<sup>39</sup> é lida, sob a perspectiva do Direito Administrativo Sancionador, como a necessidade de reserva de norma (lei em sentido material, i.e, lei + regulamento) para a determinação de infrações administrativas e suas consequências para os respectivos responsáveis.

Trata-se do que alguns autores chamam de reserva relativa de lei<sup>40</sup> ou de preferência de lei (formal)<sup>41</sup> para a definição de ilícitos não penais e suas punições.

Vejamos como se dá o fenômeno em algumas áreas reguladas pelo Poder de Polícia antes de adentrarmos na seara da competência disciplinar.

### 3.1.1 Poder de Polícia

Um caso bastante ilustrativo do que está sendo exposto acerca do alcance do poder normativo da Administração Pública na disciplina da conduta privada é a competência que a Lei nº 9.933/1999 confere ao Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro) e ao Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (Inmetro) para expedir atos normativos e regulamentos técnicos no respectivo âmbito de atuação (art. 2 e 3).

Segundo o art. 7º do referido diploma, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 12.545/2011:

Art. 7º - Constituirá infração a ação ou omissão contrária a qualquer das obrigações instituídas por esta Lei e pelos atos expedidos pelo Conmetro e pelo Inmetro sobre metrologia legal e avaliação da conformidade compulsória, nos termos do seu decreto regulamentador (g.n.)<sup>42</sup>

O art. 9º da lei estabelece os valores mínimo e máximo das multas a serem impostas pelo descumprimento das regras a serem estabelecidas nos regulamentos do Conmetro e do Inmetro<sup>43</sup>, sendo que, curiosamente, dispõe que será o próprio Conmetro quem deverá definir as instâncias e procedimentos a serem seguidos para análise dos respectivos recursos (art. 9º, §5º<sup>44</sup>).

Como se vê, na situação examinada não só o padrão de conduta esperado dos agentes sujeitos a tal regulação técnica é estabelecido pelo Poder Executivo pela via regulamentar, como o próprio devido processo a ser garantido ao particular sancionado recebe o mesmo tipo de disciplina.

Questionada junto ao Judiciário a legitimidade do alcance da competência normativa autorizada pela Lei nº 9.933/1999 à Administração Pública, o Superior Tribunal de Justiça, na apreciação do tema repetitivo nº 200, assim pronunciou-se:

“Estão revestidas de legalidade as normas expedidas pelo CONMETRO e INMETRO, e suas respectivas infrações, com o objetivo de regulamentar a qualidade industrial e a conformidade de produtos colocados no mercado de consumo” (DJ 29/10/2009)<sup>45</sup>

<sup>39</sup> Art. 5, XXXIX – “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” ([https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm), acesso em 13/02/24)

<sup>40</sup> VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil* – justificação, interpretação e aplicação, Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 227 e ss..

<sup>41</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação e Regulação* - transformações político-jurídicas, econômico e institucionais do direito administrativo ordenador, Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 86 e ss..

<sup>42</sup> [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9933.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9933.htm), acesso em 14/02/24.

<sup>43</sup> Art. 9º - A pena de multa, imposta mediante procedimento administrativo, poderá variar de R\$ 100,00 (cem reais) até R\$ 1.500.000,00 ([https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9933.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9933.htm), acesso em 14/02/24).

<sup>44</sup> Art. 9º, § 5º - Caberá ao Conmetro definir as instâncias e os procedimentos para os recursos, bem assim a composição e o modo de funcionamento da comissão permanente. Art. 9º-A - O regulamento desta Lei fixará os critérios e procedimentos para aplicação das penalidades de que tratam os arts. 8º e 9º ([https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9933.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9933.htm), acesso em 14/02/24).

<sup>45</sup> [https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas\\_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo\\_pesquisa=T&cod\\_tema\\_inicial=200&cod\\_tema\\_final=200](https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=200&cod_tema_final=200), acesso em 14/02/24.

Outro campo no qual a extensão do poder regulamentar da Administração Pública desperta polêmica é a tutela do meio ambiente. Neste setor a disciplina de polícia administrativa encontra amparo expresso no art. 70 da Lei nº 9.605/1998, segundo o qual: “*Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente*”.

A larga amplitude de tal competência para definição tanto de infrações como da respectiva sanção (arts. 80 e 75 da Lei nº 9.605/1998) não passa despercebida pela doutrina<sup>46</sup>, e gera grande embate na jurisprudência, a qual vem oscilando quanto aos limites em que aceitável tal tipo de delegação legislativa, isso ao menos em hipóteses para as quais o legislador não traga alguma parametrização para a tipificação de ilícitos<sup>47</sup>.

Sobre a matéria, confira-se a ementa do REsp nº 1.080.613, julgado em 2009 pelo STJ:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA AMBIENTAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. ARMAZENAGEM DE PNEUS USADOS IMPORTADOS, SEM AUTORIZAÇÃO DO ÓRGÃO AMBIENTAL COMPETENTE. ART. 70 DA LEI 9.605/98. PENA DE MULTA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA. PLENA OBSERVÂNCIA. REVISÃO DO VALOR DA MULTA EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. PRECEDENTES.

(...)

2. A aplicação de sanções administrativas, decorrente do exercício do poder de polícia, somente se torna legítima quando o ato praticado pelo administrado estiver previamente definido pela lei como infração administrativa.
3. Hipótese em que o auto de infração foi lavrado com fundamento no art. 70 da Lei 9.605/98, c/c os arts. 47-A, do Decreto 3.179/99, e 4º da Resolução CONAMA 23/96, pelo fato de a impetrante, ora recorrente, ter armazenado 69.300 pneus usados importados, sem autorização do órgão ambiental competente.
4. Considera-se infração administrativa ambiental, conforme o disposto no art. 70 da Lei 9.605/98, toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.
5. A conduta lesiva ao meio ambiente, ao tempo da autuação, estava prevista no art. 47-A do Decreto 3.179/99, atualmente revogado. De acordo com o referido preceito, constituía infração ambiental a importação de pneu usado ou reformado, incorrendo na mesma pena quem comercializava, transportava, armazenava, guardava ou mantinha em depósito pneu usado ou reformado, importado nessas condições. A referida proibição, apenas para registro, está prevista, atualmente, no art. 70 do Decreto 6.514/2008.
6. Tem-se, assim, que a norma em comento (art. 47-A do Decreto 3.179/99), combinada com o disposto no art. 70 da Lei 9.605/98, anteriormente mencionado, conferia toda a sustentação legal necessária à imposição da pena administrativa, não se podendo falar em violação do princípio da legalidade estrita.
7. O valor da multa aplicada, por levar em conta a gravidade da infração e a situação econômica do infrator, conforme dispõe o art. 6º da Lei 9.605/98, além de não ter ultrapassado os limites definidos no art. 75 do mesmo diploma legal, não pode ser revisto em sede de mandado de segurança, pois exige dilação probatória, tampouco pode ser reexaminado em sede de recurso especial, conforme o disposto na Súmula 7/STJ.
8. Recurso especial desprovido, ressalvado o acesso da impetrante às vias ordinárias (STJ – 1 Turma – Min. Rel. Denise Arruda – REsp 1.080.613 – VU - data do julgamento 23/06/2009<sup>48</sup>)(g.n.).

Como se vê, o precedente em comento afirma que o postulado da “legalidade estrita” foi observado pela fiscalização ambiental ao impor uma pena ao administrado por uma conduta (armazenamento de pneus usados sem autorização) que não estava prevista na lei, mas em regulamento produzido pelo Executivo; a sinalizar, portanto, a legitimidade da técnica de densificação de tipos extremamente abertos previstos na legislação administrativa sancionadora por meio de atos infralegais<sup>49</sup>.

<sup>46</sup> KOKKE, Marcelo; REZENDE, Elcio Nacur. Competência regulatória ambiental e princípio da legalidade in MORAES, Rodrigo Jorge; FARIAS, Talden; DELMANTO, Fábio Machado de A. (coord.). *25 anos da Lei de Crimes Ambientais*, p. 430-445, São Paulo: RT, 2023, p. 434.

<sup>47</sup> TORRES, Marcos Abreu; BURMANN, Alexandre. Lei de Crimes Ambientais, princípio da legalidade e a tipificação de infrações administrativas ambientais via resoluções do CONAMA in MORAES, Rodrigo Jorge; FARIAS, Talden; DELMANTO, Fábio Machado de A. (coord.). *25 anos da Lei de Crimes Ambientais*, p. 303-316, São Paulo: RT, 2023, p. 308 e ss..

<sup>48</sup> <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?b=ACOR&livre=1.080.613&O=JT>, acesso em 15/02/2024.

<sup>49</sup> D’OLIVEIRA, Rafael Lima Daudt; SILVA JUNIOR, Newton Almeida da. Reflexões sobre o Direito Ambiental e a aplicação

Por outro lado, o mesmo STJ, quando chamado a analisar a legitimidade da aplicação de multa prevista apenas em portaria a um agente que violou norma protetiva do meio ambiente, pronunciou-se pela nulidade da ação administrativa não devidamente lastreada em lei.

A respeito, observe-se ementa do AgRg no AREsp 557714/MG, julgado em 2019:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IBAMA. IMPOSIÇÃO DE MULTA AMBIENTAL. FUNDAMENTO EM PORTARIA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DA AUTARQUIA FEDERAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A jurisprudência desta Corte Superior fixou entendimento de que não é cabível a aplicação de multa ambiental sem a expressa previsão legal em respeito ao princípio da legalidade (AgRg no REsp. 1.164.140/MG, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 21.9.2011; (AgRg no REsp. 1.144.604/MG, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, DJe 10.6.2010). 2. Agravo Regimental da Autarquia Federal a que se nega provimento.(STJ – 1 Turma – Min. Rel. Napoleão Nunes Maia Filho - AgRg no AREsp 557714/MG – VU - data do julgamento 28/03/2019) (g.n.)

### 3.1.2 Poder Disciplinar

Há um largo uso de conceitos jurídicos indeterminados na disciplina de condutas de pessoas sujeitas à competência disciplinar da Administração Pública. À vista da natural limitação existente para o legislador antever comportamentos que, no futuro, podem ser inadequados para o bom funcionamento dos serviços públicos, locuções como “decoro”, “lealdade”, “urbanidade”, “probidade” e “agir ético” são empregadas na deontologia que rege a atuação de tais agentes, reclamando, por sua vagueza, a sua pertinente densificação para contextos particulares, isso de modo a que haja sinalização inequívoca da postura esperada dos destinatários da norma nas mais diversas situações.

Nas palavras de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, ao discorrer sobre a responsabilidade administrativa do servidor:

“Não há, com relação ao ilícito administrativo, a mesma tipicidade que caracteriza o ilícito penal. A maior parte das infrações não é definida com precisão, limitando-se a lei, em regra, a falar em falta de cumprimento de deveres, falta de exação no cumprimento do dever, insubordinação grave, procedimento irregular, incontinência pública; poucas são as infrações definidas, como o abandono de cargo ou os ilícitos que correspondem a crimes ou contravenções”.<sup>50</sup>

A título ilustrativo, confira-se alguns deveres funcionais impostos aos integrantes do funcionalismo público federal pela Lei nº 8.112/1990:

Art. 116. São deveres do servidor:

- I - exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo;
- II - ser leal às instituições a que servir;
- III - observar as normas legais e regulamentares;
- (...)
- IX - manter conduta compatível com a moralidade administrativa;
- (...)
- XI - tratar com urbanidade as pessoas;

dos princípios do Direito Penal ao Processo Administrativo Sancionador *in* MORAES, Rodrigo Jorge; FARIAS, Talden; DELMANTO, Fábio Machado de A. (coord.). *25 anos da Lei de Crimes Ambientais*, p. 250-273, São Paulo: RT, 2023, p. 263.

<sup>50</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Z... *Direito Administrativo*, 31 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 771.

Art. 117. Ao servidor é proibido:

(...)

V - promover manifestação de apreço ou despreço no recinto da repartição;

(...)

IX - valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública;

(...)

XV - proceder de forma desidiosa;

(...)

XVIII - exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho;

Da leitura dos dispositivos em destaque resta clara a dificuldade que, em concreto, um determinado servidor pode ter para saber se está ou não incorrendo na prática de um ilícito. Essa insegurança, por sua vez, coloca em dúvida a própria legitimidade do exercício da competência sancionatória estatal, já que, se ao destinatário da norma não é assegurada a ciência inequívoca do comportamento que lhe é esperado em uma certa circunstância, impor-lhe uma sanção pelo descumprimento do desconhecido ganha ares de aleatoriedade, desfecho que não só não atende a qualquer interesse público<sup>51</sup> como ainda dá margem a perseguições e abusos no corpo da burocracia estatal.

Para ficarmos em apenas duas das hipóteses tipificadas pelo legislador: o que seria uma conduta desleal com a instituição ou então contrária à moralidade administrativa?

Se há zonas de certeza positiva na delimitação de tais conceitos (como a prática de um crime de corrupção ou de peculato, por exemplo), há, por outro lado, um rol enorme de atitudes que se situam numa zona cinzenta, na qual, a depender do intérprete (e/ou do contexto político e/ou da pessoa acusada), pode-se avaliar que haja ou não um ilícito a ensejar a responsabilidade funcional do servidor.

Um campo fértil para esse tipo de dúvida passou a ser o uso de redes sociais pelos integrantes do funcionalismo, matéria que passou a ser objeto de judicialização nos últimos anos.

## 4 Tipicidade das condutas vedadas aos servidores públicos no uso das mídias sociais

No campo do uso de mídias sociais a reserva de norma existe, por exemplo, para regular o uso de mídias sociais por integrantes da Polícia Federal, o que consta na Instrução Normativa DG/PF N° 250, de 26 de abril de 2023. Ainda que tal ato infralegal traga alguns conceitos que dependam de complementação mediante juízos valorativos, este traz em sua maior parte a indicação de condutas claras e precisas esperadas dos sujeitos à referida disciplina, como se pode observar das seguintes vedações: a) as proibições de uso de símbolos, armamentos e equipamentos da Polícia Federal para obtenção de vantagem comercial, financeira ou eleitoral; b) utilizar sua conta de e-mail institucional para cadastrar conta pessoal em mídias sociais; e c) publicar ou compartilhar informações, documentos ou imagens dos quais teve conhecimento em razão do

<sup>51</sup> Isso imaginando-se que o objetivo precípua da competência disciplinar estatal seja o de aprimorar o funcionamento do serviço público, como defende MARTINS, Ricardo Marcondes. Pressupostos da responsabilização disciplinar *in* BARATA, Ana Maria R.; CONTIJO, Danielly C. A.; PEREIRA, Flávio H. U. (coord). *Direito Administrativo Sancionador Disciplinar*, p. 427-476, Rio de Janeiro: CEEJ, 2021, p. 428 e ss., p. 455 e ss..

exercício do cargo, salvo publicação oficial da Polícia Federal e seus compartilhamentos, em especial que digam respeito a informações sigilosas ou de uso interno, métodos, tecnologias e procedimentos investigativos ou administrativos da instituição.

A proibição do uso de símbolos parece corolário do princípio da impessoalidade, que impede os servidores de se beneficiarem pessoalmente do cargo que ocupam, o que pode ocorrer, por exemplo, com o uso de símbolos e equipamentos da Instituição desvinculado das necessidades do serviço.

Ao seu turno, é questionável se a proibição de divulgação de informações públicas (não sigilosas) de inquéritos constituiria indevido obstáculo à sua difusão, o que violaria direito fundamental de livre manifestação, embora se entenda que uma postura reservada a respeito possa ser favorável a própria segurança dos agentes envolvidos na atividade.

Sobre a livre manifestação, o STF, por decisão monocrática, afastou a incidência de Provimento da Corregedoria Nacional de Justiça que restringia manifestação político-partidária de servidores, exceto os da Justiça eleitoral<sup>52-53</sup>.

A clareza de tais previsões, portanto, traz consigo a segurança jurídica necessária para aplicação das penas com pouca margem de arbítrio para o titular do poder punitivo<sup>54</sup> e, também, para possibilitar análise de sua constitucionalidade, acaso afronte direito fundamental.

Não obstante, há outras condutas previstas de modo menos preciso na norma regulamentadora da Polícia Federal, tais como: emitir, compartilhar ou manifestar apoio a conteúdo ou informação que sabe ou deveria saber inverídica; ou ainda emitir, compartilhar conteúdo que demonstre tolerância a discurso discriminatório, de ódio ou que expresse preconceito de qualquer natureza.

<sup>52</sup> DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO CNJ. PROVIMENTO Nº 71/2018. MANIFESTAÇÃO POLÍTICO-PARTIDÁRIA DE SERVIDORES EM REDES SOCIAIS. 1. Mandado de segurança impetrado pelo Sindicato dos Servidores da Justiça de Minas Gerais contra o Provimento nº 71/2018 da Corregedoria Nacional de Justiça, que dispõe sobre a manifestação nas redes sociais por membros e servidores do Poder Judiciário. 2. A Constituição Federal não veda aos servidores públicos civis a dedicação à atividade político-partidária, tal como impõe aos magistrados (CF/1988, art. 95, parágrafo único, III), nem proíbe a sua filiação partidária, tal como faz em relação aos militares (CF/1988, art. 142, § 3º, V). 3. O Estatuto dos Servidores Públicos Cíveis da União assegura, ao contrário, o direito à licença para candidatura (art. 86, da Lei nº 8.112/1990). 4. Diante disso, a restrição à manifestação político-partidária em redes sociais imposta pelo Provimento nº 71/2018 (i) contraria o regime legal e constitucional que assegura aos servidores civis o direito de filiação partidária e o exercício pleno de atividade política; e (ii) afronta a autonomia dos Estados para disciplinar o estatuto de seus servidores. 5. Liminar parcialmente deferida para afastar as limitações à manifestação político-partidária previstas no Provimento nº 71/2018 em relação aos servidores substituídos pelo Sindicato impetrante, salvo em relação àqueles em exercício na Justiça Eleitoral. (STF Min. Relator Roberto Barroso MC EM MS 35.779/DF, 29/11/2018)

<sup>53</sup> Sobre possíveis limites à liberdade de expressão, isso à luz do chamado discurso de ódio e do direito ao esquecimento, ver, respectivamente: NAPOLITANO, Carlo José; STROPPA, Tatiana. O Supremo Tribunal Federal e o discurso de ódio nas redes sociais: exercício de direito versus limites à liberdade de expressão *in Revista Brasileira de Políticas Públicas – RBPP*, v. 7, n. 3, p. 314-332, Brasília: Uniceub, dez. 2017, p. 326 e ss.; CARMONA, Paulo Afonso C.; CARMONA, Flávia Nunes de C.. A aplicação do direito ao esquecimento aos agentes delitivos: uma análise acerca da ponderação entre direito à imagem e às liberdades de expressão e informação *in Revista Brasileira de Políticas Públicas – RBPP*, v. 7, n. 3, p. 437-452, Brasília: Uniceub, dez. 2017.

<sup>54</sup> O tema não é objeto de preocupação exclusiva da doutrina brasileira, pois as redes sociais têm sua utilização amplamente difundida em todo o mundo, e, por conseguinte o debate sobre seus limites e possíveis punições. Nesse sentido: “*Sin embargo, hay que tratar por todos los medios que el miedo no nos lleve a caer en dicho abismo. No todo está ni puede estar permitido para luchar contra los terroristas y, por ello, hoy más que nunca hay que seguir insistiendo en la defensa de la vigencia y efectividad de derechos tan fundamentales como el de la libertad de expresión; una libertad cuyo respeto y defensa es, precisamente, una de las cosas que nos diferencian de aquellos que, como los terroristas, pretenden imponer sus ideas y creencias mediante el uso de la violencia y el dolor. Las verdaderas democracias deben, por tanto, defender a toda costa el mantenimiento de los principios libertarios sobre las que se crearon y, entre ellos, de los que nos permiten a todos mantener y defender toda clase de ideas y opiniones por muy cuestionables o rechazables que parezcan o nos puedan parecer a la mayoría, mientras no representen un ataque tan grave y evidente a otros valores que justifique y legitime su prohibición. No está de más, en consecuencia, terminar este breve estudio referido a la persecución penal del discurso del odio terrorista, recordando la tal vez vieja, pero no por ello menos actual y vigente frase, erróneamente atribuida a Voltaire, que decía “Estoy en desacuerdo con lo que dices, pero defenderé hasta la muerte tu derecho a decirlo”. Esperemos que dicha frase guíe la política criminal futura en materia de terrorismo.*” GALÁN MUÑOZ, Alfonso. El delito de enaltecimiento terrorista. ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twitters y titiriteros? *in Revista Brasileira de Políticas Públicas – RBPP*, v. 9, n. 1, p. 86-113, Brasília: Uniceub, abr. 2019, p. 111.

Nessas hipóteses, é intuitivo que em situações de dúvida quanto ao enquadramento de certas ações do servidor nos conceitos vagos descritos haja uma grande insegurança jurídica, sujeitando-o, por outro lado, a possível arbítrio por parte dos órgãos de controle, o que inclusive pode ter por móvel razões de perseguição pessoal que, infelizmente, são ingrediente comum na odisseia humana<sup>55</sup> (dê-se esta em cenário público ou privado).

Vale o registro de que até a finalização do presente estudo, o teor da instrução normativa acima citada não foi encontrado em área pública do sítio da Polícia Federal, o que dificulta o acesso ao inteiro teor da norma por seus destinatários, fato que, não sendo isolado quando se trata de acesso a tal tipo de informação, inclusive torna questionável a punibilidade do respectivo infrator quando ausente potencial consciência da ilicitude acerca da falta que lhe é imputada.

#### 4.1 Códigos de conduta

Na ausência de ato normativo específico, outros órgãos elaboraram Códigos de Conduta trazendo parâmetros gerais de atuação dos servidores públicos em mídias sociais. Assim, por exemplo fez a CVM em novembro de 2023 com seu Guia de Conduta em Mídias Sociais, ou também a Embrapa com seu Manual de Conduta e Mídias Sociais do ano de 2012.

Ainda que desprovidos de força propriamente cogente, já que sua inobservância não implica desde logo sanção ao respectivo infrator, esse tipo de regulamentação (que poderíamos chamar de exemplo de *soft law* no âmbito do Direito Administrativo) traz orientações acerca do comportamento esperado dos agentes públicos vinculados a determinados serviços, e serve como parâmetro para criação de justas expectativas que devem ser atendidas por aqueles que estão subordinados a sua disciplina<sup>56</sup>.

Tais códigos, pois, ao apontar para uma deontologia a ser praticada no dia a dia das repartições públicas, podem, desde que devidamente publicizados pelas autoridades competentes, inclusive via processos de formação voltados especificamente a tal finalidade, servir para emissão do juízo valorativo de certas condutas, isso por densificarem conceitos vagos previstos como faltas funcionais na legislação, tais como “conduta desleal” ou “ofensiva à moralidade administrativa”.

Caso que parece ilustrar bem a importância do assunto ora tratado deu-se junto ao Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, que puniu servidor sem a existência de norma específica a reger uma ação tida por faltosa, mas depois de celebrar termo de ajustamento no qual o agente foi plenamente cientificado da conduta vedada (manifestação político-partidária e postagem de notícias falsas em redes sociais). Como, apesar dessa advertência, houve reiteração do ilícito por parte do servidor, este foi punido com fundamento no Código de Ética dos Servidores do Tribunal (resolução 269/2018/TCE-RO)<sup>57</sup>.

<sup>55</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. Pressupostos da responsabilização disciplinar in BARATA, Ana Maria R.; CONTIJO, Danielly C. A.; PEREIRA, Flávio H. U. (coord). *Direito Administrativo Sancionador Disciplinar*, p. 427-476, Rio de Janeiro: CEEJ, 2021, p. 438.

<sup>56</sup> Sobre a importância dos Códigos de Conduta em estratégias de prevenção à corrupção, ver JORDÃO, Eduardo; COSTA, Luiz Carlos P. R. da. Estratégias regulatórias de combate à corrupção in *Revista Brasileira de Políticas Públicas – RBPP*, v. 11, n. 1, p. 211-241, Brasília: Uniceub, abr. 2021, p. 217/218.

<sup>57</sup> <https://tce.ro.br/2023/01/11/corregedoria-geral-do-tce-suspende-servidor-publico-por-inobservancia-de-normas-de-conduta-em-redes-sociais/#:~:text=AtosTCE%2DRO-,CORREGEDORIA%20GERAL%20DO%20TCE%20SUSPENDE%20SERVIDOR%20P%C3%9ABLICO%20POR%20INOBSEV%C3%82NCIA,DE%20CONDUTA%20EM%20REDES%20SOCIAIS&text=O%20Corregedor%20DGeneral%20do%20Tribunal,auditoria%2C%20inspe%C3%A7%C3%A3o%20e%20controle%20externo.> Acesso em 25/02/2024.

## 5 Considerações finais

O presente ensaio, a partir de premissas dogmáticas do Direito Penal e especulações acerca de alguns postulados que deveriam, a nosso ver, reger o Direito Administrativo Sancionador, discutimos sobre a existência de uma garantia de tipicidade das infrações veiculadas no âmbito do direito disciplinar.

Por entendermos, com apoio em doutrina, que a função precípua da sanção (seja penal, seja administrativa) é desestimular uma conduta tida como lesiva ao bem-estar social, concluímos pela existência dessa garantia, já que ilegítimo o exercício da competência sancionatória estatal em situações nas quais ao agente acusado de um ilícito não seja dada oportunidade de plena ciência quanto ao espaço do seu agir lícito.

Ainda que a elaboração de tipos abertos revele-se como adequada à vista de determinadas circunstâncias e objetivos a serem alcançados pelas respectivas regras, isso não isenta a Administração de conferir densidade a esses tipos antes de exigir seu cumprimento sob pena de sanção por parte dos destinatários das suas normas.

Ao tratarmos das infrações disciplinares defendemos que essa densificação possa/deva ocorrer pela via regulamentar, nesta incluída os Códigos de Conduta, instrumentos que, apesar de destituídos de força cogente imediata, são aptos a estabelecer o padrão de conduta esperado dos servidores.

No que se refere ao problema específico da regulação do uso de mídias sociais por agentes públicos, sustentamos que esta deve ser apta a gerar previsibilidade para o seu público alvo, de modo que eventual punição seja fruto de uma conduta cuja ilicitude seja de conhecimento de seu autor, não podendo restringir desproporcionalmente direitos fundamentais, principalmente o de livre manifestação.

E tudo isso não afasta a garantia do posterior e eventual controle de legalidade da aplicação da pena, acaso desejado pelo servidor punido, em decorrência do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

## Referências

- ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Aspectos Gerais Introdutórios da Nova LINDB *in* CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord) *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada. Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942*. v. 2, São Paulo: Quartier Latin, 2019.
- BECHARA, Ana Elisa L. S.. *Bem jurídico-penal*, São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação e Regulação - transformações político-jurídicas, econômico e institucionais do direito administrativo ordenador*, Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- BITENCOURT, Cezar R. *Tratado de direito penal*, 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2023 (e-book).
- BORGES, Ademar. O Crime de Terrorismo no Brasil: conteúdo do injusto penal e riscos de criminalização de movimentos sociais *in Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 188, p. 19-57, São Paulo: RT, fev. 2022.
- BURKE, Edmund. *Reflexões sobre a Revolução Francesa*, trad. José Miguel Nanni Soares, São Paulo: Edipro, 2014.
- CASSAGNE, Juan Carlos. Em torno al derecho administrativo sancionador y la aplicabilidad de los principios del derecho penal *in* MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.). *Poder de Polícia na atualidade*, p. 57-77, Belo Horizonte: Fórum, 2014.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Função normativa regulatória e o novo princípio da legalidade in ARA-GÃO, Alexandre S. de (coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*, 2. ed., p. 22-57, Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2011.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*, 3. ed., São Paulo: RT, 2011.

CARMONA, Paulo Afonso C.; CARMONA, Flávia Nunes de C.. A aplicação do direito ao esquecimento aos agentes delitivos: uma análise acerca da ponderação entre direito à imagem e às liberdades de expressão e informação in *Revista Brasileira de Políticas Públicas – RBPP*, v. 7, n. 3, p. 437-452, Brasília: Uniceub, dez. 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

CYRINO, André. *Delegações legislativas, regulamentos e Administração Pública*, Belo Horizonte: Fórum, 2018.

D’OLIVEIRA, Rafael Lima Daudt; SILVA JUNIOR, Newton Almeida da. Reflexões sobre o Direito Ambiental e a aplicação dos princípios do Direito Penal ao Processo Administrativo Sancionador in MORAES, Rodrigo Jorge; FARIAS, Talden; DELMANTO, Fábio Machado de A. (coord.). *25 anos da Lei de Crimes Ambientais*, p. 250-273, São Paulo: RT, 2023.

DEZAN, Sandro Lúcio; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. A “atividade-ação” punitivo-disciplinar. Interatividade e complexidade entre ato, procedimento e processo administrativo in *Revista Brasileira de Políticas Públicas – RBPP*, v. 6, n. 2, p. 29-44, Brasília: Uniceub, out. 2016.

\_\_\_\_\_. Quem tem medo da responsabilização subjetiva? As teorias da conduta e da imputação, para um direito administrativo sancionador constitucionalizado in *Revista Brasileira de Políticas Públicas – RBPP*, v. 11, n. 1, p. 690-709, Brasília: Uniceub, abr. 2021.

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

FERREIRA FILHO, Manoel G. Poder Judiciário na Constituição de 1988 – judicialização da política e politização da justiça in *Revista de Direito Administrativo - RDA*, v. 198, p. 1/17, Rio de Janeiro: Renovar, out.-dez. 1994.

GALÁN MUÑOZ, Alfonso. El delito de enaltecimiento terrorista. ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twitteros y titiriteros? in *Revista Brasileira de Políticas Públicas – RBPP*, v. 9, n. 1, p. 86-113, Brasília: Uniceub, abr. 2019.

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*, v. I, 4 ed, São Paulo: Max Limonad, 1977.

GASPARETTO, Patrick Roberto. Limites, possibilidades e alcance do poder regulamentar em face do princípio da legalidade e a realização dos direitos fundamentais in *Revista Trimestral de Direito Público – RTDP*, v. 61, p. 143-160, São Paulo: Malheiros, 2015.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*, v I, 6 ed, Rio de Janeiro: Ímpetus, 2006.

GUERRA, Sérgio. *Agências reguladoras – da organização administrativa piramidal à governança em rede*, Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GUIMARÃES, Carlos Alberto Gabriel. A Dogmática Jurídico-Penal em questão: possibilidades e limites no século XXI in *Ciências Penais*, v. 6, p. 127-150, São Paulo: RT, jan.-jun. 2007.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*, 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

JORDÃO, Eduardo; COSTA, Luiz Carlos P. R. da. Estratégias regulatórias de combate à corrupção in *Revista Brasileira de Políticas Públicas – RBPP*, v. 11, n. 1, p. 211-241, Brasília: Uniceub, abr. 2021.

KOKKE, Marcelo; REZENDE, Élcio Nacur. Competência regulatória ambiental e princípio da legalidade in MORAES, Rodrigo Jorge; FARIAS, Talden; DELMANTO, Fábio Machado de A. (coord.). *25 anos da Lei de Crimes Ambientais*, p. 430-445, São Paulo: RT, 2023.

- MACHADO, Paulo Afonso Leme. Da poluição e outros crimes ambientais na Lei 9.650/1998 in *Revista de Direito Ambiental*, vol. 14, p. 9-19, São Paulo: RT, abr.-jun. 1999 (versão eletrônica).
- MARQUES NETO, Floriano de A.. Os grandes desafios do controle da Administração Pública in *Fórum de Contratação e Gestão Pública* □ FCGP, ano 9, n. 100, Belo Horizonte: Fórum, abr. 2010 (versão digital).
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Pressupostos da responsabilização disciplinar in BARATA, Ana Maria R.; CONTIJO, Danielly C. A.; PEREIRA, Flávio H. U. (coord). *Direito Administrativo Sancionador Disciplinar*, p. 427-476, Rio de Janeiro: CEEJ, 2021.
- MEGNA, Bruno Lopes. Desmistificando a separação dos poderes: notas comparativas sobre as relações entre Judiciário e Administração Pública na França e no Brasil in ALMEIDA, Fernando D.; ZAGO, Marina F. (coord.). *Direito Público Francês – temas fundamentais*, p. 363/380, São Paulo: Quartier Latin, 2018.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*, 16 ed., São Paulo: RT, 1991.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 19 ed., São Paulo: Malheiros, 2005.
- \_\_\_\_\_. Poder regulamentar ante o princípio da legalidade in *Revista Trimestral de Direito Público - RTDP*, n. 64, p. 145/152, São Paulo: Malheiros, 2016.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*, 35 ed., São Paulo: Malheiros, 2021.
- MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador – as sanções administrativas à luz da Constituição de 1988*, São Paulo: Malheiros, 2007.
- MOTTA, Fabrício. *Função normativa da administração pública*, Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- NAPOLITANO, Carlo José; STROPPA, Tatiana. O Supremo Tribunal Federal e o discurso de ódio nas redes sociais: exercício de direito versus limites à liberdade de expressão in *Revista Brasileira de Políticas Públicas – RBPP*, v. 7, n. 3, p. 314-332, Brasília: Uniceub, dez. 2017.
- NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*, 5 ed, Madrid: Tecnos, 2016.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*, 4 ed., São Paulo: RT, 2011.
- PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na Administração Pública*, São Paulo: Malheiros, 2015.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*, 27 ed., São Paulo: Saraiva, 2004.
- REALE JR. Miguel. Razão e Subjetividade no Direito Penal constitucionalizado in *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa*, v. 1, p. 303-330, São Paulo: RT, jul. 2011.
- ROXIN, Klaus; ALAOR, Leite. Fundamentos político-criminais e dogmáticos do Direito Penal in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 112, São Paulo: RT, jan-fev /2015 (versão eletrônica).
- SALOMÃO, Heloísa Estellita. Tipicidade no Direito Penal Econômico in *Revista dos Tribunais*, vol. 725, p. 407, São Paulo: RT, mar.1996 (versão eletrônica).
- SALVADOR NETTO, Alamiro V.. Tipicidade penal e princípio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade in FRANCO, Alberto S.; NUCCI, Guilherme de S.. *Doutrinas essenciais - Direito Penal*, v. I, p. 301-316, São Paulo: RT, 2011.
- SILVA, Paulo Roberto Coimbra. *Direito Tributário sancionador*, São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- TICIANELLI, Marcos Daniel Veltrini. Uma análise do delito de publicidade enganosa e abusiva (art. 67 da Lei 8.078/90) in *Ciências Penais*, v. 4, p. 322-344 São Paulo: RT, jan.-jun. 2006.
- TOLEDO, Franciso de Assis. *Princípios básicos do Direito Penal*, 5 ed, São Paulo: Saraiva, 2002.
- TORRES, Marcos Abreu; BURMANN, Alexandre. Lei de Crimes Ambientais, princípio da legalidade e a tipificação de infrações administrativas ambientais via resoluções do CONAMA in MORAES, Rodrigo

Jorge; FARIAS, Talden; DELMANTO, Fábio Machado de A. (coord.). *25 anos da Lei de Crimes Ambientais*, p. 303-316, São Paulo: RT, 2023.

VIARO, Felipe Albertini Nani. *Judicialização – análise doutrinária e verificação no cenário brasileiro*, São Paulo: Quartier Latin, 2018.

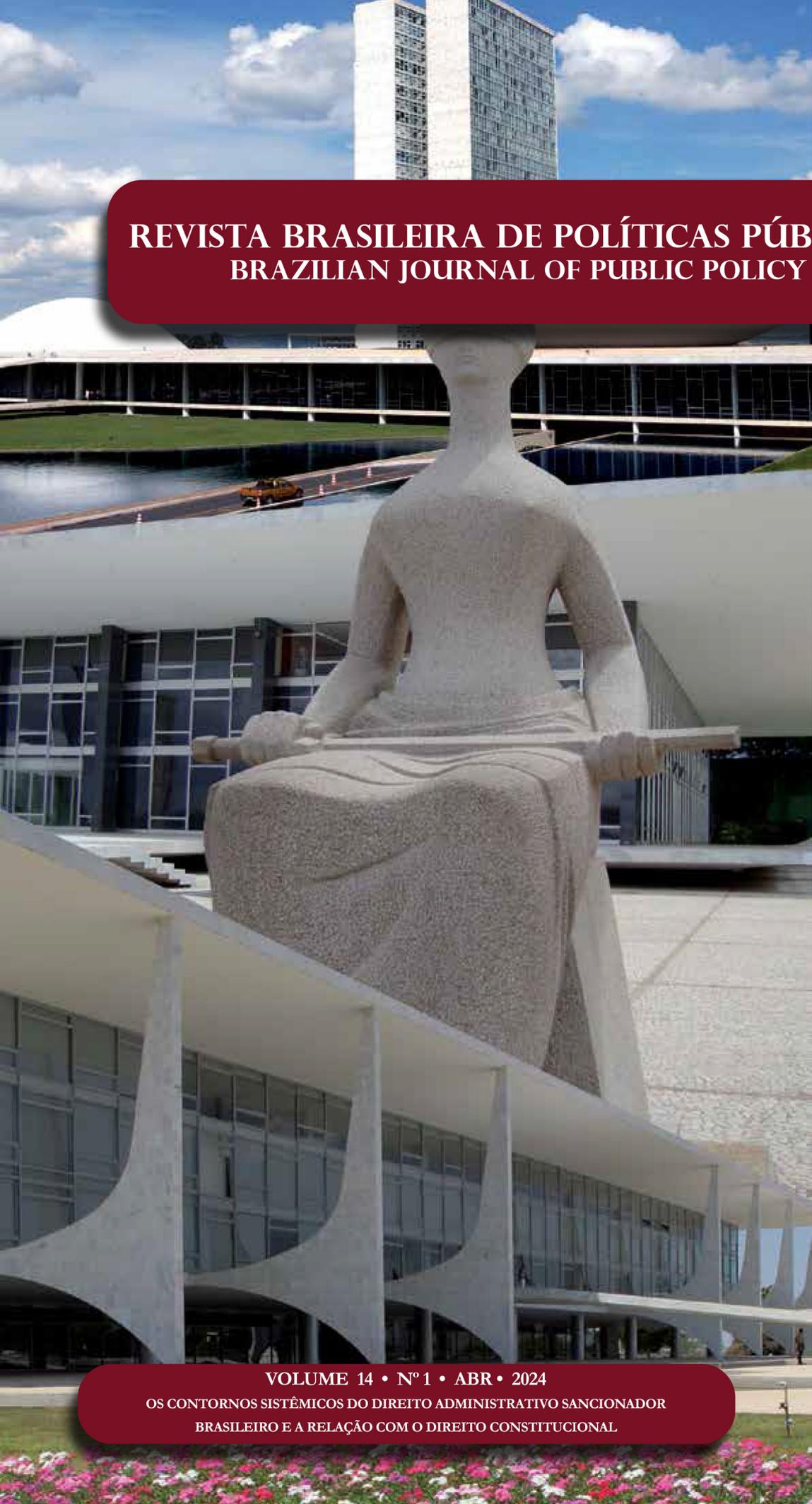
VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil – justificação, interpretação e aplicação*, Belo Horizonte: Fórum, 2019.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal – uma introdução à doutrina finalista*, trad. Luiz Regis Prado, 4 ed., São Paulo: RT, 2015.

The logo for CEUB (Centro Universitário de Brasília) is displayed in a white, stylized font against a dark red background. The letters 'C', 'E', 'U', and 'B' are interconnected, with the 'U' and 'B' having a distinctive shape.

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

The cover image features a large, white, seated female statue in the foreground, holding a scroll. The statue is set against a modern, multi-story building with a glass facade and a large, curved roof. In the background, a tall, white, rectangular tower rises into a blue sky with scattered white clouds. The foreground is filled with a vibrant field of pink and white flowers.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS  
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Militares estaduais e movimentos grevistas:** dividendos político-eleitorais e instabilidade disciplinar interna

**State military and strike movements:** political-electoral dividends and internal disciplinary instability

Juarez Gomes Nunes Junior

Francisco Horácio da Silva Frota

VOLUME 14 • Nº 1 • ABR • 2024

OS CONTORNOS SISTÊMICOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR  
BRASILEIRO E A RELAÇÃO COM O DIREITO CONSTITUCIONAL

# Militares estaduais e movimentos grevistas: dividendos político-eleitorais e instabilidade disciplinar interna\*

## State military and strike movements: political-electoral dividends and internal disciplinary instability

Juarez Gomes Nunes Junior\*\*

Francisco Horácio da Silva Frota\*\*\*

### Resumo

Neste artigo, abordam-se algumas das circunstâncias históricas que envolveram os movimentos grevistas deflagrados por policiais militares no Brasil, bem como os dividendos políticos obtidos com essa prática. O objetivo desta pesquisa é demonstrar os contornos jurídicos da ruptura constitucional que ocorre quando policiais militares paralisam suas atividades, bem como analisar os efeitos nocivos dessa prática ilegal.

Na mesma linha de análise, observaram-se seus efeitos negativos para a manutenção da hierarquia e da disciplina interna, colunas fundamentais para a funcionalidade dos organismos militares. O texto também analisa o crescimento da representatividade policial militar nas casas legislativas e Poder Executivo no Brasil, e em especial no Ceará. A pesquisa se deu no campo bibliográfico, especialmente analisando publicações jornalísticas e dados obtidos na Controladoria Geral de Disciplina dos Órgãos de Segurança Pública e Sistema Penitenciário do Ceará, com recorte topográfico, temporal e fático entre os anos de 1997 até 2020. A conclusão nos levou ao fato de que as instituições policiais militares passaram por uma mudança comportamental interna nunca experimentada e se tornaram instáveis em seus fundamentos de hierarquia e disciplina.

**Palavras-chave:** Militares; Militares estaduais; Greve; Política partidária.

### Abstract

In this article, we address some of the historical circumstances surrounding the strike movements triggered by military police in Brazil, as well as the political dividends obtained from this practice. The objective of this research is to demonstrate the legal contours of the constitutional rupture that occurs when military police officers paralyze their activities, as well as to analyze the harmful effects of this illegal practice. In the same line of analysis, its negative effects on the maintenance of hierarchy and internal discipline, fundamental pillars for the functionality of military organizations, were observed. The text also analyzes the growth of military police representation

\* Recebido em: 15/02/2024

Aprovado em: 22/03/2024

\*\* Doutorando em Políticas Públicas pela Universidade Estadual do Ceará, Mestre em Direito e Gestão de Conflitos pela Universidade de Fortaleza.

E-mail: juarez@hotmail.com

\*\*\* Doutor em Sociologia pela Universidad de Salamanca, Mestre em Educação pela Universidade Federal do Ceará.

E-mail: fhsfgm@gmail.com

in legislative houses and the Executive Branch in Brazil, and especially in Ceará. The research took place in the bibliographic field, especially analyzing journalistic publications and data obtained from the General Comptroller of Discipline of the Public Security Bodies and Penitentiary System of Ceará, with a topographic, temporal and factual section between the years 1997 to 2020. The conclusion led us to the fact that military police institutions underwent an internal behavioral change never before experienced and became unstable in their hierarchy and discipline foundations.

**Keywords:** Military; State military; Strike; Party politics.

## 1 Introdução

Uma das realidades que hoje se enfrenta nas esferas de atuação das instituições de segurança pública que estão previstas no Art. 144 da Constituição Federal de 1988<sup>1</sup> é a constante participação de seus integrantes em pleitos eleitorais de natureza político-partidária, bem como os efeitos deletérios que essa conduta provoca na regularidade funcional das corporações afetadas.

Percebe-se claramente que o universo castrense<sup>2</sup> tem se constituído em um fértil celeiro para proliferação de lideranças com interesses político-eleitorais. Esse fenômeno é registrado tanto no ambiente interno, pelas bandeiras reivindicatórias dos agentes que as sustentam, quanto pelo apelo social que essas provocam nas diversas comunidades beneficiárias dos serviços de segurança pública.

Na contramão da previsão inserta na nossa Carta Política de 1988, os militares e militares estaduais cada vez mais têm ocupado espaços de liderança política e obtido êxito em pleitos eleitorais por todo o país.

Em tempos de hoje, os militares estão permeados no Poder Legislativo municipal, estadual e federal, além de no Poder Executivo municipal e estadual.

Não é difícil perceber que existe uma zona de grande preocupação social, quando vemos homens e mulheres que regularmente empunham armas debatendo-se em temas de interesse político-partidário e objetivando alcançar esferas de poder.

O ponto embrionário dessa crescente participação nos cenários político-partidários está centrado nos movimentos paredistas reivindicatórios deflagrados pelos militares estaduais em diversos estados da federação, que alçaram ao grau de líderes políticos aqueles que capitanearam a subversão da ordem constitucional para fazer frente aos governantes, supostamente em favor de suas pautas corporativas.

O presente artigo tem por finalidade apresentar os contornos fáticos que deram origem a essa transformação no ambiente das instituições do sistema de segurança pública, tomando como referencial de partida o estado do Ceará, bem como analisar o atual modelo institucional sob o ponto de vista dos direitos políticos dos seus integrantes.

Para esse fim, buscou-se estabelecer uma cronologia dos principais episódios grevistas pelo país, que envolveram policiais militares e bombeiros militares, identificando suas causas e conseqüências, desde o ano de 1997 até 2020, com ênfase especial aos recortes que implicaram diretamente a vida do povo cearense, bem como os efeitos deletérios dessa prática na regularidade funcional da caserna.

<sup>1</sup> Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I - polícia federal; II - polícia rodoviária federal; III - polícia ferroviária federal; IV - polícias civis; V - polícias militares e corpos de bombeiros militares; VI - polícias penais federal, estaduais e distrital.

Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)

<sup>2</sup> Relativo ao universo militar.

A pesquisa foi eminentemente bibliográfica, mas algumas informações oficiais, de certa forma prejudicadas pela falta de dados importantes, não foram encontradas em nenhuma das corporações pesquisadas.

## 2 Os movimentos paredistas nas corporações militares no Brasil e no Ceará

A história registra a presença imiscuída das forças militares no cenário político desde o declínio do Império Brasileiro. O advento da República, resultado da fragilidade imperial em diversas áreas, aliada às decisões que confrontavam o exército, fez surgir um fenômeno político, o que, de certa forma, já era esperado, pois o Parlamento Constituinte era composto de cerca de um quarto de militares.<sup>3</sup>

Nos tempos modernos, especialmente no início dos anos 1990, o ressurgimento dessa postura dos militares, em busca de representatividade, está localizado na aparição das chamadas associações de militares, instituições de direito privado, essencialmente voltadas para as áreas do esporte, cultura e lazer, mas que vêm funcionando como verdadeiras organizações sindicais.

A década de 1990 foi marcada por intensas transformações no cenário social, político, ambiental e econômico no Brasil e no mundo.

Fatos importantes se deram, como, por exemplo: o Rio de Janeiro sedia o Encontro Mundial para o Meio Ambiente - a ECO92 (1992) -, o Congresso Nacional aprova o impeachment do Presidente da República, Fernando Collor (1992), o tratado que instituiu a União Europeia entra em vigor (1993), inicia-se o Plano Real (1994), toma posse como Presidente do Brasil o sociólogo Fernando Henrique Cardoso (1995) e é no final dessa década que a internet inicia seu processo de popularização.<sup>4</sup>

O final desse período também foi marcado por fenômenos institucionais que modificaram definitivamente o funcionamento das instituições de segurança pública no Brasil.

Foi nesse período que integrantes das corporações militares estaduais brasileiras despertaram a ideia de tornarem-se protagonistas das transformações sociais e políticas no país.

Ouviu-se de um popular a seguinte frase: “*eu achava que o que parava uma cidade fosse a falta de energia elétrica, mas agora sei que a falta da polícia para tudo*”. (sic)

Percebe-se que, para a sociedade, o que realmente importa é o retorno da sua solidariedade contributiva transformada em políticas públicas e serviços de qualidade, e nesses serviços está a manutenção da ordem pública<sup>5</sup>, que deve ser garantida pelas instituições de segurança pública, nesse sentido Carmona e Rodrigues:<sup>6</sup>

A reconstrução da confiança nas instituições políticas está intrinsecamente ligada à capacidade do Estado de fornecer serviços públicos de qualidade e atender às demandas da sociedade de maneira eficaz.

<sup>3</sup> CUNHA, Paulo Ribeiro da. Militares na política ou política entre os militares: uma falsa questão?. In: BARBOSA, Jefferson Rodrigues (org). *Militares e Política no Brasil*. São Paulo: Expressão Popular, 2018. p. 23.

<sup>4</sup> Disponível em: [https://www.suapesquisa.com/musicacultura/anos\\_90.htm](https://www.suapesquisa.com/musicacultura/anos_90.htm)

<sup>5</sup> Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: (...) V - polícias militares e corpos de bombeiros militares. (...) § 5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil. [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)

<sup>6</sup> CAVICHIOLI CARMONA, P. A.; COSTÓDIO RODRIGUES, P. H.. Estado, serviço público e a crise democrática atual. *Revista de Doutrina Jurídica*, Brasília, DF, v. 114, n. 00, p. e023014, 2023. DOI: 10.22477/rdj.v114i00.917.

Disponível em: <https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/view/917>. Acesso em: 2 fev. 2024.

A quebra da base fiduciária entre a sociedade civil organizada e as instituições garantidoras da segurança pública provoca uma verdadeira ruptura no pacto republicano instituído como base para a sociedade brasileira.

Considerado o embrião de todos os movimentos grevistas ocorridos no Brasil envolvendo as polícias militares, o episódio grevista de 1997, deflagrado na capital mineira, marcou o início sistemático da inserção de policiais militares e bombeiros militares no cenário político local e nacional.

Em clara afronta à democracia, naquele momento, os militares estaduais resolveram subverter a ordem constitucional e puseram em risco a autonomia do estado de Minas Gerais e o funcionamento dos seus poderes constituídos<sup>7</sup>.

O episódio se tornou um fato tão importante para a sociedade mineira, que, 20 anos depois, ainda submerge e reflete a instabilidade daquele momento. Veja o que, em 12 de julho de 2017, o Jornal O Estado de Minas publicou:<sup>8</sup>

A greve de 1997 foi o maior movimento reivindicatório que a Polícia Militar já fez em Minas Gerais e acabou com um policial morto com um tiro na cabeça. Tudo começou por conta de um reajuste de 11% concedido pelo então governador Eduardo Azeredo (PSDB) aos oficiais (tenente, capitão, major, tenente-coronel e coronel), que deixou os praças (soldado, cabo, sargento e subtenente) de fora. (sic). No dia 24 de junho daquele ano, os policiais levaram mais de 4 mil homens para frente do Palácio da Liberdade e se preparavam para invadir o local quando Cabo Valério dos Santos Oliveira, de 36 anos, subiu em uma mureta para pedir calma aos colegas e levou um tiro, cuja autoria foi atribuída a um soldado. Morreu quatro dias depois. (sic)

Seguindo o que se passou em Minas Gerais, a Polícia Militar do Estado de Alagoas, em julho do mesmo ano, iniciou um movimento causado pelo atraso no pagamento de salários, tendo o fato alcançado patamares tão elevados, que resultou na renúncia do então governador Divaldo Suruagy, do PMDB.

Uma década após, em abril de 2007 foi a vez da Polícia Militar do Rio Grande do Norte parar suas atividades. A causa dessa paralisação foi o descumprimento de um TAC – Termo de Ajustamento de Conduta – que garantia aumento salarial para a categoria. No ano seguinte, em novembro de 2011, as Polícias Militar e Civil do estado do Maranhão paralisaram o policiamento ostensivo geral e a atividade de polícia judiciária, respectivamente, também por conta de reivindicações salariais.<sup>9</sup>

Retornando ao tempo do levante mineiro, no mesmo mês e ano, o Nordeste também experimentou os efeitos da instabilidade social provocada por uma greve de militares estaduais. O dia 29 de julho de 1997 foi fatídico para o povo cearense, especialmente para os moradores da orla da capital.

Policiais Militares, apoiados por outras categorias da segurança pública, marcharam pelas ruas da capital cearense, fardados, com armas na cintura e rostos encobertos, com o objetivo de adentrar na sede da pasta da segurança, instalada no Palácio da Abolição, hoje sede do Governo do Estado.

Tropas do exército brasileiro, equipadas para um possível confronto, mobilizadas em veículos de combate terrestre (caminhões e tanques) que já guarneciam as instalações da Secretaria de Segurança Pública, faziam demonstrações de força nas ruas que circundavam o prédio.

Para além disso, havia um clima de absoluta tensão e iminente perda de controle por parte do comando da corporação militar e dos amotinados<sup>10</sup>. Diante das ameaças de invasão e constantes tentativas de romper

<sup>7</sup> Greve Polícia Militar 1997 – Ver vídeo: <https://www.youtube.com/watch?v=NwikAqB-Rb0>

<sup>8</sup> *Pimentel veta anistia a policiais que fizeram greve em Minas*. Disponível em: [https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2017/07/12/interna\\_politica,883150/pimentel-veta-anistia-a-policiais-que-fizeram-greve-em-minas.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2017/07/12/interna_politica,883150/pimentel-veta-anistia-a-policiais-que-fizeram-greve-em-minas.shtml)

<sup>9</sup> *Linha do tempo: de 11 greves de PMs pelo país, 8 anistiarão policiais*: Disponível em: <http://www.agenciadenoticias.uniceub.br/?p=12243>

<sup>10</sup> Este autor (Juarez Junior) integrava o quadro ativo da Polícia Militar do Ceará e testemunhou todos esses acontecimentos, tendo inclusive comandado a escolta emergencial que conduziu o Comandante Geral da corporação, baleado, para o Hospital Instituto Dr. José Frota, em Fortaleza.

o cerco, parte do efetivo da Polícia Militar (tropas especiais) que não aderiu ao movimento revidou os ataques e houve troca de tiros em plena via pública.

Um verdadeiro cenário de guerra urbana se instalou naquela zona da cidade. Pessoas correndo sem destino certo, veículos avançando por sobre calçadas ou sendo abandonados no local onde se encontravam, gritos desesperados e disparos de armas de fogo.

Naquele momento, a barbárie estava instalada. Os métodos de pacificação pareciam não trazer resultados. Faltava diálogo. O que Ortega y Gasset condicionava para civilização, ou seja, a vontade de convivência, não prevaleceu naquele momento.<sup>11</sup>

Como resultado disciplinar, 70 militares que participaram do movimento grevista foram punidos com sanções diversas da demissão e 13 foram expulsos da corporação. Do total de militares expulsos, 10 conseguiram êxito em ações judiciais e retornaram à corporação, conforme dados publicados no Jornal O Povo<sup>12</sup>.

O saldo desse episódio foi o então comandante geral da corporação, Coronel Mauro Benevides, baleado (fig. 1) e alguns outros militares lesionados, como se viu publicado no portal de notícias R7<sup>13</sup>

Não é a primeira vez que a Polícia Militar do Ceará atira em uma autoridade durante conflito em uma greve da categoria. No dia 29 de julho de 1997, 376 policiais aderiram à paralisação durante uma passeata no centro de Fortaleza, gerando um grande conflito entre os Policiais Militares cearenses e a tropa do Grupo de Ações Táticas Especiais (Gate) do Estado. Tiros foram disparados e um deles atingiu, pelas costas, o comandante-geral da Polícia Militar, coronel Mauro Benevides. Foi acertado no ombro. O tenente-coronel Antonio Oliveira Ferreira foi atingido na perna. Outras sete pessoas ficaram feridas.



**Figura 1** – Coronel Mauro Benevides  
**Fonte:** Jornal O Povo (impresso)

Em dezembro de 2011, novamente enfrentou-se a rebeldia da tropa policial militar no Ceará.

Com a cidade repleta de turistas e às vésperas da festa de réveillon que se realiza anualmente no aterro da Praia de Iracema e reúne cerca de dois milhões de pessoas, policiais militares deflagram uma greve sem precedentes na história do estado.

Subtraíram viaturas operacionais (fig.1), aquartelaram praticamente todo o efetivo (o Batalhão de Choque não aderiu ao levante) e inviabilizaram toda e qualquer atividade no território cearense.

<sup>11</sup> ORTEGA Y GASSET, José; tradução de Felipe Denardi. *A rebelião das massas*. Campinas,SP: Vide Editorial, 2016.

<sup>12</sup> Dez policiais expulsos em 1997 retornaram à PM – Disponível em <https://www20.opovo.com.br/app/politica/2012/01/08/noticiaspoliticas,2469583/dez-policiais-expulsos-em-1997-retornaram-a-pm.shtml>

<sup>13</sup> Comandante da PM do Ceará levou tiro em greve dos policiais em 1997. Disponível em <https://noticias.r7.com/cidades/comandante-da-pm-do-ceara-levou-tiro-em-greve-dos-policiais-em-1997-21022020>



**Figura 1:** viaturas apreendidas pelos manifestantes

**Fonte:** <https://fi.uol.com.br/fotografia/2012/01/03/111945-970x600-1.jpeg>

DaMatta<sup>14</sup> sintetiza muito bem a escolha estratégica das festas de fim de ano para deflagração do movimento, pois estariam dando visibilidade ao desconhecido, ao intangível:

“Todas as festas - ou ocasiões extraordinárias - recriam e resgatam o tempo, o espaço e as relações sociais. Nelas, aquilo que passa despercebido, ou nem mesmo é visto como algo maravilhoso ou digno de reflexão, estudo ou desprezo no cotidiano, é ressaltado e realçado, alcançando um plano distinto. Assim, é na festa que tomamos consciência de coisas gratificantes e dolorosas.”

Sob a liderança de um oficial intermediário (capitão) e uma praça (cabo) em relação a quase totalidade dos integrantes da corporação imobilizou pessoas e coisas, deixando um rastro de sangue e perdas.

O embate envolveu diversos segmentos sociais e institucionais, empresários da indústria e do comércio, igrejas, Poder Judiciário, Ministério Público, a fim de que se chegasse a um acordo e a tropa voltasse ao trabalho.

Foram dias de intenso sofrimento para o povo do Ceará, que acabaram por revelar uma faceta até então desconhecida da governança pública, a de render-se ao aparentemente incontrolável.

Ao final desse episódio nefasto, os militares cearenses foram anistiados disciplinarmente e tiveram grande parte de suas reivindicações atendidas.

Foi exatamente nesse ponto que o poder público conferiu aos líderes do movimento o cacife necessário para empreender novos projetos e estratégias.

Nesse cenário caótico, os líderes do movimento encontraram uma janela de oportunidade para utilizar os dividendos obtidos com as estratégias de enfrentamento aliadas à visibilidade que delas decorreu e partiram para a ocupação de postos na política partidária.

E assim o fez o capitão Wagner de Sousa Gomes, que em 2010 havia conseguido 28.808 votos, que lhe renderam a suplência de deputado estadual, logo em seguida tendo chegado à marca inédita de 43.655 votos na eleição para a Câmara Municipal de Fortaleza em 2012, sendo eleito com a maior votação daquela casa legislativa.

Em 2014, Wagner obtém 194.239 votos na eleição para o parlamento estadual, uma marca histórica para a assembleia cearense. Nessa crescente, o parlamentar, forjado no movimento grevista dos militares estaduais, alcança a marca também histórica de 303.593 votos para a Câmara Federal.<sup>15</sup>

<sup>14</sup> DAMATTA, Roberto. *O que faz o Brasil, Brasil?* Rio de Janeiro: Rocco, 1986.

<sup>15</sup> <https://placar.eleicoes.uol.com.br/2014/1turno/ce/apuracao-no-estado/>

Nos dias atuais, o capitão Wagner está fora do parlamento e vem disputando a cadeira de Prefeito de Fortaleza e Governador do Estado, alternadamente, sempre ficando em segundo lugar no pleito eleitoral.

Por outra frente de visibilidade político-partidária, o cabo Flávio Alves Sabino, em 2014, obteve 120.485 votos e rumou para a Câmara Federal, em Brasília. Na eleição seguinte, não conseguiu se reeleger, e, após liderar o último episódio grevista ocorrido no Ceará, Sabino foi expulso da corporação.<sup>16</sup>

Apuradas e usufruídas as colheitas desse violento ensaio de inserção no meio político-partidário, novas lideranças militares foram surgindo, especialmente no ciclo das praças (soldados, cabos, sargentos e subtenentes).

Em 2020, os integrantes da corporação resolveram seguir seus líderes políticos e novamente deflagraram uma greve, com contornos jurídicos de motim, sitiando, mais uma vez, o povo do Ceará. O novo movimento grevista ultrapassou fronteiras e teve repercussão internacional.<sup>17</sup>

Os velhos e novos líderes, desta feita, já ocupavam espaços significativos no parlamento municipal, estadual e federal e demonstravam força política e capacidade eleitoral para alcançar posições ainda mais importantes.

A empreitada não logrou o êxito esperado, pois o núcleo central do pleito não fora atendido pelo Governo do Estado, nenhum dos integrantes fora anistiado e a ação não ficou impune.

Vários processos de natureza administrativa disciplinar e penal militar foram iniciados, resultando em aplicação de sanções disciplinares e ações penais militares, algumas ainda em curso.

O dividendo político obtido pelas lideranças foi testado na eleição do mesmo ano (2020) e não obteve a mesma proporção de resultados ocorridos após o movimento grevista de 2011.

O líder do movimento enfrentou uma eleição majoritária em Fortaleza e foi derrotado pelo candidato apoiado pelo grupo do ex-governador Cid Gomes, o mesmo que se restou rendido pelo movimento de 2011.

Em agosto de 2021, a Assembleia Legislativa do Ceará instalou uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI), para investigar o destino dos recursos recebidos pelas associações ligadas à Polícia Militar e ao Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Ceará, para proteção da Segurança Pública dos cidadãos cearenses.” (sic)<sup>18</sup>

A justificativa apresentada para a instalação da CPI tomou por base a veiculação em jornais de grande circulação, dando conta de que as associações que integram policiais e bombeiros militares estariam atuando como verdadeiros sindicatos, o que é expressamente vedado pela Constituição Federal de 1988.<sup>19</sup>

O relatório da CPI traz uma importante observação sobre o embrião dessa mutação finalística das associações militares ao adquirirem contornos de representação sindical.

É possível perceber que houve uma permissividade governamental que deu espaço para o crescimento representativo das associações de militares no Ceará.

Na primeira gestão do Governo Cid Gomes (2007-2010), foi criada a Mesa de Negociação Permanente (MENP), atendendo a uma reivindicação dos sindicatos de servidores civis estaduais. Ocorre que, por des-

<sup>16</sup> Cabo Sabino é expulso da Polícia Militar do Ceará por liderar motim <https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/seguranca/cabo-sabino-e-expulso-da-policia-militar-do-ceara-por-liderar-motim-1.3166586>

<sup>17</sup> Greve da polícia militar provoca o caos no Ceará – Euronews em Português – veja o vídeo: <https://www.youtube.com/watch?v=5qVT9UQIDAE>

<sup>18</sup> *DIÁRIO OFICIAL DO ESTADO DO CEARÁ: N° 154*, p.121-159. Fortaleza, 28 jul. 2022. Disponível em: <http://imagens.seplag.ce.gov.br/PDF/20220728/do20220728p03.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2023

<sup>19</sup> Art. 142, IV – ao militar são proibidas a sindicalização e a greve.

cuido ou falta de conhecimento da natureza jurídica dos militares, um bombeiro militar representante de uma das associações foi admitido em uma das coordenações executivas do colegiado. Esse militar participava constantemente de reuniões dentro da própria Secretaria da Segurança Pública, opinando sobre pautas reivindicatórias. Ressalta, com certa facilidade, que o Estado se tornou corresponsável pelo novo caráter de representação de classe dessas associações com índole puramente sindical.

A esse respeito, o relatório da CPI fez a seguinte recomendação ao Governo do Estado:

Recomenda-se ao Poder Executivo a proibição da participação de entidades associativas de Policiais e Bombeiros Militares em mesas de negociação, sob pena de lhes conferir atuação em caráter representativo e sindical, em violação ao estabelecido no Art. 176, §5º da Constituição do Estado do Ceará, bem como no Art. art. 142, §3º, IV em leitura conjunta com o §3º do Art. 42 da Constituição Federal.

### 3 Efeitos deletérios na ordem disciplinar interna

Os episódios grevistas em ambiente castrense, para além de uma mera ruptura do ordenamento jurídico próprio e das previsões constitucionais, produzem efeitos catastróficos nas principais colunas de sustentação das corporações militares. Nenhuma instituição policial militar brasileira que enfrentou movimentos grevistas permaneceu ileso.

As colunas da hierarquia e da disciplina são responsáveis por manter intacta a regularidade de um sistema de controle rígido e perene, como se vê nas instituições militares.

Oportuno ressaltar que a hierarquia e a disciplina não fazem parte apenas do universo militar, tais colunas de sustentação do sistema administrativo estão presentes em todas as instituições, como fruto da estrutura colonial, hierarquizada e impositiva do Brasil.<sup>20</sup>

A ofensa a esse complexo sistema mobiliza toda uma estrutura de recuperação e preservação da ordem e doutrina militares. Na compreensão de João Rodrigues Arruda:<sup>21</sup>

Esses dois elementos de sustentação da estrutura militar, quando atingidos, por menor que seja o dano sofrido, provocam o desencadeamento de todo um mecanismo de autodefesa, que se consubstancia no Poder Punitivo, quer seja penal, quer seja disciplinar.

Quando a tropa nega obediência ao comando institucional e ao Governador do Estado, naquele instante não há falar mais em instituição militar, mas em um aglomerado de homens e mulheres armados, apartados da Lei e sem nenhum compromisso com o Estado Democrático de Direito.

Os fatos desencadearam uma necessária atuação dos órgãos de controle disciplinar, revelando que a tropa militar cearense havia passado por uma transformação comportamental nunca percebida em tamanha extensão.

Luiz Paulo Nogueira Lino, em artigo especializado sobre os índices de processamento disciplinar na Controladoria Geral de Disciplina dos Órgãos de Segurança Pública e Sistema Penitenciário do Ceará – CGD<sup>22</sup>, apresenta números que refletem a dinâmica comportamental da tropa cearense nos períodos que sucedem a época das greves: no ano de 2011, apenas 15 policiais militares foram investigados; em 2012 (ano

<sup>20</sup> CUNHA, Paulo Ribeiro da. Militares na política ou política entre os militares: uma falsa questão?. In: BARBOSA, Jefferson Rodrigues (org.). *Militares e Política no Brasil*. São Paulo: Expressão Popular, 2018. p. 22.

<sup>21</sup> ARRUDA, João Rodrigues. *O uso político das forças armadas e outras questões militares*. Rio de Janeiro: Mauad X, 2007.

<sup>22</sup> A Controladoria Geral de Disciplina dos Órgãos de Segurança Pública e Sistema Penitenciário do Estado do Ceará (CGD) estruturada na forma da Lei Complementar nº 98, de 2011, detendo o status de Secretaria de Estado, órgão de assessoramento direto do Governador, com autonomia administrativa e financeira, tendo, ainda, a competência para realizar, requisitar e avocar sindicâncias e processos administrativos para apurar a responsabilidade disciplinar de todos os servidores integrantes do grupo de atividade de polícia judiciária, policiais militares, bombeiros militares e agentes penitenciários,

seguinte ao primeiro episódio grevista), 279 policiais militares foram objeto de investigação disciplinar; em 2013, o número evoluiu para 575; em 2014, chegou a 424; em 2015, 331 militares estaduais investigados; em 2016, 410 policiais militares respondendo a processos disciplinares.<sup>23</sup>

Apesar dos incentivos gerais proporcionados pelos líderes do movimento, bem como da mobilização interpessoal, há de se compreender que novo padrão comportamental da corporação também contou com a colaboração estatal, pelo registro da anistia administrativa promovida em 2011<sup>24</sup> pelo então governador do Ceará, Cid Ferreira Gomes, fato jurídico que não se repetiu na era Camilo Santana, em 2020.<sup>25</sup>

Os fatos de aparente interesse disciplinar estavam postos, condutas definidas e positivadas, sanções correspondentes dispostas no ordenamento, e, ainda assim, por conveniência política e governabilidade, estas últimas não foram levadas a cabo em 2011. Percebe-se que houve uma análise contrária ao que nos ensina Sandro Dezan e Paulo Carmona:<sup>26</sup>

O regime jurídico-administrativo sancionador, positivado nas diversas leis especiais de caráter regulatório, quanto à definição da conduta ilícita e à aplicação da reprimenda, possui natureza ontológica de direito penal geral, ao passo que, a exemplo do direito penal propriamente dito, visa, com a cominação e ou aplicação da sanção, inibir e ou retribuir (corrigir e educar), por meio dos efeitos pedagógicos individual e geral da sanção, determinadas condutas tidas como ofensoras do ordenamento jurídico, ante a sua nocividade à Administração Pública.

A necessária deflagração da instância disciplinar diante de um fato de aparente interesse disciplinar, bem como por força do resultado confirmatório do processo, qual seja, a devida imposição de sanção disciplinar correspondente, tem o condão de reestabelecer a regularidade funcional.

Assim nos ensina o mestre José Armando da Costa:<sup>27</sup>

Quer seja pelo seu aspecto potencial (preventivo) ou pelo turno da atuação efetiva (repressivo), a sanção disciplinar alimenta por escopo primordial a desenvoltura normal e regular do serviço público. Como também se predestina a resguardar o prestígio da administração pública perante a coletividade beneficiária dos seus serviços.

Nesse sentido, não se pode creditar esse fenômeno tão somente aos militares, pois existiu um contexto político, econômico e administrativo, aliado a uma decisão política que permitiu mudar a face da Polícia Militar do Ceará e que incorpora o cenário observado.

Para Nelson Lopes de Figueiredo:<sup>28</sup>

No contexto proposto, é cabível a afirmativa de que a conduta não raras vezes antiética e antijurídica das autoridades administrativas compromete as superiores finalidades dos privilégios que guarnecem os atos da administração pública.

<sup>23</sup> LINO, Luiz Paulo Nogueira. O controle disciplinar exercido pela Controladoria Geral de Disciplina sobre a Polícia Militar do Ceará: uma análise das transgressões cometidas e dos registros de arquivamento/absolvição entre 2011 e 2016. *Revista Controle - Doutrina e Artigos*, [S. l.], v. 15, n. 2, p. 259–288, 2018. DOI: 10.32586/rcda.v15i2.401. Disponível em: <https://revistacontrole.tce.ce.gov.br/index.php/RCD/Article/view/401..> Acesso em: 9 fev. 2024.

<sup>24</sup> Há 10 anos, motim de policiais derrotou governo e reinventou oposição no Ceará. *Jornal O Povo*. <https://mais.opovo.com.br/jornal/politica/2021/12/27/ha-10-anos-motim-de-policiais-derrotou-governo-e-reinventou-oposicao-no-ceara.html>

<sup>25</sup> Motim de militares no Ceará já resultou na expulsão ou demissão de 15 agentes de segurança. *Jornal Diário do Nordeste*. <https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/seguranca/motim-de-militares-no-ceara-ja-resultou-na-expulsao-ou-demissao-de-15-agentes-de-seguranca-1.3227321>

<sup>26</sup> DEZAN, SANDRO LÚCIO; CAVICHIOLI CARMONA, P.A. Quem tem medo da responsabilização subjetiva? As teorias da conduta e da imputação, para um direito administrativo sancionador constitucionalizado. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, DF, v. 11, n. 01, 2021. DOI: 10.5102/rbpp.v11i1.7346. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/7346/pdf>. Acesso em: 2 fev. 2024.

<sup>27</sup> DA COSTA, José Armando. *Direito Administrativo Disciplinar*. 2.ed. São Paulo: Método, 2009.

<sup>28</sup> FIGUEIREDO, Nelson Lopes de. *O estado infrator*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

Essa abertura de flanco ressalta a possibilidade de obter vantagem com o rompimento normativo, ignorando a doutrina militar, pautada na hierarquia e na disciplina, e levando para dentro dos quartéis toda a complexidade da luta pelo poder que se demonstra nas pejejas político-partidárias.

## 4 Dos quartéis para o parlamento

A trajetória desses movimentos, em dado momento, não ficaria restrita aos limites institucionais dos quartéis, pois, desde muito cedo, havia o indicativo de que o destino imediato seria o parlamento brasileiro, em todos os seus níveis federativos.

João Rodrigues Arruda assim pontua:<sup>29</sup>

“Aproveitando a normalidade jurídica estabelecida pela Constituição de 1988, as praças das Forças Armadas começaram a se organizar em associações para defesa dos interesses da categoria. Os movimentos ganharam mais intensidade na Marinha e no Exército.”

Apesar de apresentarem uma enorme possibilidade de ruptura com a hierarquia e a disciplina, os movimentos grevistas liderados por integrantes das associações de militares, e que impulsionaram a corrida eleitoral, parecem não despertar interesse permanente e de longo prazo na administração militar.

A fim de consubstanciar essa pesquisa, foram enviados ofícios à cúpula de todos os órgãos da segurança pública do Ceará para que informasse o quantitativo de servidores civis e militares que disputaram vaga nas últimas eleições, desde 2010.

Após algum tempo de espera, as respostas surpreenderam negativamente, pois não há registros internos, no setor de pessoal, deste quantitativo de afastamentos para concorrer ao processo eleitoral, salvo poucas informações prestadas por corporações civis<sup>30</sup> e referentes apenas à eleição de 2020.

Cabe aqui uma sugestão para que os setores internos das corporações, responsáveis pela gestão de pessoas, mantenham registros dos afastamentos de militares para concorrer aos pleitos eleitorais.

Diante da fragilidade de acompanhamento do crescimento aparente desse fenômeno, várias lideranças políticas têm surgido no ambiente castrense.

O fato é que os movimentos grevistas serviram de cobertura para mudanças comportamentais profundas e para o surgimento da representatividade político-partidária dentro da caserna cearense.

Em sua obra, Tzvetan Todorov apresenta um recorte importante da face oculta das manifestações grevistas, “A única resposta racional é que o objetivo perseguido não é o objetivo declarado”<sup>31</sup>.

As lideranças se apoderaram do manancial eleitoral (militares) e de suas expansões (familiares e amigos) e partiram para ocupar os postos parlamentares. Manejaram um tema caro para a sociedade e se mostraram como defensores da paz social, inclusive com jovens que ainda pretendiam adentrar no serviço público (alunos de cursos preparatórios).

Utilizaram, para expandir o alcance e interação, um excepcional instrumento de mobilização: as redes sociais e outras mídias digitais. Contudo, essas redes interpessoais ganharam corpo não só nos grupos de

<sup>29</sup> ARRUDA, João Rodrigues. *O uso político das forças armadas e outras questões militares*. Rio de Janeiro: Mauad X, 2007.

<sup>30</sup> Polícia Civil do Ceará – 29 policiais civis se candidataram: 19 inspetores, 07 escrivães e 03 delegados, para uma corporação de 3.582 integrantes. Perícia Forense do Ceará – 04 servidores se candidataram: 03 peritos criminais adjuntos e 01 médico perito legista, para uma corporação de 401 integrantes.

<sup>31</sup> TODOROV, Tzvetan; tradução Joana Angélica d’Avila Melo. *Os inimigos íntimos da democracia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

interesse geral, mas especialmente dentro dos quartéis, inicialmente por convencimento direto e estimulado por querelas internas resultantes dos ruídos administrativos.

A cidadania na era das redes sociais se coloca como uma evolução no padrão do exercício dos direitos, mas também tem estimulado uma série de comportamentos que, por vezes, comprometem a regularidade funcional das instituições.

Para Vinícius de Lima:

Muito se tem escrito sobre a importância das novas tecnologias de informação e comunicação (TICs) para a rebeldia urbana contemporânea, aconteça ela na África, na Europa, na América Latina ou em qualquer outro lugar do planeta. Todavia, se é verdade que as (TICs) constituem os dispositivos tecnológicos por meio dos quais as manifestações - ao mesmo tempo anárquicas e organizadas - se articulam, não se deve ignorar o ambiente dentro do qual elas ocorrem.<sup>32</sup>

Contando com tais suportes, as bancadas parlamentares oriundas das polícias militares e corpos de bombeiros militares têm crescido a cada pleito. Hoje, pelo Ceará, os militares estão presentes nas câmaras municipais de diversos municípios, no parlamento estadual e federal, além de prefeituras municipais.

Parece ser uma conquista definitiva, pois cresce e se multiplica. Enquanto isso, o viés do corporativismo está presente em todas as manifestações desses políticos fardados, muitas vezes em detrimento do próprio ideal institucional de cada corporação que dizem representar.

## 5 Considerações finais

Esta breve narrativa crítica apresentou os aspectos históricos e dinâmicos da transformação institucional das corporações militares, desde o surgimento das associações de militares, criadas com o propósito de congregar os círculos funcionais, mas que se transmudaram em entidades representativas de contornos sindicais, absolutamente legítimos para os trabalhadores em geral, mas sumariamente ilegais no mundo castrense e profundamente preocupante quando os sujeitos ativos são militares, que detêm o direito de portar armas.

Os episódios grevistas iniciados no final dos anos 1990 contribuíram sobremaneira para revelar esse poder de mobilização e obtenção de dividendos político-partidários.

De outro ângulo, estão consubstanciados, em números e qualidade, os efeitos danosos que tais manifestações ilegais acarretam à disciplina interna das corporações militares, que sucumbem diante da desconstrução de suas bases de sustentação – hierarquia e disciplina.

Observou-se também que o aparelho estatal militar cearense não tem tratado o assunto com o rigor próprio. Não há sequer registros fidedignos do quantitativo de militares estaduais que se dispuseram a participar dos pleitos eleitorais.

O desinteresse do aparelho militar estadual pelo tema reforça a tese, testada e não validada, de que bastam soluções imediatas diante dos casos concretos. O aspecto preventivo não se efetiva e as medidas disciplinares ocorrem apenas no campo da repressão ineficiente.

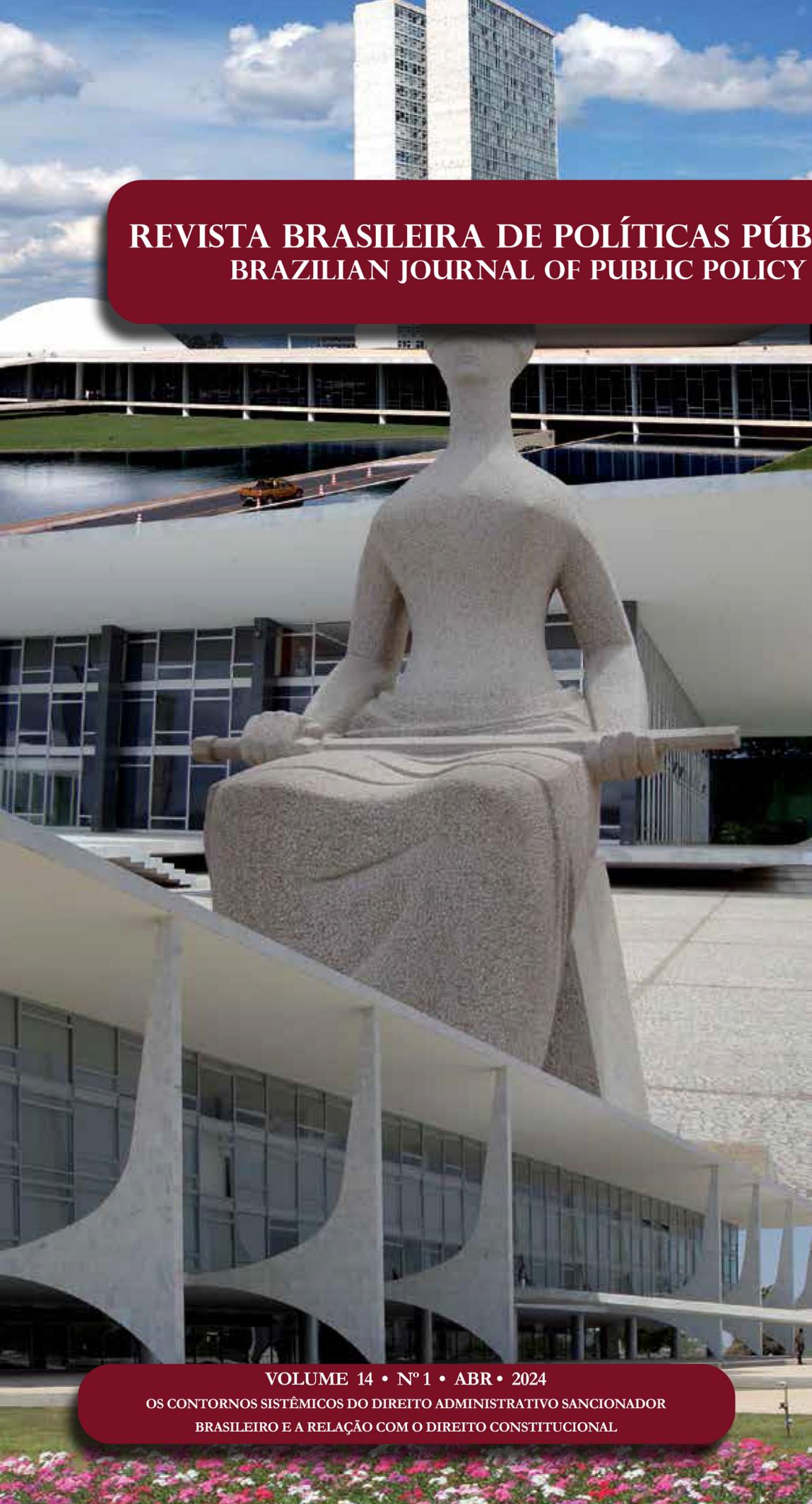
Conclui-se que, muito além da proibição constitucional, a própria natureza das instituições policiais não permite tais levantamentos reivindicatórios de seus integrantes, muito menos utilizando-se de estratégias paredistas.

A participação de militares na vida política encontra respaldo na Constituição de 1988, mas o exercício dos seus direitos políticos não pode ser usado para desestabilizar instituições e muito menos para encorajar policiais militares a impor seus pleitos de maneira coercitiva.

<sup>32</sup> DE LIMA, Vinícius A. Mídia, rebeldia urbana e crise de representação. In: Hirmínia Moricato (org.). *Cidades rebeldes: Passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil*. São Paulo: Boitempo: Carta Maior, 2013.

## Referências

- ARRUDA, João Rodrigues. *O uso político das forças armadas e outras questões militares*. Rio de Janeiro: Mauad X, 2007.
- CAVICHIOLO CARMONA, P. A.. COSTÓDIO RODRIGUES, P. H.. Estado, serviço público e a crise democrática atual. *Revista de Doutrina Jurídica*, Brasília, DF, v. 114, n. 00, p. e023014, 2023. DOI: 10.22477/rdj.v114i00.917. Disponível em: <https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/view/917>. Acesso em: 2 fev. 2024.
- CUNHA, Paulo Ribeiro da. Militares na política ou política entre os militares: uma falsa questão? In: BARBOSA, Jefferson Rodrigues (org.). *Militares e Política no Brasil*. São Paulo: Expressão Popular, 2018.
- DA COSTA, José Armando. *Direito Administrativo Disciplinar*. 2.ed. São Paulo: Método, 2009.
- DAMATTA, Roberto. *O que faz o Brasil, Brasil?* Rio de Janeiro: Rocco, 1986.
- DE LIMA, Vinícius A. Mídia, rebeldia urbana e crise de representação. In: Hirmínia Moricato (org.). *Cidades rebeldes: Passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil*. São Paulo: Boitempo: Carta Maior, 2013.
- DEZAN, SANDRO LÚCIO; CAVICHIOLO CARMONA, P.A. Quem tem medo da responsabilização subjetiva? As teorias da conduta e da imputação, para um direito administrativo sancionador constitucionalizado. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, DF, v.11, n. 01, 2021. DOI: 10.5102/rbpp.v11i1.7346. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/7346/pdf>. Acesso em: 2 fev. 2024.
- FIGUEIREDO, Nelson Lopes de. *O estado infrator*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- LINO, Luiz Paulo Nogueira. O controle disciplinar exercido pela Controladoria Geral de Disciplina sobre a Polícia Militar do Ceará: uma análise das transgressões cometidas e dos registros de arquivamento/absolvição entre 2011 e 2016. *Revista Controle - Doutrina e Artigos*, [S. l.], v. 15, n. 2, p. 259–288, 2018. DOI: 10.32586/rcda.v15i2.401. Disponível em: <https://revistacontrole.tce.ce.gov.br/index.php/RCDA/article/view/401>. Acesso em: 9 fev. 2024.
- ORTEGA Y GASSET, José; tradução de Felipe Denardi. *A rebelião das massas*. Campinas,SP: Vide Editorial, 2016.
- TODOROV, Tzvetan; tradução Joana Angélica d'Avila Melo. *Os inimigos íntimos da democracia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.



**CEUB**

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**O direito administrativo sancionador e a legitimação do uso de seguros e de fundos especiais para a proteção do administrador público**

**Sanctioning administrative law and the legitimization of the use of insurance and special funds to protect the public administrator**

Sandro Lúcio Dezan

Marcelo Dias Varella

**VOLUME 14 • Nº 1 • ABR • 2024**

**OS CONTORNOS SISTÊMICOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR  
BRASILEIRO E A RELAÇÃO COM O DIREITO CONSTITUCIONAL**

# O direito administrativo sancionador e a legitimação do uso de seguros e de fundos especiais para a proteção do administrador público\*

## Sanctioning administrative law and the legitimization of the use of insurance and special funds to protect the public administrator

Sandro Lúcio Dezan\*\*

Marcelo Dias Varella\*\*\*

### Resumo

O presente artigo aborda a gestão do risco da decisão administrativa por meio do reconhecimento da efetividade do seguro e dos fundos de proteção como medidas apropriadas a dar maior liberdade e autonomia ao gestor público. Por meio do método dedutivo, e a partir de revisão de bibliografia de textos jurídicos nacionais e estrangeiros, busca-se responder se implementações de gestão de riscos, nomeadamente a contratação de seguros, podem complementar o standard de imputação da responsabilidade de direito administrativo sancionador, propiciando, por outro lado, maior segurança para o gestor público, na tomada de decisões. Conclui-se que a atuação da advocacia pública pode ser conjugada com a possibilidade de contratação de seguros e a constituição de fundos de proteção, formando, assim, um sistema efetivo de proteção dos altos quadros da Administração Pública, na medida em que equilibra o sistema de justiça administrativa, estendendo em um padrão de segunda via, a análise do dolo e da culpa do agente público.

**Palavras-chave:** risco da decisão administrativa; modelo administrativo sancionador brasileiro; responsabilidade objetiva pessoal do gestor público; imputação subjetiva; seguro e fundo de proteção.

### Abstract

This article addresses the risk management of administrative decisions by recognizing the effectiveness of insurance and protection funds as appropriate measures to give greater freedom and autonomy to public managers. Using the deductive method and based on a review of the bibliography of national and foreign legal texts, we seek to answer whether risk management implementations, namely insurance contracting, can complement the standard for attributing responsibility under sanctioning administrative law, providing On the other hand, greater security for the public manager when making decisions. It will conclude that the work of public law can be com-

\* Recebido em: 27/09/2023  
Aprovado em: 18/03/2024

\*\* Doutor em Ciências Jurídicas Públicas, pela Escola de Direito da Universidade do Minho -UMinho, Braga, Portugal (2017); Doutor (2018) e Mestre (2007) em Direitos e Garantias Fundamentais, pela Faculdade de Direito de Vitória. Doutor em Direito, pelo Centro Universitário de Brasília -UniCEUB (2016). Graduado em Direito, pela Universidade Vila Velha -UVV (2000). Graduado em Geografia, pela Universidade Federal do Espírito Santo -UFES (1996). Professor Titular de Direito Administrativo da Graduação em Direito e do Mestrado e do Doutorado no Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito e Políticas Públicas (PPGD), do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Investigador Não Integrado do Centro de Investigação da Escola de Direito da Universidade do Minho (UMinho), no Centro de Justiça e Governação (JusGov), Grupo JusCrim -Justiça Penal e Criminologia, e no Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos (DH-CII), Braga, Portugal; Professor de Direito Constitucional, de Direito Administrativo, de Direito Penal e de Direito Processual Penal, no Programa de Pós-graduação Lato Sensu, da Escola Superior da Polícia Federal do Brasil (Escola de Governo).  
E-mail: sandro.dezan@gmail.com

\*\*\* Doutor e livre-docente em Direito. Pesquisador nível I do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Professor do Programa de Mestrado e Doutorado do Centro Universitário de Brasília (Uniceub).  
E-mail: marcelodvarella@gmail.com

bined with the possibility of taking out insurance and the constitution of protection funds, thus forming an effective system of protection for senior Public Administration personnel, as it balances the justice system administrative, extending the analysis of the intent and guilt of the public agent in a second way pattern.

**Keywords:** administrative decision risk; brazilian sanctioning administrative model; personal objective responsibility of the public manager; subjective imputation; insurance and protection fund.

## 1 Introdução

Há uma insegurança jurídica para os altos quadros da Administração Pública, que obstaculiza o processo de tomada de decisão. O receio de interpretações futuras de órgãos de controle, mesmo em relação a atos que obtiveram pareceres favoráveis das áreas técnica e jurídica, impede ou torna mais lento o processo decisório no Brasil.

Uma particularidade do direito público é que a responsabilidade é mais ampla e, em muitos casos, objetiva. A Administração Pública responde mesmo sem culpa e essa ausência de imputação subjetiva pode estender-se ao agente público encarregado da decisão administrativa questionada. Conforme o caso, é muito possível que os dirigentes sejam chamados a se defender em processos de uma diversidade de searas sancionadoras e, não obstante, de reparação patrimonial, com custas processuais e honorários advocatícios personalíssimos, mesmo quando se tenha conduzido sem dolo ou culpa grave. Os casos são os mais variados.

Em que pese ao grande avanço experimentado nos últimos três anos pelo direito administrativo sancionador e de controle de contas brasileiro, esse progresso ainda não é suficiente para o reconhecimento pacífico da incidência de direito e garantias constitucionais fundamentais, por exemplo, semelhantes às existentes no direito penal. A par da imputação e da responsabilização público-sancionadoras, a atuação decisional administrativa, ainda, e não raro, pode ter repercussões patrimoniais sensíveis de ordem pública e privada. Uma decisão administrativa considerada ilegal pode repercutir não somente *interna corporis*, mas ser considerada lesiva do erário, atraindo, por exemplo, a atuação das instâncias interna e externa de controle de contas, a abarcar, também, às instâncias de combate à improbidade administrativa. Surge, assim, a responsabilização patrimonial pública e civil-administrativa, as mais temidas pelos agentes públicos.

Esse temor tem uma razão de ser e diz respeito às características do regime jurídico administrativo. A reparação do dano no direito administra tivo tem uma lógica própria, diferente da lógica do direito civil. Quanto à responsabilização patrimonial pública e civil-administrativa, consideram-se, por exemplo: (i) a responsabilidade por acidentes de veículos, quando a estrada não tinha todos os equipamentos de segurança necessários; (ii) a ausência da força pública em casos de perturbação da ordem; (iii) a ausência de regulamentação de lei de uso e ocupação do solo; (iv) a omissão em usar o poder de requisição, ou alguma forma de morosidade na tomada de decisões; dentre outras situações e tudo isto alheio a avaliação do elemento subjetivo da conduta do agente público, ou seja, sem a avaliação do dolo ou, ao menos, da culpa grave. Além disso: a responsabilização do agente ocorre mesmo à vista de culpa leve ou de mera voluntariedade de sua conduta. Em todos esses casos, o gestor público pode ser responsabilizado mesmo pelo simples fato objetivo de ter decidido a questão administrativa afeta à sua função.

A decisão, célere ou morosa, ou a ausência dela, é passível de responsabilização pessoal de quem a proferiu apenas ao amparo da constatação da conduta, resultado e nexos de causalidade entre ambos. Os pressupostos consequenciais são objetivos: conduta decisional (ativa ou omissiva) do agente público e resultado indesejado dela decorrente. Não se falam em elementos subjetivos e, igualmente, de justificantes ou de exculpantes. Mesmo no direito administrativo sancionador estrito, esses temas são novos e a doutrina e a jurisprudência os têm abordado de forma muito incipiente e restrita. Em outras palavras, as autoridades públicas estão cada vez mais sujeitas à gestão de riscos. Administrar a coisa pública, para além de ser a tarefa

de *cumprir a lei de ofício* ou de *fielmente executar a lei*, adentra à condução com *precaução* dos efeitos secundários decorrentes dessa atuação. Assim, o risco é inerente à própria função pública e à decisão administrativa e, geralmente, não percebido pelo administrador.

Com efeito, à vista da inquietação de ser, de fato, a responsabilidade patrimonial do gestor público um instituto de aferição objetiva, apresenta-se a possibilidade de se dar alguma segurança jurídica ao tomador de decisões administrativas, sem a necessidade de mudança legislativa, valendo-se de outros meios já usuais, no caso, a legitimação de constituição de fundos próprios e a contratação de seguro para a cobertura dos encargos de uma decisão *reprovada* (e dos danos dela decorrentes) não obrados com dolo ou com culpa grave.

Nesse contexto, declinados o problema apresentado e a justificativa para a investigação, aborda-se, neste artigo, a percepção e a necessidade de gestão de riscos na Administração Pública, a proteção limitada dos altos quadros da Administração Pública realizada pela Advocacia-Geral da União, a experiência estendida a servidores públicos em outros países: o caso da França, a possibilidade de seguro para defesa de dirigentes e conselheiros de estatais no Brasil, a discussão da legalidade do seguro D&O no Tribunal de Contas da União, a experiência ampliada com a contratação de seguros para altos quadros da Administração nos Estados Unidos e no Canadá, a solução europeia com a multiplicação de fundos securitários e o standard de responsabilização no direito administrativo brasileiro e o elenco de garantias passível de complementação por um modelo securitário, concluindo pela legalidade de um padrão de contratação de seguros para servidores dos altos quadros da Administração Pública, como forma de suprir um hiato da legislação de garantias fundamentais, propiciando maior liberdade e celeridade do atuar administrativo, sem colocar em risco o interesse público.

## **2 O *standard* da responsabilização no direito administrativo brasileiro e o elenco de garantias passível de complementação por um modelo securitário e de fundos de proteção**

A responsabilização jurídica é de natureza binária. Envolve o direito sancionador e o direito patrimonial e preventivo. Essa divisão apresenta consequências diretas quanto aos pressupostos para a conclusão da imputação, ora mais ora menos rigorosos. Para a responsabilização decorrente da incidência do direito sancionador, requer-se uma série de elementos mais próximos dos estudados na Teoria do Direito Penal, ao passo que, para a atuação preventiva ou de reparação patrimonial estatal, os elementos pressupostos para a responsabilização são mais superficiais. Essa é a tendência, por exemplo, na Itália, Espanha, França e Portugal.

No Brasil o tema é novo e ainda não adequadamente estudado e aplicado. O fato é que a teoria e a jurisprudência, assim como a praxe administrativa, ainda percebem uma unidade teórica entre o direito sancionador e a atuação preventiva e de responsabilização patrimonial, restringindo, assim, toda uma gama de direitos e garantias fundamentais ao primeiro, ao direito sancionador<sup>1</sup>.

Assim, nesse item, discorre-se sobre a distinção entre essas duas atuações estatais, para subsidiar o entendimento de que a gestão de riscos, notadamente a viabilidade de seguro para a atuação do administrador público, equilibra os dois flancos de atuação estatal, especialmente por inserir a necessidade de avaliação do dolo ou da culpa grave como fatores de não pagamento do valor coberto. Com isso, o seguro somente não pagará o valor do dano provocado pelo gestor se ele houver se conduzido com dolo ou com culpa grave. Nos demais casos, o seguro cobrirá os danos decorrentes da decisão administrativa.

Na medida em que se compreendem algumas espécies de direito como pertencentes ao direito público sancionador, é importante entender que outras vertentes do Direito, que aparentemente se afigurariam

<sup>1</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

como, também, sancionadoras, não o são. A linha de inclusão e de exclusão é tênue, mas existente e isso altera a essência do rol de princípios informativos que rege um e outro campo jurídico<sup>2</sup>. O ponto de divisão é encontrado ao se identificar se a pretensão de atuação jurídica é *repressivo-retributiva*, em razão do descumprimento de um *dever*, ou *preventiva* (ou *reparatória*), em razão do descumprimento de uma *obrigação*.

Nem todo preceito secundário de norma atribuída por modal deôntico<sup>3</sup> a um preceito normativo primário — antecedente e consequente (mesmo em que se trate de norma proibitiva) — tem o condão de veicular uma *punição em sentido estrito*, possuindo, destarte, outra finalidade. Esta pode ser de natureza apenas preventiva, ou, ainda, apenas reparatória, para se evitar um dano ou para se obter uma reparação de um dano ocorrido, por exemplo, patrimonial, ou, mesmo, imaterial, moral. Nesse último caso, por mais que se tenha um texto de lei que funcione como antecedente normativo proibitivo em sentido *lato sensu*, vinculado a um consequente de matriz de responsabilização, ou seja, que se porte a proibir, ou a determinar, ou ainda, a tolerar uma conduta, para se evitar um resultado danoso (funcionando, o conjunto do texto legal representado pelo binômio *antecedente e consequente*, como um preceito primário relacionado a um preceito secundário, aferindo-se, destarte, a norma proibitiva), não se deve falar em norma de *direito sancionador*. Por mais que se tenha uma *tipicidade legal*, que contenha preceitos primário e preceito secundário, assim como uma descrição de resultado indesejado e a relação de causa e efeito (nexo causal), não se permite inferir tratar-se de norma afeta ao *jus puniendi*, ao direito de punir, quer seja ele público, quer seja ele privado<sup>4</sup>.

A *finalidade da norma* — e de todo o sistema ou regime jurídico em que ela se insere — é o que define essa característica (ser ela sancionadora ou extrassancionadora). Se o seu escopo for (i) *repressivo-retributivo*, está-se diante de uma norma sancionadora<sup>5</sup>, ao passo que, se tal escopo for (ii) *preventivo* (ou *reparatório*), está-se diante de outra espécie de relação jurídica, no caso, não sancionadora ou extrassancionadora, independentemente do direito público ou do direito privado que norma se encontre sistematicamente inserida.

<sup>2</sup> Para o estudo de uma posição intermediária. PALMA DEL TESO, Ángeles de. *El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador*. Madrid: Tecnos, 1996. p. 13-51, 109-156.

<sup>3</sup> O modal deôntico pode ser compreendido como a relação fixada pelo próprio texto de lei entre os seus preceitos, entre os seus antecedentes e consequentes, a exemplo do que ocorre no âmbito do direito penal, em que o texto de lei correlaciona os preceitos primários com os respectivos preceitos secundários (tipos proibitivos e correlatas penas). Trata-se de um fenômeno legal, intrínseco à própria noção de legalidade, em que a lei diz o que *deve ser*, afirmando que, para uma determinada conduta antecedentes *deve ser* uma determinada reação consequente. No âmbito do direito sancionador, público ou privado, o *modal deôntico* apresentado pela norma jurídica é de uma proibição, ou seja, a norma desse ramo jurídico tipifica um dever de *não realização do tipo prescrito*. A norma jurídica é um produto da modalização deôntica trazida pela lei, pelo direito-texto. Para Hans Kelsen, “com o termo ‘norma’ se quer significar que algo deve ser ou acontecer, especialmente que um homem se deve conduzir de determinada maneira. É este o sentido que possuem determinados atos humanos que intencionalmente se dirigem à conduta de outrem. Dizemos que se dirigem intencionalmente à conduta de outrem não só quando, em conformidade com o seu sentido, prescrevem (comandam) essa conduta, mas também quando a permitem e, especialmente, quando conferem o poder de realizar, isto é, quando a outrem é atribuído um determinado poder, especialmente o poder de ele próprio estabelecer normas. [...] Na proposição jurídica não se diz, como na lei natural, que, quando A é, B é, mas que, quando A é, B deve ser, mesmo quando B, porventura, efetivamente não seja. O ser o significado da cópula ou ligação dos elementos na proposição jurídica do diferente do da ligação dos elementos na lei natural resulta da circunstância de a ligação na proposição jurídica ser estabelecida pela autoridade — através de um ato de vontade, portanto —, enquanto a ligação de causa e efeito, que na lei natural se afirma, é independente de qualquer intervenção dessa espécie. [...] O dever-ser jurídico, isto é, a cópula que na proposição jurídica liga pressuposto e consequência, abrange as três significações: a de um ser-prescrito, a de um ser-competente (ser autorizado) e a de um ser-(positivamente)-permitido das consequências”. KElsen, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999p. 5, 87. Para maior aprofundamento sobre o tema, remetemos o leitor ao item 10.3.2, em que discorreremos sobre *os limites e alcance da norma exarada no art. 128, caput, da Lei 8.112/1990, quando em confronto com o princípio da observância do modal deôntico (vinculum juris)*.

<sup>4</sup> Sobre a concepção do *ilícito* como instituto de sentido amplo, a abarcar toda contrariedade à norma (*dever de observação* e *dever de execução*), sob os aspectos, de suas estrutura formada por uma *condição* e um *consequente*), mesmo quanto às normas de natureza não punitivas ou às que não possuam um consequente que busque a aplicação de uma sanção em sentido estrito (e.g. para os casos de atuação apenas no campo formal, com a declaração da nulidade do resultado da violação da norma — o que Bobbio denominou de *sanção interna*). BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. São Paulo: Edipro, 2014. p. 152-154, 159.

<sup>5</sup> Exclui-se a ideia de sanção, apresentada por Bobbio, como a ação de reparação da norma com o reconhecimento da nulidade por ofensa a um dever de observação ou a um dever de execução das prescrições normativas. BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. São Paulo: Edipro, 2014. p. 59.

A existência de uma *responsabilização consequencial*, por meio de texto de lei que envolva a pessoa física ou a pessoa jurídica responsável, autora da conduta, vinculando-a ao resultado, por si só, não é o suficiente para a identificação ou a rotulação de ser determinado ramo do direito uma subespécie do direito sancionador, público ou privado. Para tanto, há de se aferir a *finalidade*, o escopo da norma: se ela tem a finalidade *repressivo-retributiva*<sup>6</sup> ou se ela tem a finalidade *preventiva* ou *reparatória*<sup>7</sup>. No primeiro caso, compreenderá norma de direito sancionador e, no segundo, norma consequencial extrassancionadora, patrimonial ou preventiva, por exemplo, de saúde pública, de higiene, de postura, de meio ambiente e de organização urbanística.

Em que pese ao fato de a responsabilização legal das pessoas físicas e jurídicas se apresentar nessas duas vertentes assinaladas, a (i) *retributivo-repressiva* e a (ii) *preventiva ou reparatória*, apenas a primeira esfera se refere ao direito sancionador e se opera tanto no âmbito do (i.a) direito público quanto no âmbito do (i.b) direito privado. Por essa razão, fala-se em *direito público sancionador* e em *direito privado sancionador* (ou direito sancionador privado<sup>8</sup>, cujas normas encontram-se prescritas, a exemplo do direito civil, direito do trabalho), ambos de caráter retributivo-repressivo. Não se pode confundir sanção com responsabilização. A sanção e a indenização são espécies de responsabilização. A primeira, a sanção, compreende a responsabilização de direito sancionador, ao passo que a segunda perfaz responsabilização de direito extrassancionador.

Sob a concepção da *teoria do interesse público*<sup>9</sup>, o direito sancionador, ao ocupar-se de uma atuação retributivo-repressiva, dedica-se ao regramento das relações jurídicas de *interesse público sancionador* e de *interesse privado sancionador* ao amparo do natural tensionamento provocado pelo dever de concretização de direitos e de garantias fundamentais constitucionais, e a primeira espécie — o interesse público sancionador — abarca os diversos ramos punitivos do Estado, a exemplo do direito penal, do direito civil sobre improbidade administrativa, do direito administrativo, *de parte do direito sobre o exercício do poder de polícia*<sup>10</sup>, do direito administrativo disciplinar, do direito ambiental, do direito do controle de contas, do direito das agências de controle, do direito tributário sancionador e do direito previdenciário sancionador<sup>11</sup>. A segunda espécie sancionatória, à luz do interesse privado sancionador, o direito privado sancionador, encontra-se estipulada no âmbito do direito civil e do direito do trabalho.

Por seu turno, a responsabilização preventiva ou reparatória não pertence à complexão epistemológica do direito sancionador. Nesses termos, por exemplo, a sanção por ato ilícito civil aquiliano<sup>12</sup> não perfaz um exercício de um direito ou de um dever-poder de punir (não se trata de aplicação de uma sanção), mas sim o exercício da aplicação jurídica de um consequente reparatório que, em muitos casos, se aperfeiçoa por

<sup>6</sup> PRADO, Luiz Regis. Teoria dos fins da pena: breves reflexões. *Ciências Penais*: Revista da Associação Brasileira de Ciências Penais, v. 1, p. 143-158, 2004.

<sup>7</sup> CASADO, Belén Casado. *El derecho sancionador civil: consideraciones generales y supuestos*. Málaga: Universidad de Málaga, 2009.

<sup>8</sup> Sobre o direito sancionador privado ou direito privado sancionador. CASADO, Belén Casado. *El derecho sancionador civil: consideraciones generales y supuestos*. Málaga: Universidad de Málaga, 2009.

<sup>9</sup> Sobre a teoria do interesse público, conferir: JORGE ESCOLA, Héctor. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Delpama, 1989; JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personalização” do Direito Administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 26, p. 115-136, 1999; GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo. Uma nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado. *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 59, jan./mar., 1988; HAEBERLIN, Martín. *Uma teoria do interesse público: fundamentos do estado meritocrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017; BARBOSA, Janderson da Costa. *O interesse público constitucional: numa formulação a luz de pressupostos teóricos, contextos e fatos no âmbito dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022.

<sup>10</sup> Sobre o poder de polícia administrativa, conferir: CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo: polícia administrativa*. São Paulo: Forense, 1967. v. 5.

<sup>11</sup> NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 2012; GARBERÍ LLOBREGAT, José. *Derecho administrativo sancionador práctico*. Barcelona: Editorial Boch, 2012. v. 1; GARBERÍ LLOBREGAT, José. *Derecho administrativo sancionador práctico*. Barcelona: Editorial Boch, 2012. v. 2; REBOLLO PUIG, Manuel *et al.* Derecho administrativo sancionador. *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, n. 173, p. 155-179, nov. 2015; CHAINAIS, Cécile; FENOUILLET, Dominique; GUERLIN, Gaëtan. *Les sanctions en droit contemporain: la sanction, entre technique et politique*. Paris: Dallos, 2012. v. 1; CHAINAIS, Cécile; FENOUILLET, Dominique; GUERLIN, Gaëtan. *Les sanctions en droit contemporain: la motivation des sanctions prononcées en justice*. Paris: Dallos, 2013. v. 2.

<sup>12</sup> O ilícito civil aquiliano compreende as infrações de natureza privada, extracontratual, nomeadamente tratadas nos artigos 186 a 188 e 927 do Código Civil brasileiro, decorrentes de infrações à lei, com resultado danoso.

meio de uma medida de caráter patrimonial, para a compensação do dano causado. Sob esses vértices, na responsabilidade aquiliana, prevista no Código Civil, a sanção decorrente de um *ato ilícito* dá-se por *finalidade* distinta da retribuição ou da repressão, características estas, uma e outra (em maior ou em menor medida, isoladamente ou cumulativamente), de um direito sancionador estatal ou privado.

Do mesmo modo, no âmbito do direito público, deve-se considerar que algumas modalidades de exercício do poder de polícia estatal (e isso se dá também para o poder privado de polícia<sup>13</sup>) se afiguram não retributivas ou repressivas, mas, sim, preventivas. Nesses casos de exercício de um dever-poder de polícia administrativa estatal preventivo, não se estará diante da incidência do direito sancionador, mas do exercício do *poder de polícia estrito* (o poder de polícia estrito é um poder de polícia extrassancionador).

Deve-se perceber que a responsabilização retributivo-repressiva e a responsabilização preventiva ou reparatória possuem naturezas jurídicas distintas, decorrentes dos papéis finalísticos que exercem no âmbito do Direito, que as alocam, uma e outra, em ramos epistemológicos separados por finalidades. Por essa razão, a *responsabilização retributivo-repressiva*, sancionadora, decorre da não observância de um *dever em sentido lato* (representado ou por uma ofensa a um dever em sentido estrito, ou por uma ofensa a uma proibição), ao passo que a *responsabilização preventiva ou reparatória* decorre da não observância de uma *obrigação* de fazer, de não fazer ou de tolerar que se faça (esta, em prol de um indivíduo ou de um grupo de indivíduos, ou, mesmo, em favor do coletivo social ou do algum interesse público específico).

Ressalta-se que a distinção se apresenta essencialmente a partir da identificação do fato de ser a norma direcionada a aferir a *responsabilização retributivo-repressiva* ou a *responsabilização preventiva ou reparatória*, para, após essa delimitação, incluí-la no direito sancionador (que tutela deveres em sentido lato), para o primeiro caso, ou, para o segundo caso, no direito extrassancionador (que regula as obrigações públicas e privadas).

Quanto às obrigações de caráter público, estas dizem respeito à *parcela dos interesses públicos* que são objetos de tutela do poder de polícia. Esses objetos encontram-se descritos, exemplificativamente, no artigo 78 da Lei 5.132/66 (Código Tributário Nacional<sup>14</sup>). Utiliza-se a expressão “parcela dos interesses públicos”, pois nem todos os bens ou valores descritos no referido artigo (e os seus congêneres não especificados no texto normativo) são eminentemente preventivos, existindo espécies cuja natureza atrai a incidência não preventiva, mas, sim, repressiva do poder de polícia, alocada, destarte, no ramo epistêmico sancionador do Direito.

Quanto às obrigações de caráter privado, estas compreendem, para os fins de distinção entre o direito sancionador e o direito extrassancionador, a responsabilidade civil aquiliana (decorrente do ilícito aquiliano), prevista no Direito brasileiro, nos artigos 186 e 187 combinados com o artigo 927, todos do Código Civil. A ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violadora de direito nem sempre ensejará a responsabilização — que, no caso, é de natureza patrimonial —, mas, tão somente, quando causar dano a outrem<sup>15</sup>. Nesses termos, conclui-se que algumas modalidades de conduta violadoras de direito não são consideradas por lei como um ilícito aquiliano e, assim, podem ocorrer sem a consequente responsabilização de

<sup>13</sup> Por exemplo, nos casos das regras de fiscalização preventivas de condomínios residenciais privados, quanto, por exemplo, às regras privadas de segurança para ingresso identificado nas suas dependências comuns. Estas são normas atinentes ao poder privado de polícia, que possuem um caráter preventivo e não repressivo ou retributivo. Por outro lado, seriam normas afetas ao poder privado sancionador de polícia as regras afetas, às proibições estatutárias condominiais de uso, em dadas circunstâncias ou para certas destinações, das áreas públicas do condomínio.

<sup>14</sup> Sobre o poder de polícia, importante conferir o teor do *caput* artigo 78 do Código Tributário Nacional – CTN: “Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos”. BRASIL. *Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15172.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm). Acesso em: 20 ago. 2023.

<sup>15</sup> CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de direito civil português*. Coimbra: Almedina, 2010. v. 2, t. 3; DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 7; LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. t. 2.

seu autor<sup>16</sup>. Nem toda ação ou omissão violadora de direito provoca um dano e, desse modo, não é abarcada pela definição do conceito de ilícito aquiliano. Efetivamente, para essa espécie de conduta, não se fala em ser ela precedente da responsabilidade aquiliana. A conduta voluntária, negligência ou imprudência, que tenha provocado dano a direito de terceiro perfaz o ilícito aquiliano e o seu consequente é a obrigação de reparar o dano. Compreende, assim, um consequente de caráter patrimonial e não repressivo-retributivo, pois a finalidade da norma em questão é a recomposição do patrimônio do terceiro prejudicado com o dano sofrido<sup>17</sup>.

Com efeito, conclui-se que nem toda violação de direito é um ilícito e, também, que nem todo ilícito pertence ao ramo do direito sancionador público ou privado. De todo modo, os ilícitos (e os seus processos) de direito sancionador devem deferência irrestrita à observância dos direitos e garantias fundamentais estampados na Constituição Federal, pois envolvem o exercício do poder (ou dever-poder) de repressão e de retribuição punitiva do Estado. Isso se firma na distinção entre (i) *repressão e retribuição* e (ii) *prevenção e reparação*.

A *repressão* compreende *punição, castigo, como pena*<sup>18</sup>, que, externadas como o consequente lógico de determinadas ações ou omissões, funcionam como modalidade de *coerção* ou *coibição* por meio da *violência*, figurando como uma espécie de *mecanismo* psíquico de inibição de condutas indesejadas<sup>19</sup>.

Nessa medida, a repressão, com a ameaça da sanção ou com a sua efetiva aplicação, desperta no autor ou no potencial autor um sentimento de recusa, de esquiva ou de cessação da conduta reprimida. Para além de uma coexistência preventiva por meio da repressão, a repressão compreende, como dito, a *coibição* por meio da violência de natureza retributiva. A repressão no sentido empregado é sempre retributiva: *repressão retributiva*, posta a pagar o mal com outro mal.

*Retribuição*, do latim *retribuere*, significa *dar, igualitariamente, algo em troca de algo* e, pela ótica do indivíduo ao qual a ação se direciona, significa *receber em troca*. Aqui se encontra a reprimenda imposta por alguém à outra pessoa em razão de sua conduta indesejada, não para uma prevenção pessoal ou geral (por mais que esse efeito seja sentido e venha a ocorrer), mas como forma de retribuição, em uma espécie de *vingança* ou de *castigo*, pelo mal causado.

A interconexão entre a repressão e a retribuição, a formar a *repressão-retributiva*, denota a essência do direito sancionador público e privado, em que a sanção, para além de uma prevenção individual e geral (exemplificativa ao coletivo social sobre o consequente da conduta).

*Prima facie*, no direito sancionador, apresenta-se, diretamente, a finalidade *repressivo-retributiva* e, indiretamente, a finalidade preventiva (do latim *praevenire*), na acepção de construção de consequências que sirvam de exemplo para o próprio apenado (para que não volte a cometer a conduta passível de sanção) e para os demais indivíduos submetidos à relação jurídica que deu azo à sanção aplicada.

Por outro lado, há uma modalidade de *prevenção* que não se impõe pelo exemplo dado, mas pela *ação tempestiva contra os possíveis precedentes de um resultado futuro indesejado*. Essa espécie de *prevenção*, que significa atuação com *cautela, cuidado, prudência, resguardo*, não decorre de uma ação *repressivo-retributiva*, mas de uma ação isoladamente *preventiva*.

<sup>16</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013; STOCO, Rui. Responsabilidade civil pela prática de atos ilícitos. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (org.). *Responsabilidade civil: teoria geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 1.

<sup>17</sup> SOTO DELGADO, Pablo. Sanciones administrativas, principio de proporcionalidad y efecto de la inaplicabilidad cuando la gestión pendiente revisa un acto administrativo: el Tribunal Constitucional como contencioso de multas en el Caso Cascada. *Anuario de Derecho Público UDP*, n. 1, p. 287-332, 2017.

<sup>18</sup> Do latim *repressio*, de *reprimere* (reprimir, impedir, fazer, cessar), no sentido legal entende-se a *vigilância* ou a *precaução* tomada pelas autoridades competentes para que certos atos ilícitos ou proibidos não se pratiquem ou não se executem. SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 10. ed. São Paulo: Forense, 1987. v. 3. *Reprehensio*: repressão; censura; acusação; crítica; refutação; correção. TORRINHA, Francisco. *Dicionário latino português*. Porto: Gráficos Reunidos, 1942. p. 745.

<sup>19</sup> SIDMAN, Murray. *Coerção e suas implicações*. Campinas-SP: Editorial PSY, 1985.

Com ela, busca-se apenas evitar um mal maior, sem se preocupar com os aspectos psíquicos pretéritos, atuais ou futuros do autor da conduta e dos demais indivíduos submetidos à mesma relação jurídica de sujeição, e isso se afere no âmbito da face não sancionadora do poder de polícia público ou privado.

A *finalidade meramente preventiva* de determinado ramo do direito o faz inserir em uma seara jurídica extrassancionadora. Assim também se comporta a divisão epistemológica do direito para com os sistemas e regimes jurídicos que apresentem finalidade reparadora como consequente da conduta, como no caso da responsabilização aquiliana, do Direito Civil.

A *reparação* apresenta como significado *conserto, satisfação, desagravo, restauração, reforma, correção*. No direito, a sua finalidade se apresenta como a busca por uma *indenização*, patrimonial ou imaterial, como forma de restauração do *status quo ante* — alheia ao escopo de recomposição da norma violada, cuja nulidade é a sanção adequada<sup>20</sup>. A correlação consequencial entre o preceito primário e o preceito secundário *de natureza indenizatória* não se insere na finalidade do direito sancionador, mas no âmbito do direito civil extrassancionador.

A existência de um ramo do direito que regule a responsabilização de pessoas não é o suficiente para considerá-lo pertencente ao sistema do direito sancionador, com todos os seus princípios informativos de garantia da justa sanção. A finalidade repressiva-retributiva deve ser o seu maior mote, fundamentada no *interesse sancionador* (público ou privado), para a proteção de deveres individuais, decorrentes de uma específica relação de sujeição.

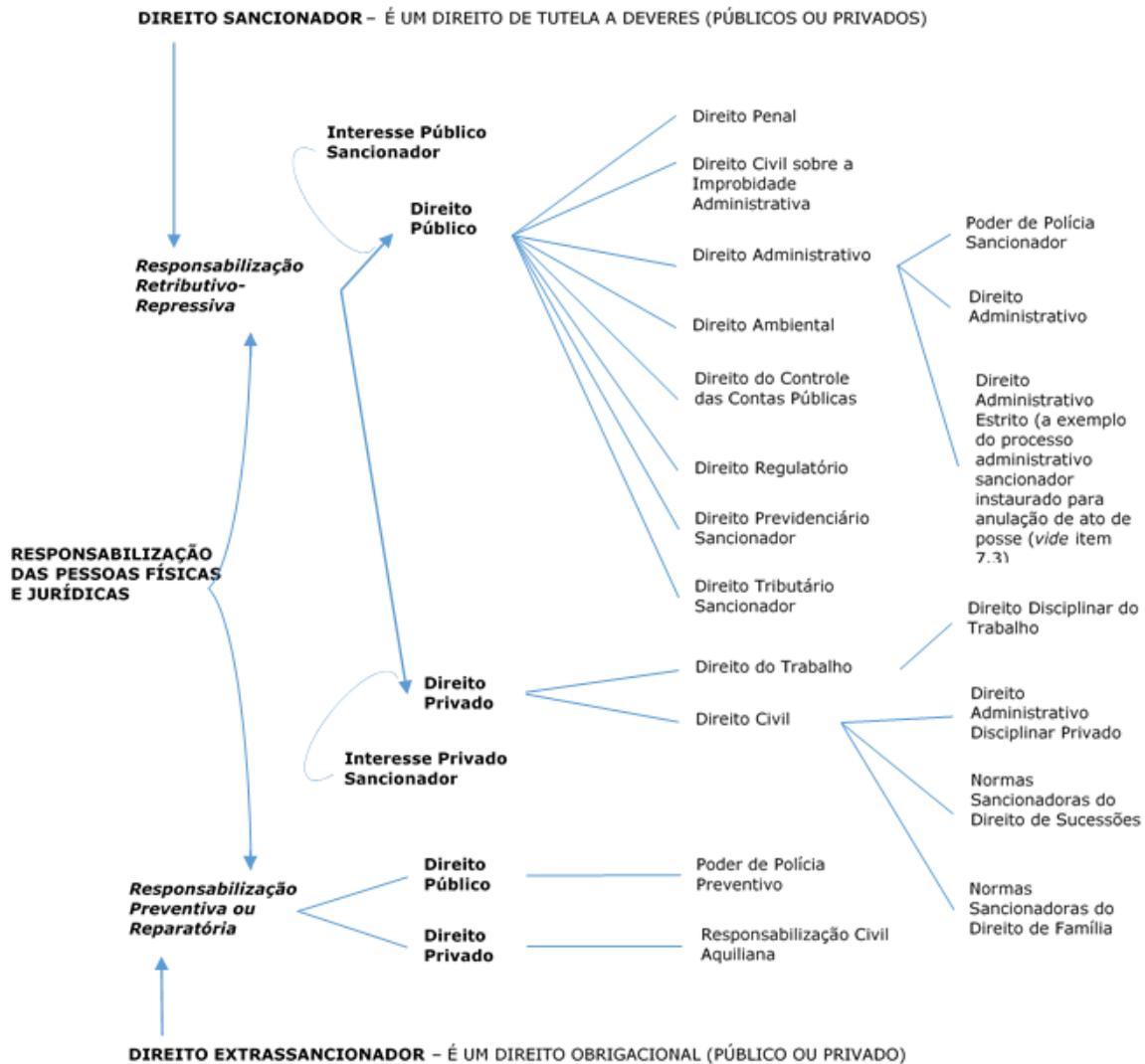
Destarte, dizer que normas proibitivas se encontram em algum sub-ramo que seja espécie do gênero de um ramo maior, qual seja, o direito sancionador, seja ele público ou privado, infere reconhecer a incidência da normatividade de todo e qualquer direito e garantia fundamental que assegure um *justo processo punitivo*.

Assim, a título de exemplo, os princípios da legalidade estrita e da taxatividade das normas tipificadoras de infrações, da irretroatividade da lei nova criadora de novo ilícito ou que o agrave, da retroatividade da lei nova abolidora do ilícito, da imputação subjetiva e da culpabilidade, dentre outros de mesma natureza constitucional e suprassistêmica, são plenamente aplicáveis aos sub-ramos do direito sancionador.

Ilustra-se, no quadro a seguir, o modelo adotado pelo Direito, para a relações de gênero e espécie quanto aos sistemas jurídicos *(i) repressivo-retributivo* e *(ii) preventivo ou reparatório* de responsabilização das pessoas físicas e jurídicas:

<sup>20</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. São Paulo: Edipro, 2014. p. 152-154, p. 159.

**Figura 1** - modelo adotado pelo Direito, para a relações de gênero e espécie quanto aos sistemas jurídicos



Compreendida essa divisão dicotômica da responsabilização, no Brasil, estende-se recente predisposição ao direito sancionador, notadamente ao direito administrativo sancionador, os direitos e garantias constitucionais fundamentais afetas originariamente ao direito penal, em especial a legalidade da aplicação da sanção somente à vista da constatação de dolo ou de culpa. Todavia, pela sua própria natureza, isso não acontece com o direito extrassancionador referente à responsabilização do agente público quanto às medidas preventivas ou reparatórias patrimoniais. Há uma inviabilidade lógica de se vincular essas duas últimas modalidades de responsabilização à constatação de dolo ou de culpa, pois, na experiência público-administrativa, as medidas de prevenção ou de precaução não se devem sujeitar à análise dos elementos subjetivos dolo e culpa do potencial causador de um dano, sob pena de se esvaziar o resultado prático dos fins da própria medida preventiva ou precaucional.

Assim, a situação alheia a tais pressupostos ocorre para com a responsabilização administrativa de *reparação patrimonial do erário* (afeta ao direito extrassancionador). Essa modalidade não se submete, em sua grande maioria, à necessidade de uma imputação subjetiva para a aferição do dever de reparar. Isto porque o interesse público e a continuidade do serviço público, por exemplo, suplantam o interesse privado, afeto ao

administrador público, responsável pela decisão administrativa questionada. Trata-se do risco da atividade, que recai diretamente sobre a pessoa do agente público.

Por outro lado, se não se pode falar em análise do dolo e da culpa como pressuposto das responsabilizações preventivas e de reparação patrimonial do erário, há a possibilidade de esses dois elementos serem aferidos como pressuposto do pagamento do valor de eventual seguro contratado para cobrir os riscos pessoais dos gestores quanto aos encargos legais de suas decisões de boa-fé na condução da coisa pública. Assim, sugere-se a viabilidade da contratação de seguro para o agente público, quanto ao exercício de sua função que possa dar causa à *reparação patrimonial ao erário* em seu nome.

Com efeito, permite-se falar em *aferição indireta do elemento subjetivo* do agente público, na medida em que eles não são analisados para a constatação de sua responsabilização pelos resultados da decisão, mas o são como pressuposto do pagamento do valor do seguro por esses mesmos resultados indesejados e reprovados, por exemplo, pelas cortes de contas, quanto aos encargos e valores personalíssimos que estão sujeitos os agentes públicos.

Essa *aferição de segunda via* do dolo e da culpa é imprescindível para que o seguro não funcione como um *incentivo perverso* a garantir a ilicitude (por imoralidade) do ato administrativo. O seguro busca, assim, garantir a livre atuação do agente público que esteja de boa-fé, não garantindo, por seu turno, a atuação do agente público que atue de má fé.

### 3 A percepção de riscos e a necessidade de sua gestão na administração pública

A solução do problema que se estuda perpassa pela ideia decorre de uma percepção de ampliação dos riscos no ambiente público-administrativo. Ainda não se falou com profundidade sobre o assunto no direito administrativo brasileiro, ao passo que, no direito estrangeiro, a exemplo do direito francês, o tema tem chamado à atenção.

Em um estudo do Conselho de Estado da França, indica-se que 15 mil municípios franceses (quase metade do total existente) estavam em zonas de risco, sendo 9.400 ameaçados por inundações, 5.500 por terremotos, 4.500 por deslizamentos, 600 por avalanches. Quanto mais o progresso técnico avança, maiores são os riscos inerentes, como nuclear, alimentar, farmacêutico e outros. A própria organização da vida social torna possível o aparecimento e a multiplicação dos efeitos danosos do risco<sup>21</sup>. Há uma mudança de escala. Como os riscos, a expectativa em relação à atuação do Estado também cresce e, por consequência, do que deveria ter sido ou não realizado pelos agentes públicos responsáveis pela tomada de decisão.

A percepção do risco evolui com a sociedade. “Em lugar de resignar-se ou implorar aos deuses, os homens, num país como o nosso, preferem dirigir-se às autoridades”<sup>22</sup>. Da mesma forma que no Brasil, os eleitos se preocupam com uma eventual responsabilidade pessoal pelos danos provocados. Note-se o relatório do Deputado René Dosière, à Assembleia Nacional francesa, de 29 de junho de 2000:

a extensão sem limites da responsabilidade dos decisores públicos e do campo dos delitos não-intencionais, apesar de ligada, em parte, ao fortalecimento do Estado de Direito em nosso país é

<sup>21</sup> BECK, Ulrich. World risk society as a cosmopolitan society? Ecological questions in a framework of manufactured uncertainties. *Theory, culture and society*, v.13, n. 4, p. 1-32, 1996; BECK, Ulrich. Subpolitics: ecology and the disintegration of institutional power. *Organization Environment*, v. 10, n. 1, p. 52-65, 1997; BECK, Ulrich. *World risk society*. Cambridge: Polity Press, 1999; BECK, Ulrich. *What is globalization?* Cambridge: Polity Press, 2000; BECK, Ulrich. The cosmopolitan society and its enemies. *Theory, Culture and Society*, v. 19, n. 1-2, p. 17-44, 2002.

<sup>22</sup> DOSIÈRE, René; VANNESTE, Christian. *Rapport d'information fait au nom du comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques sur les autorités administratives indépendantes*. Paris: Assemblée Nationale, 2010.

excessiva e, por isso, não é normal que, quando uma arquibancada desaba, um rio transborda, um suporte de rede de basquete caia, a decoração de um monumento aos mortos despenca, uma falésia se torne perigosa ou uma luminária esteja com defeito, o prefeito, o chefe da segurança do Departamento, o professor do primário, o diretor de colégio ou o funcionário público territorial sejam autuados como criminosos e, às vezes, condenados<sup>23</sup>.

Da mesma forma que os riscos, os valores envolvidos também crescem. Os atentados do *World Trade Center* geraram cerca de 50 bilhões de dólares de prejuízos, sendo 32,5 bilhões a arcados com seguros. Os dados causados pelo vazamento da plataforma de petróleo da BP no golfo do México geraram pagamentos superiores a US\$21 bilhões. Em qualquer caso, nada impede que se discuta uma eventual *responsabilidade preventiva* dos agentes públicos competentes pela segurança nacional ou pela prevenção de acidentes.

No Brasil, a escala exponencial dos danos, com o avanço das tecnologias e das atividades humanas, ocorre da mesma forma. Há inúmeros exemplos. Notem-se os danos causados com o rompimento da barragem de resíduos da mineração em Brumadinho, em Minas Gerais, em 2019, os casos de deslizamento de terra e inundações periódicas, no Rio de Janeiro e em outros Estados ou o afundamento de bairros inteiros em Maceió, a partir dos efeitos da extração de sal gema. Não seria difícil criar um nexo de causalidade com o dever de vigilância dos agentes públicos e acioná-los pelos danos provocados, caso as empresas responsáveis não tivessem patrimônio para arcar com os prejuízos.

Como consequência, quem assume um cargo público tem o receio de eventualmente ser responsabilizado pelas suas ações e omissões, mesmo quando agiu de boa-fé, como o esperado de um homem médio. Ainda que consiga evitar a responsabilidade pessoal ordinária pelos danos sofridos ao Estado, corre o risco de ter que responder a órgãos de controle ou ao Judiciário — e esta é uma forma especial de responsabilidade pessoal que podemos classificar de *responsabilidade pública-personalíssima*. O próprio tempo do processo e os custos envolvidos com advogados, perícias e outros já se configuram em uma sanção importante e que, na maioria das vezes, é arcado com os próprios recursos pessoais, sem qualquer amparo da coletividade. O agente público dedica-se à concretização do interesse público, sem uma contrapartida garantidora de sua atuação pelo Estado.

Essa atuação de alto risco tem levado os responsáveis pela tomada de decisões administrativas a se comportarem com medo, em duas vertentes: o medo de decidir e o medo de não decidir, forçando-os, no mínimo, a uma atuação morosa e intempestiva, o que se denominou de *apagação das canetas*, proveniente do fenômeno do *direito administrativo do medo*<sup>24</sup>.

Nos últimos anos, diversos procedimentos têm sido adotados para reduzir o risco dos decisores públicos, como o trabalho conjunto com órgãos de controle ou do Ministério Público, o uso de consultas prévias ao Tribunal de Contas da União (TCU), mas são procedimentos disponíveis para determinados casos e os próprios órgãos de controle e o Ministério Público não se sentem vinculados a interpretações anteriores.

No plano internacional e mesmo no Brasil, há algumas soluções para dar maior garantia aos gestores, como o uso de *seguros D&O* (*seguros “Diretores Oficiais”*) ou a previsão de defesa pela Advocacia Pública do respectivo ente, também limitados. A adoção de seguros D&O pode contribuir para reduzir a insegurança na tomada de decisões por altos quadros na Administração Pública, em um cenário de incertezas sobre interpretações futuras por tribunais, como Tribunal de Contas ou pelo Judiciário. Trata-se de cenário restrito a casos de boa-fé. Logicamente, a contratação de seguros pode implicar a exigência de medidas de redução de risco por parte das seguradoras, como a realização de cursos de capacitação, melhoria de instrumentos de avaliação e monitoramento, ou outras medidas positivas para o exercício do mandato.

<sup>23</sup> DOSIÈRE, René; VANNESTE, Christian. *Rapport d'information fait au nom du comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques sur les autorités administratives indépendantes*. Paris: Assemblée Nationale, 2010.

<sup>24</sup> SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

No Brasil, o seguro D&O passou a ser utilizado a partir dos anos 1990, com a negociação de *American Depositary Receipts* (ADRs). Os gestores brasileiros de fundos de investimento tinham receio de possíveis ações de investidores estrangeiros, a partir da possibilidade da adoção de níveis de responsabilidade civil até então inexistentes no país. O tema passou a ser regulado pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) nos anos 2000 e, atualmente, já está relativamente consolidado. A análise da evolução das normas da SUSEP pode contribuir para compreender o enquadramento do tema e sua aplicação à Administração Pública.

Em seguida, houve a discussão da adoção do seguro D&O para os membros da diretoria e dos conselhos de empresas estatais ou mesmo na Administração Pública. O tema foi objeto de discussão no âmbito do Tribunal de Contas da União, que julgou a legalidade e modalidade de contratos de seguro desta natureza, impondo limites ao seu uso.

De qualquer modo, tal como em todas as áreas em que há o avanço da securitização, as empresas de seguro impõem condições para reduzir os custos do contrato, bem como para reduzir as chances de sinistros. Pode-se dizer que a *socialização do risco* foi um dos principais motores propulsores da evolução social no século XX<sup>25</sup>. Acredita-se que a imposição de contrapartidas pode contribuir para a profissionalização do exercício da função pública e redução de incertezas.

Para estudar esse assunto, após conhecidos, como visto alhures, os contornos das espécies de responsabilidade administrativa que podem afetar o gestor público, importante se faz compreender o alcance da defesa dos gestores públicos pela advocacia pública. Em seguida, as possibilidades e os limites ao enquadramento jurídico dos seguros D&O no Brasil, bem como as condicionantes e incertezas geradas a partir da jurisprudência do TCU. Por fim, estudar como o direito estrangeiro está lidando com o tema, para poder propor soluções normativas para fazer avançar o cenário brasileiro.

## 4 A proteção limitada dos altos quadros da administração pública realizada pela Advocacia-Geral da União

No âmbito federal, a defesa dos altos quadros da Administração Pública é realizada exclusivamente pela Advocacia Geral da União (AGU), mas em casos muito específicos. O tema é hoje tratado pela Lei n.º 9.028, de 12 de abril de 1995, que define, em seu art. 22, a possibilidade da defesa dos titulares e os membros dos Poderes da República, do Ministério Público, da própria AGU, da Defensoria Pública, aos indicados para intervenção e a liquidação extrajudicial de instituições financeiras, para os indicados para a representação da União perante o Sistema Nacional de Seguros Privados, a exemplo da SUSEP, para os casos de administração especial temporária, nas instituições financeiras privadas e públicas não federais.

Art. 22. A Advocacia-Geral da União e os seus órgãos vinculados, nas respectivas áreas de atuação, ficam autorizados a representar judicialmente os titulares e os membros dos Poderes da República, das Instituições Federais referidas no Título IV, Capítulo IV da Constituição, bem como os titulares dos Ministérios e demais órgãos da Presidência da República, de autarquias e fundações públicas federais, e de cargos de natureza especial, de direção e assessoramento superiores e daqueles efetivos, inclusive promovendo ação penal privada ou representando perante o Ministério Público, quando vítimas de crime, quanto a atos praticados no exercício de suas atribuições constitucionais, legais ou regulamentares, no interesse público, especialmente da União, suas respectivas autarquias e fundações, ou das Instituições mencionadas, podendo, ainda, quanto aos mesmos atos, impetrar **habeas corpus** e

<sup>25</sup> BECK, Ulrich. World risk society as a cosmopolitan society? Ecological questions in a framework of manufactured uncertainties. *Theory, culture and society*, v.13, n. 4, p. 1-32, 1996; BECK, Ulrich. Subpolitics: ecology and the disintegration of institutional power. *Organization Environment*, v. 10, n. 1, p. 52-65, 1997; BECK, Ulrich. *World risk society*. Cambridge: Polity Press, 1999; BECK, Ulrich. *What is globalization?* Cambridge: Polity Press, 2000; BECK, Ulrich. The cosmopolitan society and its enemies. *Theory, Culture and Society*, v.19, n. 1-2, p. 17-44, 2002.

mandado de segurança em defesa dos agentes públicos de que trata este artigo.

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se aos ex-titulares dos cargos ou funções referidos no **caput**, e ainda:

I – aos designados para a execução dos regimes especiais previstos na Lei n.º 6.024, de 13 de março de 1974, e nos Decretos-Leis n.ºs 73, de 21 de novembro de 1966, e 2.321, de 25 de fevereiro de 1987, e para a intervenção na concessão de serviço público de energia elétrica;

II – aos militares das Forças Armadas e aos integrantes do órgão de segurança do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, quando, em decorrência do cumprimento de dever constitucional, legal ou regulamentar, responderem a inquérito policial ou a processo judicial.<sup>26</sup>

No mesmo sentido, o art. 10 da Lei n.º 14.133/2021 indica que a advocacia pública deve defender os servidores públicos que participaram de procedimentos licitatórios, exceto quando houver provas nos autos de atos ilícitos dolosos. Nesse caso, a defesa dos servidores públicos é muito próxima daquela realizada por meio do seguro D&O:

Art. 10. Se as autoridades competentes e os servidores públicos que tiverem participado dos procedimentos relacionados às licitações e aos contratos de que trata esta Lei precisarem defender-se nas esferas administrativa, controladora ou judicial em razão de ato praticado com estrita observância de orientação constante em parecer jurídico elaborado na forma do § 1º do art. 53 desta Lei, a advocacia pública promoverá, a critério do agente público, sua representação judicial ou extrajudicial.

§ 1º Não se aplica o disposto no *caput* deste artigo quando:

II – provas da prática de atos ilícitos dolosos constarem nos autos do processo administrativo ou judicial. § 2º Aplica-se o disposto no *caput* deste artigo inclusive na hipótese de o agente público não mais ocupar o cargo, emprego ou função em que foi praticado o ato questionado.<sup>27</sup>

Note-se que a proteção da AGU não abrange a maioria das altas funções exercidas no Poder Executivo. Se houver condenação, em diversos Estados e Municípios brasileiros, a Procuradoria tem a atribuição de defender todos os servidores públicos ocupantes de cargos ou funções, no exercício de suas funções. Em muitos casos, é bem mais amplo que no âmbito federal. Um exemplo é o art. 21 da Lei Municipal de São Paulo n.º 14.125/2005, nos seguintes termos:

Art. 21. Cabe à Procuradoria Geral do Município, por seus órgãos ou por terceiros contratados, a representação judicial dos titulares de mandato no Município e dos ocupantes de cargo, função ou emprego na Administração Pública direta e indireta municipal, concernente a atos praticados no exercício regular de suas atribuições, competindo àquela, se couber, a impetração de mandado de segurança na defesa dessas atribuições.

§ 1º A representação judicial se dará mediante solicitação do interessado e não cessará com o seu desligamento.

§ 2º O Conselho da Procuradoria Geral do Município, que decidirá sobre a solicitação na primeira sessão seguinte à sua efetivação, poderá obstar ou fazer cessar a defesa judicial do interessado quando não forem preenchidos os requisitos previstos no “*caput*”.

§ 3º Compete ao Procurador Geral do Município, quando não houver tempo hábil para manifestação do Conselho da Procuradoria Geral, tomar qualquer das medidas previstas no § 2º, “*ad referendum*” deste órgão.

§ 4º Mediante a existência de fato novo idôneo, o Conselho da Procuradoria Geral do Município poderá rever sua decisão, determinando a cessação da defesa.<sup>28</sup>

<sup>26</sup> BRASIL. *Lei n. 9.028, de 12 de abril de 1995*. Dispõe sobre o exercício das atribuições institucionais da Advocacia-Geral da União, em caráter emergencial e provisório, e dá outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9028compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9028compilado.htm). Acesso em: 20 ago. 2023. Art. 22.

<sup>27</sup> BRASIL. *Lei n. 14.133 de 1º abril de 2021*. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm). Acesso em: 10 set. 2023. Art. 10.

<sup>28</sup> SÃO PAULO (Estado). *Lei n. 14.125 de 29 de dezembro de 2005*. Extingue a Taxa de Resíduos Sólidos Domiciliares - TRSD, concede isenção da Contribuição para Custeio do Serviço de Iluminação Pública - COSIP, nos termos em que especifica, altera a

No Rio de Janeiro, lei estadual prevê o custeio de serviços advocatícios para defesa de autoridades e servidores públicos estaduais da Administração Pública direta e indireta que, pela prática de atos funcionais, ocupem “o polo passivo em ações civis públicas, ações populares, ações de improbidade, ações criminais ou sejam indiciados em inquérito civil ou criminal, ou estejam respondendo a processos perante outros órgãos de controle”<sup>29</sup>, atendidas as respectivas exigências legais.

A Ordem dos Advogados do Brasil alegou a inconstitucionalidade do tema, em defesa da incompetência da AGU para defender altos quadros da Administração Pública. O tema foi objeto de ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (ADI 2888/DF). Nesse processo, a AGU alegava em defesa da constitucionalidade da norma que inexistiria prejuízo ao erário na defesa de atos que contam com presunção de legitimidade e de pessoas com presunção de inocência. Além disso, a defesa dos atos administrativos e dos agentes que o praticaram significa a defesa da própria União e não de particulares em si. Nesse caso, a União não é apenas um ente abstrato, mas também seus agentes, que atuam no regular desempenho de suas funções e necessitam de respaldo institucional. O desvio de atribuições não permite a defesa de pessoas responsáveis por danos ao erário, sob pena de representação de interesse privado. A inconstitucionalidade não foi reconhecida.

Assim, como visto, há hoje a proteção para um conjunto de situações no âmbito federal, abrangendo determinados cargos e funções, bem como para aqueles que participam de etapas de processos licitatórios. Há uma certa resistência de associações ligadas à advocacia para a extensão da defesa processual de todos os servidores públicos. O debate então seria a conveniência e oportunidade de estender a defesa, via AGU ou via seguro D&O, para outros ocupantes de altos quadros da Administração Pública, cujas decisões estivessem sujeitas à adoção de riscos.

## 5 A experiência de proteção estendida a servidores públicos na França, Estados Unidos e Canadá

Alguns países dos continentes americano e europeu de alguma forma vem tratando do assunto, compreendendo como uma solução satisfatória para gestão de riscos na atividade administrativa decisional ora o seguro ora os fundos, conjugados com uma atuação mais ampla da advocacia pública.

Este é o sistema de gestão de riscos no setor público, o que permite uma maior liberdade de atuação para o agente público, culminando com uma razoável celeridade de procedimentos, aproximando-os da autonomia e (para além da eficiência) efetividade do setor privado.

### 5.1 O modelo de atuação da advocacia pública na defesa de agentes públicos na França

Na França, garante-se a defesa judicial e administrativa a todos servidores públicos pelos atos praticados durante o exercício da função. Sempre que um servidor é processado por uma falta de serviço, a coletividade pública deve arcar com os custos do processo, dos advogados e das condenações cíveis contra ele. A escolha dos advogados é uma liberdade do servidor, embora a coletividade possa ajudá-lo a escolher um defensor,

---

legislação tributária municipal e dá outras providências. Disponível em: <http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-14125-de-29-de-dezembro-de-2005/regulamentacoes>. Acesso em: 29 ago. 2023. Art. 21.

<sup>29</sup> RIO DE JANEIRO (Estado). *Lei n. 6.450, de 15 de maio de 2013*. Dispõe sobre o custeio de prestação de serviços de natureza jurídica com o fim que se especifica, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/legislacao/1034943/lei-6450-13>. Acesso em: 29 ago. 2023; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 2888/DF n. 0001734-92.2003.1.00.0000*. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Art. 22 da Lei Federal n. 9.028/1995. Representação de agentes públicos pela Advocacia-Geral da União [...]. Relator: Ministra Rosa Weber. Brasília, 8 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;plenario:acordao;adi:2022-02-08;2888-2124674>. Acesso em: 5 set. 2023.

caso solicite. De qualquer modo, como há uma ampla defesa dos atos funcionais praticados por todo e qualquer servidor público, pode-se dizer que o sistema francês é muito mais protetivo aos atos dos servidores públicos do que o sistema brasileiro.

A Lei n.º 83.634, de 13 de julho de 1983, é ilustrativa:

II – Salvo em caso de falta pessoal sem relação com o exercício das suas funções, o funcionário público não pode ser responsabilizado por terceiros perante os tribunais pelas faltas cometidas no exercício das suas funções.

Se o funcionário tiver sido demandado por terceiros por faltas cometidas no exercício das suas funções e não se tiver verificado o conflito de atribuições, a autoridade pública deve, na medida em que as faltas pessoais não imputáveis ao funcionário não sejam imputáveis ao funcionário, cobrir as sanções civis que lhe tenham sido aplicadas.

III – Quando um funcionário público for réu em um processo penal por fatos que não constituam faltas pessoais não relacionadas do exercício das suas funções, a autoridade pública deve conceder-lhe proteção. O funcionário público que for ouvido como testemunha assistida relativamente a esses fatos também tem direito a essa proteção. A autoridade pública é igualmente obrigada a proteger o funcionário público que, na sequência de tais actos, seja colocado sob custódia policial ou sujeito a uma medida de composição penal. (tradução livre).<sup>30</sup>

Considera-se conduta funcional, quando praticada por um funcionário no desempenho de suas funções, ou seja, durante o serviço, usando os recursos públicos, e sem qualquer interesse pessoal. Por outro lado, a má conduta pessoal ocorre fora do escopo de suas funções. A má conduta cometida durante o serviço também pode ser considerada má conduta pessoal se for particularmente incompatível com a função pública e for relativamente grave ou ainda se tiver como objetivo a satisfação de um interesse pessoal do funcionário. Nesses casos, é considerada *sem relação com a função pública*.

Em alguns casos não há proteção quando: a) demonstra-se a má-fé; os atos questionados não guardavam relação com a função exercida; quando o agente público se manifestou ou praticou ato como representante sindical; ou quando há conflitos entre um agente público e seu superior hierárquico, exceto nos casos de assédio moral.

Como regra, o servidor público pode escolher um advogado. Os custos, inclusive os de deslocamento para audiências, proteção para ele e sua família (Lei n.º 83.634, art. 11, V), são reembolsados pelas coletividades. Isso abrange inclusive os ex-funcionários públicos, com relação aos atos praticados durante o exercício da função (Decreto n. 2017-97, arts. 4 e 5).

Decreto 2017-97, de 26 de janeiro de 2017:

Artigo 4. O funcionário deverá informar ao órgão público o nome do advogado, que ele escolheu livremente, e o contrato firmado com ele nos termos do artigo 10 da lei de 31 de dezembro de 1971 acima mencionada.

Artigo 5. Sem prejuízo do acordo celebrado entre o advogado e o funcionário nos termos do artigo 10 da lei de 31 de dezembro de 1971 acima mencionada, a autoridade pública pode celebrar um acordo com o advogado nomeado ou aceito pelo requerente e, se for o caso, com o requerente.

O acordo deve determinar o valor dos honorários a serem pagos com base em uma taxa horária ou em uma taxa fixa, levando-se em consideração a complexidade do caso. O acordo estabelecerá os termos e condições sob os quais outros custos, desembolsos e emolumentos são cobertos e regulará o caso de somas concedidas ao agente com relação a custos incorridos e não incluídos nos custos.

A autoridade pública pagará diretamente ao advogado os custos previstos no contrato.

O acordo pode prever que os custos sejam pagos à medida que forem incorridos, antecipadamente e

<sup>30</sup> FRANCE. *Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983*. Portant droits et obligations des fonctionnaires. Loi dite loi Le Pors. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT00000504704>. Acesso em: 5 set. 2023.

com base em documentos comprobatórios.

O pagamento final é feito no encerramento do processo, mediante a apresentação da fatura detalhada prevista no artigo 12 do decreto de 12 de julho de 2005 acima mencionado.<sup>31</sup>

O modelo francês dá certa garantia ao administrador público, permitindo, com a redução de riscos pessoais, que atue com maior autonomia e celeridade. A garantia, independentemente de qual seja ela, verte-se em ferramenta a serviço do interesse público, na medida em que permite uma otimização do exercício das funções públicas e fornece ao Estado uma *nova forma de regulação*<sup>32</sup>.

## 5.2 A experiência ampliada com a contratação de seguros para altos quadros da administração nos Estados Unidos e no Canadá (*public officials liability insurance*)

Nos Estados Unidos e Canadá, recorreu-se aos instrumentos de securitização contra eventuais processos judiciais contra altos quadros da Administração Pública. Os seguros buscam a proteção contra os custos associados aos processos judiciais e administrativos e são similares àqueles adotados no Brasil em caso de membros da diretoria ou conselho de estatais, aqui já estudados.

Tendo em vista o alto nível de judicialização e as pesadas sanções econômicas, torna-se mais efetivo e mais econômico discutir o tema por meio de contratos de seguros, pois os riscos reais de judicialização são levados em consideração para fixação dos custos com contratação, ou seja, as apólices são moldadas para cobrir as necessidades de cada agência pública. Há uma real competição entre as empresas de seguros, o que torna possível a contratação por instrumentos tradicionais de licitação.

Os casos mais comuns de uso dos seguros nos Estados Unidos e Canadá abrangem acusações de discriminação na seleção, promoção, disciplina ou demissão de empregados, má-gestão, administração imprópria de fundos, negativa de permissões ou de licenças, de aprovação de instalação de industriais. Há seguros, inclusive, para proteção contra processos que discutem a falta em participar de reuniões ou de ter examinado corretamente documentos. Como publiciza uma companhia de seguro norte-americana “*It seems as if there’s nothing about public service that is not at risk*”<sup>33</sup>.

De forma geral, costumam contratar esse seguro os administradores dos entes públicos, os membros de conselhos municipais com poder de decisão, as autoridades responsáveis pela prestação e gestão de serviços públicos, como água, esgoto, trânsito, portos e aeroportos, além de seguros coletivos para forças policiais e corpos de bombeiros.

A publicidade da *Liberty Seguros*, que também atua no Brasil, é ilustrativa a respeito:

Até mesmo os servidores públicos mais cuidadosos e dedicados podem se ver envolvidos em processos judiciais alegando más decisões ou violação de seus deveres. Como os prêmios das condenações dos valores dos acordos continuam crescendo, uma única ação judicial pode causar sérios danos às finanças e à reputação da sua organização.

Desenvolvemos nosso seguro de responsabilidade civil para funcionários públicos para ajudar os funcionários públicos e as agências, comissões ou autoridades às quais eles servem a lidar com os riscos relacionados a alegações de atos ilícitos no exercício de suas funções. (tradução livre).

Uma vez que o número de servidores públicos aptos a recorrer ao seguro é expressivo, é comum encontrar nos Estados Unidos unidades administrativas dedicadas à análise de risco e ajudar na

<sup>31</sup> FRANCE. *Décret n° 2017-97 du 26 janvier 2017*. Relatif aux conditions et aux limites de la prise en charge des frais exposés dans le cadre d’instances civiles ou pénales par l’agent public ou ses ayants droit. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000033935723/#:~:text=des%20frais%20...-,D%C3%A9cret%20n%C2%B0%202017%2D97%20du%2026%20janvier%202017%20relatif,public%20ou%20ses%20ayants%20droit>. Acesso em: 5 set. 2023. Art. 4-5.

<sup>32</sup> AUTIN, Jean-Louis. Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes: un autre mode de régulation. *Revue du Droit Public*, p. 1229-1250, set./out., 1988.

<sup>33</sup> “Parece que não há nada no serviço público que não esteja em risco.”

contratação de seguros para os servidores. Um exemplo é a Divisão de Gerenciamento de Riscos do Governo da Virgínia, que disponibiliza aos servidores um formulário padrão, que ajuda a definir os riscos incorridos para definir as melhores opções de seguros disponíveis.

Uma característica da adoção de seguros é a necessidade de cumprimento de regras adicionais impostas pelas seguradoras para redução de riscos. No caso específico, podem-se exigir regras para os candidatos a ocuparem os postos, de governança, de transparência, de observância de critérios e pareceres técnicos antes da tomada de decisão, sem os quais não é garantida a apólice em caso de sinistro. Assim, o seguro resulta em uma melhoria da qualificação da estrutura administrativa ao longo do tempo.

### 5.3 A solução europeia com a multiplicação de fundos securitários

No direito estrangeiro, é comum também utilizar fundos com a previsão de pagamento de danos, em caso de responsabilidade civil, onde há riscos de massa. Nesse caso, não haveria a responsabilidade dos gestores ou ela seria reduzida, uma vez que os danos são compensados pelos fundos já existentes e limitados a montantes previstos em lei. De certo modo, face à ampliação dos riscos e dos regimes de responsabilidade, houve a criação, em diversos países, sobretudo na União Europeia e nos Estados Unidos, de *regimes de socialização de riscos*.

No Brasil, há vários exemplos que se inspiraram no direito europeu e norte-americano, como o Seguro Obrigatório de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres (DPVAT), o Seguro de Acidentes do Trabalho (SAT), Seguro de Responsabilidade do Proprietário de Aeronaves e do Transportador Aéreo, Seguro Contra Riscos de Incêndio de Bens (móveis e imóveis) Pertencentes a Pessoas Jurídicas, Seguro de Bens em Garantia de Empréstimos ou Financiamentos de Instituições Financeiras Públicas, Seguro Safra, Fundo Garantidor de Crédito, Fundos de Aval em caso de empréstimos para micro e pequenas empresa, seguros em casos de licitações mais vultuosas, como em relação à Nova Lei de Licitação (art. 96, §2º, II da Lei 14.133, de 2021), até a criação de dezenas de outros fundos para a eventual reparação em caso de danos.

Os fundos consistem em um sistema de reparação global, limitado a valores específicos, para atividades de risco. Buscam acelerar a reparação financeira para, em seguida, caso haja culpa, acionar os responsáveis. Os fundos se distinguem da proteção social ou dos seguros, porque objetivam resolver casos específicos e são complementares a outros mecanismos de socialização dos riscos. Não se deve considerar que a criação do fundo é uma assunção de culpa dos Estados, *a priori*<sup>34</sup>.

Em qualquer um dos casos acima, seria possível acionar os gestores públicos responsáveis pela fiscalização, mas a própria existência de seguro já implica na redução dos eventuais danos ao Estado, ainda que com aumento dos custos de transação aos particulares.

Na União Europeia, há uma quantidade muito mais significativa de fundos para reparação de danos. Trata-se de uma solução comum, amplamente utilizada. Na França, por exemplo, há o fundo de garantia para os atos do terrorismo, criado pela Lei 126-I e 422-I, do Código de Seguros; fundo para pessoas vírus HIV, resultantes de transfusão de sangue ou hemofílicas, Fundo de Garantia das Calamidades Agrícolas; o Fundo de Indenização das Vítimas de Amianto.

A visão do Conseil d'État francês é interessante:

A ideia de que não há pura casualidade prevalece: o fato de que um risco se realize leva automaticamente a se voltar para o Estado, perguntando-se se ele não poderia ter impedido sua realização, ou melhor, considerando que o Estado deveria ter impedido sua realização. Isto é mais verdadeiro ainda em matéria de catástrofes tecnológicas. Assim, a lógica de solidariedade nacional vem sobrepor-se, cada vez mais, à lógica de responsabilidade das autoridades públicas, na prevenção dos riscos maiores.

<sup>34</sup> Sobre o tema na área ambiental, MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Responsabilidade civil ambiental e a jurisprudência do STJ. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, ano 20, n. 48, p. 47-71, mar./abr., 2019.

## 6 Possibilidades de seguro para defesa de dirigentes e conselheiros de estatais no Brasil

O seguro para dirigentes no Brasil passou a ser adotado nos anos 1990, a partir da negociação de títulos estrangeiros no país. Com a entrada em vigor do novo Código Civil, o tema ganhou força e finalmente houve a regulamentação específica do tema pela SUSEP. O seguro abrange situações em que há danos, com ou sem culpa dos agentes administrativos. Como em qualquer contrato de seguro, “o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir o legítimo interesse do segurado, contra riscos predeterminados”<sup>35</sup>.

O tema é atualmente tratado pela Circular Susep 553, de 2017. Prevê-se a possibilidade de seguro quando há um ato culposo, considerado como “ações ou omissões involuntárias, que violem direito e causem dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, decorrentes de negligência, imperícia ou imprudência do responsável, pessoa física ou jurídica”<sup>36</sup>.

Em geral, os seguros são responsáveis pelos danos causados a terceiro, mas também pelos custos de defesa, que incluem os honorários advocatícios, periciais, custas judiciais e as despesas necessárias para apresentar, junto aos órgãos competentes, as defesas e/ou recursos dos segurados relativos a reclamações contempladas pelo seguro.

No seguro de RC D & O, são os atos ilícitos culposos praticados por um segurado, no exercício de suas funções, e que causem danos a terceiros, resultando em processo administrativo formal e/ou judicial contra o segurado, bem como em procedimento arbitral, com o objetivo de obrigá-lo a indenizar os terceiros prejudicados; a garantia do seguro não se aplica nos casos em que os danos causados a terceiros decorram de atos ilícitos dolosos, isto é, praticados pelo segurado comprovadamente com dolo ou culpa grave.<sup>37</sup>

O seguro é válido para os atos praticados durante a sua vigência e pode abranger, inclusive os custos de ações iniciadas após o fim do mandato, quando o objeto da discussão são os atos praticados no seu exercício, sob a vigência da apólice.

Não há proteção em caso de atos dolosos ou culpa grave. Considera-se ato doloso as *ações ou omissões voluntárias, que violem direito e/ou causem dano a outrem*. Culpa grave é aquela que se equipara ao dolo. A definição de culpa grave é definida pelo Judiciário a cada caso e se relaciona com o nível de prudência adotado pelo homem médio<sup>38</sup>. Esse é um dos conceitos nucleares para a efetividade do tema na real proteção dos gestores públicos.

Em qualquer caso, não se pode falar em seguro quando há má-fé do segurado. A má-fé afasta a obrigação do seguro pagar o prêmio. Da mesma forma, o segurado perde o direito à garantia quando agravar intencionalmente o risco objeto do contrato, como quando age ou deixar de agir em tempo hábil para evitar a ampliação do dano.

No sentido contrário, o segurado pode solicitar a redução do prêmio estipulado quando reduz consideravelmente o risco, como quando adota medidas importantes para evitar que o dano ocorra ou para minimizá-

<sup>35</sup> BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 23 ago. 2023.

<sup>36</sup> BRASIL. Ministério da Fazenda. Superintendência de Seguros Privados. *Circular SUSEP n. 553, de 23 de maio de 2017*. Estabelece diretrizes gerais aplicáveis aos seguros de responsabilidade civil de diretores e administradores de pessoas jurídicas (seguro de RC D & O), e dá outras providências. Disponível em: <https://www2.susep.gov.br/safe/scripts/bnweb/bnmap.exe?router=upload/18133>. Acesso em: 5 set. 2023.

<sup>37</sup> BRASIL. Ministério da Fazenda. Superintendência de Seguros Privados. *Circular SUSEP n. 541, de 14 de outubro de 2016*. Estabelece diretrizes gerais aplicáveis aos seguros de responsabilidade civil de diretores e administradores de pessoas jurídicas (seguro de RC D & O). Disponível em: <https://www2.susep.gov.br/safe/scripts/bnweb/bnmap.exe?router=upload/16741>. Acesso em: 5 set. 2023.

<sup>38</sup> ROBLEDÓ, Agustín Luiz. El rango de las normas sancionadoras. In: BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. *Derecho constitucional y cultura: estudios en homenaje a Peter Häbeler*. Madrid: Tecnos, 2002. p. 605-625.

-lo. Por fim, há um dever de o segurado comunicar ao segurador sobre qualquer incidente capaz de agravar consideravelmente o risco coberto, sob pena de perder o direito à garantia.

## 7 Discussão da legalidade do seguro D&O no Tribunal de Contas da União

A discussão do Tribunal de Contas da União sobre a legalidade da contratação do seguro D&O ocorreu a partir de uma licitação realizada pela Eletrobras, ainda estatal, para proteção de diretores, administradores e conselheiros. O contrato foi realizado com a Itaú Seguros. Discutia-se a possibilidade e os limites da contratação de um seguro desta natureza.

A Eletrobras defendeu que o seguro D&O era uma opção comumente adotada por empresas concorrentes do setor privado e que privá-la desse seguro significa uma assimetria de condições de concorrência, pois os gestores poderiam deixar de adotar medidas similares às que outros diretores de empresas no mesmo setor, por receio de eventuais ações posteriores. Na época, BNDES, Petrobras e outras empresas listadas em bolsa, com participação da União, já contratavam um seguro D&O e, como reconheceu o TCU, a aceitação da ocupação de cargos de diretoria nessas empresas, em grande parte, apenas ocorria, porque os gestores sabiam que havia o seguro.

O argumento contrário à contratação do seguro era o fato de ele tornar ineficazes as medidas punitivas dos órgãos de controle. Em um caso similar, em que se discutia a possibilidade do seguro D&O abranger “custas judiciais, honorários advocatícios e multas não penais despendidas por administradores de entidades fechadas de previdência complementar”, a Procuradoria da SUSEP considerou que não havia legítimo interesse dos administradores e que a sua contratação poderia frustrar eventuais medidas punitivas dos órgãos fiscalizadores. A Procuradoria de Assuntos Societários e Regimes Especiais da SUSEP, por exemplo, opinou que os seguros D&O não deveriam incluir a cobertura de multas administrativas, para evitar que os segurados fossem estimulados a ignorar as sanções existentes.

Nas palavras do parecer:

As apólices de seguro D&O não poderiam incluir a cobertura de multas impostas ao segurado, uma vez que a partir de tal previsão “haverá um desestímulo ao não respeito às leis”, isto é, comprometeria o caráter disciplinador da multa aplicada, afastando os efeitos patrimoniais negativos decorrentes da conduta do administrador e desestimulando a adoção de práticas de governança corporativa. Contudo, somente em 2012, este entendimento passou a ser adotado pela Susep quando da análise das apólices submetidas a registro perante esta autarquia, culminando com a negativa de diversos pedidos de renovação e celebração de seguros D&O com a previsão de cobertura para multas.<sup>39</sup>

A posição do TCU atualmente é pela possibilidade de contratar um seguro para a proteção dos atos praticados, mas com limites. De certa forma, vai no mesmo sentido da norma da SUSEP. Primeiramente, considera possível que o seguro pague as custas processuais e honorários advocatícios, receio comum entre os técnicos que ocupam posições em conselhos de estatais, por exemplo. O seguro pode abranger a defesa dos atos praticados, tanto junto aos órgãos de controle, como no Judiciário. Em um Acórdão, envolvendo a Companhia Energética do Piauí S.A – CEPISA, o TCU considerou que a previsão de pagamento dos custos de defesa do antigo administrador apenas seria possível quando houvesse efetivamente o interesse da CEPISA na causa. Em outros casos, os custos deveriam ser suportados pelo próprio ex-dirigente. Nas palavras do TCU:

17. Apesar de o Contrato 035/2002, firmado com o aludido escritório, estabelecer a possibilidade de

<sup>39</sup> MARTINS, Alexandre Marques da Silva; PELLANDA, Osiris Vargas. O contrato de seguro de responsabilidade civil para diretores e gestores na administração pública direta no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 278, n. 3, p. 87-112, set./dez., 2019.

defesa de diretor da Companhia, tal situação só seria admitida quando efetivamente presente o interesse da CEPISA na causa. No entanto, compulsando-se o teor do mencionado Acórdão 364/2003 – Plenário, vê-se que a defesa patrocinada, embora em nome da entidade, tinha o claro o intuito de descaracterizar as irregularidades em benefício direto da responsável, e não se insurgir contra eventual sucumbência da entidade.

18. Corrobora, ainda, essa conclusão a constatação da unidade técnica de que, diferente de outros ajustes, o Contrato n.º 35/2002 era gerenciado diretamente pela ex-presidente, sendo que, por ordem dela, o pagamento da primeira fatura do contrato foi efetuado sem que o escritório contratado tivesse apresentado o relatório dos serviços executados, apesar da exigência contratual e da ressalva do setor competente, o que reforça a conclusão de que atuou na defesa de seus interesses e não da entidade que administrava.<sup>40</sup>

O TCU exclui a possibilidade de seguro contra atos dolosos, manifestamente ilegais, contrários ao interesse público ou com culpa grave. Em seguida, exige que os segurados adotem precauções e medidas normativas que se esperaria de um homem médio para evitar os danos.

O texto do Acórdão é interessante:

9.3.1. A contratação de seguro cuja apólice incluía cobertura de indenização ou pagamento de sanções aplicadas por órgãos do Estado, em virtude de atos praticados com dolo ou culpa, no segundo caso quando comprovado que não foram adotadas as precauções e medidas normativas e legais que se esperaria de um homem médio, afronta os princípios da moralidade e da supremacia do interesse público, previstos, respectivamente, no art. 37, caput, da Constituição da República, e no art. 2º, caput, da Lei n.º 9.784/1999.

9.3.2. a contratação de seguro para defesa de dirigentes em processos administrativos ou judiciais, cuja apólice incluía cobertura em caso de prática de atos manifestamente ilegais, contrários ao interesse público, praticados com dolo ou culpa, nesse último caso quando comprovado que não foram adotadas as precauções e medidas normativas e legais que se esperaria de um homem médio, afronta o disposto nos princípios da moralidade, legalidade e supremacia do interesse público, previstos, respectivamente, no art. 37, caput, da Constituição da República, e no art. 2º, caput, da Lei n.º 9.784/1999.<sup>41</sup>

Da mesma forma, todo o debate se situa em torno da existência de culpa, culpa grave ou dolo do ato praticado. Se o ato é considerado doloso ou culpa grave, as custas deveriam ser pagas pelo antigo administrador, não cabendo seguro. Ocorre que a própria gravidade da culpa pode ser o objeto da discussão. Nesse caso, considera-se que o seguro poderia arcar com a defesa do antigo dirigente e, caso considerada a existência de culpa grave ou dolo, haveria direito de regresso contra o mesmo pelas custas.

## 8 Considerações finais

O Brasil experimenta momento de compreensão dos contornos normativos do direito administrativo sancionador e o controle interno e externo têm-se mostrado excessivos, provocando uma forma de paralização das atividades de decisão administrativa. Isto se dá nomeadamente em razão do medo do agente público em decidir questões de interesse público que envolvam consideráveis montas e possíveis repercussões perante os referidos órgãos de controle. De fato, os gestores públicos, na maioria dos casos, têm o receio de serem mal interpretados e com isso responsabilizados de modo pessoal por suas ações, mesmo quando

<sup>40</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão 3116/2013*. Processo 043.954/2012-0. Representação. Possíveis irregularidades em licitação para contratação de seguro de responsabilidade civil [...]. Relator: Raimundo Carreiro. Brasília, 20 de novembro de 2013. Disponível em: <https://conecta-tcu.apps.tcu.gov.br/tvp/49392059>. Acesso em: 9 set. 2023.

<sup>41</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão 3116/2013*. Processo 043.954/2012-0. Representação. Possíveis irregularidades em licitação para contratação de seguro de responsabilidade civil [...]. Relator: Raimundo Carreiro. Brasília, 20 de novembro de 2013. Disponível em: <https://conecta-tcu.apps.tcu.gov.br/tvp/49392059>. Acesso em: 9 set. 2023.

tenham atuado de boa-fé, sem dolo ou culpa grave, inclusive quando amparados por análises e pareceres técnicos que lhes tenham dado respaldo executivo.

A responsabilização administrativa não segue a linha do direito penal e incide, na maioria dos casos, objetivamente, apenas levando em consideração o nexo de causa e efeito entre o agir administrativo e o seu resultado, ficando, assim, à mercê de uma avaliação fria e distante das circunstâncias reais que levaram à decisão questionada.

O tema encontra-se afeto à gestão de riscos no setor público e é consideravelmente abordado em países, por exemplo, como França, Estados Unidos e Canadá, com soluções razoáveis, a exemplo de uma maior atuação da advocacia pública na defesa de agentes públicos, como no caso da França, e a securitização (os seguros D&O – seguros “Diretores Oficiais”) contra eventuais processos judiciais que envolvam os altos quadros da Administração Pública, para a proteção contra os custos associados aos processos administrativos e judiciais que possam ser desencadeados no futuro, em razão de questionamentos da decisão administrativa. São os *public officials liability insurance*. Nessa mesma linha de socialização do risco, os países europeus utilizam-se da constituição de fundos com a previsão de pagamento de danos, em caso de responsabilidade civil, em que há riscos de massa, o que se compreende como riscos de interesse público.

No Brasil esses institutos são timidamente aplicados. A atuação da advocacia pública ainda carece de legislação mais ampla e, não obstante, ainda é encarada como uma benesse pessoal a servir unicamente aos interesses privados do agente público e a utilização de seguros e de fundos acaba por esbarrar, muitas vezes, em óbices apresentados pelos órgãos de controle, a exemplo do Tribunal de Contas da União, que possuem entendimento ainda conservador sobre a plena adequação, por exemplo de seguros para a aplicação em casos de responsabilidade personalíssimas dos agentes públicos, entendendo apenas incidir nos casos de coincidência entre o interesse privado do gestor e o interesse público secundário, do órgão em que o agente se encontra ou encontrava investido no momento da decisão questionada.

Todavia, a dedicação de seguros e fundos para a cobertura de danos ao erário decorrentes da tomada de decisão administrativa, quando avaliados nesses procedimentos de cobertura de danos, é salutar por três motivos: propicia maior liberdade ao administrador público que passará atuar sem medo de ser injustamente responsabilizado pessoalmente; essa maior liberdade e desenvoltura na tomada das decisões administrativas dá celeridade às ações da Administração Pública, tornando-a mais competitiva com o setor privado, por exemplo em relação ao exercício de atividades econômicas e, nessa atividade e nas atividades de prestação de serviços estritamente públicos, mais eficientes e, mesmo, mais efetivas; e propicia o aprimoramento do direito administrativo sancionador brasileiro, trazendo, mesmo que indiretamente, pois fora do processo administrativo e posteriormente por meio do procedimento de cobertura dos danos, a análise do elemento subjetivo como pressuposto da responsabilização final personalíssima do agente público, para a cobertura dos danos e encargos da decisão questionada.

Nesse último caso, leva a efeito uma modalidade de *aferição indireta do elemento subjetivo* do agente público, na medida em que eles não são analisados para a constatação de sua responsabilização pelos resultados da decisão, mas o são como pressuposto do pagamento do valor do seguro por esses mesmos resultados indesejados e reprovados. Por exemplo, pelas cortes de contas, quanto aos encargos e valores personalíssimos que estão sujeitos os agentes públicos. Essa *aferição de segunda via* do dolo e da culpa é imprescindível para que o seguro não funcione como um *incentivo perverso* a garantir a ilicitude (por imoralidade) do ato administrativo. O seguro busca, assim, garantir a livre atuação do agente público que esteja de boa-fé, não garantindo, por seu turno, a atuação do agente público que atue de má fé.

À vista de todo o exposto, a legitimação das coberturas de encargos decorrentes de decisões administrativas por seguros e por fundos e, também, a ampliação da atuação da advocacia pública na defesa dos gestores administrativos, para além da garantia pessoal do agente, que, no caso, não se afasta de uma forma de proteção do interesse público, tem o condão de humanizar o *direito administrativo sancionador brasileiro*, alocando-

-o de forma harmoniosa no atual Estado que experimenta o direito, qual seja, o Estado Constitucional de Direito. Haveria um ambiente mais favorável à tomada de decisão caso o Brasil caminhasse por uma das vertentes já consolidadas no direito estrangeiro ou mesmo em direitos subnacionais, como a ampliação do seguro para dirigentes, a possibilidade de reembolso pela defesa judicial e administrativa dos atos praticados no exercício dos altos cargos da gestão pública ou mesmo pela extensão da atuação da advocacia pública.

## Referências

- AUTIN, Jean-Louis. Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes: un autre mode de régulation. *Revue du DroitPublic*, p. 1229-1250, set./out., 1988.
- BARBOSA, Janderson da Costa. *O interesse público constitucional: numa formulação a luz de pressupostos teóricos, contextos e fatos no âmbito dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022.
- BECK, Ulrich. Subpolitics: ecology and the disintegration of institutional power. *Organization Environment*, v. 10, n. 1, p. 52-65, 1997.
- BECK, Ulrich. The cosmopolitan society and its enemies. *Theory, Culture and Society*, v.19, n. 1-2, p. 17-44, 2002.
- BECK, Ulrich. *What is globalization?* Cambridge: Polity Press, 2000.
- BECK, Ulrich. World risk society as a cosmopolitan society? Ecological questions in a framework of manufactured uncertainties. *Theory, culture and society*, v.13, n. 4, p. 1-32, 1996.
- BECK, Ulrich. *World risk society*. Cambridge: Polity Press, 1999.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. São Paulo: Edipro, 2014.
- BRASIL. *Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15172.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm). Acesso em: 20 ago. 2023.
- BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 23 ago. 2023.
- BRASIL. *Lei n. 14.133 de 1º abril de 2021*. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/114133.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114133.htm). Acesso em: 10 set. 2023.
- BRASIL. *Lei n. 9.028, de 12 de abril de 1995*. Dispõe sobre o exercício das atribuições institucionais da Advocacia-Geral da União, em caráter emergencial e provisório, e dá outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9028compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9028compilado.htm). Acesso em: 20 ago. 2023.
- BRASIL. Ministério da Fazenda. Superintendência de Seguros Privados. *Circular SUSEP n. 553, de 23 de maio de 2017*. Estabelece diretrizes gerais aplicáveis aos seguros de responsabilidade civil de diretores e administradores de pessoas jurídicas (seguro de RC D & O), e dá outras providências. Disponível em: <https://www2.susep.gov.br/safe/scripts/bnweb/bnmapi.exe?router=upload/18133>. Acesso em: 5 set. 2023.
- BRASIL. Ministério da Fazenda. Superintendência de Seguros Privados. *Circular SUSEP n. 541, de 14 de outubro de 2016*. Estabelece diretrizes gerais aplicáveis aos seguros de responsabilidade civil de diretores e administradores de pessoas jurídicas (seguro de RC D & O). Disponível em: <https://www2.susep.gov.br/safe/scripts/bnweb/bnmapi.exe?router=upload/16741>. Acesso em: 5 set. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 2888/DF n. 0001734-92.2003.1.00.0000*. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Art. 22 da Lei Federal n. 9.028/1995. Representação

tação de agentes públicos pela Advocacia-Geral da União [...]. Relator: Ministra Rosa Weber. Brasília, 8 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;plenario:acordao;adi:2022-02-08;2888-2124674>. Acesso em: 5 set. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão 3116/2013*. Processo 043.954/2012-0. Representação. Possíveis irregularidades em licitação para contratação de seguro de responsabilidade civil [...]. Relator: Raimundo Carreiro. Brasília, 20 de novembro de 2013. Disponível em: <https://conecta-tcu.apps.tcu.gov.br/vtp/49392059>. Acesso em: 9 set. 2023.

CASADO, Belén Casado. *El derecho sancionador civil: consideraciones generales y supuestos*. Málaga: Universidad de Málaga, 2009.

CHAINAIS, Cécile; FENOUILLET, Dominique; GUERLIN, Gaëtan. *Les sanctions en droit contemporain: la sanction, entre technique et politique*. Paris: Dallos, 2012. v. 1.

CHAINAIS, Cécile; FENOUILLET, Dominique; GUERLIN, Gaëtan. *Les sanctions en droit contemporain: la motivation des sanctions prononcées en justice*. Paris: Dallos, 2013. v. 2.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. Coimbra: Almedina, 2010. v. 2, t. 3.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo: polícia administrativa*. São Paulo: Forense, 1967. v. 5.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 7.

DOSIÈRE, René; VANNESTE, Christian. *Rapport d'information fait au nom du comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques sur les autorités administratives indépendantes*. Paris: Assemblée Nationale, 2010

FRANCE. *Décret n° 2017-97 du 26 janvier 2017*. Relatif aux conditions et aux limites de la prise en charge des frais exposés dans le cadre d'instances civiles ou pénales par l'agent public ou ses ayants droit. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000033935723/#:~:text=des%20frais%20...-D%C3%A9cret%20n%C2%B0%202017%2D97%20du%2026%20janvier%202017%20relatif,public%20ou%20ses%20ayants%20droit>. Acesso em: 5 set. 2023. Art. 4-5.

FRANCE. *Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983*. Portant droits et obligations des fonctionnaires. Loi dite loi Le Pors. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000504704>. Acesso em: 5 set. 2023.

GARBERÍ LLOBREGAT, José. *Derecho administrativo sancionador práctico*. Barcelona: Editorial Boch, 2012. v. 1.

GARBERÍ LLOBREGAT, José. *Derecho administrativo sancionador práctico*. Barcelona: Editorial Boch, 2012. v. 2.

GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo. Uma nota sobre el interés general como cencepto jurídico indeterminado. *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 59, jan./mar., 1988.

HAEBERLIN, Martín. *Uma teoria do interesse público: fundamentos do estado meritocrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

JORGE ESCOLA, Héctor. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Delpama, 1989.

JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personalização” do Direito Administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 26, p. 115-136, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

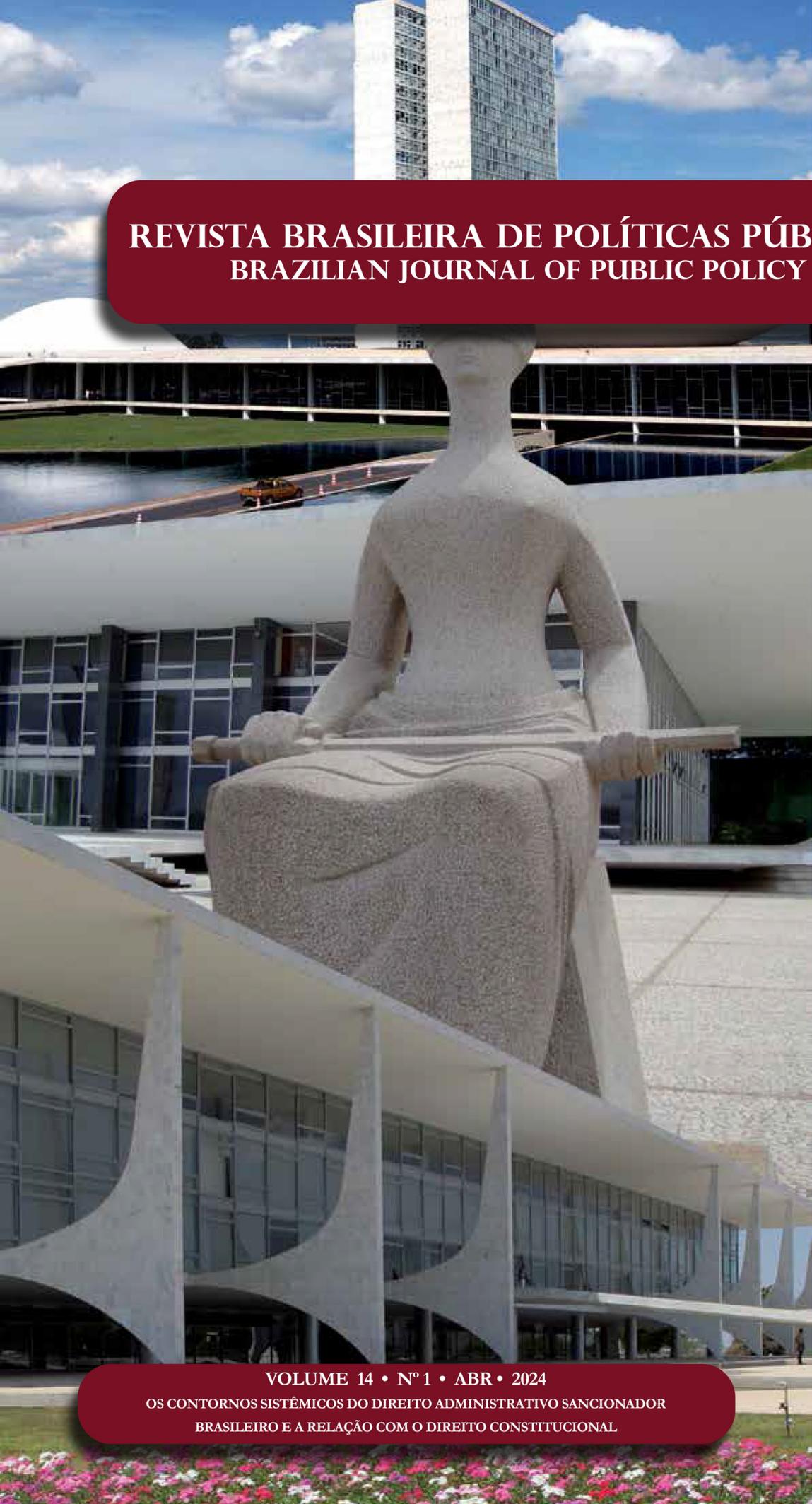
LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. t. 2.

- MARTINS, Alexandre Marques da Silva; PELLANDA, Osiris Vargas. O contrato de seguro de responsabilidade civil para diretores e gestores na administração pública direta no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 278, n. 3, p. 87-112, set./dez., 2019.
- MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Responsabilidade civil ambiental e a jurisprudência do STJ. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, ano 20, n. 48, p. 47-71, mar./abr., 2019.
- NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 2012.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Derecho administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- PALMA DEL TESO, Ángeles de. *El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador*. Madrid: Tecnos, 1996.
- PRADO, Luiz Regis. Teoria dos fins da pena: breves reflexões. *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Ciências Penais*, v. 1, p. 143-158, 2004.
- REBOLLO PUIG, Manuel *et al.* Derecho administrativo sancionador. *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, n. 173, p. 155-179, nov. 2015.
- RIO DE JANEIRO (Estado). *Lei n. 6.450, de 15 de maio de 2013*. Dispõe sobre o custeio de prestação de serviços de natureza jurídica com o fim que se especifica, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/legislacao/1034943/lei-6450-13>. Acesso em: 29 ago. 2023.
- ROBLEDO, Agustín Luiz. El rango de las normas sancionadoras. In: BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. *Derecho constitucional y cultura: estudios en homenaje a Peter Häbeler*. Madrid: Tecnos, 2002. p. 605-625.
- SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Derecho administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.
- SÃO PAULO (Estado). *Lei n. 14.125 de 29 de dezembro de 2005*. Extingue a Taxa de Resíduos Sólidos Domiciliares - TRSD, concede isenção da Contribuição para Custeio do Serviço de Iluminação Pública - COSIP, nos termos em que especifica, altera a legislação tributária municipal e dá outras providências. Disponível em: <http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-14125-de-29-de-dezembro-de-2005/regulamentacoes>. Acesso em: 29 ago. 2023.
- SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- SIDMAN, Murray. *Coerção e suas implicações*. Campinas-SP: Editorial PSY, 1985.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 10. ed. São Paulo: Forense, 1987. v. 3.
- SOTO DELGADO, Pablo. Sanciones administrativas, principio de proporcionalidad y efecto de la inaplicabilidad cuando la gestión pendiente revisa un acto administrativo: el Tribunal Constitucional como contencioso de multas en el Caso Cascada. *Anuario de Derecho Público UDP*, n. 1, p. 287-332, 2017.
- STOCO, Rui. Responsabilidade civil pela prática de atos lícitos. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (org.). *Responsabilidade civil: teoria geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 1.
- TORRINHA, Francisco. *Dicionário latino português*. Porto: Gráficos Reunidos, 1942.

The logo for CEUB (Centro de Estudos em Urbanismo e Planejamento Urbano de Brasília) is displayed in a stylized white font on a dark red background.

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

The cover features a photograph of the modern architecture of the CEUB building in Brasília, with a large white stone statue of a seated woman in the foreground. The sky is blue with scattered white clouds.

# REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**A avaliação de impacto e de resultado regulatório como espectros de política regulatória-sancionatória eficiente em inteligência artificial: reflexões à luz da *accountability***

**Regulatory impact assessment and regulatory result assessment as a spectre of efficient regulatory-sanction policy in artificial intelligence: reflections from the prism of *accountability***

Luis Henrique de Menezes Acioly

Isabelle Brito Bezerra Mendes

João Araújo Monteiro Neto

VOLUME 14 • Nº 1 • ABR • 2024

OS CONTORNOS SISTÊMICOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR  
BRASILEIRO E A RELAÇÃO COM O DIREITO CONSTITUCIONAL

# A avaliação de impacto e de resultado regulatório como espectros de política regulatória-sancionatória eficiente em inteligência artificial: reflexões à luz da *accountability*\*

## Regulatory impact assessment and regulatory result assessment as a spectre of efficient regulatory-sanction policy in artificial intelligence: reflections from the prism of accountability

Luis Henrique de Menezes Acioly\*\*

Isabelle Brito Bezerra Mendes\*\*\*

João Araújo Monteiro Neto\*\*\*\*

### Resumo

O objetivo do presente manuscrito é investigar os fundamentos para a aplicação da Avaliação de Impacto Regulatório e Avaliação de Resultado Regulatório como instrumentos de *accountability* em relação à regulação da Inteligência Artificial, como contributos para a modernização do Direito Administrativo Sancionador. Parte-se da hipótese de que esses instrumentos viabilizam uma política regulatória democraticamente aberta, com participação dos regulados para a construção da política regulatória e sancionadora. Metodologicamente, empreendeu-se uma revisão sistemática de literatura, fundamentada em bases indexadoras como a *Scielo*, *Index Law Journal* e *Google Scholar*. O presente manuscrito se materializa em três capítulos de desenvolvimento e as considerações finais, além da introdução. Inicialmente, apresenta a multiplicidade de funções do Princípio da *Accountability* no contexto da regulação de tecnologia. Em seguida, discorre-se sobre as principais dimensões funcionais de uma autoridade competente para a regulação e *enforcement* em matéria de Inteligência Artificial. Posteriormente, aborda-se, especificamente, a estrutura e aplicabilidade da Avaliação de Impacto Regulatório e da Avaliação de Resultado Regulatório no ambiente normativo da Inteligência Artificial. Por fim, apresentam-se as considerações finais. Observou-se, como resultado principal, que os instrumentos analisados se alocam na concretização do Princípio da *Accountability*, endereçando o dever de o agente regulador e sancionador prestar contas a um fórum público, aberto e pluriparticipativo. Constatou-se que, por meio de uma governança social associada a esses instrumentos, mitiga-se o déficit democrático em relação à intervenção do Estado na esfera privada, dando substância ao processo regulatório, e fundamentado o *enforcement*, no âmbito da proceduralização do Direito Administrativo Sancionador.

\* Recebido em: 28/02/2024

Aprovado em: 24/04/2024

\*\* Pós-Graduando em Direito Digital (Especialização) junto ao Instituto de Tecnologia e Sociedade (ITS) e Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino do Direito (CEPED) da UERJ. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Ruy Barbosa - UniRuy. Coordenador de Pesquisa do Grupo de Estudos em Tecnologia, Informação e Sociedade - GETIS/CNPq. Advogado.

Email: acioly10@gmail.com

\*\*\* Mestra em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Pós-Graduada em Proteção de Dados e Governança Digital pela UNIFOR. Advogada. Tax Consultant na EY. Pesquisadora no Grupo de Estudos em Tecnologia, Informação e Sociedade - GETIS/CNPq.

Email: isabellemdes06@gmail.com.

\*\*\*\* PhD em Direito pela Universidade de Kent no Reino Unido. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Professor do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade de Fortaleza. Coordenador do Grupo de Estudos em Tecnologia, Informação e Sociedade - GETIS/CNPq. Advogado especializado em Proteção de Dados e Privacidade, Presidente da Comissão de Direito Digital da OAB/CE.

Email: joaoneto@unifor.br.

**Palavras-Chave:** Avaliação de Impacto Regulatório. Avaliação de Resultado Regulatório. Política Regulatória. Inteligência Artificial. *Accountability*. Direito Administrativo Sancionador.

## Abstract

The aim of this manuscript is to investigate the foundations for the application of Regulatory Impact Assessment (RIA) and Regulatory Result Assessment (RRA) as instruments of accountability in the regulation of Artificial Intelligence (AI), contributing to the modernization of Administrative Sanction Law. It starts from the hypothesis that these instruments enable a democratically open regulatory policy, with participation of the regulated entities in the construction of regulatory and sanctioning policy. Methodologically, a systematic literature review was conducted, based on indexing platforms such as Scielo, Index Law Journal, and Google Scholar. The manuscript is structured into three chapters of development and final considerations, in addition to the introduction. Initially, it presents the multiplicity of functions of the Accountability principle in the context of technology regulation. Next, it discusses the main functional dimensions of a competent authority in the regulation and enforcement of Artificial Intelligence. Then, it specifically addresses the structure and applicability of RIA and RRA in the regulatory environment of Artificial Intelligence. Finally, final considerations are drawn. The main result observed is that the analyzed instruments contribute to the realization of the accountability principle, addressing the duty of the regulatory and sanctioning agent to be accountable to a public, open, and multi-participatory forum. It was found that, through social governance associated with these instruments, the democratic deficit in the State's intervention in the private sphere is mitigated, giving substance to the regulatory process, and grounding enforcement within the proceduralization of Sanctioning Administrative Law.

**Keywords:** Regulatory Impact Assessment. Regulatory Result Assessment. Regulatory Policy. Artificial intelligence. Accountability. Sanctioning Administrative Law.

## 1 Introdução

Em estruturas fundadas no fluxo de informacional, que alimentam a *data-driven economy*<sup>1-2</sup>, o desafio regulatório é mais complexo, na medida que, além da prescrição de normas para a funcionalidade técnica desse fluxo, há, também, a necessidade de delimitação de parâmetros éticos para o uso de dados pessoais e a proteção contra discriminação frente interesses comerciais<sup>3</sup>. Nesse cenário, a estratégia de atuação do agente regulador se mostra essencial para a efetividade de qualquer medida regulatória coerente com a preservação da inovação.

No contexto da regulação brasileira da inteligência artificial, há uma gama de esforços sendo produzidos por entidades setoriais, tal qual a Corregedoria Nacional de Justiça, com a sua Resolução n. 332, de 2020, e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados com a pretensão de instituição de um *sandbox* regulatório na temática, ao passo que, também, se discutem regras gerais a partir de uma Lei que regule o tema em caráter

<sup>1</sup> BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

<sup>2</sup> O conceito "*data-driven economy*" é utilizado para se referir à crescente inserção dos dados na direção da economia, o que se convencionou denominar de economia direcionada por dados. Esse processo de fundamentação da economia, nos dados dos consumidores, tem trazido à tona diversas discussões sobre o papel e responsabilidade das partes envolvidas, bem como do modelo de participação dos usuários, com esteio em sua autodeterminação informativa (WORLD ECONOMIC FORUM. *Data-Driven Economies*: Foundation for Our Common Future. White Paper. abril, 2021).

<sup>3</sup> LAURER, Moritz; SEIDL, Timo. Regulating the European Data-Driven Economy: A Case Study on the General Data Protection Regulation. *Policy & Internet*, v. 13, n. 2, p. 257-277, jun. 2021.

nacional. O Projeto de Lei n. 2.338, de 2023, tem despontado como referência na regulação nacional e geral de sistemas de Inteligência Artificial, devido ao seu histórico formativo a partir de uma Comissão de Juristas convocadas pelo Presidente do Senado especialmente para esse fim.

A atuação regulatória no contexto contemporâneo reveste-se de confluências com modelos participativos e pautados em uma estrutura de diálogo interinstitucional e aberto, com enfoque em uma dinâmica responsiva, inclusive para a proceduralização do Direito Sancionador-Regulatório<sup>4</sup>. Nessa esteira, a governança regulatória se fundamenta em três pilares, a saber: (i) legitimidade, isto é, consagração de instrumentos de participação para a elaboração e a condução das decisões do regulador; (ii) eficiência, concernente ao planejamento e formulação da política regulatória em busca de resultados precisos e específicos; e (iii) *accountability*, compreendida como o reforço e a racionalidade do controle social e institucional das ações do próprio regulador<sup>5</sup>. O Princípio da *Accountability*, ou prestação de contas, culmina por dar substância a toda a dinâmica regulatória e sancionadora.

Por conseguinte, o esforço regulatório quanto à Inteligência Artificial demanda cautela no caminho processual para a compreensão dos impactos de uma dada abordagem regulatória, que emanará frutos no *enforcement* e sancionamento. O presente manuscrito parte desse panorama para lançar luzes sobre a necessidade e viabilidade de manejo de instrumentos de *accountability* pública a fim de dimensionar a atuação do agente regulador, viabilizando uma estrutura de *enforcement* que maximize a sua eficiência, sem mitigar o potencial inovador da Inteligência Artificial, que detém importância ímpar para o desenvolvimento social e tecnológico brasileiro.

Pretende-se, assim, investigar a aplicabilidade da Avaliação de Impacto Regulatório e da Avaliação de Resultado Regulatório como espectros de uma política regulatória em Inteligência Artificial, discorrendo sobre seus elementos e caracteres nesse contexto. Busca-se, nesse ínterim, compreender quais são os desafios do processo de regulação de tecnologia, que tornam essa atividade de especial relevo em diversos ordenamentos jurídicos. Ademais, se objetiva dispor acerca das funções institucionais atinentes a uma autoridade competente para a regulação e *enforcement* em matéria de Inteligência Artificial.

Para tanto, procedeu-se, metodologicamente, a partir da revisão crítica da literatura de referência no tema, à materialização em uma pesquisa bibliográfica e documental de cunho descritivo, natureza qualitativa e caráter exploratório, em que se preconizou o diálogo entre autores das diferentes áreas das ciências sociais. Empreendeu-se, neste artigo, uma revisão literária, materializada por meio de uma pesquisa bibliográfica, cuja coleta de dados ocorreu por livros, dissertações e artigos, repositados em bases de dados eletrônicas — *Scientific Electronic Library Online* (SciELO), *Index Law Journals* e Google Acadêmico —, tendo como descritores: Direito Administrativo Sancionador; Direito Regulatório; Regulação; Inteligência Artificial; Tecnologia; Avaliação de Impacto Regulatório; Avaliação de Resultado Regulatório; Eficiência Administrativa.

Apresentam-se como marco teórico da presente discussão os estudos empreendidos por Júlia Black, acerca da proceduralização e descentralização do Direito Administrativo, além da obra promovida por Lyria Bennet Moses, sobre a diversidade de formas na relação entre Estado e Tecnologia. Para início da presente discussão, contextualiza-se o Princípio da *Accountability* no panorama regulatório, descortinando acerca de sua multiplicidade funcional e a variação de seus significados no escopo das diversas abordagens regulatórias.

## 2 Multiplicidade funcional e conceitual do princípio da *accountability* no panorama regulatório

<sup>4</sup> OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaíd Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. *IP - Interesse Público*, Belo Horizonte, a. 22, n. 120, p. 83-126, mar./abr. 2020.

<sup>5</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Novo Perfil da Regulação Estatal Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

Uma eficiente agenda regulatória de inteligência artificial deve apontar para estratégias eficazes em face de questões imanentes ao *machine learning* em diferentes contextos e aplicações setoriais<sup>6</sup>, compatibilizando-se com a estrutura geral de normas atinentes às esferas de mercado já reguladas<sup>7-8</sup>. A *accountability*, assim, se apresenta como medida de modulação da participação do agente regulado na dinâmica regulatória<sup>9</sup>, essencialmente aplicada ao desenvolvimento tecnológico. A *accountability* também promove a transparência e previsibilidade de ações do agente regulador, especialmente pondo em foco o processo administrativo sancionador<sup>10</sup>.

A relação entre Estado e Tecnologia não se restringe à questão regulatória. Diversas formas de interação podem ser visualizadas no panorama global. De todo modo, para fins do presente estudo, é preciso consignar como conceito de tecnologia o processo ou instrumento pelo qual se realiza a transformação da realidade, física ou virtual<sup>11</sup>. Pode-se conceber a tecnologia como qualquer artefato ou sistema que promova a conversão de *inputs* em resultados, modificando o ambiente produtivo<sup>12</sup>, ou o espectro de ferramentas e artifícios utilizados para modificar ou adaptar o ambiente social<sup>13</sup>.

## 2.1 A Multiplicidade de Formas da Relação entre Estado e Tecnologia e os Desafios Regulatórios

O espectro de interações entre o Estado e esses processos e artefatos — denominados genericamente no presente estudo como *tecnologia* — é sintetizado por Keller<sup>14</sup> em: (i) relações de equivalência; (ii) relações de instrumentalidade; (iii) relações de incentivo; (iv) relações de normatização. No escopo das relações de equivalência, compreende-se a atuação estatal como uma tecnologia, na medida em que o Estado aplica uma série de técnicas com objetivo de adaptação de atividades econômicas, ampliando ou restringindo determinados resultados<sup>15</sup>. Indo-se além, Wiener<sup>16</sup> compreende a regulação estatal como uma governança tecnológica, alterando a realidade com base em *inputs* e resultados. A seu turno, as relações de instrumentalidade se descortinam no uso de tecnologia para otimização do exercício das funções estatais. É importante lembrar

<sup>6</sup> BLACK, Julia; MURRAY, Andrew. Regulation AI and Machine Learning: Setting the Regulatory Agenda. *European Journal of Law and Technology*, v. 10, n. 3, 2019.

<sup>7</sup> FORTES, Pedro Rubim Borges; BAQUERO, Pablo Marcello; AMARILES, David Restpro. Artificial Intelligence Risks and Algorithmic Regulation. *European Journal of Risk Regulation*, v. 13, n. 3, p. 357-372, 2022.

<sup>8</sup> Tem-se como exemplos de mercados já regulados que serão potencialmente influenciados pela agenda regulatória em Inteligência Artificial: o mercado de capitais (PRATA DE CARVALHO, Angelo Gamba. Inteligência artificial no mercado de capitais. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin. *Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019); o mercado de saúde e fármacos (DOURADO, Daniel de Araújo; AIH, Fernando Mussa. A regulação da inteligência artificial na saúde no Brasil começa com a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. *Revista de Saúde Pública*, n. 56, v. 80, p. 1-7, 2022); e o mercado da propriedade intelectual (SAMPAIO, Giovanna Martins; PEREIRA, Neila de Paula; SANTOS, João Antônio Belmino dos. Inteligência Artificial e Propriedade Intelectual: uma interface. *Revista Verdere*, Dourados, v. 14, n. 30, p.211-233, mai./ago. 2022).

<sup>9</sup> BLACK, Julia. Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a “Post-Regulatory” World. *Current Legal Problems*, v. 54, n. 1, p. 103-146, 2001.

<sup>10</sup> BIONI, Bruno Ricardo. *Regulação e Proteção de Dados Pessoais: O Princípio da Accountability*. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

<sup>11</sup> BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 273, p. 123-163, set./dez. 2016.

<sup>12</sup> WIENER, Jonathan. The regulation of technology, and the technology of regulation. *Technology in Society*, Durham, n. 26, p. 483-500, 2004.

<sup>13</sup> Ressalta-se, ainda, uma subclassificação de tecnologia disruptiva como sendo a inovação que ocorre quando um processo ou artefato for capaz de enfraquecer ou, eventualmente, de substituir indústrias, empresas ou produtos estabelecidos no mercado (BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 273, p. 123-163, set./dez. 2016).

<sup>14</sup> KELLER, Clara Iglesias. *Regulação nacional de serviços na Internet: exceção, legitimidade e o papel do Estado*. 2019. 300 f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

<sup>15</sup> BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 273, p. 123-163, set./dez. 2016.

<sup>16</sup> WIENER, Jonathan. The regulation of technology, and the technology of regulation. *Technology in Society*, Durham, n. 26, p. 483-500, 2004.

que o processo de datificação de políticas públicas — “*evidence-based policy*”<sup>17</sup> ou “*information polity*”<sup>18</sup> — inseriu no Estado a massiva utilização de tecnologia e promoveu a transformação de processos dentro da própria estrutura governamental<sup>19</sup>.

No escopo das relações de incentivo, o Estado impõe ou estimula o uso de determinada tecnologia<sup>20</sup>, o que pode ocorrer, por meio de alocação de recursos, em inovações tecnológicas<sup>21</sup>, incorporação de tecnologias no setor privado como fruto do desenvolvimento estatal ou por imposição de padrões tecnológicos em determinados setores da sociedade ou agentes econômicos<sup>22</sup>.

No escopo das relações de normatização, regulação, em seu sentido estrito<sup>23</sup>, é a tecnologia objeto do poder regulador do Estado, no âmbito de suas competências normativas<sup>24</sup>. A regulação de tecnologia detém nuances que a destacam no processo de formulação de prescrição normativa. Moses<sup>25</sup> atribui à regulação de tecnologia a noção de regulação do ambiente socio-tecnológico, que opera como a resposta do Direito sobre como se pode influenciar a forma que os contextos sócio tecnológicos venham a tomar. Em vias práticas, a regulação de tecnologia busca a conformidade desses processos à lógica principiológica que é exercida na regulação dos múltiplos setores da sociedade por meio dos mecanismos de intervenção concernentes às políticas públicas e normas de caráter geral e abstrato<sup>26</sup>. Há uma caixa de ferramentas — “*toolkit*” — na regulação de tecnologia que orienta a formulação de normas de conformidade principiológica<sup>27</sup>, e subsidia o processo da intervenção com base nos instrumentos que serão apresentados no presente estudo. A integração dos algoritmos de IA, em processos sociais e econômicos, pressupõe a existência de mecanismos de governança social<sup>28</sup>.

Contudo, há questões específicas a respeito da regulação de tecnologia que desafiam o Estado, para além da odisseia de acompanhar o desenvolvimento desses processos e artefatos. Moses<sup>29</sup> elenca três classes de desafios regulatórios: (i) a conexão regulatória; (ii) o “*dilema de Collingridge*”; e (iii) o *“pacing problem*, ou problema de ritmo. O desafio de conexão regulatória se refere à incompatibilidade entre as novas práticas

<sup>17</sup> BIONI, Bruno; LUCIANO, Maria. O Princípio da Precaução na Regulação de Inteligência Artificial: Seriam as Leis de Proteção de Dados o seu Portal de Entrada?. In: BIONI, Bruno. (org.). *Proteção de dados: contexto, narrativas e elementos fundantes*. São Paulo: B. R. Bioni Sociedade Individual de Advocacia, 2021 p. 281-313.

<sup>18</sup> WIMMER, Miriam. Cidadania, tecnologia e Governo digital: proteção de dados pessoais no estado movido a dados. In: *ICT households 2019: Pesquisa Sobre o Uso das Tecnologias de Informação e Comunicação no Setor Público Brasileiro*. Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR, São Paulo: CGI.br. 2019, p. 27-36.

<sup>19</sup> WIMMER, Miriam. Cidadania, tecnologia e Governo digital: proteção de dados pessoais no estado movido a dados. In: *ICT households 2019: Pesquisa Sobre o Uso das Tecnologias de Informação e Comunicação no Setor Público Brasileiro*. Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR, São Paulo: CGI.br. 2019, p. 27-36.

<sup>20</sup> BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 273, p. 123-163, set./dez. 2016.

<sup>21</sup> WIENER, Jonathan. The regulation of technology, and the technology of regulation. *Technology in Society*, Durham, n. 26, p. 483-500, 2004.

<sup>22</sup> MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven. *Economics and the law: from posner to postmodernism and beyond*. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 2006.

<sup>23</sup> O termo “regulação” comporta diversos significados. Em sentido lato, “regulação” é toda forma de intervenção do Estado, correspondendo ao conceito genérico de influência estatal na atividade privada. Em sentido intermediário, entende-se o termo como condicionamento, coordenação e disciplina da atividade privada, dirigindo-a para determinada finalidade. Em sentido estrito, regulação seria somente o condicionamento da atividade econômica por lei ou outro ato normativo estatal (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Novo Perfil da Regulação Estatal. Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório*. Rio de Janeiro: Forense, 2015).

<sup>24</sup> KELLER, Clara Iglesias. *Regulação nacional de serviços na Internet: exceção, legitimidade e o papel do Estado*. 2019. 300 f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

<sup>25</sup> MOSES, Lyria Bennett. How to Think About Law, Regulation and Technology: Problems with ‘Technology’ as a Regulatory Target. *Law Innovation and Technology*, v. 5, n.1, p. 1-20, 2013.

<sup>26</sup> BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 273, p. 123-163, set./dez. 2016.

<sup>27</sup> MONTAGNANI, Maria Lillà. Virtues and Perils of Algorithmic Enforcement and Content Regulation in the EU - A Toolkit for a Balanced Algorithmic Copyright Enforcement. *Journal of Law, Technology & Internet* v. 11, n.1, 2020.

<sup>28</sup> DONEDA, Danilo; ALMEIDA, Virgílio. What is Algorithm Governance? *IEEE Internet Computing*, v. 20, n. 4., p. 60-63, jul./ago. 2016.

<sup>29</sup> MOSES, Lyria Bennett. How to Think About Law, Regulation and Technology: Problems with ‘Technology’ as a Regulatory Target. *Law Innovation and Technology*, v. 5, n.1, p. 1-20, 2013.

de mercado e o ambiente regulatório previamente instituído<sup>30</sup>. A desconexão regulatória pode advir de um vazio normativo ou do descolamento da tecnologia do ambiente regulatório existente<sup>31</sup>. Os desafios inerentes ao “*dilema de Collingridge*” têm correlação com a obra de Collingridge<sup>32</sup>, que investiga o tempo adequado para que uma ação ou omissão estatal seja eficiente sem limitar o potencial da tecnologia. Genus e Stirling<sup>33</sup> apontam que, conforme estudo de Collingridge<sup>34</sup>, há uma flexibilização interpretativa nos estágios iniciais do desenvolvimento de uma dada tecnologia, de sorte que se favorece uma regulação preambular. Lado outro, uma tecnologia já consolidada no mercado se torna menos permeável a arranjos regulatórios, se estabilizando na chamada fase de fechamento<sup>35</sup>.

O *pacings problem* é justamente o desafio do Estado, em sua atividade normativa, de acompanhar o ritmo da evolução tecnológica. Moses<sup>36</sup> atribui a esse problema circunstâncias como a incerteza dos impactos da tecnologia e a necessidade de avaliação de riscos, bem como o risco de a regulação ser superlativa, prejudicando o desenvolvimento dessa tecnologia, ou subinclusiva, desabilitando a proteção dos fins e direitos fundamentais que teriam justificado a atuação estatal. Essas circunstâncias são essenciais para avaliar o momento da ação ou omissão regulatória, corroborando a teoria levantada por Collingridge<sup>37</sup>.

Na cadeia de desenvolvimento de uma tecnologia disruptiva, a regulação tem sido historicamente alocada ao final do processo<sup>38-39</sup>. Contudo, a adoção de uma estratégia regulatória que condiga com o ambiente de inovação pressupõe a avaliação dos riscos sociais e regulatórios e a definição de autoridades legítimas para a realização da intervenção no desenvolvimento tecnológico<sup>40</sup>. A noção de regulação como uma governança regulatória compreende um sistema complexo e policêntrico de normatização e prestação de contas<sup>41</sup>, incidindo na etapa de desenvolvimento da tecnologia.

## 2.2 O Princípio da *Accountability* como Modulador da Dinâmica Obrigacional na Regulação de Tecnologia

A avaliação de circunstâncias para a regulação de tecnologia leva a uma abordagem baseada nos riscos que aquele mecanismo ou artefato possa causar na sociedade<sup>42</sup>. Nesse sentido, os aportes teóricos da Re-

<sup>30</sup> MOSES, Lyria Bennett. How to Think About Law, Regulation and Technology: Problems with “Technology” as a Regulatory Target. *Law Innovation and Technology*, v. 5, n.1, p. 1-20, 2013.

<sup>31</sup> KELLER, Clara Iglesias. *Regulação nacional de serviços na Internet: exceção, legitimidade e o papel do Estado*. 2019. 300 f. Tese (Doutorado em Direito Público) - Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

<sup>32</sup> COLLINGRIDGE, David. *The Social Control of Technology*. London: Frances Pinter Ltd., 1980.

<sup>33</sup> GENUS, Audley; STIRLING, Andy. Collingridge and the dilemma of control: Towards responsible and accountable innovation. *Research Policy*, v. 47, n. 1, p. 61-69, feb. 2018.

<sup>34</sup> COLLINGRIDGE, David. *The Social Control of Technology*. London: Frances Pinter Ltd., 1980.

<sup>35</sup> KELLER, Clara Iglesias. *Regulação nacional de serviços na Internet: exceção, legitimidade e o papel do Estado*. 2019. 300 f. Tese (Doutorado em Direito Público) - Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

<sup>36</sup> MOSES, Lyria Bennett. How to Think About Law, Regulation and Technology: Problems with “Technology” as a Regulatory Target. *Law Innovation and Technology*, v. 5, n.1, p. 1-20, 2013.

<sup>37</sup> COLLINGRIDGE, David. *The Social Control of Technology*. London: Frances Pinter Ltd., 1980.

<sup>38</sup> BLACK, Julia; MURRAY, Andrew. Regulation AI and Machine Learning: Setting the Regulatory Agenda. *European Journal of Law and Technology*, v. 10, n. 3, 2019; FLORIDI, Luciano; HOLWEG, Matthias; TADDEO, Mariarosca; SILVA, Javier Amaya; MOKANDER, Jakob; WEN, Yuni. *cap.AI: A Procedure for Conducting Conformity Assessment of AI Systems in Line with the EU Artificial Intelligence Act*. 23, mar. 2022.

<sup>39</sup> Segundo Black e Murray, o desenvolvimento de tecnologia no panorama estadunidense tem seguido essas etapas: (i) prova; (ii) prototipação; (iii) desenvolvimento comercial (iv) aprovação do mercado; (v) exploração comercial; e (vi) regulação e controle (BLACK, Julia; MURRAY, Andrew. Regulation AI and Machine Learning: Setting the Regulatory Agenda. *European Journal of Law and Technology*, v. 10, n. 3, 2019).

<sup>40</sup> BLACK, Julia; MURRAY, Andrew. Regulation AI and Machine Learning: Setting the Regulatory Agenda. *European Journal of Law and Technology*, v. 10, n. 3, 2019.

<sup>41</sup> BLACK, Julia. Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a “Post-Regulatory” World. *Current Legal Problems*, v. 54, n. 1, p. 103-146, 2001.

<sup>42</sup> FORTES, Pedro Rubim Borges; BAQUERO, Pablo Marcello; AMARILES, David Restpro. Artificial Intelligence Risks and Algorithmic Regulation. *European Journal of Risk Regulation*, v. 13, n. 3, p. 357-372, 2022.

gulação Responsiva<sup>43</sup> podem ser aplicados para diagnosticar o grau interação entre Estado e agentes econômicos desenvolvedores de tecnologia<sup>44</sup>, por meio de um *toolkit* efetivo o suficiente para mitigar o *padding problem*. Ao apontar a necessidade de prestação de contas para comportamentos realmente responsivos<sup>45</sup>, observa-se uma lógica dialógica que busca superar uma regulação superlativa ou subinclusiva. A prestação de contas como corolário da regulação responsiva dá forma e sentido ao Princípio da *Accountability*, enfatizando a necessidade de uma interação regulatória entre os desenvolvedores de tecnologia e o agente regulador<sup>46</sup>.

A interação regulatória, contudo, não é estática, mas pressupõe uma complexa rede de atores. A compreensão da *accountability* como um conceito eminentemente relacional conduz à formulação de polos de evidência de poder<sup>47</sup>. Para Bioni<sup>48</sup>, a *accountability* dirige-se a um fenômeno de poder, de forma que a força de um agente, seja ele regulador ou regulado, é contingenciada pelo escrutínio público, a ponto de haver uma divisão do trabalho entre quem é o detentor do poder — o *power-holder* — e quem pode sofrer as consequências de um mal comportamento deste — o *account-holder*. Black<sup>49</sup> explicita a existência de uma força social da *accountability* na modulação de comportamentos do *power-holder* e do *account-holder*, por meio de uma estrutura policêntrica da regulação, na qual, constantemente, os papéis se entrelaçam<sup>50</sup>, na alçada do escrutínio público.

Buscando fundamento na Teoria da Obrigação como um processo, de Silva<sup>51</sup>, Bioni<sup>52</sup> dá contornos à perspectiva obrigacional da *accountability* como uma relação intersubjetiva notadamente complexa. A obrigação é teorizada como uma relação jurídica transitória, que estabelece vínculo entre dois polos diferentes, cujo objeto é uma prestação, positiva ou negativa, garantido o cumprimento<sup>53</sup>. A partir desse conceito, Tartuce<sup>54</sup> aponta como constitutivos da obrigação: (i) os elementos subjetivos, caracterizados pelos sujeitos que compõem os polos da relação, isto é, o credor e o devedor; (ii) o elemento objetivo imediato, concernente à própria prestação; e (iii) o elemento imaterial, o vínculo existente entre os sujeitos.

Contudo, esse preceito de vinculação interpartes não é estático, afastando a noção de polaridade como rivalidade entre os sujeitos<sup>55</sup>. Dessa forma, visualizar a obrigação como um processo conduz à noção de complexidade e cooperação, com base em uma plêiade de atores<sup>56</sup>. Rosenvald<sup>57</sup> ressalta que a obrigação como uma relação complexa pressupõe uma série de atos relacionados entre si, que caminham para um objetivo preordenado. Esse iter prestacional supera a antiga compreensão de subordinação factio-jurídica do

<sup>43</sup> AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. Oxford: Oxford University Press, 1992.

<sup>44</sup> BIONI, Bruno Ricardo. *Regulação e Proteção de Dados Pessoais: O Princípio da Accountability*. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

<sup>45</sup> BALDWIN, Robert; BLACK, Julia. Really Responsive Regulation. *Revista de Direito Administrativo*, v. 281, n. 2, p. 45-90, 2022.

<sup>46</sup> BIONI, Bruno; LUCIANO, Maria. O Princípio da Precaução na Regulação de Inteligência Artificial: Seriam as Leis de Proteção de Dados o seu Portal de Entrada?. In: BIONI, Bruno. (org.). *Proteção de dados: contexto, narrativas e elementos fundantes*. São Paulo: B. R. Bioni Sociedade Individual de Advocacia, 2021 p. 281-313.

<sup>47</sup> BIONI, Bruno Ricardo. *Regulação e Proteção de Dados Pessoais: O Princípio da Accountability*. Rio de Janeiro: Forense, 2022; BLACK, Julia. Decentering Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a “Post-Regulatory” World. *Current Legal Problems*, v. 54, n. 1, p. 103-146, 2001.

<sup>48</sup> BIONI, Bruno Ricardo. *Regulação e Proteção de Dados Pessoais: O Princípio da Accountability*. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

<sup>49</sup> BLACK, Julia. Decentering Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a “Post-Regulatory” World. *Current Legal Problems*, v. 54, n. 1, p. 103-146, 2001.

<sup>50</sup> BLACK, Julia. Proceduralisation and Polycentric Regulation. *Revista Direito GV*, v. 1.5, n. Especial 1, p. 99-130, 2005.

<sup>51</sup> SILVA, Clóvis Couto e. *A obrigação como um processo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006.

<sup>52</sup> BIONI, Bruno Ricardo. *Regulação e Proteção de Dados Pessoais: O Princípio da Accountability*. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

<sup>53</sup> FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Obrigações*. 15. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021.

<sup>54</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil*. 17 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

<sup>55</sup> FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Obrigações*. 15. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021.

<sup>56</sup> SILVA, Clóvis Couto e. *A obrigação como um processo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006.

<sup>57</sup> ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé*. São Paulo: Saraiva, 2005.

devedor ao credor, para pôr em foco o bem comum da relação obrigacional, a satisfação do interesse preordenado, cujo alcance somente ocorre por meio de cooperação entre os sujeitos que interligam esse vínculo<sup>58</sup>.

A relação de obrigação no entorno da prestação de contas dá densidade à ambivalência do binômio poder-dever, na medida em que o *account-holder* e o *power-holder* devem se predispor a uma cooperação institucional, dialógica para uma deliberação conjunta<sup>59</sup>. O aspecto dinâmico da relação obrigacional expande o elemento subjetivo para alcançar um fórum público de agentes<sup>60</sup> como credores cooperativos de uma prestação de contas, a partir da qual, um ou mais agentes poderão basear suas funções institucionais para alcance de um objetivo prévio deliberado conjuntamente. As fronteiras que delimitam o elemento objetivo também recebem influxos da noção processual da obrigação, posto que uma postura reativa do quadro de sujeitos ativos dessa relação tem o condão de emoldurar os aspectos da própria “conta” a ser prestada, dando sentido ao diálogo que fundamenta a *accountability*.

Exemplificando a dinâmica eminentemente complexa na plêiade de atores, Bioni<sup>61</sup> aponta que, a partir de mecanismos jurídicos, ou administrativos-judiciais, no âmbito da proteção de dados, há viabilidade para uma tutela coletiva de direitos dos titulares, bem como o uso de “*naming-shaming*” pode moldar a opinião popular em face de um comportamento desidioso do sujeito passivo da obrigação de prestar<sup>62</sup>.

Assim, a prestação de contas a um fórum público<sup>63</sup> pressupõe a existência de regras específicas para aposição dessa caixa de ferramentas, definindo os elementos da relação obrigacional<sup>64</sup>, notadamente quanto aos sujeitos que comporão esse fórum, a quem competirá desincumbir-se da responsabilidade de prestar contas, bem como ao objeto e circunstâncias que nortearão a sua tomada e julgamento<sup>65-66</sup>.

Deve-se caminhar, portanto, para a compreensão de que a regulação de tecnologia, por ter circunstâncias específicas que geram desafios para o poder normativo estatal, pressupõe uma interação regulatória que mitigue o problema de ritmo, a desconexão regulatória e o dilema de *Collingridge*, trazendo os agentes econômicos desenvolvedores da tecnologia para um aparato de governança nodal.

A *accountability*, nesse cenário, desenvolve um papel de modulação de poder, por meio do endereçamento de responsabilidades prestacionais e colaborativas aos polos *power-holder* e *account-holder*, no entorno de um conjunto de mecanismos de intervenção. Com esses fundamentos, parte-se, então, para compreensão do desenho institucional das atribuições do órgão do Estado com responsabilidade na supervisão e *enforcement* em Inteligência Artificial.

<sup>58</sup> ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé*. São Paulo: Saraiva, 2005.

<sup>59</sup> BIONI, Bruno Ricardo. *Regulação e Proteção de Dados Pessoais: O Princípio da Accountability*. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

<sup>60</sup> BOVENS, Mark. Analysing and Assessing Accountability: A Conceptual Framework. *European Law Journal*, Vol. 13, No. 4, p. 447-468, July 2007.

<sup>61</sup> BIONI, Bruno Ricardo. *Regulação e Proteção de Dados Pessoais: O Princípio da Accountability*. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

<sup>62</sup> BIONI, Bruno Ricardo. *Regulação e Proteção de Dados Pessoais: O Princípio da Accountability*. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

<sup>63</sup> BOVENS, Mark. Analysing and Assessing Accountability: A Conceptual Framework. *European Law Journal*, Vol. 13, No. 4, p. 447-468, July 2007.

<sup>64</sup> BLACK, Julia. Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a “Post-Regulatory” World. *Current Legal Problems*, v. 54, n. 1, p. 103-146, 2001; BOVENS, Mark. Analysing and Assessing Accountability: A Conceptual Framework. *European Law Journal*, Vol. 13, No. 4, p. 447-468, July 2007.

<sup>65</sup> BOVENS, Mark. Analysing and Assessing Accountability: A Conceptual Framework. *European Law Journal*, Vol. 13, No. 4, p. 447-468, July 2007; BIONI, Bruno Ricardo. *Regulação e Proteção de Dados Pessoais: O Princípio da Accountability*. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

<sup>66</sup> Bovens cita que para que esse fórum público de prestação de conta possa existir, é necessária a existência de três etapas: é necessário que o agente seja obrigado a informar ao fórum sobre sua conduta; deve haver possibilidade de o fórum questionar a adequação da informação ou legitimidade da conduta; e o fórum deve poder julgar sua conduta, resultando em consequências para o agente (BOVENS, Mark. Analysing and Assessing Accountability: A Conceptual Framework. *European Law Journal*, Vol. 13, No. 4, p. 447-468, July 2007).

### 3 Dimensões funcionais da autoridade competente na regulação e *enforcement* de inteligência artificial

No contexto de uma relação dialógica, enquanto em um polo há o agente regulado, no outro, se aloca o agente regulador. A regulação e *enforcement* exercidos pelo Estado é viabilizada mediante a ação de um órgão ou agente específico, que compõe a estrutura Administração Pública. No âmbito de uma regulação descentralizada policêntrica<sup>67</sup>, o Estado pós-regulatório exerce suas competências a partir de figuras idealizadas como Agências Reguladoras, entes componentes da Administração Pública indireta com independência funcional e autonomia administrativo-financeira<sup>68</sup>. Aranha<sup>69</sup> aponta que a institucionalização das Agências Reguladoras no Brasil representou uma etapa do processo descentralizador da regulação setorial brasileira que se diferenciou pela postura de maior desvinculação das decisões regulatórias frente a questões políticas, como também pelo redirecionamento da política regulatória-sancionatória para os interesses dos usuários dos serviços regulados.

O presente trabalho põe em foco a atuação das autoridades competentes em matéria de proteção de dados, como entes reguladores, ante as seguintes razões: (i) as Autoridades de Proteção de Dados (“*Data Protection Authorities*” ou “*DPA*”) têm se consolidado como modelo de agente regulador em matéria de tecnologia a partir de uma gama de funções que superam a atuação fiscalizatória e sancionatória, como se demonstrará a seguir, o que se correlaciona, diretamente, com o objetivo do presente trabalho em viabilizar uma estrutura diversificada de (re)ações que compõem a dinâmica da regulação responsiva<sup>70</sup>; e (ii) o estado da arte do estudo sobre autoridade competente em matéria de regulação em inteligência artificial demonstra uma forte correlação com as DPAs<sup>71</sup>, não havendo muitos estudos avançados sobre autoridades específicas, cuja previsão é meramente normativa<sup>72</sup>.

Não se pode, contudo, confundir com a eventual discussão sobre, serem ou não, as Autoridades de Proteção de Dados os entes legítimos em matéria de regulação da inteligência artificial, por sua correlação com o tema com base na regulação da proteção de dados. Não constitui objeto do presente estudo a delimitação de tal questão, buscando tão-somente estabelecer as balizas para a estruturação de uma autoridade competente em matéria de IA condizente com as premissas regulatórias estabelecidas.

<sup>67</sup> BLACK, Julia. Decentering Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a “Post-Regulatory” World. *Current Legal Problems*, v. 54, n. 1, p. 103-146, 2001.

<sup>68</sup> PÓ, Marcos Vinicius; ABRUCIO, Fernando Luiz. Desenho e funcionamento dos mecanismos de controle e accountability das agências reguladoras brasileiras: semelhanças e diferenças. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 40, n. 4, p. 679-698, 2006.

<sup>69</sup> ARANHA, Márcio Iorio. *Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório*. 8. ed. rev. ampl. London: Laccademia Publishing, 2023.

<sup>70</sup> ARANHA, Márcio Iorio. *Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório*. 8. ed. rev. ampl. London: Laccademia Publishing, 2023.

<sup>71</sup> DJEFALL, Christian. Artificial Intelligence and Public Governance: Normative Guidelines for Artificial Intelligence in Government and Public Administration. In: WISCHMEYER, Thomas, RADEMACHER, Timo (eds). *Regulating Artificial Intelligence*. Cham: Springer Switzerland, 2020, p. 278-293; BIONI, Bruno; LUCIANO, Maria. O Princípio da Precaução na Regulação de Inteligência Artificial: Seriam as Leis de Proteção de Dados o seu Portal de Entrada?. In: BIONI, Bruno. (org.). *Proteção de dados: contexto, narrativas e elementos fundantes*. São Paulo: B. R. Bioni Sociedade Individual de Advocacia, 2021, p. 281-313; PEREIRA, José Renato Laranjeira de. Transparência pela cooperação: como a regulação responsiva pode auxiliar na promoção de sistemas de machine-learning inteligíveis. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, v. 7, n.º 1, p. 194-223, mai.-jun. 2021.

<sup>72</sup> A título de exemplo, a proposta do “*AI Act*” sintetiza em sua exposição de motivos que: “a nível nacional, os Estados-Membros terão de designar uma ou mais autoridades nacionais competentes e, entre elas, a autoridade nacional de controlo, para efeitos de supervisão da aplicação e da execução do regulamento”. Contudo, nesse caso, a mesma exposição de motivos aponta que “A Autoridade Europeia para a Proteção de Dados atuará como autoridade competente para a supervisão das instituições, órgãos e organismos da União abrangidas pelo âmbito do presente regulamento”. Tais questões foram institucionalizadas nos considerandos n. 77 e n. 84 (UNIÃO EUROPEIA. *Processo 2021/0106/COD*. Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial (Regulamento Inteligência Artificial) e altera determinados atos legislativos da União. COM (2021) 206 final, 2021/0106 (COD). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021PC0206>. Acesso em: 15 jul. 2023).

No contexto histórico-normativo da regulação da proteção de dados pessoais, atenta-se à figura das Autoridades de Proteção de Dados, que, embora se aproximem do modelo institucional de agências reguladoras, mostram-se como instrumentos regulatórios singulares, com ampliação de papéis, dentre os quais o de *ombudsman*<sup>73</sup>, a auditor, educador, negociador, consultor de políticas e executor<sup>74</sup>. A recente geração de leis de proteção de dados tem agasalhado métodos de colaboração e diálogo entre os agentes da economia informacional e as Autoridades de Proteção de Dados, como forma de preconizar a mitigação dos riscos de suas atividades<sup>75</sup>. Esse modelo regulatório pautado no diálogo e na responsividade<sup>76</sup> defere um papel plurívoco às DPAs, na medida em que lhe cabe, não somente o papel de fiscalizar, mas de construir soluções pautadas no diálogo entre a sociedade e agentes regulados<sup>77</sup>.

No ordenamento brasileiro, a Lei n. 13.709, de 2018, atribuiu a função regulatória à Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD, criada, inicialmente, como órgão vinculado à administração pública direta<sup>78</sup>, que, porém, converteu-se em autarquia de regime especial com a Lei n. 14.460 de 2022, resultado da conversão da Medida Provisória n. 1.124 de 2022, aproximando-se dos modelos de agências regulatórias, amplamente difundidas no Brasil na década de 1990<sup>79</sup>. Doneda<sup>80</sup> defende a autonomia e independência da ANPD, de forma similar às agências reguladoras, ressaltando que estas são entes públicos dotados de substancial independência do governo, caracterizados pela sua autonomia de organização, financiamento e contabilidade, pela falta de controle e sujeição ao Poder Executivo, e dotados de garantias de autonomia através da nomeação de seus membros, dos requisitos para essa nomeação e da duração de seus mandatos, tendo função de tutela de interesses constitucionais em campos socialmente relevantes.

Stewart<sup>81</sup> elenca diversos elementos que caracterizam a independência e autonomia no âmbito das Autoridades de Proteção de Dados: (i) existência de disposições estatutárias claras sobre nomeação e distinção de cargos de direção; (ii) existência de disposições estatutárias claras sobre prazo de nomeação; (iii) capacidade da autoridade se reportar diretamente ao chefe de governo ou ao poder legislativo; (iv) estrutura administrativa reconhecida pelo ordenamento como própria a uma agência autônoma; (v) existência de restrições estatutárias para que os diretores exerçam outros negócios durante sua nomeação; (vi) mecanismos de fi-

<sup>73</sup> O “ombudsman” é a figura da pessoa responsável pelo receber queixas e denúncias de cidadãos perante o abuso de poder ou mau serviço desempenhado pelo Estado, se aproximando do conceito de “Ouvidoria” dos órgãos públicos (ASPER Y VALDÉS, Daisy; CAIDEN, Gerald. A instituição do ombudsman: aspectos de maturidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 37, n. 145, p. 201-212, jan./mar. 2000).

<sup>74</sup> BENNETT, Colin; RAAB, Charles. *The Governance of Privacy: policy instruments in Global Perspective*. Massachusetts: MIT Press, 2006.

<sup>75</sup> RAAB, Charles; SZEKELY, Ivan. Data protection authorities and information technology. *Computer Law & Security Review*, [S.l.], v. 33, n. 4, p. 421-433, 2017.

<sup>76</sup> PEREIRA, José Renato Laranjeira de. Transparência pela cooperação: como a regulação responsiva pode auxiliar na promoção de sistemas de machine-learning inteligentes. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, v. 7, n.º 1, p. 194-223, mai.-jun. 2021.

<sup>77</sup> BIONI, Bruno Ricardo. *Regulação e Proteção de Dados Pessoais: O Princípio da Accountability*. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

<sup>78</sup> Originalmente, o projeto de lei que materializou a existência da LGPD foi enviado à sanção presidencial contendo os dispositivos relativos à criação da ANPD, sendo estes vetados diante de flagrante inconstitucionalidade devido à vício na iniciativa, vez que a criação de órgãos do poder executivo somente pode ser realizada por projeto normativo de iniciativa deste (PARENTONI, Leonardo. Por que confiar na Autoridade Nacional de Proteção de Dados?. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 79, jul./dez., p. 163-192, 2021). Seguindo-se essa premissa, o Poder Executivo editou a Medida Provisória n. 869 de 2018 com o fito de ver surgir a figura da Autoridade Nacional de Proteção de Dados e trazer as suas diretrizes legais básicas (PARENTONI, Leonardo. Por que confiar na Autoridade Nacional de Proteção de Dados?. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 79, jul./dez., p. 163-192, 2021).

<sup>79</sup> PÓ, Marcos Vinícius; ABRUCIO, Fernando Luiz. Desenho e funcionamento dos mecanismos de controle e accountability das agências reguladoras brasileiras: semelhanças e diferenças. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 40, n. 4, p. 679-698, 2006; ARANHA, Márcio Iorio. *Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório*. 8. ed. rev. ampl. London: Laccademia Publishing, 2023.

<sup>80</sup> DONEDA, Danilo. A Autoridade Nacional de Proteção de Dados e o Conselho Nacional de Proteção de Dados. In: BIONI, Bruno (coord.); DONEDA, D.; SARLET, I. W.; MENDES, L. S.; RODRIGUES JÚNIOR, O. L. (orgs.). *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 466-476.

<sup>81</sup> STEWART, Blair. A comparative survey of data protection authorities - Part 2: Independence and functions. *Privacy Law & Policy Reporter 81*, [S.l.], v. 11, n. 3. 2004.

nanciamentos que reconheçam a autonomia do ente; (vii) imunidade dos diretores contra ações de direito pessoal por ato praticados em suas funções estatais; (viii) proteção contra remuneração sujeita a controle político; (ix) capacidade de seus diretores falarem publicamente sobre questões de interesse; (x) previsão estatutária expressa de agir com autonomia.

Nesse cenário, Lima<sup>82</sup> sustenta que as competências deferidas pela Lei n. 13.709, de 2018, à Autoridade Nacional de Proteção de Dados podem ser classificadas, a teor do art. 55-J da norma, em: (i) preventivas, como elaborar diretrizes para a Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade (inciso III) e promover e elaborar estudos sobre as práticas nacionais e internacionais (inciso VII); (ii) fiscalizatórias, como zelar pela proteção dos dados pessoais (inciso I) e fiscalizar e aplicar sanções em caso de tratamento de dados realizado em descumprimento à legislação (inciso IV), e (iii) regulatórias, como estimular a adoção de padrões para serviços e produtos que facilitem o exercício de controle dos titulares sobre seus dados pessoais (inciso VIII) e editar regulamentos e procedimentos sobre proteção de dados pessoais e privacidade (inciso XIII).

Essa competência regulatória é a que, no cerne do presente estudo, se correlaciona com a proposta aqui deliberada, de estabelecer mecanismos de prestação de contas capazes de influir diretamente na atuação normativa do ente estatal. No exercício de suas competências fiscalizatórias, a ANPD dispõe de regulamento de Dosimetria e Aplicação de Sanções Administrativas<sup>83</sup>, que foi fruto de um processo de Avaliação de Impacto Regulatório, em que se mensurou o custo-benefício de diferentes abordagens regulatórias para eleição da que melhor demonstrara resultado prático<sup>84</sup>.

O Projeto de Lei n. 2.338 de 2023 prevê a designação de uma “autoridade competente”<sup>85</sup>, cuja definição é “órgão ou entidade da Administração Pública Federal responsável por zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento desta Lei em todo o território nacional”<sup>86</sup>. As funções e competências dessa autoridade, na forma do PL 2.338, de 2023, se assemelham àquelas descritas no art. 55-J da Lei n. 13.709 de 2018, porém, voltadas ao tema da proposta legislativa<sup>87</sup>. A autoridade competente teria, assim, o papel de exercer a função regulatória em suas diversas faces, sendo o órgão central para aplicação desse diploma e estabelecimento de normas e das diretrizes de sua implementação, a teor do art. 32 da proposta legislativa<sup>88</sup>.

Ressalta-se, nesse caso, que a Autoridade Nacional de Proteção de Dados tem se colocado como “autoridade-chave” para a regulação da IA, apontando uma simetria das funções previstas no PL 2.338, de 2023, com as funções institucionais dessa autarquia, destacando as situações em que sistemas de IA realizam tratamento de dados pessoais, notadamente em matérias como os direitos da pessoa afetada por sistema de IA

<sup>82</sup> LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. O papel da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) na concretização da LGPD. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti (orgs). *Direito digital: direito privado e internet*. 4. ed. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 459-470.

<sup>83</sup> BRASIL. *Resolução CD/ANPD n.º 4, de 24 de fevereiro de 2023*. Aprova o Regulamento de Dosimetria e Aplicação de Sanções Administrativas: Autoridade Nacional de Proteção de Dados, 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/anpd-publica-regulamento-de-dosimetria/Resolucao4CDANPD24.02.2023.pdf>. Acesso em: 08 out. 2023.

<sup>84</sup> AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS – ANPD. *Relatório de Análise de Impacto Regulatório: Construção do modelo de atuação fiscalizatória da ANPD para zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento da Lei Geral de Proteção de Dados*. Brasília: ANPD, 2021. Disponível em: [https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/documentos-de-publicacoes/2021.05.25\\_AIR\\_Fiscalizacao\\_Final1.pdf](https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/documentos-de-publicacoes/2021.05.25_AIR_Fiscalizacao_Final1.pdf). Acesso em: 07 out. 2023.

<sup>85</sup> Tendo em vista o processo legislativo da Lei n. 13.709, de 2018, que ficou marcado pela instabilidade jurídico-política na criação da ANPD, como apontado acima, o PL 2.338, de 2023, relegou ao Poder Executivo o dever de designar uma autoridade competente (art. 32), para exercer o conjunto de atividades regulatórias.

<sup>86</sup> BRASIL. *Projeto de Lei n.º 2338, de 2023*. Dispõe sobre o uso da Inteligência Artificial. Senado Federal. Brasília, 2023. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/157233>. Acesso em: 11 jun. 2023.

<sup>87</sup> AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS – ANPD. *Análise preliminar do Projeto de Lei n.º 2338/2023, que dispõe sobre o uso da Inteligência Artificial*. Brasília: ANPD, 2023. Disponível em: [https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/analise-preliminar-do-pl-2338\\_2023-formatado-ascom.pdf](https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/analise-preliminar-do-pl-2338_2023-formatado-ascom.pdf). Acesso em: 09 set. 2023.

<sup>88</sup> BRASIL. *Projeto de Lei n.º 2338, de 2023*. Dispõe sobre o uso da Inteligência Artificial. Senado Federal. Brasília, 2023. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/157233>. Acesso em: 11 jun. 2023.

e os direitos dos titulares, a correlação entre sistemas de IA de alto risco e o tratamento de dados pessoais; e os mecanismos de governança de IA e de proteção de dados pessoais<sup>89</sup>.

Acerca da competência de um ente regulador específico para a temática da inteligência artificial, Gaspar e Mendonça<sup>90</sup> apontam que essa autoridade alcançaria também funções de cunho técnico, essencialmente na cognição de riscos e levantamento de informações para subsidiar políticas regulatórias, como: (i) definir quais os tipos de auditorias podem ser realizadas; (ii) quais exigências técnicas e jurídicas devem ser feitas para o modelo de IA; (iii) determinar tipos de contextos eventuais em que deve ser vedado o uso de algoritmos de aprendizado, em razão de acentuada opacidade; (iv) designar contextos eventuais em que se demanda uma explicação mais detalhada da decisão ou a possibilidade de revisão humana; (v) definir as exigências técnicas a serem seguidas pelas organizações tanto no desenvolvimento quanto na utilização de sistemas de IA.

Esse desenho institucional de dimensão plurívoca de atribuições se compatibiliza com as demandas mais urgentes em termos de regulação da Inteligência Artificial, na medida em que viabiliza a concretização de vetores éticos importantes para a consolidação de um panorama de IA responsável, tal qual prevenção de danos, equidade e explicabilidade<sup>91</sup>, e coerente com direitos fundamentais, a partir de uma regulação responsável em que não há uma exclusividade sancionatória<sup>92</sup>. A responsividade, nesse sentido, demanda de um processo de construção de soluções<sup>93</sup> a partir de um norte de justiça restaurativa<sup>94</sup>, usando diversas técnicas, com extratos de modulação de intensidade<sup>95</sup>.

Para fins do presente estudo, é importante traçar que as funções institucionais do agente regulador em inteligência artificial, responsável pelo *enforcement*, devem ser pautadas em um panorama de multifuncionalidade, de forma similar ao que tem incorrido às autoridades reguladoras em matéria de proteção de dados, com atribuições capazes de viabilizar um conjunto de ações responsáveis coerentes com a dinâmica interativa e pendular com o agente regulado.

Esse conjunto de funções deve não somente estabelecer medidas de fiscalização e sanção adequadas ao comportamento do agente regulado, como também dar sentido a uma política regulatória fundamentada nos riscos compreendidos e os impactos previstos, mediante um conjunto de técnicas de dissuasão, persuasão e recompensas. Para compreensão dos riscos atinentes aos sistemas de Inteligência Artificial, a Avaliação de Impacto Regulatório e a Avaliação de Resultado Regulatório, se apresentam como instrumentos de singular relevância, ao passo que o presente estudo se posiciona para compreensão dos seus elementos.

<sup>89</sup> AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS - ANPD. *Análise preliminar do Projeto de Lei n.º 2338/2023, que dispõe sobre o uso da Inteligência Artificial*. Brasília: ANPD, 2023. Disponível em: [https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/analise-preliminar-do-pl-2338\\_2023-formatado-ascom.pdf](https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/analise-preliminar-do-pl-2338_2023-formatado-ascom.pdf). Acesso em: 09 set. 2023.

<sup>90</sup> GASPAR, Walter B.; MENDONÇA, Yasmin Curzi. *A Inteligência artificial no Brasil ainda precisa de uma estratégia*. Relatório de análise do Centro de Tecnologia e Sociedade da FGV Direito Rio. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2021.

<sup>91</sup> COMISSÃO EUROPEIA. *Orientações éticas para uma IA de confiança*. Publications Office, 2019. Disponível em: <https://data.europa.eu/doi/10.2759/2686>. Acesso em: 15 jul. 2023.

<sup>92</sup> ARANHA, Márcio Iorio. *Manual de Direito Regulatório*. Fundamentos de Direito Regulatório. 8. ed. rev. ampl. London: Laccademia Publishing, 2023.

<sup>93</sup> AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. Oxford: Oxford University Press, 1992; RAAB, Charles; SZEKELY, Ivan. Data protection authorities and information technology. *Computer Law & Security Review*, [S.l.], v. 33, n. 4, p. 421-433, 2017.

<sup>94</sup> BIONI, Bruno Ricardo. *Regulação e Proteção de Dados Pessoais: O Princípio da Accountability*. Rio de Janeiro: Forense, 2022; BRAITHWAITE, John. The essence of Responsive regulation. *UBC Law Review*, v. 44, n. 3, p. 475-520, 2011.

<sup>95</sup> ARANHA, Márcio Iorio. *Manual de Direito Regulatório*. Fundamentos de Direito Regulatório. 8. ed. rev. ampl. London: Laccademia Publishing, 2023; AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. Oxford: Oxford University Press, 1992.

## 4 A avaliação de impacto regulatório e a avaliação de resultado regulatório como espectros de política regulatória em inteligência artificial

Para uma “regulação ótima”, é importante delinear que a prestação de contas que dá densidade ao Princípio da *Accountability* não se restringe a um único sentido — do agente regulado para o agente regulador —, mas constantemente às posições de *power-holder* e do *account-holder*, se entrelaçam por meio de uma estrutura policêntrica da regulação, na alçada do fórum público<sup>96</sup>. Pondo em foco o agente regulador, a *accountability* viabiliza mecanismos de publicidade dos atos da administração pública, e se relaciona com formas de participação no processo de decisão<sup>97</sup>. Ademais, a *accountability* promove a responsabilização do ente público pelas decisões regulatórias tomadas.

A ideia de efetividade na Administração Pública não se restringe à abordagem regulatória, mas também incorre no âmbito do processo legislativo e na condução de políticas públicas. A Avaliação de Impacto Legislativo (AIL) materializa a aplicação da ciência da legislação, denominada legística, para a produção normativa voltada a resultados, sistematizando os efeitos econômicos, sociais e ambientais imanentes a uma dada lei<sup>98</sup>. Aplicada a uma Política Pública, a avaliação de impacto consiste em dispor de indicadores que evidenciem o alcance de seus objetivos, exarados em normas legais e regulamentares, e a eficiência correlata<sup>99</sup>.

Bioni<sup>100</sup> sinaliza que, no panorama de modernização da regulação, a inserção da participação dos administrados no processo regulatório tem conduzido a mecanismos de consulta pública e realização de avaliações específicas, visando assegurar que a ingerência estatal seja legítima-legal<sup>101</sup>. Como parte de um processo regulatório colaborativo, a tomada de decisão pelo ente regulador tem se afastado de modelos “*top-down*”, isto é, de cima para baixo, e inserido cada vez mais a participação de diversos interessados na formulação de regras<sup>102</sup>, se aproximando de um modelo “*bottom-up*”<sup>103</sup>. Aranha<sup>104</sup> aponta como exemplo de inserção e escrutínio público a abertura dos conselhos de formulação de políticas regulatórias aos diversos agentes envolvidos, retirando o monopólio estatal na condução da atividade reguladora, cujo ápice tem sido representado no multissetorialismo e a tomada de decisão por consenso, com exemplo nacional de maior relevância no Comitê Gestor da Internet do Brasil – CGI.br<sup>105</sup>.

<sup>96</sup> BLACK, Julia. Proceduralisation and Polycentric Regulation. *Revista Direito GV*, v. 1.5, n. Especial 1, p. 99-130, 2005.

<sup>97</sup> VALENTE, Patrícia Rodrigues Pessoa. *Avaliação de Impacto Regulatório: Uma ferramenta à disposição do Estado*. 2010, 218 f. Dissertação (Mestrado em Direito – área de concentração Direito do Estado). Faculdade de Direito - Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2010.

<sup>98</sup> SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. Avaliação legislativa no Brasil: apontamentos para uma nova agenda de pesquisa sobre modo de produção de leis. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 3, n. 2, p. 228-249, jul./dez. 2013.

<sup>99</sup> ANDRADE, Aparecida de Moura; SANTANA, Héctor Valverde. Avaliação de políticas públicas versus avaliação de impacto legislativo: uma visão dicotômica de um fenômeno singular. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 3, p. 781-798, dez. 2017.

<sup>100</sup> BIONI, Bruno Ricardo. *Regulação e Proteção de Dados Pessoais: O Princípio da Accountability*. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

<sup>101</sup> No ordenamento brasileiro, a participação popular na dinâmica regulatória tem arrimo em diversos diplomas normativos, como a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro - LINDB (Decreto-Lei n. 4.657, de 1942), essencialmente após as alterações promovidas pela Lei n. 13.655 de 2018, a Lei das Agências Reguladoras (Lei n. 13.848, de 2019), e a Lei da Liberdade Econômica (Lei n. 13.874, de 2019). Especificamente ao contexto da Proteção de Dados Pessoais, a Lei n. 13.709, de 2018, prevê, no § 2º do art. 55-J, que “os regulamentos e as normas editados pela ANPD devem ser precedidos de consulta e audiência públicas, bem como de análises de impacto regulatório”.

<sup>102</sup> BIONI, Bruno Ricardo. *Regulação e Proteção de Dados Pessoais: O Princípio da Accountability*. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

<sup>103</sup> MESQUITA, Beatriz Maria. *Os modelos TOP-DOWN E BOTTOM-UP para o desenvolvimento local: uma análise bibliográfica para o Brasil*. 2018, 71 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Administração Pública) - Universidade Federal de Lavras, Lavras, 2018.

<sup>104</sup> ARANHA, Márcio Iorio. *Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório*. 8. ed. rev. ampl. London: Laccademia Publishing, 2023.

<sup>105</sup> MONTEIRO NETO, João Araújo. *The Operation of Multistakeholderism in Brazilian Internet Governance: Governance Innovation through multistakeholderism generativity*. Doctor of Philosophy (PhD) thesis, University of Kent, 2018.

#### 4.1 A Avaliação de Impacto Regulatório como instrumento de *accountability*

A Avaliação de Impacto Regulatório<sup>106</sup> (“AIR?”) é uma ferramenta que se insere nesse contexto com o fito de avaliar as diferentes alternativas para a resolução de um problema regulatório<sup>107</sup>, trazendo densidade técnica e informacional para o *enforcement* e eventual sancionamento<sup>108</sup>. Esse processo ordenado para tomada de decisão regulatória se baseia no uso sistemático de análises de possíveis custos e benefícios dessa decisão, a partir de dados empíricos<sup>109</sup>. A idealização de uma avaliação de impacto regulatório se funda em parâmetros de melhoria regulatória, essencialmente direcionados à discricionariedade limitada por uma política pública, ao aprendizado com medidas regulatórias anteriores e à capacidade de evolução e adaptação da esfera administrativa<sup>110</sup>. Bioni<sup>111</sup> aponta que a interferência do Estado no âmbito privado, por meio de sua atividade normativa, como forma de resolução de uma questão regulatória, impõe um ônus argumentativo ao próprio ente estatal, concernente à avaliação dos impactos sociais dessa atuação, coerente com os valores de uma dada sociedade<sup>112</sup>.

Nesse cenário, a AIR contribui para que o agente regulador possa optar pelo melhor caminho para a resolução de uma questão, bem como para defender a não intervenção em um momento ou em determinado setor, quando constatado que o custo social supera o benefício da atuação regulatória<sup>113</sup>, à evidência de um estudo técnico<sup>114</sup>. A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), inclusive, dimensiona a AIR a partir da noção de crescimento econômico inclusivo<sup>115</sup>, apontando para a utilidade desse instrumento a respeito do alcance da eficácia administrativo-financeira do Estado, implicando, assim, a promoção de um bem-estar econômico e social<sup>116</sup>.

Pondo em foco a sua estrutura, Deighton-Smith *et al.*<sup>117</sup> e Martins<sup>118</sup> apontam que a Avaliação de Impacto Regulatório serve não somente como um instrumento de auxílio para a tomada de decisão regulatória,

<sup>106</sup> Cumpre apontar que o presente estudo utiliza Avaliação de Impacto Regulatório como sinônimo de Análise de Impacto Regulatório, tendo em vista a similitude dos termos na doutrina específica e em textos oficiais, caso em que ambos representam o processo avaliativo objeto deste capítulo.

<sup>107</sup> BIONI, Bruno Ricardo. *Regulação e Proteção de Dados Pessoais: O Princípio da Accountability*. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

<sup>108</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Novo Perfil da Regulação Estatal Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

<sup>109</sup> LIMA, Valéria Athayde Fontelles de. *A Avaliação de Impacto Regulatório e sua aplicação no Brasil*. 2010. 156 f. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas, Estratégia e Desenvolvimento) – Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento. Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Rio de Janeiro, 2010; VALENTE, Patrícia Rodrigues Pessôa. *Avaliação de Impacto Regulatório: Uma ferramenta à disposição do Estado*. 2010, 218 f. Dissertação (Mestrado em Direito – área de concentração Direito do Estado). Faculdade de Direito - Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2010.

<sup>110</sup> VALENTE, Patrícia Rodrigues Pessôa. *Avaliação de Impacto Regulatório: Uma ferramenta à disposição do Estado*. 2010, 218 f. Dissertação (Mestrado em Direito – área de concentração Direito do Estado). Faculdade de Direito - Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2010.

<sup>111</sup> BIONI, Bruno Ricardo. *Regulação e Proteção de Dados Pessoais: O Princípio da Accountability*. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

<sup>112</sup> SCOTT, Colin. *Accountability in the Regulatory State*. *Journal of Law and Society*, v. 27, n. 1, p. 38-60, 2000.

<sup>113</sup> Montando um quadro maior e não exaustivo de possibilidades, Blanchet e Bubniak apontam que a partir da realização de uma AIR, poderá o ente regulador tomar algumas decisões: (i) não intervenção no setor; (ii) adoção de medidas alinhadas com o mercado, baseadas em incentivos; (iii) disposição de informação para o setor e educação para os usuários; (iv) entendimentos voluntários como os conhecidos termos de ajustamento de conduta; (v) medidas de autorregulação e (vi) tradicional regulação de comando e controle (BLANCHET, Luiz Alberto; BUBNIAK, Priscila Lais Ton. *Análise de Impacto Regulatório: uma ferramenta e um procedimento para a melhoria da regulação*. *Pensar - Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 22, n.3, p. 1-15, set./dez. 2017).

<sup>114</sup> MARTINS, Maria Luiza Costa. *Simplificação, validação e melhoria nas análises de impacto regulatório e avaliações de resultado regulatório: os exemplos do Reino Unido*. Brasília: Enap, 2022.

<sup>115</sup> A OCDE define crescimento inclusivo como o crescimento econômico que cria oportunidades para todos os segmentos da população e distribui os dividendos do aumento da prosperidade, tanto em termos monetários como não monetários, de forma justa em toda a sociedade (DEIGHTON-SMITH, Rex; ERBACCI, Angela; KAUFMANN, Céline. *Promoting inclusive growth through better regulation: The role of regulatory impact assessment*. Paris: OECD, 2016).

<sup>116</sup> DEIGHTON-SMITH, Rex; ERBACCI, Angela; KAUFMANN, Céline. *Promoting inclusive growth through better regulation: The role of regulatory impact assessment*. Paris: OECD, 2016.

<sup>117</sup> DEIGHTON-SMITH, Rex; ERBACCI, Angela; KAUFMANN, Céline. *Promoting inclusive growth through better regulation: The role of regulatory impact assessment*. Paris: OECD, 2016.

<sup>118</sup> MARTINS, Maria Luiza Costa. *Simplificação, validação e melhoria nas análises de impacto regulatório e avaliações de resultado regulatório: os*

mas igualmente como uma ferramenta de prestação de contas perante a sociedade, inserindo-a no conjunto de ações voltadas a uma *accountability* pública vertical, ou “*downwards accountability*”<sup>119</sup>. Cumpre ao regulador desincumbir-se do dever de expor as razões fáticas e jurídicas que sustentaram a tomada de decisão das possíveis medidas apontadas e o porquê<sup>120</sup>.

A Avaliação de Impacto Regulatório pressupõe uma dupla funcionalidade, coadunadas com o paradigma de eficiência administrativa<sup>121</sup>: (i) a redução do déficit democrático, com base na inserção dos possíveis afetados no procedimento regulatório; e (ii) viabilização de um “contraditório e ampla defesa” por aqueles que serão afetados pela tomada de decisão regulatória, posto que sua participação contribui para o aprimoramento da decisão a partir de eventuais contraposições. Para que essas funções sejam desempenhadas de forma hígida, é pressuposto que sejam conduzidos, de maneira prévia, o AIR, a implementação da política regulatória<sup>122</sup>, bem como que este seja divulgado para consulta popular nesse momento anterior<sup>123</sup>. Além disso, a OCDE<sup>124</sup> entende que a participação popular deve ser realizada em todas as fases da elaboração da AIR. A densidade democrática constitui a razão de existência dessa ferramenta, de forma que, caso seja conduzida a *posteriori* dessa implementação, ou que a divulgação para consulta pública seja feita tardiamente, a chance de que o ponto de vista dos regulados seja observado na regulação é mais baixa<sup>125</sup>. Nesses casos, ao revés de sua função institucional, aumentar-se-á o déficit democrático dessa regulação.

No ordenamento jurídico brasileiro, a Avaliação de Impacto Regulatório encontra suas premissas fixadas na Lei n. 13.848, de 2019 (“Lei das Agências Reguladoras”) e na Lei n. 13.874, de 2019 (“Lei de Liberdade Econômica”), que prevê a necessidade de realização dessa análise de forma prévia às propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados<sup>126-127</sup>. A partir

---

exemplos do Reino Unido. Brasília: Enap, 2022.

<sup>119</sup> SCOTT, Colin. Accountability in the Regulatory State. *Journal of Law and Society*, v. 27, n. 1, p. 38-60, 2000.

<sup>120</sup> BLANCHET, Luiz Alberto; BUBNIAK, Priscila Lais Ton. Análise de Impacto Regulatório: uma ferramenta e um procedimento para a melhoria da regulação. *Pensar - Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 22, n.3, p. 1-15, set./dez. 2017.

<sup>121</sup> BIONI, Bruno Ricardo. *Regulação e Proteção de Dados Pessoais: O Princípio da Accountability*. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

<sup>122</sup> LIMA, Valéria Athayde Fontelles de. *A Avaliação de Impacto Regulatório e sua aplicação no Brasil*. 2010. 156 f. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas, Estratégia e Desenvolvimento) – Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento. Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Rio de Janeiro, 2010; VALENTE, Patrícia Rodrigues Pessoa. *Avaliação de Impacto Regulatório: Uma ferramenta à disposição do Estado*. 2010, 218 f. Dissertação (Mestrado em Direito – área de concentração Direito do Estado). Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2010.

<sup>123</sup> PROENÇA, Jadir Dias; RODRIGO, Délia. Brasil: Governança Regulatória e a Análise do Impacto Regulatório. In: PROENÇA, Jadir Dias; DE PAULO, Carla Beatriz (orgs.). *Experiências Exitosas em Regulação na América Latina e Caribe*. Brasília: Alias Opera, 2012, p. 219-234; PROENÇA, Jadir Dias; RODRIGO, Délia. Brasil: Governança Regulatória e a Análise do Impacto Regulatório. In: PROENÇA, Jadir Dias; DE PAULO, Carla Beatriz (orgs.). *Experiências Exitosas em Regulação na América Latina e Caribe*. Brasília: Alias Opera, 2012, p. 219-234.

<sup>124</sup> ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Brasil: Fortalecendo a governança para o crescimento. *Relatório sobre a Reforma Regulatória*. Paris: OECD, 2007. Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/lula/ocde-2013-relatorio-sobre-a-reforma-regulatoria-brasil-fortalecendo-a-governanca-para-o-crescimento/view>. Acesso em: 07 out. 2023.

<sup>125</sup> SAAB, Flávio; SILVA, Suylan de Almeida Midlej. Qual a qualidade da análise de impacto regulatório elaborada por agências reguladoras do Brasil?. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 56, n. 4, p. 529-549, jul./ago. 2022.

<sup>126</sup> Lei n. 13.848, de 2019: “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”. Lei n. 13.874, de 2019: “Art. 5º As propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico”.

<sup>127</sup> Embora a AIR tenha ganhado densidade normativa a partir das leis supracitadas, sua inserção na dinâmica da Administração Pública brasileira remete a tempos pregressos, essencialmente em caráter infralegal. Blanchet e Bubniak apontam que a atuação do Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação (PRO-REG), a partir da publicação do Relatório “Brasil – fortalecendo a Governança para o Crescimento” pela OCDE, passou a viabilizar a elaboração dessa avaliação, selecionando para tanto a ANVISA como primeira Agência para implantação de uma metodologia de AIR, em 2008. O Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação (PRO-REG) foi criado com o Decreto n. 6.062, de 2007, com a finalidade de contribuir para a melhoria do sistema regulatório, da coordenação entre as instituições que participam do

desse dispositivo legal, o Decreto n. 10.411, de 2020, regulamenta os elementos da realização de uma Avaliação de Impacto Regulatório. Pontua-se que, segundo o referido decreto, dispensa-se a elaboração de AIR, entre outras hipóteses<sup>128</sup>, a respeito da edição de ato normativo destinado a disciplinar direitos ou obrigações definidos em norma hierarquicamente superior que não permita, técnica ou juridicamente, diferentes alternativas regulatórias, o que se correlaciona com sua função instrumental de servir à tomada de uma decisão regulatória.

Aranha<sup>129</sup> insere a Avaliação de Impacto Regulatório no conjunto de medidas que compõem um novo regime jurídico processual-administrativo regulatório, iniciado com a promulgação da Lei n. 13.848, de 2019, cuja caracterização, também, decorre de mecanismos como: (i) o Princípio de Adequação entre meios e fins, em que se veda a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquela necessária ao atendimento do interesse público; (ii) o caráter colegiado e a exigência de deliberação por maioria absoluta do conselho diretor ou diretoria colegiada da agência em processo de decisão referente à regulação; (iii) a obrigatoriedade de consulta pública prévia à tomada de decisão sobre minutas e propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos e usuários dos serviços prestados.

Valente<sup>130</sup> reconhece que não há uma uniformidade nos parâmetros das análises realizadas por ocasião de uma Avaliação de Impacto Regulatório, asseverando que há visões que restringem a avaliação aos efeitos econômicos de uma política regulatória, enquanto há entendimentos de que a AIR deve alcançar outras questões. O Decreto n. 10.411, de 2020, levanta essa questão, posto que atribui seis espécies de análises que compõem o rol de metodologias para a avaliação do impacto econômico de uma decisão regulatória<sup>131</sup>. A partir de um estudo empírico, Saab e Silva<sup>132</sup> demonstram que, até o ano de 2021, o cenário brasileiro de utilização de AIR por agências reguladoras tem sido majoritariamente direcionado aos custos regulatório, ao passo que outras espécies de impacto, como saúde e meio ambiente, foram relegados a um plano subsidiário.

Nesse sentido, o presente estudo se filia à corrente de parâmetros levantada por Valente<sup>133</sup>, para quem a Avaliação de Impacto Regulatório em matéria de inteligência artificial deve buscar investigar os efeitos so-

---

processo regulatório exercido no âmbito do Governo Federal, dos mecanismos de prestação de contas e de participação e monitoramento por parte da sociedade civil e da qualidade da regulação de mercados BLANCHET, Luiz Alberto; BUBNIAK, Priscila Lais Ton. Análise de Impacto Regulatório: uma ferramenta e um procedimento para a melhoria da regulação. *Pensar - Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 22, n.3, p. 1-15, set./dez. 2017).

<sup>128</sup> São hipóteses de dispensa da AIR, conforme diretriz do Decreto n. 10.411, de 2020: (i) urgência; (ii) ato normativo destinado a disciplinar direitos ou obrigações definidos em norma hierarquicamente superior que não permita, técnica ou juridicamente, diferentes alternativas regulatórias; (iii) ato normativo considerado de baixo impacto; (iv) ato normativo que vise à atualização ou à revogação de normas consideradas obsoletas, sem alteração de mérito; (v) ato normativo que vise a preservar liquidez, solvência ou higidez: a) dos mercados de seguro, de resseguro, de capitalização e de previdência complementar; b) dos mercados financeiros, de capitais e de câmbio; ou c) dos sistemas de pagamentos; (vi) ato normativo que vise a manter a convergência a padrões internacionais; (vii) ato normativo que reduza exigências, obrigações, restrições, requerimentos ou especificações com o objetivo de diminuir os custos regulatórios; e (viii) ato normativo que revise normas desatualizadas para adequá-las ao desenvolvimento tecnológico consolidado internacionalmente, nos termos do disposto no Decreto n. 10.229, de 5 de fevereiro de 2020.

<sup>129</sup> ARANHA, Márcio Iorio. *Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório*. 8. ed. rev. ampl. London: Laccademia Publishing, 2023.

<sup>130</sup> VALENTE, Patrícia Rodrigues Pessôa. *Avaliação de Impacto Regulatório: Uma ferramenta à disposição do Estado*. 2010, 218 f. Dissertação (Mestrado em Direito - área de concentração Direito do Estado). Faculdade de Direito - Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2010.

<sup>131</sup> São espécies de metodologias, conforme diretriz do Decreto n. 10.411, de 2020: (i) análise multicritério; (ii) análise de custo-benefício; (iii) análise de custo-efetividade; (iv) análise de custo; (v) análise de risco; e (vi) análise risco-risco. A título de exemplo, a AIR elaborada pela ANPD para definição do seu modelo de atuação fiscalizatória, optou apenas pelo critério de custo-benefício, ponderando os impactos para a atuação da entidade no cumprimento de suas funções institucionais (AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS – ANPD. *Relatório de Análise de Impacto Regulatório: Construção do modelo de atuação fiscalizatória da ANPD para zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento da Lei Geral de Proteção de Dados*. Brasília: ANPD, 2021. Disponível em: [https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/documentos-de-publicacoes/2021.05.25\\_\\_\\_AIR\\_Fiscalizacao\\_Final1.pdf](https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/documentos-de-publicacoes/2021.05.25___AIR_Fiscalizacao_Final1.pdf). Acesso em: 07 out. 2023).

<sup>132</sup> SAAB, Flávio; SILVA, Suylan de Almeida Midlej. Qual a qualidade da análise de impacto regulatório elaborada por agências reguladoras do Brasil?. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 56, n. 4, p. 529-549, jul./ago. 2022.

<sup>133</sup> VALENTE, Patrícia Rodrigues Pessôa. *Avaliação de Impacto Regulatório: Uma ferramenta à disposição do Estado*. 2010, 218 f. Dissertação (Mestrado em Direito – área de concentração Direito do Estado). Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo (USP),

ciais. Resultar-se-á, assim, na consideração de parâmetros voltados ao combate à discriminação, à promoção da transparência e explicabilidade, à viabilização de direitos dos afetados e intervenção humana. Estar-se-á ponderando o crescimento e inovação e outros parâmetros, no escopo de uma política regulatória adequada às especificidades de um dado modelo, ou de uma espécie de aprendizado de máquina. Há uma gama de dimensões que devem ser ponderadas na elaboração de uma política regulatória, usando, inclusive, como evidência as questões assimiladas a partir da prestação de contas dos agentes regulados, formalizada através de instrumentos específicos, como a Avaliação de Impacto Algorítmico e o Relatório de Impacto à Proteção de Dados<sup>134</sup>.

## 4.2 A Avaliação de Resultado Regulatório e a Revisão do Estoque Regulatório

Deve-se considerar que a tomada de decisão regulatória não é estanque, mas pressupõe um monitoramento constante por parte de todos os envolvidos na política regulatória. A revisão do estoque regulatório, ou “*regulatory lookback*”, se relaciona, diretamente, com a noção de dinamicidade envolvendo as relações sociais, isso porque fatores como as respostas estratégicas dos regulados, o estabelecimento de incentivos e as consequências não antecipadas da política regulatória tornam a predição estatal uma tarefa inerentemente complexa<sup>135</sup>.

Em consonância com uma política baseada em evidências, a revisão de estoque regulatório tem viabilizado: (i) a estratégia baseada no monitoramento de indicadores de desempenho pelos agentes reguladores; (ii) a vinculação do fluxo de estoque, que é uma conexão entre a avaliação prévia e a posterior; e (iii) metas de redução da burocracia, que são estabelecidas para diminuir os encargos administrativos, a partir de evidências<sup>136</sup>. Em longo prazo, o olhar retrospectivo pode ensejar o aprimoramento da metodologia empregada na condução das Avaliações de Impacto Regulatório<sup>137</sup>, razão pela qual Jordão e Cunha<sup>138</sup> pressupõem que essa retrospectiva seja objeto de plano já previsto ao tempo de elaboração da AIR<sup>139</sup>.

Inseriu-se essa avaliação retrospectiva no ordenamento brasileiro sob a figura da Avaliação de Resultado Regulatório (“ARR”), prevista, expressamente, no Decreto n. 10.411, de 2020, como parte do processo avaliativo oriundo da AIR<sup>140</sup>. A norma federal conceitua a ARR como a “verificação dos efeitos decorrentes da

---

São Paulo, 2010.

<sup>134</sup> ACIOLY, Luis Henrique de Menezes; MENDES, Isabelle Brito Bezerra; MONTEIRO NETO, João Araújo. As Avaliações de Impacto como Instrumentos de Inteligibilidade Algorítmica e Garantia de Direitos Fundamentais na Regulação de Inteligência Artificial. *Diké - Revista Jurídica*. v. 22, n. 24, p. 225-251, jul./dez. 2023.

<sup>135</sup> JORDÃO, Eduardo; CUNHA, Luiz Filipe. Revisão do estoque regulatório: a tendência de foco na análise de impacto regulatório retrospectiva. *IP - Interesse Público*, Belo Horizonte, a. 22, n. 123, p. 227-255, set./out. 2020.

<sup>136</sup> GOMEZ, Patricia Werner. *A avaliação de resultado regulatório no Brasil: os desafios na sua realização a partir da experiência do Inmetro*. 2023. 163 f. Dissertação (Mestrado em Direito da Regulação) – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2023.

<sup>137</sup> SUNSTEIN, Cass R. O mundo real da análise de custo-benefício: 36 questões (e quase tantas respostas quanto). *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 266, p. 13-47, mai./ago. 2014.

<sup>138</sup> JORDÃO, Eduardo; CUNHA, Luiz Filipe. Revisão do estoque regulatório: a tendência de foco na análise de impacto regulatório retrospectiva. *IP - Interesse Público*, Belo Horizonte, a. 22, n. 123, p. 227-255, set./out. 2020.

<sup>139</sup> Seguindo esse norte, a ANPD dispõe de uma Agenda de Avaliação de Resultado Regulatório para o período 2023-2026, em que submete ao processo avaliativo o Regulamento do Processo de Fiscalização e do Processo Administrativo Sancionador no âmbito da Autoridade Nacional de Proteção de Dados e o Regulamento de Dosimetria e Aplicação de Sanções Administrativas, tendo em vista sua conclusão em 2026 (BRASIL. *Resolução CD/ANPD n.º 5, de 13 de março de 2023*. Aprova a Agenda de Avaliação de Resultado Regulatório para o período 2023-2026: Autoridade Nacional de Proteção de Dados, 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/anpd-publica-agenda-de-avaliacao-de-resultados-regulatorios/RESOLUON5ARR.pdf>. Acesso em: 08 out. 2023).

<sup>140</sup> Gomez alerta que, embora tenha a sua horizontalização em âmbito federal tenha decorrido do Decreto n. 10.411, de 2020, algumas agências reguladoras já dispunham de normas internas que institucionalizavam a ARR. Cita-se: “a Anvisa incorporou a ARR à normatização interna, por meio da Portaria n.º 1.741, de 2018. Já a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), por meio de sua Norma de Organização (NO) n.º 40, de 2013, previu a obrigação de se fazer constar em seus atos normativos a estimativa de prazo após o qual seriam avaliados se os efeitos pretendidos com a edição da norma foram alcançados<sup>161</sup> e a Agência Nacional

edição de ato normativo, considerados o alcance dos objetivos originalmente pretendidos e os demais impactos observados sobre o mercado e a sociedade, em decorrência de sua implementação”. Difere, contudo, da atualização do estoque regulatório, concebida pela norma como o “exame periódico dos atos normativos de responsabilidade do órgão ou da entidade competente, com vistas a averiguar a pertinência de sua manutenção ou a necessidade de sua alteração ou revogação”.

Ressalta-se que a avaliação e monitoramento constante de uma política regulatória pode ensejar a contextualização do dilema de Collingridge<sup>141</sup>, posto que viabiliza uma análise do momento de desenvolvimento de uma nova tecnologia em cotejo com a necessidade de abordagens mais ou menos flexíveis, bem como a reação necessária como comportamento realmente responsivo<sup>142</sup>. A ARR se mostra, assim, como a ocasião de verificação se os objetivos de uma regulação de IA que tenha por foco o combate a estruturas discriminatórias foram alcançados e quais impactos não previstos inicialmente foram produzidos por essa ação regulatória.

Atribuindo um passo a passo na elaboração da ARR, o Ministério da Economia brasileiro elaborou um Guia Orientativo (“Guia”), que demonstra uma separação clara entre esse instrumento e a AIR, na medida em que suas funções institucionais se relacionam a espécies distintas de análises<sup>143</sup>. Procedimentalmente, o Guia propõe três eixos para a análise do resultado da política regulatória<sup>144</sup>: (i) um eixo voltado à avaliação do processo, isto é, os meios e processos utilizados na implementação da regulação e sua contribuição para os resultados observados; (ii) um eixo voltado à avaliação do impacto, isto é, se a regulação, efetivamente, atuou sobre o problema regulatório direcionado na AIR, bem como para compreensão dos demais impactos gerados, sua distribuição entre os grupos afetados e a ocorrência de resultados não previstos; e (iii) um eixo voltado à avaliação econômica, com foco nos custos e benefícios gerados pela ação regulatória, na perspectiva de eficiência.

Enfoca-se, ainda, a necessidade de participação popular no monitoramento da política regulatória, como etapa de identificação das intervenções estatais que devem ser objeto de ARR, bem como para identificar a ocorrência de consequências negativas e positivas não intencionais da regulação<sup>145</sup>. Nesse contexto, o Guia apresenta duas formas de participação popular no procedimento avaliativo dos resultados da regulação: (i) por meio de uma consulta pública integral, em que a transparência e responsabilidade pública, na tomada de decisão, ou *accountability*, são a prioridade mais importante; e (ii) por meio de uma consulta pública direcionada, na qual as partes afetadas podem ser agrupadas em algum parâmetro bem definido, seja ele regional ou setorial, de forma a lhes direcionar os esforços de participação<sup>146</sup>.

Para fins do presente estudo, é importante consignar que a Avaliação de Impacto Regulatório e a Avaliação de Resultado Regulatório constituem etapas distintas de um ciclo regulatório, cujo eixo é a implementa-

---

do Petróleo, Biocombustíveis e Gás Natural (ANP) previu sua primeira ARR na edição da Resolução ANP 795/2019” (GOMEZ, Patricia Werner. *A avaliação de resultado regulatório no Brasil: os desafios na sua realização a partir da experiência do Inmetro*. 2023. 163 f. Dissertação (Mestrado em Direito da Regulação) – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2023, p. 43).

<sup>141</sup> COLLINGRIDGE, David. *The Social Control of Technology*. London: Frances Pinter Ltd., 1980.

<sup>142</sup> BALDWIN, Robert; BLACK, Julia. Really Responsive Regulation. *Revista de Direito Administrativo*, v. 281, n. 2, p. 45-90, 2022.

<sup>143</sup> GOMEZ, Patricia Werner. *A avaliação de resultado regulatório no Brasil: os desafios na sua realização a partir da experiência do Inmetro*. 2023. 163 f. Dissertação (Mestrado em Direito da Regulação) – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2023.

<sup>144</sup> MINISTÉRIO DA ECONOMIA. *Guia orientativo para Elaboração de Avaliação de resultado Regulatório - ARR*. Fevereiro, 2022. Brasília. Disponível em: <https://www.gov.br/mme/pt-br/assuntos/analise-de-impacto-regulatorio-air-e-avaliacao-de-resultado-regulatorio-arr/o-que-e-arr/guiaarrverso5.pdf>. Acesso em: 08 out. 2023.

<sup>145</sup> MINISTÉRIO DA ECONOMIA. *Guia orientativo para Elaboração de Avaliação de resultado Regulatório - ARR*. Fevereiro, 2022. Brasília. Disponível em: <https://www.gov.br/mme/pt-br/assuntos/analise-de-impacto-regulatorio-air-e-avaliacao-de-resultado-regulatorio-arr/o-que-e-arr/guiaarrverso5.pdf>. Acesso em: 08 out. 2023.

<sup>146</sup> MINISTÉRIO DA ECONOMIA. *Guia orientativo para Elaboração de Avaliação de resultado Regulatório - ARR*. Fevereiro, 2022. Brasília. Disponível em: <https://www.gov.br/mme/pt-br/assuntos/analise-de-impacto-regulatorio-air-e-avaliacao-de-resultado-regulatorio-arr/o-que-e-arr/guiaarrverso5.pdf>. Acesso em: 08 out. 2023.

ção e efetividade de mecanismos de *accountability*, por meio de uma governança social, em que a participação dos afetados pela política regulatória mitiga o déficit democrático na intervenção do estado na esfera privada.

No cenário da regulação de inteligência artificial, esses instrumentos constituem mecanismos de prestação de contas a um fórum público de agentes, a partir da avaliação de efeitos previstos e dos resultados da implementação de ações regulatórias. É com esse substrato que se parte para traçar as conclusões inerentes aos resultados da pesquisa aqui empreendida.

## 5 Considerações finais

No decorrer do presente estudo, buscou-se analisar a concretização do princípio da *accountability* na regulação da Inteligência Artificial para além da imposição de regras de prestação de contas do agente econômico ao seu regulador. Com supedâneo na doutrina da Regulação Responsiva, observou-se que o Direito Administrativo Sancionador converge para a materialização do princípio constitucional da eficiência no âmbito das novas tecnologias, galgando novas formas de relações interinstitucionais.

A atuação do agente regulador viabiliza-se mediante proceduralização do direito regulatório a partir de uma dinâmica de modulação de poder, no escopo da superação de dilemas específicos da regulação de novas tecnologias. A regulação como um movimento pendular e interativo, cujo sancionamento se preordena a partir de uma pirâmide escalonável, pressupõe a revisitação das balizas inerentes ao *enforcement*, o que implica novas conjugações funcionais para o ente da administração pública encarregado do respectivo processo.

A multiplicidade de dimensões da autoridade competente, em matéria de Inteligência Artificial, perpassa pela constatação da ampliação do seu papel na dinâmica regulatória, para além do próprio sancionamento, tais quais o de *ombudsman*, a auditor, educador, negociador, consultor e executor de políticas. Essa plêiade de funções viabiliza uma política regulatória baseada em evidências, isto é, os riscos cognoscíveis e os impactos previstos, utilizando-se de medidas responsivas de dissuasão, persuasão e compensação.

Projeta-se, em última instância, uma atuação pautada na compreensão do desenvolvimento da Inteligência Artificial, das abordagens de *machine learning*, e sua respectiva usabilidade perante os diversos setores comerciais, acadêmicos e científicos da sociedade. A partir da institucionalização de aspectos da doutrina da Regulação Responsiva na estrutura de uma autoridade competente, ter-se-á um panorama de cooperação para promoção de mecanismos de prestação de contas no ambiente regulado.

A construção de uma política regulatória e de um *enforcement* eficientes tem como premissa o próprio desenvolvimento das atividades da autoridade competente, seja em sua atuação sancionatória, seja na confecção do seu arcabouço normativo. Essa política regulatória em Inteligência Artificial também não é estanque, mas pressupõe um ciclo regulatório que considera o fórum público de agentes na formulação e análise das medidas que a compõem. Nesse escopo se inserem a Avaliação de Impacto Regulatório e a Avaliação de Resultado Regulatório, que constituem etapas distintas de um mesmo ciclo regulatório, cujo eixo é a implementação e efetividade de mecanismos de *accountability*.

Enfocando o aspecto relacional da *accountability*, observa-se que é o agente regulador quem compõe o polo passivo no contexto desses instrumentos, os quais demonstram o caminho da tomada de decisão, bem como a ponderação do ente estatal em relação às informações obtidas por meio das contas prestadas pelos agentes de inteligência artificial, em instrumentos como a Avaliação de Impacto Algorítmico e o Relatório de Impacto à Proteção de Dados.

Confirmando-se a hipótese levantada inicialmente, constatou-se que, por meio de uma governança social, a Avaliação de Impacto Regulatório e a Avaliação de Resultado Regulatório viabilizam a participação dos possíveis afetados na própria política regulatória (*account-holders*) e mitigam o déficit democrático na in-

tervenção do estado na esfera privada. A *accountability* endereça a obrigação do agente regulador (*power-holder*) em prestar contas perante o fórum público, aberto e pluriparticipativo, por meio desses instrumentos, dando substância ao processo regulatório e fundamentando o *enforcement*, na alçada da proceduralização do Direito Administrativo Sancionador.

## Referências

ACIOLY, Luis Henrique de Menezes; MENDES, Isabelle Brito Bezerra; MONTEIRO NETO, João Araújo. As Avaliações de Impacto como Instrumentos de Inteligibilidade Algorítmica e Garantia de Direitos Fundamentais na Regulação de Inteligência Artificial. *Diké – Revista Jurídica*. v. 22, n. 24, p. 225-251, jul./dez. 2023. Disponível em: <https://periodicos.uesc.br/index.php/dike/article/view/3973>. Acesso em: 24 jan. 2024.

ASPER Y VALDÉS, Daisy; CAIDEN, Gerald. A instituição do ombudsman: aspectos de maturidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 37, n. 145, p. 201-212, jan./mar. 2000.

ANDRADE, Aparecida de Moura; SANTANA, Héctor Valverde. Avaliação de políticas públicas versus avaliação de impacto legislativo: uma visão dicotômica de um fenômeno singular. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 3, p. 781-798, dez. 2017. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4740>. Acesso em: 24 jan. 2024

ARANHA, Márcio Iorio. *Manual de Direito Regulatório*: Fundamentos de Direito Regulatório. 8. ed. rev. ampl. London: Laccademia Publishing, 2023.

AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS - ANPD. *Análise preliminar do Projeto de Lei nº 2338/2023, que dispõe sobre o uso da Inteligência Artificial*. Brasília: ANPD, 2023. Disponível em: [https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/analise-preliminar-do-pl-2338\\_2023-formatado-ascom.pdf](https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/analise-preliminar-do-pl-2338_2023-formatado-ascom.pdf). Acesso em: 09 set. 2023.

AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS - ANPD. *Relatório de Análise de Impacto Regulatório*: Construção do modelo de atuação fiscalizatória da ANPD para zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento da Lei Geral de Proteção de Dados. Brasília: ANPD, 2021. Disponível em: [https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/documentos-de-publicacoes/2021.05.25\\_\\_AIR\\_Fiscalizacao\\_Final1.pdf](https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/documentos-de-publicacoes/2021.05.25__AIR_Fiscalizacao_Final1.pdf). Acesso em: 07 out. 2023.

AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive Regulation*: Transcending the Deregulation Debate. Oxford: Oxford University Press, 1992.

BALDWIN, Robert; BLACK, Julia. Really Responsive Regulation. *Revista de Direito Administrativo*, v. 281, n. 2, p. 45-90, 2022. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/86044>. Acesso em: 05 mar. 2023.

BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 273, p. 123-163, set./dez. 2016. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/27010>. Acesso em 05 mar. 2023.

BENNETT, Colin; RAAB, Charles. *The Governance of Privacy*: policy instruments in Global Perspective. Massachusetts: MIT Press, 2006.

BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

BIONI, Bruno Ricardo. *Regulação e Proteção de Dados Pessoais: O Princípio da Accountability*. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

BIONI, Bruno; LUCIANO, Maria. O Princípio da Precaução na Regulação de Inteligência Artificial: Seriam as Leis de Proteção de Dados o seu Portal de Entrada?. In: BIONI, Bruno. (org.). *Proteção de dados: contexto, narrativas e elementos fundantes*. São Paulo: B. R. Bioni Sociedade Individual de Advocacia, 2021, p. 281-313.

BLACK, Julia. Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a “Post-Regulatory” World. *Current Legal Problems*, v. 54, n. 1, p. 103-146, 2001. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/clp/54.1.103>. Acesso em: 05 mar. 2023.

BLACK, Julia. Proceduralisation and Polycentric Regulation. *Revista Direito GV*, v. 1.5, n. Especial 1, p. 99-130, 2005. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35248>. Acesso em: 05 mar. 2023.

BLACK, Julia; MURRAY, Andrew. Regulation AI and Machine Learning: Setting the Regulatory Agenda. *European Journal of Law and Technology*, v. 10, n. 3, 2019. Disponível em: <https://www.ejlt.org/index.php/ejlt/article/view/722>. Acesso em: 05 mar. 2023.

BLANCHET, Luiz Alberto; BUBNIAK, Priscila Lais Ton. Análise de Impacto Regulatório: uma ferramenta e um procedimento para a melhoria da regulação. *Pensar - Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 22, n.3, p. 1-15, set./dez. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.5020/2317-2150.2017.4219>. Acesso em: 04 out. 2023.

BOVENS, Mark. Analysing and Assessing Accountability: A Conceptual Framework. *European Law Journal*, Vol. 13, No. 4, p. 447-468, July 2007.

BRAITHWAITE, John. The essence of Responsive regulation. *UBC Law Review*, v. 44, n. 3, p. 475-520, 2011. Disponível em: [http://johnbraithwaite.com/wp-content/uploads/2016/03/essence\\_responsive\\_regulation.pdf](http://johnbraithwaite.com/wp-content/uploads/2016/03/essence_responsive_regulation.pdf). Acesso em: 05 mar. 2023.

BRASIL. *Projeto de Lei nº 2338, de 2023*. Dispõe sobre o uso da Inteligência Artificial. Senado Federal. Brasília, 2023. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/157233>. Acesso em: 11 jun. 2023.

BRASIL. *Resolução CD/ANPD nº 4, de 24 de fevereiro de 2023*. Aprova o Regulamento de Dosimetria e Aplicação de Sanções Administrativas: Autoridade Nacional de Proteção de Dados, 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/anpd-publica-regulamento-de-dosimetria/Resolucao-4CDANPD24.02.2023.pdf>. Acesso em: 08 out. 2023.

BRASIL. *Resolução CD/ANPD nº 5, de 13 de março de 2023*. Aprova a Agenda de Avaliação de Resultado Regulatório para o período 2023-2026: Autoridade Nacional de Proteção de Dados, 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/anpd-publica-agenda-de-avaliacao-de-resultados-regulatorios/RESOLUON5ARR.pdf>. Acesso em: 08 out. 2023.

COLLINGRIDGE, David. *The Social Control of Technology*. London: Frances Pinter Ltd., 1980.

COMISSÃO EUROPEIA. *Orientações éticas para uma IA de confiança*. Publications Office, 2019. Disponível em: <https://data.europa.eu/doi/10.2759/2686>. Acesso em: 15 jul. 2023.

DEIGHTON-SMITH, Rex; ERBACCI, Angela; KAUFMANN, Céline. *Promoting inclusive growth through better regulation: The role of regulatory impact assessment*. Paris: OECD, 2016. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.1787/5jm3tqwqp1vj-en>. Acesso em: 04 out. 2023.

DJEFALL, Christian. Artificial Intelligence and Public Governance: Normative Guidelines for Artificial Intelligence in Government and Public Administration. In: WISCHMEYER, Thomas, RADEMACHER, Timo (eds). *Regulating Artificial Intelligence*. Cham: Springer Switzerland, 2020, p. 278-293. Disponível em: [https://doi.org/10.1007/978-3-030-32361-5\\_12](https://doi.org/10.1007/978-3-030-32361-5_12). Acesso em: 29 jul. 2023.

DONEDA, Danilo. A Autoridade Nacional de Proteção de Dados e o Conselho Nacional de Proteção de Dados. In: BIONI, Bruno (coord.); DONEDA, D.; SARLET, I. W.; MENDES, L. S.; RODRIGUES JÚNIOR, O. L. (orgs.). *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 466-476.

DONEDA, Danilo; ALMEIDA, Virgílio. What is Algorithm Governance?. *IEEE Internet Computing*, v. 20, n. 4., p. 60-63, jul./ago. 2016.

DOURADO, Daniel de Araújo; AITH, Fernando Mussa. A regulação da inteligência artificial na saúde no Brasil começa com a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. *Revista de Saúde Pública*, n. 56, v. 80, p. 1-7, 2022.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Obrigações. 15. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021.

FLORIDI, Luciano. Soft Ethics, the Governance of the Digital and the General Data Protection Regulation. *Philosophical Transactions Royal Society A*. v. 376, n. 2133, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1098/rsta.2018.0081>. Acesso em: 09 jul. 2023.

FLORIDI, Luciano; HOLWEG, Matthias; TADDEO, Mariarosa; SILVA, Javier Amaya; MOKANDER, Jakob; WEN, Yuni. *capAI: A Procedure for Conducting Conformity Assessment of AI Systems in Line with the EU Artificial Intelligence Act*. 23, mar. 2022. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4064091>. Acesso em: 15 jul. 2023.

FORTES, Pedro Rubim Borges; BAQUERO, Pablo Marcello; AMARILES, David Restpro. Artificial Intelligence Risks and Algorithmic Regulation. *European Journal of Risk Regulation*, v. 13, n. 3, p. 357-372, 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/err.2022.14>. Acesso em: 30 jul. 2023.

GASPAR, Walter B.; MENDONÇA, Yasmin Curzi. *A Inteligência artificial no Brasil ainda precisa de uma estratégia*. Relatório de análise do Centro de Tecnologia e Sociedade da FGV Direito Rio. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2021. Disponível em: <https://hdl.handle.net/10438/30500>. Acesso em: 05 out. 2023.

GENUS, Audley; STIRLING, Andy. Collingridge and the dilemma of control: Towards responsible and accountable innovation. *Research Policy*, v. 47, n. 1, p. 61-69, feb. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.respol.2017.09.012>. Acesso em 11 jun. 2023.

GOMEZ, Patricia Werner. *A avaliação de resultado regulatório no Brasil: os desafios na sua realização a partir da experiência do Inmetro*. 2023. 163 f. Dissertação (Mestrado em Direito da Regulação) – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, 2023.

JORDÃO, Eduardo; CUNHA, Luiz Filipe. Revisão do estoque regulatório: a tendência de foco na análise de impacto regulatório retrospectiva. *IP - Interesse Público*, Belo Horizonte, a. 22, n. 123, p. 227-255, set./out. 2020.

KELLER, Clara Iglesias. *Regulação nacional de serviços na Internet: exceção, legitimidade e o papel do Estado*. 2019. 300 f. Tese (Doutorado em Direito Público) - Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

LAURER, Moritz; SEIDL, Timo. Regulating the European Data-Driven Economy: A Case Study on the General Data Protection Regulation. *Policy & Internet*, v. 13, n. 2, p. 257-277, jun. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1002/poi3.246>. Acesso em: 30 jul. 2023.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. O papel da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) na concretização da LGPD. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti (orgs.). *Direito digital: direito privado e internet*. 4. ed. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 459-470.

LIMA, Valéria Athayde Fontelles de. *A Avaliação de Impacto Regulatório e sua aplicação no Brasil*. 2010. 156 f. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas, Estratégia e Desenvolvimento) - Programa de Pós-Graduação

em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento. Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Rio de Janeiro, 2010.

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

MARTINS, Maria Luiza Costa. *Simplificação, validação e melhoria nas análises de impacto regulatório e avaliações de resultado regulatório: os exemplos do Reino Unido*. Brasília: Enap, 2022.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven. *Economics and the law: from posner to postmodernism and beyond*. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 2006.

MESQUITA, Beatriz Maria. *Os modelos TOP-DOWN e BOTTOM-UP para o desenvolvimento local: uma análise bibliográfica para o Brasil*. 2018, 71 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Administração Pública) - Universidade Federal de Lavras, Lavras, 2018. Disponível em: <http://repositorio.ufla.br/jspui/handle/1/39506>. Acesso em: 07 out. 2023.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. *Guia orientativo para Elaboração de Avaliação de resultado Regulatório - ARR*. Fevereiro, 2022. Brasília. Disponível em: <https://www.gov.br/mme/pt-br/assuntos/analise-de-impacto-regulatorio-air-e-avaliacao-de-resultado-regulatorio-arr/o-que-e-arr/guiaarrverso5.pdf>. Acesso em: 08 out. 2023.

MONTAGNANI, Maria Lillà. Virtues and Perils of Algorithmic Enforcement and Content Regulation in the EU - A Toolkit for a Balanced Algorithmic Copyright Enforcement. *Journal of Law, Technology & Internet* v. 11, n. 1, 2020. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.case.edu/jolti/vol11/iss1/2/>. Acesso em: 11 jun, 2023.

MONTEIRO NETO, João Araújo. *The Operation of Multistakeholderism in Brazilian Internet Governance: Governance Innovation through multistakeholderism generativity*. Doctor of Philosophy (PhD) thesis, University of Kent, 2018.

MOSES, Lyria Bennett. How to Think About Law, Regulation and Technology: Problems with ‘Technology’ as a Regulatory Target. *Law, Innovation and Technology*, v. 5, n.1, p. 1-20, 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.5235/17579961.5.1.1>. Acesso em: 11 jun. 2023.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaid Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. *IP - Interesse Público*, Belo Horizonte, a. 22, n. 120, p. 83-126, mar./abr. 2020.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Novo Perfil da Regulação Estatal Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Brasil: Fortalecendo a governança para o crescimento. *Relatório sobre a Reforma Regulatória*. Paris: OECD, 2007. Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/lula/ocde-2013-relatorio-sobre-a-reforma-regulatoria-brasil-fortalecendo-a-governanca-para-o-crescimento/view>. Acesso em: 07 out. 2023.

PARENTONI, Leonardo. Por que confiar na Autoridade Nacional de Proteção de Dados?. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 79, jul./dez., p. 163-192, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.12818/P.0304-2340.2021v79p163>. Acesso em: 01 ago. 2023.

PEREIRA, José Renato Laranjeira de. Transparência pela cooperação: como a regulação responsiva pode auxiliar na promoção de sistemas de machine-learning inteligíveis. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, v. 7, nº 1, p. 194-223, mai.-jun. 2021. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/rdsr/article/view/37976>. Acesso em: 05 mar. 2023.

- PÓ, Marcos Vinícius; ABRUCIO, Fernando Luiz. Desenho e funcionamento dos mecanismos de controle e accountability das agências reguladoras brasileiras: semelhanças e diferenças. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 40, n. 4, p. 679-698, 2006. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0034-76122006000400009>. Acesso em: 30 jul. 2023.
- PRATA DE CARVALHO, Angelo Gamba. Inteligência artificial no mercado de capitais. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin. *Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- PROENÇA, Jadir Dias; RODRIGO, Délia. Brasil: Governança Regulatória e a Análise do Impacto Regulatório. In: PROENÇA, Jadir Dias; DE PAULO, Carla Beatriz (orgs.). *Experiências Exitosas em Regulação na América Latina e Caribe*. Brasília: Alias Opera, 2012, p. 219-234.
- RAAB, Charles; SZEKELY, Ivan. Data protection authorities and information technology. *Computer Law & Security Review*, [S.l.], v. 33, n. 4, p. 421-433, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2016.05.006>. Acesso em: 30 jul. 2023.
- ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- SAAB, Flávio; SILVA, Suylan de Almeida Midlej. Qual a qualidade da análise de impacto regulatório elaborada por agências reguladoras do Brasil?. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 56, n. 4, p. 529-549, jul./ago. 2022. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/0034-761220220111>. Acesso em: 04 out. 2023.
- SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. Avaliação legislativa no Brasil: apontamentos para uma nova agenda de pesquisa sobre modo de produção de leis. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 3, n. 2, p. 228-249, jul./dez. 2013. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/2219>. Acesso em: 24 jan. 2024.
- SAMPAIO, Giovanna Martins; PEREIRA, Neila de Paula; SANTOS, João Antônio Belmino dos. Inteligência Artificial e Propriedade Intelectual: uma interface. *Revista Videre*, Dourados, v. 14, n. 30, p.211-233, mai./ago. 2022.
- SCOTT, Colin. Accountability in the Regulatory State. *Journal of Law and Society*, v. 27, n. 1, p. 38-60, 2000.
- SILVA, Clóvis Couto e. *A obrigação como um processo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006.
- STEWART, Blair. A comparative survey of data protection authorities - Part 2: Independence and functions. *Privacy Law & Policy Reporter* 81, [S.l.], v. 11, n. 3. 2004. Disponível em: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/PLPR/2004/39.html>. Acesso em: 30 jul. 2023.
- SUNSTEIN, Cass R. O mundo real da análise de custo-benefício: 36 questões (e quase tantas respostas quanto). *RDA - Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 266, p. 13-47, mai./ago. 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v266.2014.32139>. Acesso em: 08 out. 2023.
- TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil*. 17 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2022.
- UNIÃO EUROPEIA. *Processo 2021/0106/COD*. Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial (Regulamento Inteligência Artificial) e altera determinados atos legislativos da União. COM (2021) 206 final, 2021/0106 (COD). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021PC0206>. Acesso em: 15 jul. 2023.
- VALENTE, Patrícia Rodrigues Pessôa. *Avaliação de Impacto Regulatório: Uma ferramenta à disposição do Estado*. 2010, 218 f. Dissertação (Mestrado em Direito - área de concentração Direito do Estado). Faculdade de Direito - Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2010.

WIENER, Jonathan. The regulation of technology, and the technology of regulation. *Technology in Society*, Durham, n. 26, p. 483-500, 2004. Disponível em: [https://scholarship.law.duke.edu/faculty\\_scholarship/1163](https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/1163). Acesso em 11 jun. 2023.

WIMMER, Miriam. Cidadania, tecnologia e Governo digital: proteção de dados pessoais no estado movido a dados. In: *ICT households 2019: Pesquisa Sobre o Uso das Tecnologias de Informação e Comunicação no Setor Público Brasileiro*. Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR, São Paulo: CGI.br. 2019, p. 27-36.

WORLD ECONOMIC FORUM. *Data-Driven Economies: Foundation for Our Common Future*. White Paper. April, 2021. Disponível em: [https://www3.weforum.org/docs/WEF\\_WP\\_DCPI\\_2021.pdf](https://www3.weforum.org/docs/WEF_WP_DCPI_2021.pdf). Acesso em: 17 abr. 2024.

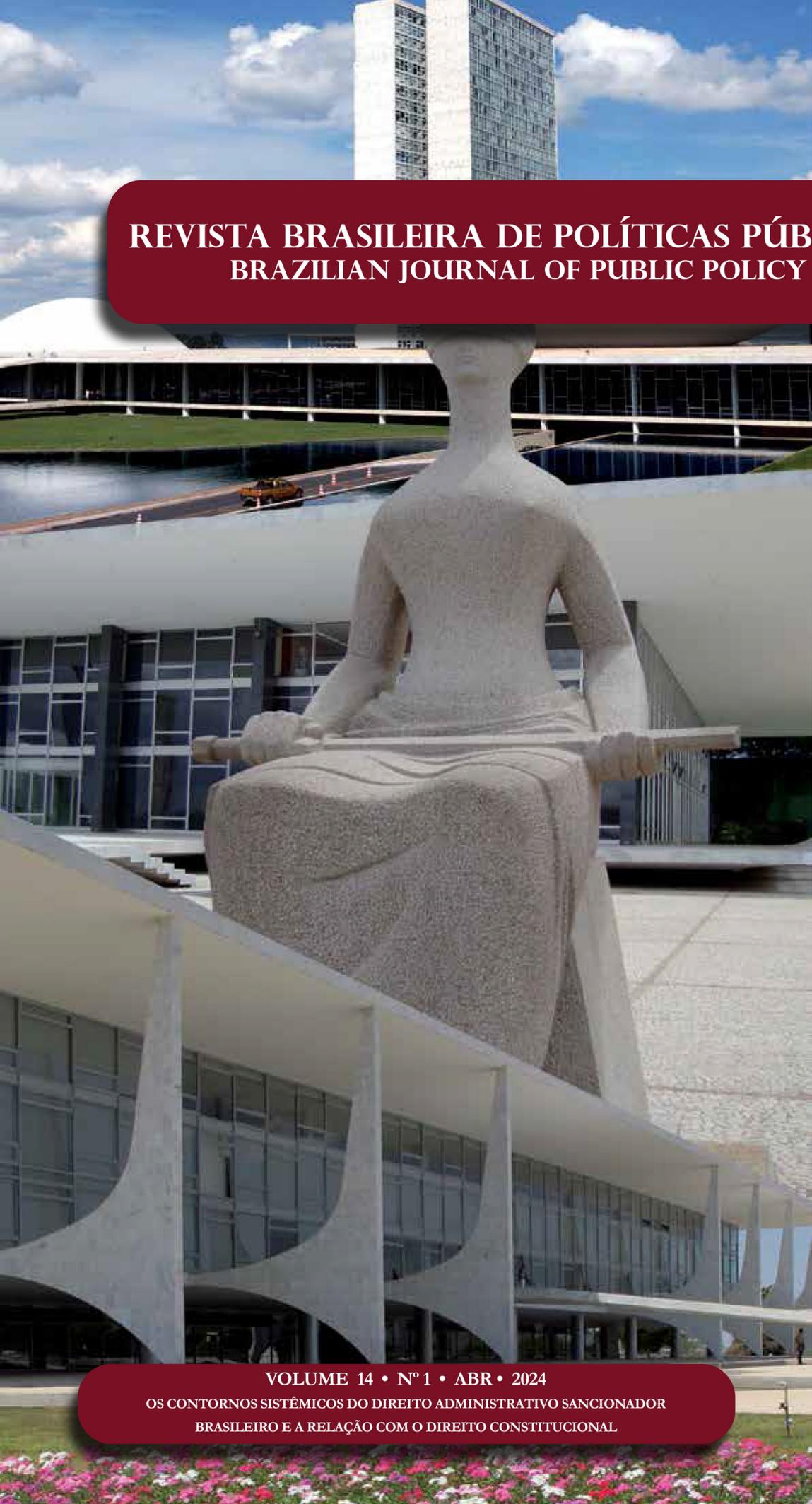
**POLÍTICAS PÚBLICAS, DIREITOS DAS  
MULHERES, INFÂNCIA E ADOLESCÊNCIA**

The logo for CEUB (Centro de Estudos Urbanos) is displayed in a white, stylized font against a dark red background. The letters 'C', 'E', and 'U' are connected, and the 'B' is separate. Below the logo, the text 'EDUCAÇÃO SUPERIOR' and 'ISSN 2236-1677' is written in a smaller, white, sans-serif font.

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

The cover features a photograph of a modern, white building with a large, white, seated female statue in the foreground. The building has a curved facade and large windows. The sky is blue with some clouds. The statue is holding a long, thin object, possibly a scroll or a book. The overall scene is bright and clear.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS  
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Desenvolvimento de políticas públicas municipais:** redes intersetoriais e as estratégias de gestão

**Municipal public policy development:** intersectoral networks and management strategies

Palloma Rosa Ferreira

Diego Neves de Sousa

Amélia Carla Sobrinho Bifano

Maria das Dores Saraiva

VOLUME 14 • Nº 1 • ABR • 2024

OS CONTORNOS SISTÊMICOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR  
BRASILEIRO E A RELAÇÃO COM O DIREITO CONSTITUCIONAL

# Desenvolvimento de políticas públicas municipais: redes intersetoriais e as estratégias de gestão\*

## Municipal public policy development: intersectoral networks and management strategies

Palloma Rosa Ferreira\*\*

Diego Neves de Sousa\*\*\*

Amélia Carla Sobrinho Bifano\*\*\*\*

Maria das Dores Saraiva\*\*\*\*\*

### Resumo

A experiência apresentada neste artigo é referente a constituição da Rede Protetiva não especializada de Atenção às mulheres em Situação de Violência, no ano de 2010, no município de Viçosa-MG, em uma proposta de articulação institucional de diferentes setores governamentais e não governamentais, a fim de viabilizar a implementação da política social de enfrentamento à VCM, tendo como pressuposto, para a operacionalização das ações, a intersectorialidade. Buscou-se descrever estratégias e mecanismos de gestão utilizados pela Rede Protetiva, para viabilizar o atendimento às usuárias, em Viçosa – MG. Realizou-se um aprofundamento teórico sobre o desenvolvimento de políticas sociais, baseadas na intersectorialidade. Utilizaram-se dois instrumentos metodológicos distintos, a entrevista e a pesquisa documental. A gestão da Rede no caso estudado não se concretizou em termos de um aparato administrativo formalizado, não sendo designado ou criado um órgão que se responsabilizasse pela gestão, no que tange ao planejamento e coordenação das ações em relação ao poder público municipal. Assim, a construção de uma rede, pautada no atendimento e baseada na intersectorialidade, nos moldes prescritos nos documentos oficiais, enfrenta dificuldades de se concretizar no cotidiano, considerando-se os ajustes necessários para que o seu funcionamento aconteça na realidade dos municípios, a exemplo de Viçosa-MG, que não possui serviços especializados, e enfrenta, restrições orçamentárias; infraestrutura precária; insuficiente número de profissionais e de colaboração do poder público.

**Palavras-chave:** Políticas Públicas Sociais. Intersectorialidade. Gestão. Rede.

\* Recebido em: 08/01/2024  
Aprovado em: 18/03/2024

\*\* Doutora em Economia Doméstica, pela Universidade Federal de Viçosa (UFV), Pós-doutoranda em Desenvolvimento Regional/ Universidade Federal de Tocantins (UFT).  
E-mail: palloma.rosa.ferreira@gmail.com.

\*\*\* Doutor em Desenvolvimento Rural pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Analista Embrapa Pesca e Aquicultura/Tocantins. Bolsista de Produtividade Desen. Tec. e Extensão Inovadora do CNPq - Nível 2.  
E-mail: diegocoop@hotmail.com.º

\*\*\*\* Doutora em Engenharia de Produção/ Trabalho, Tecnologia e Organização (TTO), Escola Politécnica (USP), sanduíche de um ano (CNAM-Paris). Professora Associada Departamento de Economia Doméstica (DED)/UFV.  
E-mail: abifano@ufv.br.

\*\*\*\*\* Doutora em Economia Rural, pela Universidade Federal de Viçosa (UFV). Professora colaboradora da Pós-Graduação em Economia Doméstica.  
E-mail: edo@ufv.br.

## Abstract

The experience presented in this article refers to the constitution of the non-specialized Protective Network for Attention to women in Situations of Violence, in 2010, in the municipality of Viçosa-MG, in a proposal for institutional articulation of different governmental and non-governmental sectors, in order to enable the implementation of the social policy to combat VAW, taking intersectorality as a prerequisite for the operationalization of actions. We sought to describe strategies and management mechanisms used by Rede Protetiva, to enable service to users, in Viçosa – MG. A theoretical deepening was carried out on the development of social policies, based on intersectorality. Two distinct methodological instruments were used, the interview and documentary research. The management of the Network in the case studied did not materialize in terms of a formalized administrative apparatus, with no body being designated or created that would be responsible for management, with regard to planning and coordinating actions in relation to municipal public authorities. Thus, the construction of a network, guided by service and based on intersectorality, along the lines prescribed in official documents, faces difficulties in implementing it on a daily basis, considering the necessary adjustments for its operation to take place in the reality of municipalities, for example Viçosa-MG, which does not have specialized services, and faces budget restrictions; poor infrastructure; insufficient number of professionals and collaboration from public authorities.

**Keywords:** Social Public Policies. Intersectorality. Management. Network.

## 1 Introdução

Buscou-se descrever e analisar, neste artigo, as estratégias de gestão utilizadas pela Rede Protetiva Não Especializada de Atendimento às Mulheres em Situação de Violência, para viabilizar o atendimento às usuárias, em Viçosa-MG.

A respeito da implementação de políticas públicas em âmbito local, direcionadas a grupos específicos, como é o caso das mulheres em situação de violência, é preciso enfocar um passado não tão distante, na intenção de compreender a introdução de mudanças no Brasil em relação ao direcionamento de tais políticas.

Isto porque, no Brasil, na segunda metade da década de 1980, em um cenário de redemocratização, houve um movimento de redefinição do relacionamento estabelecido entre o Estado e a sociedade, na busca de mudança de concepção a respeito da carência de direito. A Constituição Federal Brasileira de 1988 consagrou direitos sociais essenciais à população que deveriam ser garantidos pela ação do Estado<sup>1</sup>. Nessa circunstância, por meio da Constituição Federal, elevou-se a assistência social ao nível de política pública, formando o tripé da seguridade social juntamente à saúde e à previdência social<sup>2</sup>.

Então, nesse marco histórico, referente à promulgação da Constituição Federal, há ocorrência de propostas de inovações democráticas, no sentido de se estabelecer uma gestão participativa e mais colaborativa das políticas públicas, entre agentes governamentais e não governamentais<sup>3</sup>. E, assim, iniciou-se o incentivo à maior aproximação e compartilhamento de obrigações entre Estado e sociedade, a respeito da garantia de direitos sociais, com base na participação de grupos representativos da sociedade, na formulação e implementação de políticas públicas sociais.

<sup>1</sup> INOJOSA, Rose Marie; JUNQUEIRA, Luciano A. Práticas e saberes: desafios e inovação em gestão social. *O&S, Bahia*, v.15, n.45, p. 171-180, 2008.

<sup>2</sup> PRISCO, Thiago. Assistência social: a política pública (inter) setorial. *Revista Gestão & Políticas Públicas*, São Paulo, v. 2, n. 1, p.134-149, 2012.

<sup>3</sup> VENTURA, Tiago. Democracia e participação. Inovações democráticas e trajetória participativa no Brasil. *Cadernos EBAPÉ*. BR, Rio de Janeiro, v. 14, n. 3, p. 705-720, 2016.

Outra importante inovação incorporada na constituição, correspondente à gestão das políticas públicas, refere-se à orientação de descentralização político-administrativa, com incentivos à distribuição de competências entre os três níveis governamentais. Considerando-se essa discussão, a descentralização das ações passou a determinar uma mudança na ação do Estado, ao designar maior responsabilidade aos entes governamentais, sobretudo os municipais, para a formulação e implementação de políticas públicas, tendo como pressuposto a garantia da participação social, por meio da transferência de partes do poder do Estado para a sociedade civil<sup>4</sup>.

Nesse contexto, a constituição dos conselhos representou espaços estratégicos e privilegiados de participação dos representantes advindos da sociedade, em relação ao envolvimento dessas políticas. Nos conselhos gestores, se institucionalizou a participação paritária, de composição mista, ou seja, contemplada pela sociedade civil e poder público, criando formas de mediação representativa entre ambos, visando fomentar a construção de políticas públicas, em que os sujeitos sociais tivessem a oportunidade de atuar nas diversas etapas<sup>5</sup>.

Os conselhos gestores podem ser de dois tipos, consultivo e deliberativo. Mesmo que, nos dois casos, se verifique a participação dos sujeitos sociais nos processos decisórios das políticas públicas, o primeiro funciona como uma instância de apoio, podendo ser acionado diante de uma demanda de ordem pública; enquanto o segundo tem poder de decisão, quando se trata dos direcionamentos em relação às políticas e programas<sup>6</sup>.

Nessa direção, a constituição dos conselhos representou um marco na luta pela gestão democrática e transparente; enquanto espaços estratégicos e privilegiados de participação de representantes advindos da sociedade no envolvimento dessas políticas. No entanto, a concretização das políticas não se efetivou conforme a concepção participativa, acenada na constituição. Ocorreu, entretanto, a concretização de um aparato governamental hierarquizado, com estrutura vertical, em que se tomaram decisões no topo e não na base, nem sempre respondendo às necessidades da população. Ocorreu, portanto, a promoção de políticas públicas assistencialistas, de cunho compensatório e de provimento de itens<sup>7</sup>.

Soma-se a isso a permanência da setorização das políticas públicas, que compromete o atendimento às inúmeras necessidades apresentadas pelos grupos sociais em situação de vulnerabilidade, visto que, ao percorrerem diferentes setores, que não necessariamente se comunicam entre si, enfrentam desafios para satisfazer, de forma integral, suas demandas. Assim, é preciso maiores investimentos materiais e humanos para administrar e coordenar ações efetuadas em uma mesma política e, também, entre as políticas, que viabilizem atendimento mais eficaz da população<sup>8</sup>.

Na contramão da setorização e de processos decisórios ainda concentrados em alguns níveis governamentais, para a concretização de maiores articulações entre setores e políticas públicas, a governança e governabilidade social precisam, para serem viabilizadas, contar com a participação efetiva de distintos sujeitos sociais, além do Estado, obter a contribuição da sociedade civil, e do próprio público correspondente à ação pública<sup>9</sup>. O ajuste da participação desses diferentes entes na gestão do trabalho requereu processos participativos e coerentes com essa nova realidade, em uma proposta do atendimento de forma intersetorial.

<sup>4</sup> PIANA, Maria Cristina. *As políticas sociais no contexto brasileiro: natureza e desenvolvimento*, São Paulo: Editora Unesp, p. 22-56, 2009.

<sup>5</sup> MORAIS, Jordana de Souza. *Participação e representatividade no Conselho Municipal de Assistência Social de Viçosa-MG*. 2016, 142f. Dissertação (Mestrado em Economia Doméstica), Programa de Pós-Graduação em Economia Doméstica. Universidade Federal de Viçosa, Viçosa, MG, 2016.

<sup>6</sup> BUVINICH, Rojas; PASSAMAI, Danitza. O mapeamento da institucionalização dos conselhos gestores de políticas públicas nos municípios brasileiros. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 48, p. 55-82, 2014.

<sup>7</sup> BEHRING, Elaine Rosseti; BOSCHETTI, Ivanete. *Política social: fundamentos e história*. São Paulo: Cortez Editora, 2013.

<sup>8</sup> SCHUTZ, Fernanda; MIOTO, Regina Célia Tamasso. Intersetorialidade e política social: subsídios para o debate. *Sociedade em Debate*, Pelotas, v. 16, n. 1, p. 59-75, 2010.

<sup>9</sup> CARVALHO, Maria do Carmo Brant. Gestão social e políticas públicas: uma questão ainda em debate no século XXI. In: JUN-

E a respeito dessas discussões, fomentadas, sobretudo, depois da constituição, floresce o termo intersectorialidade, considerando as propostas de implementação das políticas sociais, assim como no meio acadêmico. A intersectorialidade seria uma estratégia possível para romper com a tradicional fragmentação das políticas públicas, com vistas a contemplar as necessidades sociais, dentro de uma visão holística, ao considerar o cidadão de forma plena. Desse modo, não se trata somente de integração das políticas públicas, materializadas pela atuação de distintos setores, mas o envolvimento de vários sujeitos sociais, sendo cada qual com sua subjetividade e que interfere, diretamente, nessa relação<sup>10</sup>.

Nesse intento, incorporou-se a perspectiva intersectorial, a qual passa a constar nos documentos oficiais do Governo Federal, em relação à proposição de políticas públicas sociais direcionadas às mulheres, também do escopo de proteção social, em que se verifica o ápice de sua estruturação, no ano de 2003, quando a construção de diferentes instrumentos possibilitou avanços no enfrentamento à Violência Contra as Mulheres (VCM), no Brasil. Assiste-se à criação da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres (SEPM), o que respaldou a realização de Conferências Nacionais de Políticas para as Mulheres (CNPM), nas diferentes esferas da federação, com construção periódica de Planos Nacionais de Políticas para as Mulheres (PNPMs). Reforçaram-se essas iniciativas com outras já existentes, como o Conselho Nacional de Direitos da Mulher (CNDM), de forma a materializar a articulação da gestão e participação social no direcionamento de políticas públicas às mulheres<sup>11</sup>.

Nesse cenário, ressalta-se a criação da Lei Maria da Penha (Lei 11.340) em 2006 e do Pacto e Política Nacional de Enfrentamento à VCM, elaborados em 2007. Documentos que preconizam a constituição de redes de atendimento às mulheres que se encontram em situação de violência, como forma de se estabelecer o desenvolvimento de um trabalho pautado na articulação de diferentes setores e políticas públicas, no intuito de contemplar todas as demandas das vítimas. Nesse sentido, como pressuposto de consecução, de modo especial ao enfrentamento à VCM, determinada nos documentos oficiais supracitados, se acentuou a responsabilidade de participação efetiva de vários setores, diante de uma violência que é multicausal, privilegiando, dessa forma, a integralidade no atendimento.

O trabalho, baseado na intersectorialidade e em rede, passou a representar uma estratégia possível para fazer frente à fragmentação das ações técnicas na gestão pública do ciclo das políticas públicas sociais em todo o seu processo, que abarca a concepção, a elaboração, a implementação e a execução, especialmente, nessas duas últimas etapas, em que se constata, com frequência, a perpetuação de um modelo positivista e desagregador<sup>12</sup>.

No estudo em questão, a temática pesquisada, despontou, no município de Viçosa-MG, a partir de 2010, por meio de articulação institucional, fomentada inicialmente pelo Conselho Municipal dos Direitos da Mulher (CMDM), contando com o apoio de membros do Núcleo Interdisciplinar dos Estudos de Gênero (NIEG)/Universidade Federal de Viçosa (UFV), Defensoria Pública e lideranças comunitárias<sup>13</sup>.

Em 2012, acordou-se a consecução dos trabalhos em Viçosa de forma participativa entre os sujeitos sociais, no Pacto Municipal de Enfrentamento à Violência contra às Mulheres (VCM), reafirmado por meio do

---

QUEIRA, Luciano Antônio Prates; DIAS, Sylmara L. F. Gonçalves; WANDERLEY, Mariangela Belfiore; MENDONÇA, Patrícia. *Gestão social: mobilizações e conexões*. São Paulo: LCTE Editora, 2012. 364p.

<sup>10</sup> CARVALHO, Rafael Nicolau; CAVALCANTI, Patrícia Barreto. O debate recente sobre as políticas públicas: o caso da intersectorialidade numa perspectiva compreensiva. *Revista de Políticas Públicas*, São Luiz, v. 17, n. 1, p. 161-170, 2014.

<sup>11</sup> MARCONDES, Mariana Mazzini; DINIZ, Ana Paula Rodrigues; FARAH, Marta Ferreira Santos. Transversalidade de gênero: uma análise sobre os significados mobilizados na estruturação da política para mulheres no Brasil. *Revista Serviço Público*, Brasília, v.69, n.2, p.35-61, 2018.

<sup>12</sup> AMARAL, Liliane Moraes. *A intersectorialidade na gestão das políticas sociais: o contexto da produção científica brasileira*. 2105. 160f. Dissertação (Mestrado em Terapia Ocupacional), Programa de Pós-Graduação em Terapia Ocupacional, São Carlos. Universidade Federal de São Carlos.

<sup>13</sup> REZENDE, Daniela Leandro; ANDRADE, Luciana Vieira Rubim. Rede não especializada de atendimento à mulher em situação de violência em Viçosa, Minas Gerais. *Revista de Ciências Humanas*, Viçosa, v. 14, n. 1, p. 207-225, 2014.

compromisso, expresso no Protocolo Municipal de Atenção às Mulheres em Situação de Violência. O que possibilitou a formalização, no ano de 2015, da Rede Protetiva não Especializada de Atenção às Mulheres em Situação de Violência, no sentido de obter comprometimento de distintos setores pertencentes à estrutura pública dos serviços municipais, bem como de apoios de outros setores da sociedade civil. Contudo, como mencionado, o funcionamento da rede começou a se estabelecer, no ano de 2010, quando as ações de enfrentamento à VCM se intensificaram no município, e o protocolo permitiu formalizar e designar as funções e as responsabilidades de cada organização no atendimento às mulheres, estabelecendo os encaminhamentos, de acordo com a demanda das usuárias.

Denomina-se rede não especializada, porque, dentre as organizações participantes, nenhuma se dedica, exclusivamente, ao atendimento às mulheres em situação de violência. Essa não exclusividade significa a responsabilidade das organizações de atender a outros tipos de públicos, com diferentes demandas. Esse acúmulo de tarefas pode refletir a qualidade dos serviços prestados, considerando-se a limitação de espaço físico, infraestrutura e de profissionais qualificados. O atendimento às mulheres não é realizado por setores específicos, a exemplo das DEAMs ou mesmo Núcleos Especializados dos Direitos da Mulher, geralmente inexistente em municípios com população abaixo de 100.000 habitantes; visto que, nos municípios pequenos e de médio porte, essas estruturas especializadas geralmente estão ausentes, sendo necessário contar com a infraestrutura disponível<sup>14</sup>.

Dessa maneira, o atendimento compartilhado entre as organizações se efetivou em Viçosa. E, como esse trabalho se materializou e foi conduzido, contribuiu para entender as estratégias utilizadas, em âmbito local, em resposta a uma política pública de enfrentamento à VCM, que se origina em esfera Federal, mas que, para se concretizar, precisa ser adaptada às realidades locais, como pode ser verificado no decorrer deste artigo.

Desse modo, este estudo se pauta nas seguintes indagações: de que forma se dá a gestão da Rede Protetiva? Quais estratégias são utilizadas para acompanhar os trabalhos que estão sendo realizados pelos parceiros? Existem mecanismos de monitoramento e avaliação da atuação da rede no município de Viçosa e da sua capacidade de atendimento às vítimas?

## **2 A intersectorialidade como estratégia para o desenvolvimento de políticas públicas: uma discussão teórica conflituosa**

O debate teórico assentou-se na discussão a respeito da intersectorialidade presente nas políticas públicas, elaboradas com a expectativa de atender às demandas de grupos sociais, que se encontram em vulnerabilidade na sociedade, como é o caso das mulheres em situação de violência.

No contexto internacional, a intersectorialidade passou a ser difundida no âmbito da saúde, de modo especial, no início dos anos de 1970, em um momento que se amplia o conceito da saúde e, assim, prioriza-se um trabalho pautado em estratégias intersectoriais, a fim de possibilitar melhores condições de vida à população. Dentre os documentos produzidos nessa época, destaca-se “uma nova perspectiva sobre a saúde dos canadenses” (Lalonde, 1974), a resolução “Saúde para todos no ano 2000” (World Health Organization, 1977) e a “Declaração de Alma-Ata” (World Health Organization, 1978), que constituem marcos desse processo<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> SILVA, Cláudia Maria Ferreira, MIGUEL, Ângela Maria. A rede não especializada de atendimento à mulher em situação de violência, no município de Viçosa/MG. *Revista de Ciências Humanas*, Viçosa, v. 16, n. 1, p. 26-41, 2016.

<sup>15</sup> REZENDE, Mônica; BAPTISTA, Tatiana Vargas Faria de; AMÂNCIO FILHO, Antenor. O legado da construção do sistema de proteção social brasileiro para a intersectorialidade. *Trabalho, Educação e Saúde*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 2, p. 301-322, 2015.

Assiste-se, assim, ao início de uma mudança no discurso em relação ao atendimento à população, não baseada na setorização, com a proposição de considerar o desenvolvimento de articulações maiores entre diferentes setores e políticas públicas, na intenção de responder às demandas dos diversos grupos sociais.

Mais precisamente, ao final do Século XX, se intensificou uma conjuntura de constantes transformações, com a ocorrência de rupturas e reconstruções, decorrentes de um mundo globalizado, povoado por dinâmicas compostas de aparatos tecnológicos, ágeis e cada vez mais avançados, que tem encurtado a distância entre os países, coletividades e indivíduos, proporcionando uma conectividade em contínua ascensão. Tal cenário tem refletido de diversas formas na sociedade, alterando os relacionamentos nos mais variados campos da vida social<sup>16</sup>.

Nesse contexto de transformações e mudanças, no Brasil, em 1993, com a promulgação da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), alcançou-se o reconhecimento da assistência social, como política pública social<sup>17</sup>.

Outro aspecto importante de mudanças refere-se às políticas sociais desenvolvidas nos três níveis governamentais, como forma de descentralização das ações do Estado; visto que, desde a Constituição de 1988, houve apelos para se romper com o modelo centralizado e tecnocrático da gestão, em uma proposta de descentralização das políticas sociais e possibilidades de participação da sociedade civil no processo de gestão social. Assim, por meio da descentralização, os municípios tiveram maior autonomia na tomada de decisões, com conseqüente abertura e ampliação de espaços apropriados de participação da sociedade, seja na formulação, implementação e, mesmo, controle de políticas públicas<sup>18</sup>.

Dessa forma, tornou-se inevitável adiar a descentralização, uma vez que havia o risco iminente de incorrer em custos elevados, tanto do ponto de vista econômico quanto político e social. Portanto, os governos subnacionais começaram a implantar suas próprias agendas de políticas; todavia, os países Latino Americanos, ainda enfrentam dificuldades, para regular, eficientemente, o processo de elaboração de políticas públicas que sejam direcionadas a cenários plurais e intergovernamentais<sup>19</sup>.

Nessa linha de pensamento, evidenciam-se os esforços entre o setor público, privado e a comunidade para se realizar um trabalho de forma conjunta, na intenção de promover o enfrentamento de problemas sociais mais complexos<sup>20</sup>. E essa conjugação de esforços entre diferentes setores recebeu a denominação de intersectorialidade, com o objetivo de resolver problemas sociais complexos, de características predominantemente multicausais. As políticas sociais na América Latina apontam a intersectorialidade como caminho para se alcançar a integralidade, por meio da criação de Planos e Políticas Públicas, direcionadas a determinados públicos, como as mulheres em situação de violência. O que implica o estabelecimento de relações baseadas na colaboração, de natureza não hierárquica e não necessariamente contratuais<sup>21</sup>.

Nesse contexto, a intersectorialidade representa a construção de interfaces entre setores e instituições pertencentes às esferas governamentais, bem como não governamentais, a fim de enfrentar problemas com-

<sup>16</sup> FLEURY, Sônia; SUBIRATS, Joan; BLANCO, Ismael (Orgs). Respostas locais a inseguranças globais: inovação e mudança no Brasil e Espanha. *Fundação Getúlio Vargas*: Ebape, Fundação Cidob, 2009. 448p. Disponível em: <http://biblioteca.jfjb.jus.br/wp-content/uploads/2017/10/respostas-locais-e-inseguranças-globais-inovacao-e-mudanca-no-brasil-e-espanha.pdf>. Acesso em: 04 abr. 2019.

<sup>17</sup> PRISCO, Thiago. Assistência social: a política pública (inter) setorial. *Revista Gestão & Políticas Públicas*, São Paulo, v. 2, n. 1, p.134-149, 2012.

<sup>18</sup> MORAIS, Jordana de Souza. *Participação e representatividade no Conselho Municipal de Assistência Social de Viçosa-MG*. 2016, 142f. Dissertação (Mestrado em Economia Doméstica), Programa de Pós-Graduação em Economia Doméstica. Universidade Federal de Viçosa, Viçosa, MG, 2016.

<sup>19</sup> MENDOZA, Enrique Cabrero; SOLIS, Dionisio Zabaleta. ¿Cómo construir una mística intergubernamental en la política social? Análisis de cuatro experiencias latinoamericanas. *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, Caracas, n. 43, p. 27-62, 2009.

<sup>20</sup> CUNILL-GRAU, Nuria; FERNÁNDEZ, Margarita; MANRÍQUEZ, Marcel Thezà. La cuestión de la colaboración intersectorial y de la integralidad de las políticas sociales. Lecciones derivadas del caso del sistema de protección a la infancia en Chile. *Revista Latinoamericana*, Salvador, v.12, n. 36, p. 289-314, 2013.

<sup>21</sup> CUNILL-GRAU, Nuria. La intersectorialidad en las nuevas políticas sociales: Un acercamiento analítico-conceptual. *Gestión y política pública*, Santa Fé, v. 23, n. 1, p. 5-46, 2014.

plexos, que não podem ser respondidos por um único setor, ultrapassando a capacidade de resolutividade de um só governo ou de uma única área de política pública, pautando-se na integralidade do atendimento aos públicos a quais se destinam<sup>22</sup>.

Assim, o desempenho em nível intersetorial possibilita enfrentar os problemas de modo mais integral, no sentido de obter maior rentabilidade, com o aumento da eficiência das políticas públicas e aprimoramento das legislações, além da melhoria na tomada de decisões em relação às atividades administrativas<sup>23</sup>.

A intersetorialidade, por meio de articulação de saberes e experiências, pode propiciar a consecução de planejamento, implementação e análise de políticas, programas e projetos, com condições para a construção de respostas adequadas às demandas sinalizadas, o que requer mudança cultural e educativa. Assim, aparece justamente com a governança em rede, por meio da gestão social, quando a atuação unilateral não tem condições de atender às questões-problema<sup>24</sup>. Essa atuação unilateral se estabelece quando se busca uma solução, de forma individual, por cada política pública, ao não se considerar o sujeito social em sua totalidade, tampouco o que está sendo praticado pelas demais políticas sociais, que também estão empenhadas no alcance de melhor qualidade de vida para a população<sup>25</sup>. Ao contrário dessa unilateralidade, a concepção de intersetorialidade está preocupada em gerir o trabalho entre os setores, por meio do planejamento, execução e controle dos serviços a serem realizados, de modo que ocorra um acesso igualitário dos desiguais. Todavia, isso implica mudanças estruturais no âmbito governamental e em relação ao direcionamento dos seus interesses.

Nesse sentido, a intersetorialidade se traduz em um modelo de gestão, contrária à fragmentação das políticas públicas sociais, tendo a intenção de realizar alterações na forma de concepção e realização de serviços destinados aos cidadãos. Entretanto, “a prática se efetiva em um processo político, permeado de contradições, resistências, divergências, escassez de recursos, entre outros”, obstáculos que precisam ser considerados e superados diante da demanda cada vez mais crescente de atendimento da população<sup>26</sup>.

E, nessa direção, a perspectiva intersetorial conduz a um conjunto de inovações direcionadas à gestão pública, em especial, a gestão social, visto que a estrutura que prevalecia composta por sistemas especializados e funcionando de forma hierarquizada e vertical tende a ser pressionada, para dar espaço a novas temáticas e grupos populacionais e, por isso, demandando diferentes respostas de organização, sendo a intersetorialidade mais uma alternativa a ser considerada, no rol de demais possibilidades de inovações existentes<sup>27</sup>.

Como alternativa, sugere-se o trabalho intersetorial instrumentalizado pela constituição de rede, em âmbito municipal, na implementação de políticas públicas na atualidade, como forma de ampliar o diálogo entre distintos setores e instituições<sup>28</sup>. Assim, adota-se o aproveitamento dos pressupostos de funcionamen-

<sup>22</sup> MONNERAT, Giselle Lavinias; SOUZA, Rosimary Gonçalves de. Da seguridade social à intersetorialidade: Reflexões sobre a integração das políticas sociais no Brasil. *Revista Katályse*, Florianópolis, v.14, n.1, p. 41-49, 2011.

<sup>23</sup> SCHMITHÜSEN, Franz. Analyser les impacts des politiques au niveau intersectoriel: aspects juridiques et politiques. In: DUBÉ, Yves C.; SCHMITHÜSEN, Franz Josef. Impacts intersectoriels des politiques forestières et des autres secteurs. *FAO forestry paper*, v. 142, p. 5-47, 2005.

<sup>24</sup> FERNANDES, A.T; CASTRO, C.; MARON, J. Desafios para implementação de políticas públicas: intersetorialidade e regionalização, In: *Anais do V Congresso CONSAD de Gestão Pública*, Centro de Convenções Ulysses Guimarães, Brasília-DF, 2013.

<sup>25</sup> JUNQUEIRA, Luciano Antônio Prates. *Redes sociais e intersetorialidade*. São Paulo: Tiki Books, 2016, p. 13-40.

<sup>26</sup> BELLINI, Maria Isabel Barros; FALER, Camília Susana; SCHERER, Patrícia Teresinha; JESUS, Tiana Brum de; ARSEGO, Livia Ramalho; VIEIRA, Ana Luiza de Moraes. Políticas públicas e intersetorialidade em debate, 2014. Disponível em: [https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/8133/2/evento\\_003%20-%20Maria%20Isabel%20Barros%20Bellini.pdf](https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/8133/2/evento_003%20-%20Maria%20Isabel%20Barros%20Bellini.pdf). Acesso em: 20 fev. 2022.

<sup>27</sup> BRONZO, Carla et al. Intersetorialidade, autonomia e território em programas municipais de enfrentamento da pobreza: experiências de Belo Horizonte e São Paulo. *Planejamento e políticas públicas*, Brasília, v.2, n.35, p.120-159, jul./dez.2010.

<sup>28</sup> AMARAL, Liliâne Moraes. *A intersetorialidade na gestão das políticas sociais: o contexto da produção científica brasileira*. 2105. 160f. Dissertação (Mestrado em Terapia Ocupacional), Programa de Pós-Graduação em Terapia Ocupacional, São Carlos. Universidade Federal de São Carlos.

to das redes como forma de ajudar a materializar o compartilhamento de serviços praticados dentro do par público e privado, para uma melhor organização dos trabalhos.

A fim de sintetizar essas discussões apresentadas pelos(as) autores(as), apontam-se cinco pontos sobre as vantagens da configuração de redes, baseadas na intersetorialidade, como: a) o envolvimento de vários sujeitos sociais, com possibilidade de obtenção de maiores recursos e diferentes visões sobre um problema; b) a determinação das prioridades de forma democrática; c) o compartilhamento de responsabilidades entre organizações de natureza distintas – privada e pública; d) a gestão adaptada, de acordo com o contexto social, devido à flexibilidade presente à sua própria dinâmica; e) a preservação da autonomia das organizações, visto que os objetivos são tratados por meio de negociação, adequado à experiência de uma estrutura horizontal<sup>29</sup>.

Para além do desafio posto, de perpetuação de uma ação assistencialista e compensatória e de problemas relacionados à fragmentação das políticas públicas, se observam ganhos no sentido da consolidação de uma participação democrática. Uma vez que a intersetorialidade, atrelada às políticas públicas, possibilitou a articulação de saberes de natureza técnica, em que especialistas de diversificadas áreas precisaram integrar agendas de ordem coletiva e partilhar objetivos comuns, o que pode beneficiar a população, promover ações mais coordenadas e direcionadas, assim como organizar políticas públicas que componham determinados territórios<sup>30</sup>.

A contribuição dos diversos autores, apresentadas até este momento, possibilitou destacar os benefícios da ação intersetorial para a implementação das políticas sociais, sobretudo o potencial de se desenvolver um trabalho coparticipativo entre diferentes setores e proposição de políticas públicas, para um atendimento mais qualificado e humanizado ao público a que se destina.

Para a consolidação da gestão intersetorial, são imprescindíveis modificações nas estruturas, tanto institucionais quanto organizacionais, dos diferentes níveis de governo ou, mesmo, a adoção de estratégias condizentes à gestão integrada, sendo a constituição de redes, um exemplo.

E essa concretização estará condicionada ao quão central e legítima é a valorização de cada temática na agenda pública e no processo decisório, o que implicará alterações na dinâmica de trabalho<sup>31</sup>.

Ademais, a elaboração de políticas públicas é gerida tanto em um contexto de participação quanto de conflitos e de composições políticas diversas, que se encontram permeadas por embates e disputas, muitas vezes difíceis de serem superadas<sup>32</sup>; o que implica avanços, mas também, resistências, que dificultam a consolidação dessas políticas e de seus arranjos, especialmente na forma como as redes se constituem em âmbito local. O questionamento sobre a intersetorialidade não se concentra em se efetivar, necessariamente, por meio do desenvolvimento de um método ou mesmo uma técnica específica, mas passa pela reflexão do papel de cada um dos sujeitos sociais envolvidos e da forma como cada qual se apropria do lugar que ocupa ao desempenhar sua função<sup>33</sup>.

<sup>29</sup> OLIVEIRA, Denis Renato de; PASSADOR, João Luiz. *Gestão e políticas públicas em rede: interlocuções, pressupostos e aplicações*. Editora Appris, 2020. 173p.

<sup>30</sup> NASCIMENTO, Sueli do. Reflexões sobre a intersetorialidade entre as políticas públicas. *Serviço Social & Sociedade*, São Paulo, n.101, p.95-120, jan/mar. 2010.

<sup>31</sup> BRONZO, Carla et al. Intersetorialidade, autonomia e território em programas municipais de enfrentamento da pobreza: experiências de Belo Horizonte e São Paulo. *Planejamento e políticas públicas*, Brasília, v.2, n.35, p.120-159, jul./dez.2010.

<sup>32</sup> BELLINI, Maria Isabel Barros; FALER, Camília Susana; SCHERER, Patrícia Teresinha; JESUS, Tiana Brum de; ARSEGO, Livia Ramalho; VIEIRA, Ana Luiza de Moraes. Políticas públicas e intersetorialidade em debate, 2014. Disponível em: [https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/8133/2/evento\\_003%20-%20Maria%20Isabel%20Barros%20Bellini.pdf](https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/8133/2/evento_003%20-%20Maria%20Isabel%20Barros%20Bellini.pdf). Acesso em: 20 fev. 2022.

<sup>33</sup> FERNANDEZ, Juan Carlos Aneiros; WESTPHAL, Marcia Faria; BÓGUS, Claudia Maria; MENDES, Rosilda. Gestão intersetorial e participativa: análise de modelo de uma subprefeitura de São Paulo. *Revista Planejamento e Políticas Públicas*, Brasília, n. 42, p.220-238, 2014.

Essas constatações apresentadas pelos autores atravessam as políticas públicas, a respeito da concretização da intersetorialidade e de atendimento às demandas dos grupos sociais, implicando obstáculos, ao se colocar em prática um projeto universal de atendimento às necessidades dos cidadãos, visto que a lógica de acumulação capitalista e de investimentos em políticas econômicas inviabilizam o desenvolvimento de políticas sociais de garantia de direitos, considerando que estas passam a ser focalizadas/seletivas e descentralizadas. Desse modo, a restrição ou mesmo a redução de direitos tem sido uma tendência geral, tendo como argumento a crise fiscal do Estado, e, nesse contexto, transformam-se as políticas sociais em ações episódicas e compensatórias, como forma de acobertar os efeitos dessa crise<sup>34</sup>.

Mesmo diante das constatações da relevância da intersetorialidade acentuadas pelos diversos autores (as), os problemas<sup>35</sup> apontados<sup>36</sup>, no decorrer das discussões teóricas, demonstram as dificuldades ainda presentes para sua implementação. Ademais, as ações intersetoriais se desenvolvem em um cenário composto pela existência de múltiplos caminhos, permeados por diversos desafios no decorrer de sua execução<sup>37</sup>, em que se verifica a prevalência de um consenso em relação ao discurso, mas, na prática, um dissenso, que tem marcando a tônica dos debates<sup>38</sup>.

Desse modo, a literatura evidencia a necessidade de maiores investimentos na capacidade de articulação institucional de diferentes setores e políticas públicas, que consiga respaldar desenvolvimento de trabalhos mais adequados à realidade e necessidade dos públicos atendidos, a exemplo de mulheres em situação de violência.

### 3 Procedimentos metodológicos

Para o desenvolvimento desse estudo, utilizou-se como instrumentos de pesquisa a entrevista fundamentada em um roteiro semiestruturado<sup>39</sup> e a pesquisa documental.

Realizaram-se as entrevistas com representantes das organizações apontadas como pertencentes à Rede Protetiva Não Especializada de Atenção às Mulheres em Situação de Violência. Perfazendo um total de 16 entrevistas, que ocorreram no primeiro semestre de 2019.

**Quadro 10** – listas das áreas e das respectivas organizações responsáveis pelo atendimento às vítimas de violência, Viçosa, MG, 2019

Áreas	Organizações
Saúde	Programa Saúde da Família (PSF), Hospital São Sebastião (HSS)/ Grupo de Apoio às DSTs, Hospital São João Batista (HSJB), Centro Estadual de Atenção Especializada (CEAE) e Divisão de Saúde/UFV.
Assistência Social	Centro de Referência de Assistência Social (CRAS), Centro de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS).
Justiça/garantia de Direitos	Programa Casa das Mulheres, Defensoria Pública, Conselho Tutelar.
Segurança pública	Polícia Civil/IML, Polícia Militar.
Psicossocial	Centro de Atenção Psicossocial (CAPS), Núcleos de Apoio à Saúde da Família (NASF)/ Psicologia, Divisão Psicossocial /UFV.

<sup>34</sup> BEHRING, Elaine Rosseti; BOSCHETTI, Ivanete. *Política social: fundamentos e história*. São Paulo: Cortez Editora, 2013.

<sup>35</sup> NASCIMENTO, Sueli do. Reflexões sobre a intersetorialidade entre as políticas públicas. *Serviço Social & Sociedade*, São Paulo, n.101, p.95-120, jan/mar. 2010.

<sup>36</sup> BEHRING, Elaine Rosseti; BOSCHETTI, Ivanete. *Política social: fundamentos e história*. São Paulo: Cortez Editora, 2013.

<sup>37</sup> SENNA, Mônica de Castro Maia; GARCIA, Danielle do Valle. Políticas Sociais e Intersetorialidade: elementos para debate. *O Social em Questão*, Rio de Janeiro, n. 32, p. 277-294, 2014.

<sup>38</sup> ANDRADE, Luiz Odorico Monteiro. *A Saúde e o Dilema da Intersetorialidade*. 1 ed. São Paulo: Hucitec, 2006. v. 01, p. 293.

<sup>39</sup> Esta pesquisa foi aprovada no Comitê de Ética da Universidade Federal de Viçosa, com protocolo CEP-UFV- N. 3.113.693, CAAE: 03194018.8.0000.5153. Os depoimentos foram gravados com autorização dos entrevistados que assinaram termo de consentimento livre e esclarecido, elaborado conforme os preceitos da ética em pesquisa.

Realizou-se a pesquisa documental a fim de entender como ocorreu o desenvolvimento dos trabalhos de atendimento às mulheres usuárias dos serviços, desde a sua origem, no ano de 2010, em relação à experiência de efetivação da política em nível local, com foco na gestão intersetorial e em rede. Para tanto, recorreu-se a registros físicos e digitais de documentos oficiais, relatórios técnicos e acadêmicos do NIEG e do Programa Casa das Mulheres, assim como acesso às atas do CMDM e do Comitê de Acompanhamento do Protocolo Municipal de Atenção às Mulheres em Situação de Violência.

Realizou-se a análise das entrevistas com a separação dos materiais, seguindo as determinações da análise de conteúdo, respeitando as três fases: a) pré-análise, fase de organização propriamente dita; b) a exploração do material, realizadas por meio de operações de codificação, enumeração em decorrência de regras previamente estabelecidas; e, por último, o c) tratamento dos resultados, por inferência e interpretação dos dados.

Para facilitar as análises, após a transcrição de todas as entrevistas, agruparam-se as respostas em vinte e cinco arquivos distintos, correspondentes a cada pergunta relacionada no roteiro de entrevista, com respectivas análises de seus conteúdos. Dando continuidade à exploração do material, agruparam-se as questões nas seis principais temáticas presentes no roteiro de entrevista.

Em relação à pesquisa documental, o critério de separação dos materiais ocorreu de acordo com a ordem cronológica de acontecimentos das ações, com organização dos materiais em pastas digitais e arquivos físicos, a fim de facilitar a análise dos documentos.

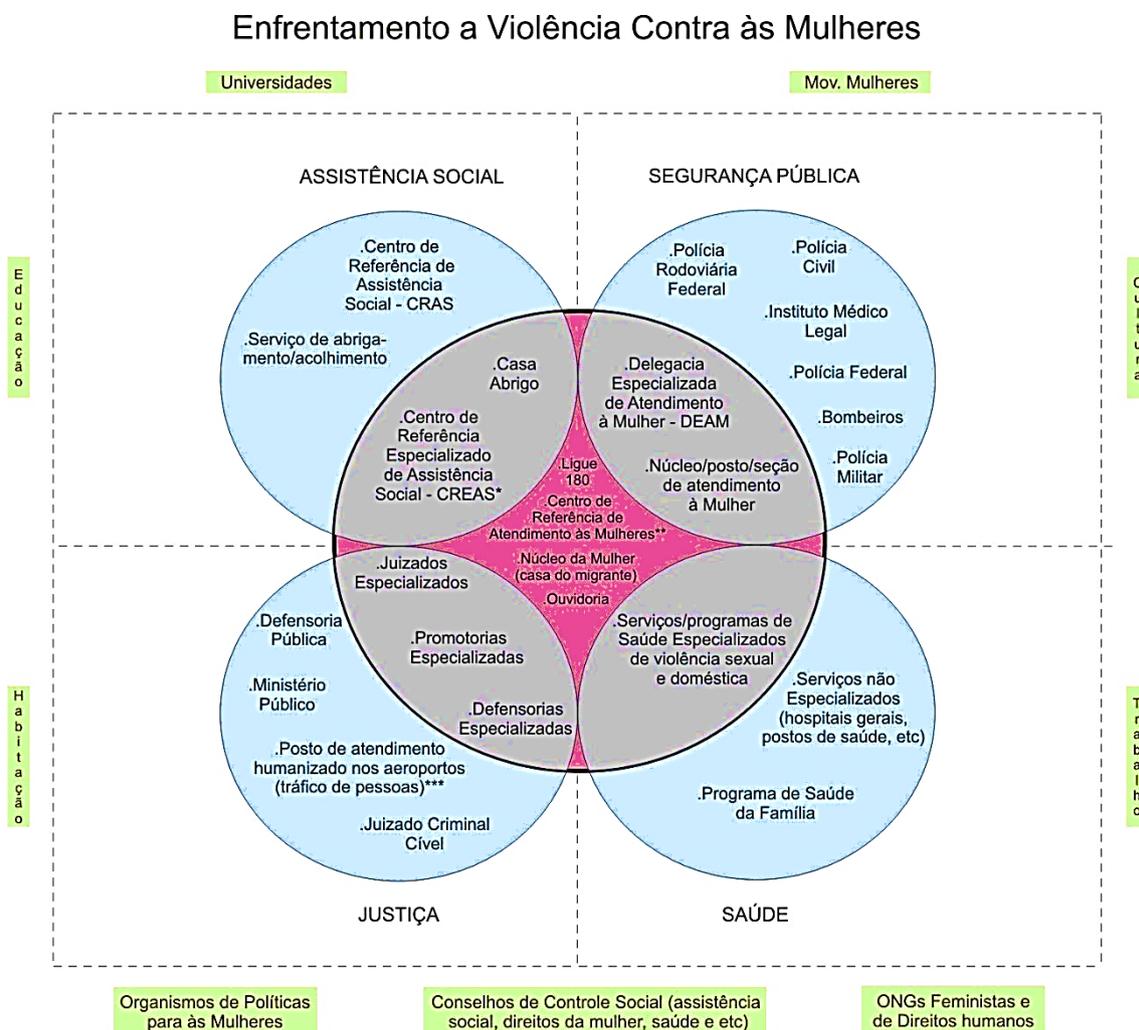
## **4 Resultados e discussões**

### **4.1 A construção da Rede Protetiva de Atenção às Mulheres em Situação de Violência em Viçosa-MG**

Para a construção das redes de atendimento, tendo como público as mulheres em situação de violência, o documento “Rede de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres” e outros elaborados, a partir de 2003, pela SEPM, como o Pacto e Política Nacional de Enfrentamento à VCM do Governo Federal, serviram de orientação e base. Esses documentos trouxeram orientações para a constituição dessas redes, com incentivo à aglutinação de serviços nas esferas governamentais e, também, em organizações da sociedade civil, da iniciativa privada, bem como do terceiro setor.

Na figura 1, apresenta-se, de forma pormenorizada, a proposta de articulação desses serviços, previstas no Pacto Nacional de Enfrentamento à VCM, com participação de distintas áreas, trabalhando de forma conciliada, no enfrentamento à VCM, apoiada em três premissas: transversalidade de gênero, intersetorialidade e capilaridade.

Figura 1 – proposta de articulações institucionais no enfrentamento à VCM em Viçosa – MG



Legenda:

- Cor Azul – Serviços Não-especializados
- Cor Lilás – Serviços Especializados vinculados à Justiça, Segurança Pública, Assistência Social e Saúde
- Cor Rosa – Serviços Especializados de atendimento as mulheres, vinculados aos organismos de políticas para mulheres

**Fonte:** Brasil, Pacto Nacional de Enfrentamento à VCM, 2010.

O amplo rol de serviços especializados e não especializados, apresentado na figura 1, demonstra a complexidade do fenômeno da violência contra a mulher, exigindo, para a resolução do problema, o entrelaçamento de quatro campos de atuação: assistência social, segurança pública, justiça e saúde, cada qual englobando diversificados setores e inúmeros profissionais.

Em relação à transversalidade de gênero, se acentua a importância de sua incorporação, por ser um instrumento estratégico, na medida em que se insere na gestão das políticas públicas, como forma de garantir que seja incluída a perspectiva de gênero em outras políticas setoriais, em todas as etapas, desde o planejamento, implementação, monitoramento até a fase de avaliação<sup>40</sup>. Desse modo, cria-se a possibilidade de um organismo específico, no caso de política para as mulheres, encontrar espaços para dialogar com outras áreas

<sup>40</sup> PAPA, Fernanda de Carvalho. *Transversalidade e políticas públicas para mulheres no Brasil: percursos de uma pré-política*. 177f. 2012. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo), Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas.

de governo, em um esforço de garantir a defesa dos direitos para as mulheres. E essa inserção da perspectiva transversal de gênero, em diversificadas áreas, constitui um avanço importante na direção de se trabalhar progressivamente, em relação à desconstrução de crenças propagadoras de desigualdade de gênero, obstaculizando a ampla participação e inserção das mulheres em diversos espaços sociais.

Para a materialização da transversalidade, há a necessidade do desenvolvimento de um trabalho colaborativo entre organismo específico, ministérios e secretarias, mas, não somente, sendo essencial também, a articulação entre as esferas municipal, estadual e federal, além de congregar os esforços dos movimentos sociais e de organizações da sociedade civil, garantidores da participação e controle social<sup>41</sup>.

Em se tratando das articulações dos entes federativos, como forma de promover capilaridade das políticas e programas, para que chegue mais rapidamente aos governos locais e, conseqüentemente, ao público a ser atendido, como as mulheres em situação de violência<sup>42</sup>. Entretanto, ao se refletir sobre as peculiaridades sociais, políticas e econômicas dos municípios, a implementação da política, gerida em nível federal, pode apresentar diferentes contornos, devido à necessidade de adaptações às realidades locais.

Trabalhar na direção de se alcançar sinergia entre essas diferentes instâncias governamentais e não governamentais é um desafio, haja vista que a sua aplicação requer mudanças nas estruturas institucionais, ao se estabelecer modelo de gestão lateral, pautado em relações mais colaborativas, com articulações entre os diversos setores e políticas públicas, como forma de alcançar objetivos comuns, se afastando de modelos de gestão hierárquica e centralizadora (*Top-down*)<sup>43</sup>.

Seguiu-se essa configuração na proposta de trabalho intersetorial para o atendimento às mulheres em situação de violência, em Viçosa, com envolvimento de diversas organizações, de distintas áreas, como saúde, segurança, justiça, assistência social e psicossocial e a na busca de apoios institucionais. Destaca-se que os encaminhamentos das mulheres às organizações deveriam se dar respeitando a natureza da demanda de cada caso e o tipo de violência sofrida.

Entre os anos de 2010 a 2016, o movimento de articulação em torno do enfrentamento à VCM foi viabilizado, no município, pela Casa das Mulheres, projeto de extensão criado pelo NIEG/UFV, que, além de atuar em diversas linhas de trabalho, é responsável, no âmbito do atendimento, pelo acolhimento às mulheres em situação de violência e na prestação de assessoria jurídica gratuita para orientação na condução da denúncia. Concomitantemente, estabeleceu-se, no município, um trabalho de notificação de casos de VCM, realizado juntamente a organizações de áreas da saúde, a partir de outro programa governamental, o Programa de Educação para o Trabalho (PET). Obtiveram-se essas iniciativas mediante a construção de projetos por docentes da UFV, com suporte dos discentes, obtendo, então, a aprovação dos recursos, que permitiu o desenvolvimento dos trabalhos de forma contínua, até o ano de 2016, quando houve uma desaceleração das ações devido à finalização dos projetos em nível federal. No que diz respeito ao apoio do poder público municipal, esse se deu, inicialmente, por meio da concessão de espaço físico e de infraestrutura para o atendimento às mulheres em situação de violência.

Os recursos obtidos por meio desses projetos subsidiaram o desenvolvimento de diferentes ações e linhas de trabalho em relação ao enfrentamento à VCM em Viçosa, promovidas e articuladas pelo Programa Casa das Mulheres/PET/NIEG, CMDM e Defensoria Pública, o que logrou os seguintes avanços: a) construção de um canal de comunicação entre o CMDM e o Programa Casa das Mulheres, com represen-

<sup>41</sup> PAPA, Fernanda de Carvalho. *Transversalidade e políticas públicas para mulheres no Brasil: percursos de uma pré-política*. 177f. 2012. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo), Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas.

<sup>42</sup> BRASIL. *Política nacional de enfrentamento à violência contra as mulheres*. Brasília: Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2011, 45p. Disponível em: <http://www.spm.gov.br/sobre/publicacoes/publicacoes/2011/politica-nacional>. Acesso em: 05 de abr. 2017.

<sup>43</sup> NATALINO, Marco Antônio Carvalho. Avanços e desafios da transversalidade nas políticas públicas federais voltadas para minorias. In: Brasil em desenvolvimento: *Estado, planejamento e políticas públicas/Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada*. Brasília: IPEA, 2009.

tantes da Câmara Municipal e do Executivo; b) mobilizações de organizações da sociedade civil e da esfera governamental para trabalharem em prol do atendimento à VCM; c) formação acadêmica de estudantes universitários, capacitações de inúmeros profissionais e cursos profissionalizantes direcionados às pessoas da comunidade; d) produção científica e acadêmica; e) criação do teatro do oprimido, uma atividade de rua com a intenção de apresentar a Rede Protetiva e seu funcionamento e, também, ensaios, antes das audiências com as mulheres, para poderem se sentir mais seguras no momento dos depoimentos; f) estruturação de um banco de dados, denominado Observatório da VCM; g) produção de material didático, como cartilhas e a criação da disciplina acadêmica EDU 430 – Educação em Gênero para estudantes de graduação, aberta a todas as áreas de formação na UFV; h) veiculação do programa de Rádio “Mulheres em Pauta” e o de Televisão “Mulheres em Movimento”; i) realização de eventos, como seminários, conferências, fóruns e encontros; e j) aprovação do Pacto Municipal de Enfrentamento à VCM, do Protocolo Municipal de Atenção às Mulheres em Situação de Violência, da Política Pública de Proteção às mulheres do município (Lei n.º 2417/2014)<sup>44</sup> e da Coordenadoria de Políticas para as Mulheres (Projeto de Lei n.º 091/2015).

Assim, os trabalhos se desenvolveram em uma proposta participativa, seja por meio da realização de Conferências Regionais de Políticas para as Mulheres, de Seminários de Enfrentamento da Violência contra a Mulher, seja por meio de audiências públicas. Esses movimentos possibilitaram a aprovação da Lei n.º 2427/2014, de proteção às vítimas de violência, elaboradas para viabilizar o atendimento das mulheres.

Nesse ponto é oportuno mencionar que se desencadeou, em Viçosa, um trabalho amplo de enfrentamento à VCM, com várias frentes de trabalhos, sendo realizadas concomitantemente. Este estudo concentra-se exatamente no trabalho que passou a ser realizado, em 2010, quando se iniciou a maior ação desse enfrentamento, com a construção de um trabalho coparticipativo, viabilizado por meio da constituição da Rede Protetiva não Especializada de Atenção às Mulheres em Situação de Violência. Nessa direção, por ser um trabalho pautado no atendimento às mulheres, que carrega um novo modelo de gestão, visto estar assentado na intersectorialidade e em rede, surge o questionamento de como tem sido a sua condução no município.

A partir do ano de 2010, iniciou-se a mobilização de organizações de diferentes setores, tanto de natureza governamental, quanto não governamental, ficando a rede composta pelas seguintes organizações: Defensoria Pública, Delegacia de Polícia Civil e Militar, CRAS, CREAS, CEAE, PSF, Hospitais São Sebastião (HSS) e São João Batista (HSJB), Divisão de Saúde e Divisão Psicossocial/UFV e Casa das Mulheres. Constatou-se, portanto, que o atendimento fornecido pela Rede Protetiva começou a ser realizado somente por organizações da esfera governamental, permanecendo, nesse formato, o desenvolvimento dos trabalhos até os dias atuais.

Nesse período de constituição da Rede Protetiva, implementou-se, a partir da atuação do PET Saúde/UFV, o banco de dados sobre a VCM, o que instrumentalizou a gestão da informação, na rede. Esse banco de dados foi construído, posteriormente, pelo Observatório da Violência Contra a Mulher, que aglutinou as informações dos atendimentos realizados pela Casa das Mulheres, com uma compilação de dados da Anamnese; das Polícia Civil e Militar, por meio dos boletins de ocorrência, ao se preencher o Registro de Eventos de Defesa Social (Reds)<sup>45</sup> e das organizações da área da saúde, por meio do preenchimento dos Sistema de Informação de Agravos de Notificação (SINAN) e Sistema de Informação sobre Mortalidade (SIM). É com base nessas informações que se tem um panorama da VCM no município e o direcionamento de ações específicas.

<sup>44</sup> A Lei n.º 2.417, de 21 de outubro de 2014, dispõe sobre as diretrizes para atendimento integral e oportuno às mulheres em situação de violência; conhecida como Lei do Protocolo.

<sup>45</sup> A partir de 2017, às informações do Reds deixou de compor o banco de dados do Observatório, permanecendo da Casa das Mulheres e do sistema de informação da saúde.

## 4.2 Rede protetiva: alicerces de concretização do trabalho

Nesta subseção, procurou-se detalhar algumas ações, em uma sequência cronológica de acontecimentos, que se desdobraram no município, para viabilizar o trabalho de atendimento em rede, destinado às mulheres em situação de violência.

No ano de 2011, objetivando o estabelecimento de parcerias entre as organizações para o atendimento em Rede, organizou-se o Pacto Municipal de Enfrentamento à VCM.

Em 2014, como forma de determinar os fluxos de encaminhamentos entre as organizações, bem como o papel de cada uma no atendimento, elaborou-se o Protocolo de Atendimento às Mulheres em Situação de Violência. A expectativa é que, por meio do protocolo, se formalizasse o funcionamento da rede e possibilitasse maior comprometimento de todos os equipamentos no desenvolvimento dos trabalhos.

Em 2015, por meio do Projeto de Lei n.º 091/2015, criou-se a Coordenadoria de Política para Mulheres, atrelada, diretamente, ao executivo municipal e ao Fundo Municipal dos Direitos das Mulheres. Com perspectiva de que, com o funcionamento da coordenadoria, se ampliassem os espaços de diálogo com o poder público e de desenvolvimento de um trabalho de enfrentamento à VCM, no município, dentro do modelo encampado pela Rede Protetiva, visto que a coordenadoria foi idealizada para apoiar e acompanhar ações, programas e projetos voltados às mulheres, enquanto se criou o Fundo Municipal dos Direitos das Mulheres para assegurar os recursos necessários para a execução das políticas públicas direcionadas às mulheres.

No início de funcionamento da rede, a função de supervisão dos trabalhos ficou a cargo do Comitê de Acompanhamento do Protocolo, que tinha como atribuições orientar, acompanhar, dialogar e intervir no atendimento realizado entre as organizações parceiras da Rede Protetiva, a fim de se estabelecer, de forma mais precisa, o fluxo de atendimento às mulheres em situação de violência, além de cobrar sua efetivação, assim como estudar os casos atendidos e, ao mesmo tempo, detalhar as possíveis falhas no atendimento, de modo a se efetuar, eficazmente, os encaminhamentos das usuárias na rede. A Casa das Mulheres ficou responsável por agendar e conduzir as reuniões do comitê. Com o crescimento dos trabalhos e a necessidade de ampliação das ações, a coordenadoria, além das demais atribuições referentes ao cargo, passou, no ano de 2015, a ser responsável por gerir essa rede, também por meio do comitê. Como forma de acompanhar os trabalhos realizados pela Rede Protetiva, promoveram-se encontros mensais com profissionais à frente dos serviços. Nesses encontros, discutiram-se as experiências de alguns atendimentos, a fim de levantar as dificuldades vivenciadas, os encaminhamentos efetuados entre os parceiros da rede e avaliar a respeito dos atendimentos e as possibilidades de melhorias.

A coordenadora não contava com uma equipe, o que dificultava o desenvolvimento de novas frentes de trabalho. Para desempenhar suas funções, com frequência, contava com o apoio do CMDM e da própria Casa das Mulheres. Tal situação gerou a impressão de que a Casa das Mulheres continuava sendo responsável por gerir e desempenhar a coordenação dos trabalhos, mesmo após a criação da coordenadoria, ressaltando-se que a coordenadoria funcionava nas dependências da Casa das Mulheres.

## 4.3 Os desafios atuais de funcionamento da Rede Protetiva

Dentre as dificuldades de funcionamento da Rede Protetiva, a realidade, em relação à carência de profissionais, não era um problema somente da coordenadoria, visto ter sido um ponto mencionado constantemente nas entrevistas. As pessoas das várias organizações, designadas ao trabalho na rede, destacaram estar sobrecarregadas, devido ao acúmulo de atividades sob sua responsabilidade, em suas respectivas organizações, somada às demandas que passaram a receber do trabalho na Rede Protetiva.

Além das restrições de profissionais, a Rede Protetiva enfrentava dificuldades na obtenção de recursos financeiros. Com o fim da concessão de recursos para financiamento das ações, no ano de 2016, sucessi-

vamente reduziram-se várias frentes de trabalho, impactando, diretamente, o funcionamento da rede. Um exemplo foi o encerramento do programa Casa das Mulheres/NIEG, no ano de 2018, por não conseguir recursos financeiros para permanecer atendendo às vítimas. Esse evento ocasionou interferências no atendimento da rede, por ser a Casa das Mulheres um elo importante nesse arranjo.

A Casa das Mulheres representou um marco no movimento de articulações institucionais no município, idealizadora e responsável pelo início do projeto “Rede Não Especializada de Atenção às Mulheres em Situação de Violência”. Sua atuação não ficou restrita ao acolhimento das mulheres, pois, também, realizou os encaminhamentos necessários, suporte jurídico, assegurando a continuidade dos trabalhos em rede, visto a manutenção de diálogos constantes com o poder público municipal, CMDM e coordenadoria.

O CMDM sempre acompanhou os desdobramentos do enfrentamento à VCM, o que pode ser constatado pela análise dos principais assuntos discutidos nas reuniões, tais como as ações de ordem política, que permitiram o fortalecimento e a continuidade dos trabalhos<sup>46</sup>. A sua reativação, em 2008, ocorreu dentro de um contexto de propostas de articulações institucionais de atendimento às mulheres em situação de violência.

Devido às reivindicações advindas do CMDM, da coordenadoria e dos movimentos feministas organizados, reestabeleceram-se as atividades ainda em 2018, por meio de um convênio de cooperação técnica entre a UFV<sup>47</sup> e a Prefeitura Municipal de Viçosa, para a concessão de uma bolsa a ser destinada à supervisora da Casa das Mulheres e, assim, os trabalhos minimamente serem viabilizados. Menciona-se que não se verificou empenho das organizações que compõem a Rede Protetiva e dos profissionais envolvidos, em prol da continuidade dos atendimentos, com a paralisação das atividades da Casa das Mulheres. A mobilização ocorreu com base nas instâncias participativas, a exemplo do conselho e dos movimentos sociais, que se uniram para reversão da situação.

Apesar de ter sido aprovado na Câmara Municipal, o Projeto de Lei n.º 091/2015, que criou o Fundo Municipal dos Direitos das Mulheres, com repasses de recursos advindos da LOA, a partir de 2018, dentro da proposta de gestão municipal, as atividades de mobilização popular, desde disponibilidade de pessoal para o campo, até a elaboração de materiais didáticos, divulgação e promoção de eventos educativos e capacitação dos profissionais à frente dos serviços, não se manteve. Isto porque, para cobrir esse volume de ações, eram indispensáveis outras fontes de recursos, a exemplo do que se obteve até o ano de 2016.

Neste cenário de instabilidades, um acontecimento repercutiu ainda mais no funcionamento da rede, que foi a exoneração da Coordenadora de Políticas Públicas para Mulheres, por parte do poder municipal, no segundo semestre de 2018. Com a saída da profissional à frente deste cargo, ocorreu a interrupção das reuniões e, conseqüentemente, das discussões dos casos atendidos pelas organizações. Em relação ao papel da coordenadoria, uma das entrevistadas ressaltou:

*a Coordenadoria de Política para as Mulheres funcionava e funcionava bem, e ajudava demais. Eu acho que tinha que voltar. (...) Quando tinha a coordenadoria o fluxo funcionava, querendo ou não, essas reuniões que tinha mensal elas cobravam também, você não está fazendo a sua parte (Entrevista n.º 2).*

Os relatos de entrevistas demonstraram que o trabalho realizado pela coordenadoria era essencial para se alinhar às ações entre os equipamentos da Rede Protetiva e sinalizar a importância da manutenção das articulações, por meio da efetivação dos encaminhamentos das mulheres aos serviços, de acordo com a demanda de atendimento.

<sup>46</sup> Ações do tipo: construção do Plano Municipal de Políticas para Mulheres; recomposição do CMDM; implementação da Delegacia de Mulheres, criação da Coordenadoria de Políticas Públicas para Mulheres e Fundo Municipal de Direitos das Mulheres, abertura da Casa de Acolhimento, discussão sobre o Protocolo Municipal de Atenção às Mulheres em Situação de Violência, entre outros.

<sup>47</sup> A coordenação da Casa das Mulheres sempre foi de responsabilidade de professoras da UFV, ligadas ao NIEG, por isso, o envolvimento da instituição junto ao poder municipal para garantir o retorno dos trabalhos.

O contexto de instabilidades em relação à gestão do trabalho em rede pode ser percebido nos relatos de entrevistas das participantes da pesquisa, quando explanaram preocupação de se sustentar um bom funcionamento da rede. Os acontecimentos, que marcaram o enfrentamento à VCM no município, ocasionaram importantes avanços, mas também retrocessos ou mesmo paralisação das ações, que limitaram o poder de ação no atendimento mais integral às mulheres em situação de violência. Como consequência, ocorreu a diminuição do diálogo entre os profissionais, sobretudo com o encerramento das reuniões promovidas pela coordenadoria; desmobilização de ações importantes, como capacitações direcionadas aos profissionais, inviabilizando uma reciclagem sobre as desigualdades de gênero e trabalho em rede; aumento da rotatividade de profissionais à frente aos serviços; redução do número de profissionais envolvidos nos atendimentos e insuficiente acesso a recursos.

Os relatos apresentados na sequência revelam o que os profissionais consideram importante para o desempenho de um trabalho consistente em rede:

*(...) se o atendimento em rede ele flui bem, ele funcionando bem, e as instituições comunicam, cada um fazendo a sua parte, evita a mulher ter que ficar trançando, ir em lugar, ir no outro, sem saber o que buscar de cada lugar, tendo que repetir a história da situação de violência em cada lugar, então eu acho que é muito importante por causa disso, pela questão do tempo, do pronto atendimento, pela questão de evitar a revitimização e garantir o atendimento (Entrevista n.º 9).*

*(...) o fato de existir uma rede, obviamente se já pulverizou, já colocou um tanto de gente envolvida, para poder alertar, cuidar, fazer pelas vítimas o que precisa ser feito, cada um com seu papel, também todo mundo se falando, então provavelmente isso vai ajudar reduzir o número de casos, de incidência, se tivesse um equipamento só isso não ia acontecer, é muitos casos para poucos profissionais resolver, então tendo uma rede é muito mais fácil de resolver (Entrevista n.º 5).*

*Com a rede de proteção a gente não só encaminha, mas a gente também consegue ter um controle do número de violência, do que está acontecendo à nossa volta, se não tiver um local em que colha essas informações, de orientação à população, mesmo tendo, a gente sabe que muitas pessoas ficam perdidas, tendo já tem o problema de se seguir correto o protocolo, não tendo, nem consigo imaginar (Entrevista n.º 08).*

*Essencial, 101%, porque se não tiver esse enfrentamento não acontece e vou te falar para tudo, nem só para à violência contra a mulher. A saúde se não tiver essa rede funcionando, e digo toda, CRAS, CREAS, apesar de não ser da saúde, mas da assistência social, as políticas sociais estão todas interligadas e se não tiver esse contato, para tudo, não sai. Nós trabalhamos com os mais vulneráveis, financeiramente, cultural, de tudo (Entrevista n.º 2).*

*(...)É necessário, não é só importante, é necessário que tenha uma rede de atendimento. Então essa rede precisa se falar sempre, precisa se comunicar, estudar cada situação, fazer junto um atendimento, a gente não esgota em si mesmo a solução de cada situação, de cada família (Entrevista n.º 6).*

*(...) o trabalho de rede é essencial e quando a gente trata do fenômeno da violência doméstica, mais ainda, é um fenômeno multidisciplinar, não é uma coisa que o direito vai resolver, só a polícia vai resolver, só a saúde, a mulher tem que ser analisada de uma forma multidisciplinar mesmo, para ter esse acompanhamento e consiga superar a questão da violência (Entrevista n.º 11).*

Além da preocupação dos profissionais à frente dos serviços, com as instabilidades de funcionamento da rede e da interrupção dos trabalhos, esses relatos acentuam a necessidade de maior articulação entre as organizações que prestam serviços na rede, como forma de fornecer às usuárias um atendimento qualificado e de acordo com suas demandas.

Quando se almejou a construção dos trabalhos de enfrentamento à VCM, no município, designaram-se três coordenações distintas. Uma relacionada à área da educação, com atividades correspondentes ao teatro de rua, às oficinas, aos projetos desenvolvidos nas escolas e toda parte pedagógica e política do projeto; outra correspondente à saúde, com todas as ações referentes ao PET Saúde e, por fim, a área Jurídica de atendimento das vítimas de violência, com encaminhamentos, abertura de processos e manutenção de diálogos constantes com a Defensoria Pública.

Entretanto, não se criou uma coordenação responsável pela gestão da Rede Protetiva, que pudesse envolver profissionais com formação acadêmica específica na área de gestão e que colaborasse para a administração dos trabalhos em rede. No decorrer das entrevistas, ficou claro que existia uma dificuldade de gestão da

rede, e nenhum participante mencionou a ocorrência de um planejamento conjunto entre as organizações, para o desempenho e melhor condução dos trabalhos. Além disso, não houve relatos de existência de uma avaliação em torno das ações desenvolvidas, especialmente em relação à qualidade dos atendimentos e à eficiência e eficácia para a atuação do enfrentamento à VCM, por parte das organizações, que prestavam serviços nos atendimentos às usuárias.

A ausência de uma coordenação específica, para a realização da gestão da Rede Protetiva, pode ser um sinalizador das dificuldades de se organizar e definir qual seria o melhor tipo de gestão para um trabalho, que apresentava ares de novidade na sociedade, especialmente no formato proposto, com compartilhamento dos atendimentos em diferentes setores, de áreas que, muitas vezes, não possuem afinidades, esbarrando na manutenção de um diálogo mais próximo e constante.

Também é novidade a maior aproximação entre sociedade civil e o Estado, o que enseja movimentos em torno de se definir melhor, pela própria elaboração das políticas públicas, qual deveria ser o comprometimento de ambas as partes, para o desempenho dos trabalhos, bem como a quem deveria ser conferida a responsabilidade pela gestão.

Na experiência empreendida, obteve-se apoio de organizações da sociedade civil nas ações de enfrentamento à VCM; entretanto, o atendimento prestado pela Rede Protetiva contemplou, inteiramente, entes governamentais, o que faz refletir sobre as reais possibilidades de se consagrarem parcerias entre público e privado, em prol de atendimento a determinados públicos, como, no caso estudado, de mulheres em situação de violência. Além disso, há uma indisponibilidade de estrutura física e de recursos financeiros, o que inviabiliza a constituição de uma rede composta somente por serviços especializados ou, inclusive, híbridos, realidade encontrada em outros municípios de pequeno e médio porte, conforme relatos na pesquisa de campo.

Nessa linha de pensamento, para a efetivação da gestão intersetorial, é preciso contar com o suporte da gestão jurídico-administrativa, em relação aos instrumentos técnicos e marcos legais, devido ao caráter complexo de funcionamento de uma rede. sendo necessário englobar protocolos intrasetoriais; expor os níveis dos serviços, que podem ser de baixa, média e alta complexidade; exigir protocolos intersetoriais; constituir redes de políticas públicas, como uma prerrogativa da política social; elaborar regras e rotinas, assim como indicar atribuições e competências funcionais<sup>48</sup>.

Alguns desses pontos<sup>49</sup> contemplaram-se, em relação à organização dos trabalhos de enfrentamento à VCM, em Viçosa: (a) criação da Rede Protetiva e sua formalização, por meio do Protocolo Municipal de Atenção às Mulheres em Situação de Violência; (b) funcionamento do Comitê de Acompanhamento do Protocolo, com realização de reunião mensal com os representantes das organizações responsáveis pelo atendimento às vítimas; (c) construção do Pacto Municipal de Enfrentamento à VCM; (d) criação de protocolos internos pelas organizações para a orientação dos atendimentos; (e) realização de conferências, seminários, palestras e audiências públicas, a fim de garantir o comprometimento, compartilhamento e responsabilização das organizações e do poder público com os trabalhos.

Contudo, a manutenção dessas frentes de trabalhos não foram instituídas, seja por uma gestão deficiente, parcial, que não tem uma regularidade nas ações, como foi destacado no decorrer desse estudo; pela própria novidade de ser uma gestão intersetorial, como já salientado, um aparato ainda em construção no meio social, que começa a tomar mais força após a Constituição Federal, o que reflete as dificuldades de se obterem articulações mais consistentes entre os serviços, e, conseqüentemente, no atendimento qualificado às usuárias; bem como, pela cultura setorial, que ainda permanece e dificulta a realização de parcerias mais densas, em direção à materialização e consagração, em torno de um trabalho compartilhado. Nessa direção,

<sup>48</sup> TUMELERO, Silvana Marta. Intersetorialidade nas políticas públicas. *Guaçu*, Matinhos, v. 4, n. 2, p. 211-230, 2018.

<sup>49</sup> TUMELERO, Silvana Marta. Intersetorialidade nas políticas públicas. *Guaçu*, Matinhos, v. 4, n. 2, p. 211-230, 2018.

problemas e dificuldades têm sido constatados na implementação das políticas sociais, pautadas na intersectorialidade, especialmente referentes à gestão e sua consecução<sup>50</sup>.

De tal modo que é possível destacar alguns pontos em relação às dificuldades de gestão organizacional das redes de cooperação, dentro da proposta intersectorial de atendimento, podendo evidenciar os seguintes: a) na prestação de contas — *accountability* — devido à utilização de recursos públicos, em virtude do envolvimento de diversos participantes governamentais e não governamentais; b) morosidade das negociações, que atrasa a resolução de problemas, que, às vezes, apresentam demandas imediatas; c) empecilhos no alcance dos objetivos, pelo compartilhamento das metas, sendo que as responsabilidades ficam diluídas; d) distanciamento dos participantes em relação às propostas iniciais, assim como ausência de compromisso nos trabalhos da rede, com desistência de alguns setores/organizações; e) não clareza a respeito dos critérios a serem seguidos para a participação na rede, podendo ter como consequência o afastamento de alguns setores/organizações, ficando a condução dos trabalhos sobre a responsabilidade de determinados grupos, o que ocasiona o monopólio de uma elite; f) ao controle e coordenação, no que diz respeito à dependência entre as partes envolvidas, o que pode gerar problemas administrativos<sup>51</sup>.

As experiências de coparticipação, como acentuadas anteriormente pelos autores, dentro da proposta de compartilhamento no atendimento à demanda de natureza pública, em que se prima pela intersectorialidade, representou um novo modelo, a partir da década de 1990, dentro da administração pública, de consecução, monitoramento e gestão de tais experiências. Os desafios para a gestão e funcionamento dessas redes têm se apresentado no cotidiano desses trabalhos, como demonstrado no decorrer deste artigo.

Ao analisar a produção científica brasileira a respeito da intersectorialidade na gestão das políticas sociais, de experiências em nível municipal, não se observou uma transformação institucional ou a incorporação de estratégias intersectoriais para a condução de problemas complexos pelos gestores públicos, mas têm sido observadas dificuldades para se efetivar uma gestão integrada e com implementação de processos que privilegie a reorganização administrativa. Assim, para a constituição de uma rede articulada, compete conjugar as três dimensões, a política, a institucional e a operacional, de forma a propiciar o pleno funcionamento da rede. Destaca-se que, no âmbito operacional, nem sempre se verifica uma abordagem conceitual de intersectorialidade, mas sim uma prática, de acordo com a necessidade imediata, que se apresenta no contexto social<sup>52</sup>.

De tal modo que as ações intersectoriais permanecem como processos inovadores experimentais, frequentemente propiciados por interesses de grupos sociais, que buscam executar tais políticas, dificilmente se configurando como uma decisão de governo<sup>53</sup>. Nessa perspectiva, mesmo com o crescente número de estudos, que usam o conceito de rede e gestão de políticas públicas, ainda se padece de uma estrutura conceitual concisa, que dê conta de abarcar as formas de interação entre os sujeitos sociais, assim como os conteúdos das atividades, que compreendem o formato das relações de poder presentes<sup>54</sup>.

Apesar dos espaços de participação terem se ampliado e diversificado, com propostas de implementação da gestão amparada na intersectorialidade e de mudanças significativas em âmbito local, em que o enfrentamento à VCM se insere na sociedade, concretizado pelo atendimento realizado pela Rede Protetiva, não foi ainda devidamente instituída, corporificada nas estruturas governamentais do poder público municipal, com avanços e retrocessos que têm marcado a tônica dos trabalhos, em Viçosa. Ou seja, devido à cultura

<sup>50</sup> BEHRING, Elaine Rosseti; BOSCHETTI, Ivanete. *Política social: fundamentos e história*. São Paulo: Cortez Editora, 2013.

<sup>51</sup> OLIVEIRA, Denis Renato de; PASSADOR, João Luiz. *Gestão e políticas públicas em rede: interlocuções, pressupostos e aplicações*. Editora Appris, 2020. 173p.

<sup>52</sup> AMARAL, Liliane Moraes. *A intersectorialidade na gestão das políticas sociais: o contexto da produção científica brasileira*. 2105. 160f. Dissertação (Mestrado em Terapia Ocupacional), Programa de Pós-Graduação em Terapia Ocupacional, São Carlos. Universidade Federal de São Carlos.

<sup>53</sup> TUMELERO, Silvana Marta. Intersectorialidade nas políticas públicas. *Guaju*, Matinhos, v. 4, n. 2, p. 211-230, 2018.

<sup>54</sup> OLIVEIRA, Denis Renato de; PASSADOR, João Luiz. *Gestão e políticas públicas em rede: interlocuções, pressupostos e aplicações*. Editora Appris, 2020. 173p.

setorial, que, às vezes, prevalece entre os profissionais à frente das organizações, tem sido promovida uma gestão dessas experiências coparticipativas, permeada de desencontros, desarticulações, problemas de diálogos e comprometimentos na condução dos trabalhos, devido à gestão empregada de forma muito parcial e inconstante, que não contempla todas as demandas exigidas, dentro da proposta de um trabalho de cunho intersetorial. Ainda é preciso mencionar a atenção direcionada às políticas hegemônicas institucionalizadas no interior dos governos e que, por isso, recebem maior suporte e atenção.

## 5 Considerações finais

A gestão da Rede Protetiva, no caso estudado, não se concretizou, em termos de um aparato administrativo formalizado, não sendo designado ou criado um órgão que se responsabilizasse pela gestão intersetorial, no que tange ao planejamento e coordenação das ações dentro do poder público municipal. Mesmo que o Comitê de Acompanhamento do Protocolo tenha representado um passo nessa direção, as descontinuidades das ações e o não envolvimento do poder público na gestão, impactaram, diretamente, o funcionamento da rede.

Outro ponto refere-se ao fato de que, apesar da presença de um CMDM atuante, apoiando continuamente o desenvolvimento dos trabalhos, sua atuação não pode ser extrapolada para realizar propriamente a gestão, uma vez que já possui funções pré-definidas, como de fiscalizar e propor a criação de políticas públicas direcionadas à perspectiva de gênero.

Dessa forma, ter somente serviços especializados esbarra nas dificuldades de se obterem recursos humanos, orçamentários e de estrutura, sobretudo em municípios pequenos e de médio porte, para conformação de redes de atendimento, como é sinalizado pela literatura.

Por se tratar de uma Rede Protetiva Não Especializada de Atendimento às Mulheres em Situação de Violência, existe a necessidade de realizar capacitações com os profissionais à frente das organizações, sobre temáticas de gênero e de funcionamento da própria rede, o que requer destinação de recursos para que as ações sejam viabilizadas periodicamente, para suprir a não existência de serviços especializados. A Casa das Mulheres desempenhou esse trabalho; embora não se trate de uma organização e sim de um projeto de extensão criado e gerido pelo NIEG/UFV. A existência da Casa das Mulheres sempre esteve condicionada à coordenação do NIEG/UFV. Apesar dessa limitação, seu funcionamento impulsionou a obtenção de recursos da própria UFV e a criação da Rede Protetiva no município.

Essa particularidade em torno da Casa das Mulheres de ser o único serviço, na rede, destinado a atender exclusivamente mulheres em situação de violência, além de ser uma das idealizadoras de todo o trabalho de enfrentamento à VCM, em Viçosa, determinou uma posição de destaque perante as demais organizações da rede, como responsável por sua gestão, mas que não se concretizou devido às limitações de profissionais, recursos financeiros e apoio institucional.

As dificuldades de comunicação entre os setores pertencentes à Rede Protetiva, as instabilidades de coordenação, o número limitado de profissionais à frente dos serviços, o insuficiente aporte financeiro, representaram alguns exemplos das dificuldades, na manutenção de um trabalho interorganizacional e intersetorial, sobretudo quando não ocorrem alterações nas instâncias governamentais de uma gestão setorial, para uma reorganização administrativa, que privilegie a intersetorialidade.

Mesmo com esse aparato, no período de 2010 a 2016, as ações perderam, progressivamente, força e diminuíram o seu raio de atuação, devido às dificuldades de se obterem recursos e à perda de apoio institucional, deixando em suspenso o desenvolvimento de inúmeras atividades, ocasionando preocupação em relação à continuidade dos trabalhos.

A esses problemas soma-se a questão da novidade dessas experiências no Brasil, que se despontaram com mais ímpeto, na década de 1990, com a proposta de descentralização governamental e de incentivos para ações em âmbito municipal, do desenvolvimento de trabalhos direcionados a determinados grupos sociais excluídos da sociedade, aspecto que se verifica em relação ao enfrentamento à VCM, especialmente a partir de 2003, por meio de uma série de ações, entre elas, a formação de redes intersetoriais. Tal situação conduz à necessidade de maior avaliação e monitoramento dessas experiências pelas próprias políticas que lhes originaram, bem como pelos governos locais, sobre o alcance e eficácia em relação à efetividade de um atendimento integral direcionado às mulheres, além da construção de um aparato institucional que permita o desenvolvimento dos trabalhos, independentemente da saída ou entrada de representantes governamentais, por meio da consolidação de políticas públicas e recursos necessários à continuidade das ações de enfrentamento à VCM, no município.

Assim, as experiências de atuação em rede, de forma intersetorial, direcionadas a grupos vulneráveis da sociedade, a exemplo das mulheres em situação de violência, ainda carecem de definições mais claras e precisas de estratégias de gestão em torno do trabalho realizado. Permanecem os dilemas de institucionalização de políticas sociais em uma democracia ainda jovem e que começou tardiamente a experimentar a descentralização, conferindo maior autonomia aos governos locais, mas que ainda padecem de direcionamento de recursos do Governo Federal para financiar ações em outras áreas, como no enfrentamento à VCM.

Se, de um lado, é possível se ater a todos esses impasses, com várias limitações na gestão da Rede Protetiva, além dos inúmeros desafios a serem superados, os quais foram sendo descritos no decorrer desse estudo; por outro lado, a movimentação de diferentes grupos na sociedade, a fim de se estabelecer um trabalho de enfrentamento à VCM em Viçosa, rompeu, em alguns momentos, com a setorização e promoveu alterações significativas em âmbito local, obtendo visibilidade, alterando, assim, os ditames naturalizados e reproduzidos no meio social, defendendo que a VCM necessita de amparo, por meio de um atendimento qualificado e humanizado.

Desse modo, a construção de uma rede, pautada no atendimento e baseada na intersetorialidade, nos moldes prescritos nos documentos oficiais, como o referente à “Rede de Enfrentamento à VCM”, do Governo Federal, enfrenta dificuldades de se concretizar no cotidiano, atuando no que é possível, em termos de infraestrutura, dos recursos financeiros e dos profissionais envolvidos, e da disponibilidade de colaboração do poder público.

## Referências

- AMARAL, Liliene Moraes. *A intersetorialidade na gestão das políticas sociais: o contexto da produção científica brasileira*. 2105. 160f. Dissertação (Mestrado em Terapia Ocupacional), Programa de Pós-Graduação em Terapia Ocupacional, São Carlos. Universidade Federal de São Carlos.
- ANDRADE, Luiz Odorico Monteiro. *A Saúde e o Dilema da Intersetorialidade*. 1 ed. São Paulo: Hucitec, 2006. v. 01, p. 293.
- BARDIN, Laurence. *Analyse de contenu*. Lisbon: Seventy Editions, 1994.
- BEHRING, Elaine Rosseti; BOSCHETTI, Ivanete. *Política social: fundamentos e história*. São Paulo: Cortez Editora, 2013.
- BELLINI, Maria Isabel Barros; FALER, Camilia Susana; SCHERER, Patrícia Teresinha; JESUS, Tiana Brum de; ARSEGO, Livia Ramalho; VIEIRA, Ana Luiza de Moraes. *Políticas públicas e intersetorialidade em debate*, 2014. Disponível em: [https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/8133/2/evento\\_003%20-%20Maria%20Isabel%20Barros%20Bellini.pdf](https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/8133/2/evento_003%20-%20Maria%20Isabel%20Barros%20Bellini.pdf). Acesso em: 20 fev. 2022.

BRASIL. *Política nacional de enfrentamento à violência contra as mulheres*. Brasília: Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2011, 45p. Disponível em:

[https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/copy\\_of\\_acervo/outras-referencias/copy2\\_of\\_entenda-a-violencia/pdfs/politica-nacional-de-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres](https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/copy_of_acervo/outras-referencias/copy2_of_entenda-a-violencia/pdfs/politica-nacional-de-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres). Acesso em: 05 de abr. 2017.

BRASIL. *Pacto nacional pelo enfrentamento à violência contra as mulheres*. Brasília: Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2010. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/copy\\_of\\_acervo/outras-referencias/copy2\\_of\\_entenda-a-violencia/pdfs/pacto-nacional-pelo-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres](https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/copy_of_acervo/outras-referencias/copy2_of_entenda-a-violencia/pdfs/pacto-nacional-pelo-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres). Acesso em: 03 de mai. 2019.

BRASIL. *Lei orgânica da assistência social 1993*. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, 1993. Disponível em: [https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia\\_social/Normativas/LoasAnotada.pdf](https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Normativas/LoasAnotada.pdf). Acesso em: 10 set. 2022.

BRONZO, Carla et al. Intersetorialidade, autonomia e território em programas municipais de enfrentamento da pobreza: experiências de Belo Horizonte e São Paulo. *Planejamento e políticas públicas*, Brasília, v.2, n.35, p.120-159, jul./dez.2010.

BUVINICH, Rojas; PASSAMAI, Danitza. O mapeamento da institucionalização dos conselhos gestores de políticas públicas nos municípios brasileiros. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 48, p. 55-82, 2014.

CUNILL-GRAU, Nuria. La intersectorialidad en las nuevas políticas sociales: Un acercamiento analítico-conceptual. *Gestión y política pública*, Santa Fé, v. 23, n. 1, p. 5-46, 2014.

CUNILL-GRAU, Nuria; FERNÁNDEZ, Margarita; MANRÍQUEZ, Marcel Thezá. La cuestión de la colaboración intersectorial y de la integralidad de las políticas sociales. Lecciones derivadas del caso del sistema de protección a la infancia en Chile. Polis. *Revista Latinoamericana*, Salvador, v.12, n. 36, p. 289-314, 2013.

CARVALHO, Rafael Nicolau; CAVALCANTI, Patrícia Barreto. O debate recente sobre as políticas públicas: o caso da intersectorialidade numa perspectiva compreensiva. *Revista de Políticas Públicas*, São Luiz, v. 17, n. 1, p. 161-170, 2014.

CARVALHO, Maria do Carmo Brant. Gestão social e políticas públicas: uma questão ainda em debate no século XXI. In: JUNQUEIRA, Luciano Antônio Prates; DIAS, Sylmara L. F. Gonçalves; WANDERLEY, Mariangela Belfiore; MENDONÇA, Patrícia. *Gestão social: mobilizações e conexões*. São Paulo: LCTE Editora, 2012. 364p.

FERNANDES, A.T; CASTRO, C.; MARON, J. Desafios para implementação de políticas públicas: intersectorialidade e regionalização, In: *Anais do V Congresso CONSAD de Gestão Pública*, Centro de Convenções Ulysses Guimarães, Brasília-DF, 2013.

FERNANDEZ, Juan Carlos Aneiros; WESTPHAL, Marcia Faria; BÓGUS, Cláudia Maria; MENDES, Rosilda. Gestão intersectorial e participativa: análise de modelo de uma subprefeitura de São Paulo. *Revista Planejamento e Políticas Públicas*, Brasília, n. 42, p.220-238, 2014.

FLEURY, Sônia; SUBIRATS, Joan; BLANCO, Ismael (Orgs). *Respostas locais a inseguranças globais: inovação e mudança no Brasil e Espanha*. Fundação Getúlio Vargas: Ebape, Fundação Cidob, 2009. 448p. Disponível em: <http://biblioteca.jfjb.jus.br/wp-content/uploads/2017/10/respostas-locais-e-inseguranças-globais-inovacao-e-mudanca-no-brasil-e-espanha.pdf>. Acesso em: 04 abr. 2019.

GIOVANNI, Geraldo Di. As estruturas elementares das políticas públicas. *Caderno de Pesquisa*, v. 82, p.1-23, 2009.

INOJOSA, Rose Marie; JUNQUEIRA, Luciano A. Práticas e saberes: desafios e inovação em gestão social. *O&S*, Bahia, v.15, n.45, p. 171-180, 2008.

JUNQUEIRA, Luciano Antônio Prates. *Redes sociais e intersectorialidade*. São Paulo: Tiki Books, 2016, p. 13-40.

MENDOZA, Enrique Cabrero; SOLIS, Dionisio Zabaleta. ¿Cómo construir una mística intergubernamental en la política social? Análisis de cuatro experiencias latinoamericanas. *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, Caracas, n. 43, p. 27-62, 2009.

MONNERAT, Giselle Lavinias; SOUZA, Rosimary Gonçalves de. Da seguridade social à intersectorialidade: Reflexões sobre a integração das políticas sociais no Brasil. *Revista Katályses*, Florianópolis, v.14, n.1, p. 41-49, 2011.

MORAIS, Jordana de Souza. *Participação e representatividade no Conselho Municipal de Assistência Social de Viçosa-MG*. 2016, 142f. Dissertação (Mestrado em Economia Doméstica), Programa de Pós-Graduação em Economia Doméstica. Universidade Federal de Viçosa, Viçosa, MG, 2016.

NASCIMENTO, Sueli do. Reflexões sobre a intersectorialidade entre as políticas públicas. *Serviço Social & Sociedade*, São Paulo, n.101, p.95-120, jan/mar. 2010.

NATALINO, Marco Antônio Carvalho. Avanços e desafios da transversalidade nas políticas públicas federais voltadas para minorias. In: *Brasil em desenvolvimento: Estado, planejamento e políticas públicas*/Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília: IPEA, 2009.

NÚCLEO INTERDISCIPLINAR DO ESTUDO DE GÊNERO (NIEG). *Assessorias e parcerias*. Disponível em: <http://www.nieg.ufv.br>. Acesso em: 03 jun de 2022.

MARCONDES, Mariana Mazzini; DINIZ, Ana Paula Rodrigues; FARAH, Marta Ferreira Santos. Transversalidade de gênero: uma análise sobre os significados mobilizados na estruturação da política para mulheres no Brasil. *Revista Serviço Público*, Brasília, v.69, n.2, p.35-61, 2018.

OLIVEIRA, Denis Renato de; PASSADOR, João Luiz. *Gestão e políticas públicas em rede: interlocuções, pressupostos e aplicações*. Editora Appris, 2020. 173p.

PAPA, Fernanda de Carvalho. *Transversalidade e políticas públicas para mulheres no Brasil: percursos de uma pré-política*. 177f. 2012. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo), Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas.

PIANA, Maria Cristina. *As políticas sociais no contexto brasileiro: natureza e desenvolvimento*, São Paulo: Editora Unesp, p. 22-56, 2009.

PRISCO, Thiago. Assistência social: a política pública (inter) setorial. *Revista Gestão & Políticas Públicas*, São Paulo, v. 2, n. 1, p.134-149, 2012.

REZENDE, Daniela Leandro; ANDRADE, Luciana Vieira Rubim. Rede não especializada de atendimento à mulher em situação de violência em Viçosa, Minas Gerais. *Revista de Ciências Humanas*, Viçosa, v. 14, n. 1, p. 207-225, 2014.

REZENDE, Mônica; BAPTISTA, Tatiana Wargas Faria de; AMÂNCIO FILHO, Antenor. O legado da construção do sistema de proteção social brasileiro para a intersectorialidade. *Trabalho, Educação e Saúde*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 2, p. 301-322, 2015.

SCHUTZ, Fernanda; MIOTO, Regina Célia Tamaso. Intersectorialidade e política social: subsídios para o debate. *Sociedade em Debate*, Pelotas, v. 16, n. 1, p. 59-75, 2010.

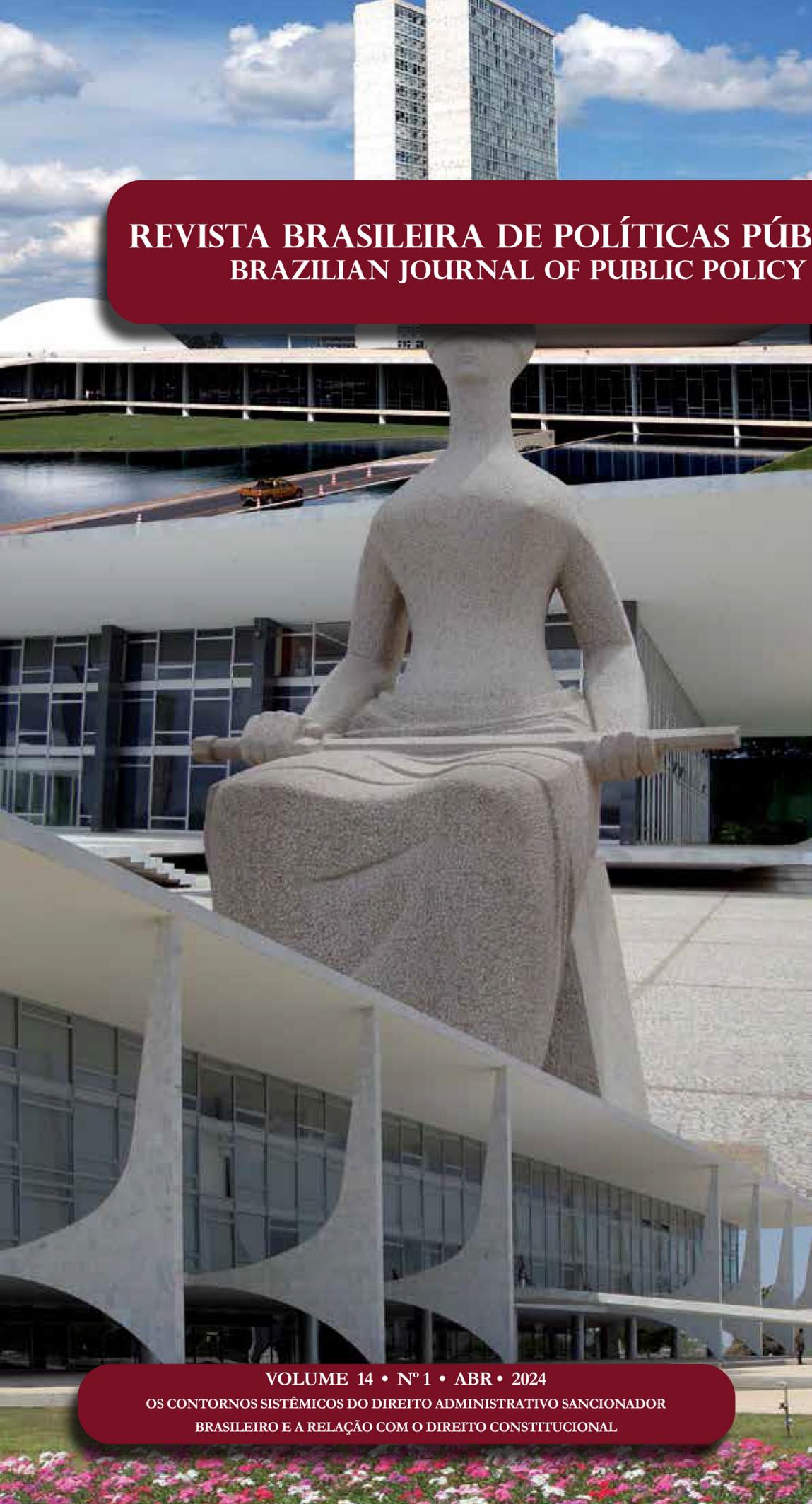
SCHMITHÜSEN, Franz. Analyser les impacts des politiques au niveau intersectoriel: aspects juridiques et politiques. In: DUBÉ, Yves C.; SCHMITHÜSEN, Franz Josef. *Impacts intersectoriels des politiques forestières et des autres secteurs*. FAO forestry paper, v. 142, p. 5-47, 2005.

SENNA, Mônica de Castro Maia; GARCIA, Danielle do Valle. Políticas Sociais e Intersetorialidade: elementos para debate. *O Social em Questão*, Rio de Janeiro, n. 32, p. 277-294, 2014.

SILVA, Cláudia Maria Ferreira, MIGUEL, Ângela Maria. A rede não especializada de atendimento à mulher em situação de violência, no município de Viçosa/MG. *Revista de Ciências Humanas*, Viçosa, v. 16, n. 1, p. 26-41, 2016.

TUMELERO, Silvana Marta. Intersetorialidade nas políticas públicas. *Guaju*, Matinhos, v. 4, n. 2, p. 211-230, 2018.

VENTURA, Tiago. Democracia e participação. Inovações democráticas e trajetória participativa no Brasil. *Cadernos EBAPE. BR*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 3, p. 705-720, 2016.



CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS  
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**O direito ao salário-maternidade nos casos de gestação de substituição: um estudo comparado entre Brasil e Chile**  
**The right to maternity salary in cases of substitute pregnancy: a comparative study Brazil and Chile**

Janaína Reckziegel

Rommy Alvarez Escudero

Daniele Vedovatto Gomes da Silva  
Babaresco

VOLUME 14 • Nº 1 • ABR • 2024

OS CONTORNOS SISTÊMICOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR  
BRASILEIRO E A RELAÇÃO COM O DIREITO CONSTITUCIONAL

# O direito ao salário-maternidade nos casos de gestação de substituição: um estudo comparado entre Brasil e Chile\*

## The right to maternity salary in cases of substitute pregnancy: a comparative study Brazil and Chile

Janaína Reckziegel\*\*

Rommy Alvarez Escudero\*\*\*

Daniele Vedovatto Gomes da Silva Babaresc\*\*\*\*

\* Recebido em: 06/07/2022  
Aprovado em: 08/06/2023

\*\* Pós-Doutora pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC (Início: 2018). Doutora em Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá – RJ (2014). Mestre em Direito Público pela Universidade de Caxias do Sul – UCS (2007). Especialista em “Mercado de trabalho e exercício do magistério em preparação para a Magistratura” pela Universidade Comunitária Regional de Chapecó (2002) e em “Educação e docência no ensino superior” pela Faculdade Exponencial – FIE (2009). Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc (2001). Advogada, Professora e Pesquisadora do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc. Líder do Grupo de Pesquisa BIOTEC: Bioética e Direitos Fundamentais. Residente e domiciliada na Av. Getúlio Vargas, n. 542-S, Ed. Olympus, apto: 401, Centro, em Chapecó – SC, Brasil. E-mail: janaina.reck@gmail.com. Sistema Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7597547217990217>. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-8301-4712>.

\*\*\* Doutora em Direito pela Universidade Autônoma de Barcelona, Espanha. Mestre em Direito de Família, Universidade Autônoma de Barcelona, Espanha. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Valparaíso, Chile. Graduada em Ciências Jurídicas pela Pontifícia Universidade Católica de Valparaíso, Chile. Acadêmica e Pesquisadora, Faculdade de Direito, Universidad de Valparaíso, Chile. Membro do Grupo de Pesquisa BIOTEC: Bioética e Direitos Fundamentais. E-mail: rommy.alvarez@uv.cl. Sistema Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8434412545550480>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0447-6394>.

\*\*\*\* Trabalho desenvolvido no âmbito do projeto ANID, Chile, Fondecyt de Iniciación N°11200066 “Nuevo paradigma de la filiación en Chile: Hacia una integración de la voluntad procreacional y la socio-afectividad en perspectiva de infancia”, para o qual o co-autora é o pesquisadora principal.

Mestra em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina - Unoesc. Especialista em Direito Previdenciário pela Universidade Anhangüera - Uniderp. Docente na Universidade do Oeste de Santa Catarina - Unoesc. Advogada inscrita na OAB/SC. E-mail: danivedovatto@gmail.com. Sistema Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8198175291371570>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6552-6028>.

### Resumo

As técnicas de reprodução assistida constituem resultado do avanço tecnológico na área da medicina reprodutiva. Das existentes, o presente artigo discute a gestação de substituição, vulgarmente conhecida como “barriga de aluguel”. Sua peculiaridade está no surgimento de três figuras de mãe: a mãe que nutre o desejo da procriação, a mãe doadora de gametas e a mãe receptora dos embriões, que irá gestar e dar à luz. Há, então, a geração de um impasse no que diz respeito ao benefício previdenciário denominado salário-maternidade; afinal, a quem cabe tal benefício? Nesse sentido, o objetivo do presente artigo refere-se à averiguação do direito da mãe (ou pai, solteiro ou homoafetivo) que concebe seu filho por meio da gestação de substituição ao recebimento do salário-maternidade, no Brasil e no Chile, por meio do direito comparado. Utilizando-se de pesquisa bibliográfica, com revisão da literatura, legislação, e jurisprudência, verificou-se que o sistema jurídico brasileiro, bem como o chileno carecem de norma regulamentando a situação ou isso é insuficiente, cabendo à doutrina e jurisprudência a tarefa de integrar a lacuna normativa, utilizando-se das fontes integrativas do direito, tais como a analogia e os princípios gerais do direito.

**Palavras-chave:** bioética; direito comparado; gestação de substituição; salário-maternidade; técnicas de reprodução assistida.

### Abstract

Assisted reproduction techniques are the result of technological advances in the field of reproductive medicine. One of these techniques is the surrogate pregnancy commonly known as “surrogate belly”. In this case, three mother figures may appear: the mother who’s willing for procreation, the gamete donor mother and the embryo recipient mother, who will gestate and give birth. In these cases, there is an impasse with regard to the social security benefit called paid maternity leave, after all, who must receipt the benefit? In that regard, the purpose of this article, therefore, was to ascertain the

right of the mother (or father, single or homoaffective) who conceives her child through the pregnancy of substitution to the perception of the maternity salary, in Brazil and Chile through comparative study. Using bibliographic research with a review of the literature, legislation and jurisprudence it was found that the brazilian and chilean legal system lacks a rule regulating the situation or is insufficient, leaving the task of integrating the normative gap to doctrine and jurisprudence using integrative sources of law such as analogy and general principles of law.

**Keywords:** assisted reproduction techniques; bioethics; comparative law; paid maternity leave; surrogate pregnancy.

## 1 Introdução

Com o progresso tecnológico da medicina reprodutiva, as pessoas e os casais, notadamente os diagnosticados com esterilidade ou infertilidade, passaram a contar com as técnicas de reprodução assistida, as quais interferem no ato reprodutivo com a fecundação fora do corpo da mulher, utilizando-se de medicamentos, equipamentos de laboratório e manipulação de materiais biológicos, como gametas e embriões.

A gestação de substituição ou cessão temporária do útero constitui uma das técnicas de reprodução assistida. Nela, a gestação é mantida por uma mulher em favor de outra, que desejou a gravidez ou forneceu o material genético, a quem a criança é entregue após o nascimento.

Nesse caso, surge um impasse no que diz respeito ao benefício previdenciário denominado salário-maternidade, pois três figuras de mãe podem surgir: a mãe que nutre o desejo da procriação (ou mesmo o pai, solteiro ou homoafetivo), a mãe doadora de gametas e a mãe receptora dos embriões, que irá gestar e parir.

Assim, a pesquisa tem por problemática a concessão do salário-maternidade nos casos de gestação de substituição ou cessão temporária do útero. Afinal, a mãe (ou o pai, solteiro ou homoafetivo) que desejou a gravidez e a realizou no útero de outra mulher, fará jus ao salário-maternidade, mesmo não tendo gestado e dado à luz?

Por meio da utilização de pesquisa bibliográfica, far-se-á uma análise sobre as técnicas de reprodução assistida, no Brasil e no Chile. Na sequência, tratar-se-á sobre a gestação de substituição ou cessão temporária do útero, encerrando-se com uma abordagem acerca do direito ao salário-maternidade nos casos da referida técnica.

Assim, justifica-se a importância do presente artigo, em virtude de a legislação previdenciária brasileira, bem como a chilena não contemplarem a gestação de substituição nas hipóteses de concessão do salário-maternidade, o que demanda uma solução por parte dos operadores do direito, a fim de suprir a referida lacuna ou contribuir para superar sua insuficiência.

## 2 Técnicas de reprodução assistida e sua regulamentação no Brasil e no Chile

Intitula-se “Reprodução Assistida” (RA), “Reprodução Humana Assistida” (RHA) ou, ainda, “Técnicas de Reprodução Assistida” (TRA), o conjunto de técnicas, tecnologias, equipamentos, procedimentos médicos e biomédicos para a fertilização do embrião *in vitro*.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> CORREA, Marilena C. D. V; LOYOLA, Maria Andrea. Tecnologias de reprodução assistida no Brasil: opções para ampliar o acesso. *Physis*, Rio de Janeiro, v. 25, n. 3, p. 753-777, set. 2015.

Resultado do grande avanço tecnológico na área da medicina reprodutiva, a reprodução assistida tem o papel de auxiliar a resolução de problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação. As técnicas podem ser utilizadas na preservação social e/ou oncológica de gametas, embriões e tecidos germinativos<sup>2</sup>.

Corleta e Frajndlich<sup>3</sup> conceituam a reprodução assistida como o conjunto de técnicas para tratamento da infertilidade conjugal que envolvem a manipulação em laboratório de pelo menos um dos gametas: espermatozoides ou óvulos. Tendo por objetivo realizar a fecundação fora do corpo da mulher, as técnicas interferem no ato reprodutivo, com a utilização de medicamentos, equipamentos de laboratório e manipulação de materiais biológicos como gametas e embriões<sup>4</sup>.

Em geral, são os casais diagnosticados com esterilidade ou problemas de infertilidade que procuram os centros de reprodução assistida. A diferença entre esterilidade e infertilidade, segundo Julia Araujo e Carlos Araujo<sup>5</sup>, é que, no primeiro caso, a chance de gerar um filho de modo natural é nula (quando a mulher não tem as duas tubas uterinas, por exemplo), ao passo que, na segunda situação, a probabilidade de gravidez é menor (quando a mulher possui endometriose ou algum tipo de disfunção hormonal, por exemplo).

Assim, na busca de superar a esterilidade e realizar o desejo da maternidade, inúmeras mulheres decidem se submeter às técnicas de reprodução medicamente assistida<sup>6</sup>, já que a experiência da infertilidade pode ser desestruturante, podendo levar casais à separação após tentativas frustradas de gerar um descendente<sup>7</sup>.

No mundo, o primeiro “bebê de proveta” nasceu no ano de 1978, marcando o início de um extraordinário progresso no entendimento e tratamento dos problemas relacionados à fertilidade humana<sup>8</sup>. No Brasil, bem como no Chile, a primeira criança gerada por meio de técnica de reprodução assistida nasceu no ano de 1984<sup>9</sup>.

Atualmente, o Brasil se iguala aos países denominados desenvolvidos em relação às clínicas e técnicas sofisticadas e modernas de reprodução assistida<sup>10</sup>. A respeito do Chile, Sarah Coxir, Ana Lopes, Alessandra Silva e Maria Penna<sup>11</sup> destacam que o país conta com um grande número de clínicas especializadas em reprodução humana assistida.

As Técnicas de Reprodução Assistida (TRAs) podem ser classificadas em homólogas, quando se utilizam os gametas do próprio casal, e heterólogas, quando se utilizam gametas masculino, feminino ou ambos de

<sup>2</sup> ARAUJO, Julia Picinato Medeiros.; ARAUJO, Carlos Henrique Medeiros. Biodireito e legislação na reprodução assistida. *Medicina*, Ribeirão Preto, v. 51, n. 3, p. 217-235, 26 nov. 2018.

<sup>3</sup> CORLETA, H.; FRAJNDLICH, R. Técnicas de reprodução assistida: bebê de proveta. *ABC da Saúde*, 2007. Disponível em: <https://www.abcdasaude.com.br/ginecologia-e-obstetricia/tecnicas-de-reproducao>. Acesso em: 3 dez. 2019.

<sup>4</sup> ARAUJO, Julia Picinato Medeiros.; ARAUJO, Carlos Henrique Medeiros. Biodireito e legislação na reprodução assistida. *Medicina*, Ribeirão Preto, v. 51, n. 3, p. 217-235, 26 nov. 2018.

<sup>5</sup> ARAUJO, Julia Picinato Medeiros.; ARAUJO, Carlos Henrique Medeiros. Biodireito e legislação na reprodução assistida. *Medicina*, Ribeirão Preto, v. 51, n. 3, p. 217-235, 26 nov. 2018.

<sup>6</sup> SILVA, Flávia Alessandra Naves. Gestação de substituição: direito a ter um filho. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais*, v. 1, n. 1, p. 50-67, 2011.

<sup>7</sup> RIBEIRO, Marina Ferreira da Rosa. *Infertilidade e reprodução assistida: desejando filhos na família contemporânea*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004. p. 53.

<sup>8</sup> CORLETA, H.; FRAJNDLICH, R. Técnicas de reprodução assistida: bebê de proveta. *ABC da Saúde*, 2007. Disponível em: <https://www.abcdasaude.com.br/ginecologia-e-obstetricia/tecnicas-de-reproducao>. Acesso em: 3 dez. 2019.

<sup>9</sup> ARAUJO, Julia Picinato Medeiros.; ARAUJO, Carlos Henrique Medeiros. Biodireito e legislação na reprodução assistida. *Medicina*, Ribeirão Preto, v. 51, n. 3, p. 217-235, 26 nov. 2018.

<sup>10</sup> ARAUJO, Julia Picinato Medeiros.; ARAUJO, Carlos Henrique Medeiros. Biodireito e legislação na reprodução assistida. *Medicina*, Ribeirão Preto, v. 51, n. 3, p. 217-235, 26 nov. 2018.

<sup>11</sup> COXIR, Sarah Abreu; LOPEZ, Ana Cristina dos Santos; SILVA, Alessandra Maria Dias; PENNA, Maria Leticia Firpe. Estudo das regulamentações de reprodução humana assistida no Brasil, Chile, Uruguai e na Argentina. *Reprodução & Climatério*, v. 29, n. 1, p. 27-31, 2014.

doadores<sup>12</sup>. Freire Júnior e Batista<sup>13</sup> acrescentam que a técnica homóloga refere-se à junção de gametas do casal, e a heteróloga, quando há utilização de doadores anônimos; não sendo possível detectar o laço biológico.

São técnicas de reprodução assistida a Inseminação Intra-uterina (IIU), a fertilização *in vitro* (FIV) e a injeção intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI), cujos procedimentos podem ser feitos com os gametas do casal ou com espermatozoides ou óvulos doados, em caso de esterilidade ou de transmissão de doenças dominantes<sup>14</sup>.

Importante destacar que a reprodução assistida não se limita à utilização da inseminação artificial e fertilização *in vitro*, nas quais não há o intercuro sexual, mas abrange as situações em que não há o manuseio de gametas. Cita-se, por exemplo, a administração de medicamentos a fim de estimular a ovulação. Assim, sempre que houver qualquer interferência médica para viabilizar ou facilitar a procriação, tem-se reprodução assistida<sup>15</sup>.

Segundo Auer Freire Junior e Lorraine Batista<sup>16</sup>, a Inseminação Artificial (IIU) consiste no depósito de sêmen na cavidade uterina. É considerado um procedimento simples que pode ser realizado no próprio consultório médico. Já o objetivo da Fertilização In Vitro (FIV) são os pré-embriões que serão transladados ao útero. Nesse sentido, os materiais genéticos são mantidos em ambiente laboratorial. No caso da Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoide (ICSI), procedimento efetivado em laboratório, ocorre a injeção de espermatozoides diretamente dentro do óvulo. Na Transferência de Embriões, Gametas ou Zigotos (ZIFT e GIFT), a fecundação poderá ocorrer fora do corpo da mulher ou nas trompas, a depender se a transferência é de gametas (GIFT) ou zigotos (ZIFT). Procura aumentar o sucesso da nidação<sup>17</sup>.

As técnicas mais utilizadas, com manipulação de gametas e/ou embriões e ausência de intercuro sexual são a inseminação artificial e a fertilização *in vitro* clássica, bem como a chamada gestação de substituição<sup>18</sup>.

Importante, ainda, no que se relaciona às técnicas de reprodução assistida, destacar a regulamentação no Brasil e no Chile. Nesse sentido, nota-se que, no Brasil, a regulamentação existente provém do Conselho Federal de Medicina, a Resolução n. 2.320/2022, que determina as normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida no país. A resolução estabelece princípios a serem seguidos na execução dessas técnicas, a fim de atender ao objetivo de auxiliar nos problemas relacionados à reprodução humana<sup>19</sup>. Portanto, não há uma legislação específica e abrangente sobre o tema.

Em relação ao Chile, nota-se a ausência de regulamentação específica sobre o tema. Há, apenas, três documentos sobre o assunto: o primeiro de caráter normativo, é um antigo regulamento administrativo sobre as técnicas de fertilização *in vitro* (FIV), a Resolução n.º 1.072/1985, chamada de “*Normas aplicables a la fertilización in vitro y la transferencia embrionaria*”, aplicáveis, apenas, aos centros públicos de medicina repro-

<sup>12</sup> SOUZA, Marise Cunha de. As técnicas de reprodução assistida: a barriga de aluguel: a definição da maternidade e da paternidade: bioética. *Revista da EMERJ*, v. 13, n. 50, p. 348-367, 2010.

<sup>13</sup> FREIRE JÚNIOR, Auer Baptista; BATISTA, Lorraine Andrade. A cessão temporária de útero: possibilidade legal. *Revista Educação, Meio Ambiente e Saúde*, v. 7, n. 4, out./dez. 2017. p. 7.

<sup>14</sup> CORLETA, H.; FRAJNDLICH, R. Técnicas de reprodução assistida: bebê de proveta. *ABC da Saúde*, 2007. Disponível em: <https://www.abcdasaude.com.br/ginecologia-e-obstetricia/tecnicas-de-reproducao>. Acesso em: 3 dez. 2019.

<sup>15</sup> SOUZA, Marise Cunha de. As técnicas de reprodução assistida: a barriga de aluguel: a definição da maternidade e da paternidade: bioética. *Revista da EMERJ*, v. 13, n. 50, p. 348-367, 2010.

<sup>16</sup> FREIRE JÚNIOR, Auer Baptista; BATISTA, Lorraine Andrade. A cessão temporária de útero: possibilidade legal. *Revista Educação, Meio Ambiente e Saúde*, v. 7, n. 4, out./dez. 2017. p. 6-7.

<sup>17</sup> FREIRE JÚNIOR, Auer Baptista; BATISTA, Lorraine Andrade. A cessão temporária de útero: possibilidade legal. *Revista Educação, Meio Ambiente e Saúde*, v. 7, n. 4, out./dez. 2017.

<sup>18</sup> SOUZA, Marise Cunha de. As técnicas de reprodução assistida: a barriga de aluguel: a definição da maternidade e da paternidade: bioética. *Revista da EMERJ*, v. 13, n. 50, p. 348-367, 2010.

<sup>19</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução n. 2.320, de 20 de setembro de 2022*. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2320>. Acesso em: 15 jun. 2023.

dutiva. O segundo documento, de caráter legislativo, refere-se à Lei n. 19.585/98, que modificou o sistema de filiação, ao incluir o art. 182, no Código Civil chileno, admitindo a filiação por meio de técnica de reprodução assistida<sup>20</sup>. Ainda se destaca, como terceiro documento, a Resolução n. 49 do Ministério da Saúde chileno, que, por meio do reconhecimento da aplicação de técnicas reprodutivas humanas assistidas na área administrativa, ainda que, de forma limitada, incorporou ao regime do Fundo Nacional de Saúde oito benefícios referidos à fertilização assistida. No entanto, apesar da existência dessa incipiente regulamentação no Chile, deve-se atentar para o fato de que deixou de considerar a questão de pessoas solteiras, bem como casais homoafetivos. Nesse sentido, esclarece-se que não são apenas o homem e a mulher, como casal, que procurarão esse serviço.

### 3 Gestação de substituição ou cessão temporária do útero

A gestação de substituição ou cessão temporária do útero constitui uma das técnicas de reprodução humana assistida, logo, realizada por meio de fertilização *in vitro*, procedimento pelo qual há a junção do óvulo com o espermatozoide fora do corpo da mulher. Após incubação com certo quantitativo de temperatura, é possível a formação de um embrião, que será transladado ao útero da mulher que espera a técnica gestacional. A inseminação pode ser tanto homóloga quanto heteróloga<sup>21</sup>.

Vulgarmente denominada como “barriga de aluguel”, a gestação de substituição ou cessão temporária do útero, como é chamada pelo Conselho Federal de Medicina na Resolução n. 2.320/2022 de 20 de setembro de 2022, também é conhecida como maternidade de substituição, maternidade por sub-rogação, gestação por outrem<sup>22</sup>. Há, ainda, outras denominações: útero de empréstimo, útero de aluguel, gestação sub-rogada, mãe sub-rogada, mãe de empréstimo, mãe substituta, mãe hospedeira, mãe por procuração etc.<sup>23</sup>.

Destaca-se que a terminologia mais conhecida, “barriga de aluguel”, revela-se inadequada no Brasil, onde a utilização do método deve ser gratuita, ou seja, sem qualquer contraprestação financeira<sup>24</sup>. A Resolução n. 2.320/2022, do Conselho Federal de Medicina, corrobora a regra. Atualmente, regulamenta a técnica e prevê, expressamente, que a cessão temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

Para Jussara Meirelles<sup>25</sup>, a cessão temporária do útero consiste na gestação de um ser humano, mantida por uma mulher em favor de outra com alguma impossibilidade referente à gravidez, com a finalidade de, logo após o nascimento com vida, ser a criança entregue à interessada, renunciando a gestante, em favor dela, a todos os direitos relativos à maternidade. Flávia Silva<sup>26</sup> define a gestação de substituição como ato pelo qual uma mulher cede seu útero para gestação do filho de outra, a quem a criança deverá ser entregue após o nascimento, assumindo a mulher desejosa ou fornecedora do material genético a condição de mãe.

<sup>20</sup> COXIR, Sarah Abreu; LOPES, Ana Cristina dos Santos; SILVA, Alessandra Maria Dias; PENNA, Maria Leticia Firpe. Estudo das regulamentações de reprodução humana assistida no Brasil, Chile, Uruguai e na Argentina. *Reprodução & Climatério*, v. 29, n. 1, p. 27-31, 2014.

<sup>21</sup> FREIRE JÚNIOR, Auer Baptista; BATISTA, Lorraine Andrade. A cessão temporária de útero: possibilidade legal. *Revista Educação, Meio Ambiente e Saúde*, v. 7, n. 4, out./dez. 2017.

<sup>22</sup> SOUZA, Marise Cunha de. As técnicas de reprodução assistida: a barriga de aluguel: a definição da maternidade e da paternidade: bioética. *Revista da EMERJ*, v. 13, n. 50, p. 348-367, 2010.

<sup>23</sup> SILVA, Flávia Alessandra Naves. Gestação de substituição: direito a ter um filho. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais*, v. 1, n. 1, p. 50-67, 2011.

<sup>24</sup> SILVA, Flávia Alessandra Naves. Gestação de substituição: direito a ter um filho. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais*, v. 1, n. 1, p. 50-67, 2011.

<sup>25</sup> MEIRELLES, Jussara Leal de. *Gestação por outrem e determinação de maternidade (“mãe de aluguel”)*. Curitiba: Gênese, 1998. p. 23.

<sup>26</sup> SILVA, Flávia Alessandra Naves. Gestação de substituição: direito a ter um filho. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais*, v. 1, n. 1, p. 50-67, 2011.

Em outras palavras, a cessão temporária de útero é uma técnica de reprodução humana assistida que se originou com a necessidade das famílias, em razão de problemas de saúde, como a esterilidade, infertilidade ou qualquer outra dificuldade de procriação<sup>27</sup>.

No Brasil, a cedente temporária do útero deve pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau, ou seja, primeiro grau (mãe/filha), segundo grau (avó/irmã), terceiro grau (tia/sobrinha) e quarto grau (prima), sendo que as demais situações estão sujeitas à autorização do Conselho Regional de Medicina.

Com as técnicas de reprodução assistida, em especial a gestação por conta de outrem, criam-se novos desdobramentos técnicos e jurídicos, alterando profundamente a forma de estabelecimento da família<sup>28</sup>.

Uma verdadeira família não é determinada pela maneira como foi constituída, mas sim, pelo amor, respeito e alegria pela vinda do outro. A incapacidade de reproduzir-se naturalmente é uma das doenças que mais torturam os seres humanos, de modo que a medicina reprodutiva e a reprodução assistida foram criadas justamente para curá-la<sup>29</sup>.

A criança originada nesses casos poderá ter três figuras de mãe, quais sejam: 1) a mãe encomendante ou institucional, que nutre o desejo de procriação, com a ajuda da ciência; 2) a mãe genética, que tem identidade de genes com o filho, ou seja, a doadora de gametas e; 3) a mãe biológica, hospedeira, portadora ou natural, que é a receptora de embriões, aquela que engravida e dá luz à criança<sup>30</sup>.

Para Raymundo Cantuaria<sup>31</sup>, três mulheres distintas envolvidas no procedimento podem ser chamadas de mãe: a mãe afetiva (mãe encomendante), a mãe genética (mãe doadora de gameta) e a mãe biológica (mãe gestacional).

Há quem entenda, por outro lado, que os termos mãe genética e biológica devem ser tratados como sinônimos, pois há identidade entre ambas. Para a autora Silmara Almeida<sup>32</sup>, não há diferença entre as expressões, pois a genética é uma das partes da biologia. Ela prefere utilizar o termo mãe genética ou biológica (sinônimos) ou genetriz, quando se refere à doadora do óvulo, e mãe gestacional ou gestatriz, ao mencionar aquela que gera e dá luz à criança.

Aluer Freire Júnior e Lorraine Batista<sup>33</sup> chamam a atenção de que, na cessão temporária do útero, jamais deve ser utilizado o material genético da receptora, ou seja, da mulher que aceita gestar a prole de terceiros, a fim de proteger a relação entre os participantes, diante da insegurança jurídica provocada pela falta de regulamentação legislativa.

Flávia Silva<sup>34</sup> destaca alguns problemas que podem ser gerados na gestação de substituição. O mais grave seria a recusa da gestadora em entregar a criança ao casal titular do projeto procriativo, descumprindo o

<sup>27</sup> FREIRE JÚNIOR, Aluer Baptista; BATISTA, Lorraine Andrade. A cessão temporária de útero: possibilidade legal. *Revista Educação, Meio Ambiente e Saúde*, v. 7, n. 4, out./dez. 2017.

<sup>28</sup> SILVA, Flávia Alessandra Naves. Gestação de substituição: direito a ter um filho. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais*, v. 1, n. 1, p. 50-67, 2011.

<sup>29</sup> FELIX, Valter Nilton. *Gravidez de substituição: aspectos técnicos, éticos e jurídicos da reprodução humana assistida*. São Paulo: Fiúza, 2009.

<sup>30</sup> SILVA, Flávia Alessandra Naves. Gestação de substituição: direito a ter um filho. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais*, v.1, n.1, p. 50-67, 2011.

<sup>31</sup> CANTUARIA, Raymundo Amorim. *Reprodução assistida: filiação, controvérsias jurídicas*. 2001. Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001. p. 110.

<sup>32</sup> ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. *Reprodução humana assistida: aspectos civis e bioéticos*. 2000. 345 p. Tese (Livre Docência) – Departamento de Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: São Paulo, 2000.

<sup>33</sup> FREIRE JÚNIOR, Aluer Baptista; BATISTA, Lorraine Andrade. A cessão temporária de útero: possibilidade legal. *Revista Educação, Meio Ambiente e Saúde*, v. 7, n. 4, out./dez. 2017. p. 7.

<sup>34</sup> SILVA, Flávia Alessandra Naves. Gestação de substituição: direito a ter um filho. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais*, v. 1, n. 1, p. 50-67, 2011.

acordo realizado. O contrário também pode acontecer, caso os pais genéticos não queiram mais receber a criança depois do parto, por moléstia ou patologia, por exemplo.

Na gestação de substituição, é essencial que haja a elaboração de documento contendo o consentimento esclarecido e informado de todos os envolvidos, historiando a relação triangular estabelecida no útero de empréstimo<sup>35</sup>.

Nesse sentido, a Resolução n. 2.320/2022, do Conselho Federal de Medicina, determina quais são os documentos e observações que deverão constar no prontuário da paciente nas clínicas de reprodução assistida, no Brasil. São eles: 1) Termo de Consentimento Livre e Esclarecido assinado pelos pacientes e pela cedente temporária do útero, contemplando aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, bem como aspectos legais da filiação; 2) Relatório Médico atestando adequação clínica e emocional de todos os envolvidos; 3) Termo de Compromisso entre o(s) paciente(s) e a cedente temporária do útero que receberá o embrião em seu útero, estabelecendo, claramente, a questão da filiação da criança; 4) Compromisso, por parte do(s) paciente(s) contratante(s) de serviços de RA, públicos ou privados, de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que cederá temporariamente o útero, até o puerpério; 5) Compromisso do registro civil da criança pelos pacientes, devendo essa documentação ser providenciada durante a gravidez; 6) Aprovação do(a) cônjuge ou companheiro(a), apresentada por escrito, se a cedente temporária do útero for casada ou viver em união estável.

Destaca-se, nesse sentido, que a elaboração de documento contendo o consentimento esclarecido e informado é essencial, pois é ele que historiará a relação triangular estabelecida na gestação de substituição. Em sua elaboração, o profissional médico deve garantir que haja clareza no entendimento dos envolvidos quanto aos efeitos dessa forma de gestação, valendo-se da participação de outros profissionais, como psicólogos, assistentes sociais e juristas<sup>36</sup>.

Nos casos de gestação de substituição, o elemento volitivo assume papel relevante quando o assunto é filiação, pois a atribuição de maternidade e paternidade é feita à mulher ou ao casal que encomendou a técnica médica e participou do processo procriativo, independentemente de identidade genética com a criança. Assim, caso a mulher precise de doação de óvulo, esperma, embrião ou mesmo precise implantar o seu embrião (com material genético seu e de seu marido ou companheiro) em terceira, à mãe encomendante deve ser atribuída a maternidade<sup>37</sup>.

No que diz respeito à paternidade, é certo que a sua atribuição depende, também, da expressa concordância do marido ou do companheiro quanto à utilização de útero alheio. Admite-se a aplicação, nesse caso, da presunção de que trata o art. 1.597, III, do Código Civil, inclusive em relação ao companheiro, diante da paternidade de intenção, calcada no afeto<sup>38</sup>.

Embora a gestação de substituição não seja proibida no Brasil, há uma lacuna jurídica no que diz respeito à sua regulamentação, dificultando a solução dos problemas dela decorrentes<sup>39</sup>.

Já em relação ao Chile, no que se refere à gestação de substituição, há silêncio normativo não só por parte do legislador, mas também no campo administrativo da saúde e da segurança social. Por essa razão, os tribunais chilenos têm sido os principais responsáveis pela formulação de certas contribuições, particularmente

<sup>35</sup> SILVA, Flávia Alessandra Naves. Gestação de substituição: direito a ter um filho. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais*, v. 1, n. 1, p. 50-67, 2011.

<sup>36</sup> SILVA, Flávia Alessandra Naves. Gestação de substituição: direito a ter um filho. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais*, v. 1, n. 1, p. 50-67, 2011.

<sup>37</sup> SILVA, Flávia Alessandra Naves. Gestação de substituição: direito a ter um filho. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais*, v. 1, n. 1, p. 50-67, 2011.

<sup>38</sup> SILVA, Flávia Alessandra Naves. Gestação de substituição: direito a ter um filho. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais*, v. 1, n. 1, p. 50-67, 2011.

<sup>39</sup> SILVA, Flávia Alessandra Naves. Gestação de substituição: direito a ter um filho. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais*, v. 1, n. 1, p. 50-67, 2011.

a fim de determinar a maternidade de crianças nascidas, em favor da mãe encomendante, superando a regra geral de atribuição de maternidade determinadas pelo parto, contido no Art. 183 do código civil chileno.

Para contextualizar, apresentam-se dois casos conhecidos até à data, debatidos pela justiça chilena, especialmente os relativos ao Segundo Juizado de Família de Santiago, durante o ano de 2018. No primeiro dos casos, cuja sentença foi proferida em 8 de janeiro de 2018, a mãe substituta era a mãe da encomendante, ou seja, havia um parentesco de primeiro grau por consanguinidade entre as duas. No segundo caso, a sentença foi proferida em 3 de dezembro de 2018, a mãe substituta era a melhor amiga da mãe genética. Em ambos os casos, os pais responsáveis eram os contribuintes dos gametas masculino e feminino, e as gestantes já haviam sido mães biológicas antes.

Solucionaram-se ambos os julgamentos favoravelmente para as mães encomendantes, tendo por base as normas constitucionais, em especial o art. 1º da Constituição Chilena<sup>40</sup>, além do respeito ao direito à identidade e o direito de viver como uma família, bem como ao Princípio da Dignidade Humana. O critério norteador dessas decisões constitui o interesse superior da criança, juntamente aos princípios da liberdade, igualdade e não discriminação.

No que se refere ao Brasil, atualmente, não se tem uma lei regulamentando o procedimento, mas apenas a já mencionada Resolução n. 2.320/2022, do Conselho Federal de Medicina, que tem sua eficácia de cunho ético e moral. Porém, afirmam Aluer Freire Júnior e Lorraine Batista<sup>41</sup> que as técnicas de reprodução assistida dependem de uma normatização legislativa para trazer a devida segurança jurídica para aqueles que escolhem essa forma de concepção.

Em relação ao registro civil de nascimento da criança fruto da barriga solidária, o Provimento n. 52, de 14 de março de 2016, do Conselho Nacional de Justiça, regulamentou o registro de crianças concebidas por reprodução assistida, dispensando a necessidade de prévia autorização judicial.

Recentemente, substituiu-se o referido provimento pelo de n. 63, de 14 de novembro de 2017, do Conselho Nacional de Justiça<sup>42</sup>, que trata, nos artigos 16 a 19, sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida.

Exige-se a presença de ambos os pais para realizar o registro, salvo se forem casados ou conviverem em união estável e aquele que comparecer ao ato de registro apresente certidão de casamento, certidão de conversão de união estável em casamento, escritura pública de união estável ou sentença em que foi reconhecida a união estável do casal<sup>43</sup>.

Até pouco tempo, os autores questionavam o registro civil de nascimento das crianças nascidas por meio de gestação de substituição, diante da ausência de regulamentação jurídica: “como fazer para registrar um

<sup>40</sup> CHILE. Decreto n. 100. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. *Diario Oficial*, Santiago de Chile, 22 set. 2005. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302>. Acesso em: 30 jun. 2021.

<sup>41</sup> FREIRE JÚNIOR, Aluer Baptista; BATISTA, Lorraine Andrade. A cessão temporária de útero: possibilidade legal. *Revista Educação, Meio Ambiente e Saúde*, v. 7, n. 4, out./dez. 2017.

<sup>42</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Provimento n. 63, de 14 de novembro de 2017*. Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos órgãos de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro “A” e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2525>. Acesso em: 4 dez. 2019.

<sup>43</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Provimento n. 63, de 14 de novembro de 2017*. Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos órgãos de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro “A” e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2525>. Acesso em: 4 dez. 2019.

filho nascido por esse método, se o documento hábil a promover o registro civil do bebê conterà como indicação de mãe a que sofreu o parto?”<sup>44</sup>.

A questão parece dirimida pelo Provimento n. 63, do Conselho Nacional de Justiça, segundo o qual nos casos de gestação por substituição, o nome da parturiente, informado na declaração de nascido vivo, não constará do registro. Para tanto, é necessária a apresentação do termo de compromisso firmado pela doadora temporária do útero, esclarecendo a questão da filiação<sup>45</sup>.

Em relação aos filhos de casais homoafetivos, o provimento esclarece que o assento de nascimento deverá ser adequado para que constem os nomes dos ascendentes, sem referência à distinção de ascendência paterna ou materna<sup>46</sup>.

O provimento deixa claro, ainda, que os oficiais registradores não podem recusar o registro de nascimento e a emissão da certidão de filhos havidos por técnica de reprodução assistida, nos termos do provimento, sob pena de comunicação ao juiz competente nos termos da legislação local, a fim de que as providências disciplinares cabíveis sejam adotadas<sup>47</sup>.

Ainda assim, há situações decorrentes da gestação de substituição que carecem de regulamentação jurídica, o que desencadeia demandas no Poder Judiciário. Uma dessas situações é a concessão do benefício previdenciário denominado salário maternidade, conforme abordado na seção a seguir.

## 4 A quem cabe o salário maternidade nos casos de gestação de substituição?

A licença-maternidade tem por objetivo proteger tanto a mulher trabalhadora, que se encontra física e psicologicamente vulnerável durante a gravidez e no puerpério, quanto a maternidade, possibilitando o convívio entre mãe e filho nos primeiros momentos em que este elo é constituído, seja por meio do nascimento ou da adoção<sup>48</sup>.

No Brasil, o Direito Trabalhista concretiza o amparo à empregada mãe, acima descrito, ao passo que o Direito Previdenciário rege o salário-maternidade, instituto protetivo que também resguarda a materni-

<sup>44</sup> SILVA, Flávia Alessandra Naves. Gestação de substituição: direito a ter um filho. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais*, v. 1, n. 1, p. 50-67, 2011.

<sup>45</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Provimento n. 63, de 14 de novembro de 2017*. Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos órgãos de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro “A” e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2525>. Acesso em: 4 dez. 2019.

<sup>46</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Provimento n. 63, de 14 de novembro de 2017*. Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos órgãos de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro “A” e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2525>. Acesso em: 4 dez. 2019.

<sup>47</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Provimento n. 63, de 14 de novembro de 2017*. Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos órgãos de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro “A” e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2525>. Acesso em: 4 dez. 2019.

<sup>48</sup> VIOLA, Rebeca Yazeji. *Barriga de aluguel: aspectos trabalhistas e previdenciários relacionados à licença-maternidade, salário-maternidade e à estabilidade gravídica*. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

dade<sup>49</sup>. Sérgio Martins<sup>50</sup> esclarece que são encontradas as denominações *licença à gestante* (art. 7º, XVIII, da Constituição), *licença-maternidade* e *salário-maternidade*, para qualificar o salário-maternidade.

Para o autor, “licença à gestante” ou “licença-maternidade” se refere ao período de afastamento propriamente dito, ao passo que o “salário-maternidade” diz respeito ao pagamento efetuado pelo INSS à segurada durante o período de afastamento. Ressalta-se que a Lei n. 8.213/91 utiliza a expressão “salário-maternidade”<sup>51</sup>.

De acordo com a atual legislação, a percepção do salário-maternidade está condicionada ao afastamento do segurado do trabalho ou da atividade desempenhada. Será pago à segurada da Previdência Social pelo período de 120 (cento e vinte) dias, podendo iniciar no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste<sup>52</sup>.

Em caso de adoção, o benefício é garantido ao segurado ou segurada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança, igualmente pelo prazo de 120 (cento e vinte) dias. Nessa hipótese, o benefício não será concedido a mais de um segurado em decorrência do mesmo processo de adoção ou guarda, ou seja, o pagamento será feito a, apenas, um dos cônjuges ou companheiros. Por outro lado, no caso de adoção, o benefício também é devido à mãe biológica<sup>53</sup>.

Nesse contexto, nas situações de gestação de substituição, qual das mulheres faria jus ao benefício salário-maternidade: a mãe genética, afetiva, que desejou a procriação ou aquela que gestou e deu à luz? E, além disso, tratando-se de casais homoafetivos, os genitores que idealizaram a procriação por meio de barriga solidária, teriam direito ao benefício?

Conforme dito anteriormente, no Brasil há uma lacuna normativa em relação à gestação de substituição, e isso inclui o benefício salário-maternidade, cabendo ao Poder Judiciário a tarefa de decidir com base nas fontes integrativas do direito: analogia, costumes e princípios gerais de direito<sup>54</sup>.

Nesse sentido, doutrina e jurisprudência reconhecem o direito da mãe genética, afetiva, que desejou a procriação ao salário-maternidade, aplicando-se por analogia as normas relativas à adoção ou guarda para fins de adoção, em razão da similitude fática<sup>55</sup>.

Sobre os casos de adoção, nos quais a mãe adotante não passa pela gestação e parto, assim como ocorre no caso da fertilização *in vitro* utilizada na gestação de substituição, para Vólia Cassar<sup>56</sup>, a licença-maternidade e consequente benefício previdenciário caberá tanto à mãe biológica quanto à mãe adotiva, ressaltando-se que, se houve a adoção de mais de uma criança no mesmo momento, a empregada terá direito, apenas, a uma licença e a um benefício. Outrossim, se tiver mais de um emprego, em ambos gozará do descanso, percebendo o salário-maternidade pelos dois.

<sup>49</sup> VIOLA, Rebeca Yazeji. *Barriga de aluguel: aspectos trabalhistas e previdenciários relacionados à licença-maternidade, salário-maternidade e à estabilidade gravídica*. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

<sup>50</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 538. Grifo do autor.

<sup>51</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 538. Grifo do autor.

<sup>52</sup> BRASIL. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 25 jul. 1991. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm). Acesso em: 5 dez. 2019.

<sup>53</sup> BRASIL. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 25 jul. 1991. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm). Acesso em: 5 dez. 2019.

<sup>54</sup> BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 9 ago. 1943. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 5 dez. 2019.

<sup>55</sup> VIOLA, Rebeca Yazeji. *Barriga de aluguel: aspectos trabalhistas e previdenciários relacionados à licença-maternidade, salário-maternidade e à estabilidade gravídica*. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

<sup>56</sup> CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

Nos termos do art. 392-A, da Consolidação das Leis do Trabalho, “à empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança ou adolescente será concedida licença-maternidade nos termos do art. 392 desta Lei”<sup>57</sup>, cujo dispositivo prevê o prazo de 120 dias de licença-maternidade.

Sobre o assunto nos Tribunais Superiores, constata-se que estes têm se mostrado acolhedores a temas relacionados à gravidez de substituição<sup>58</sup>, inclusive em relação ao salário-maternidade.

A fim de exemplificar, a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região manteve sentença proferida pela 12ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco concedendo 180 dias de licença-maternidade à autora submetida à fertilização *in vitro* e gestação de substituição. No caso, a celeuma dizia respeito ao prazo do benefício, se de 180 dias (mãe gestante) ou 150 dias (mãe adotante). Na hipótese, o Tribunal entendeu que se tratava de filiação biológica, tendo a mãe que “gerou” o filho por meio de cessão de útero direito ao salário-maternidade pelo período de 180 dias<sup>59</sup>.

A referida decisão foi proferida nos autos da Apelação Cível n. 534999, de relatoria do Juiz Francisco Cavalcanti, conferindo-se, por analogia, o tratamento dispensado à mãe gestante (e não à mãe adotante), já que não há previsão legal para a hipótese de fertilização “*in vitro*” com gestação em “barriga de aluguel”<sup>60</sup>.

A sentença, citada no acórdão, consignou que, no tipo de concepção em análise, a mãe biológica não sofre com os procedimentos da gestação e do parto, mas é submetida a diversos outros procedimentos a fim de viabilizar a fertilização, além de sofrer consequências psicológicas típicas de uma mãe gestante pelo fato de acompanhar a gestação do seu filho em útero alheio<sup>61</sup>.

Além disso, salientou-se que a finalidade do benefício é suprir uma necessidade imediata da criança, que necessita da atenção da mãe, especialmente nos primeiros meses de vida, para um bom desenvolvimento físico e mental. “A mãe também necessita de tempo para se dedicar aos filhos, mormente quando se trata de trigêmeos, como no caso em análise”<sup>62</sup>.

Assim, concluiu-se que a situação da mãe genética — que opta por uma gestação de substituição — guarda mais relação com a condição de mãe gestante do que a de mãe adotante, considerando-se o laço genético havido com a criança. Portanto, considera-se a mãe que escolhe conceber um filho por meio de gestação de substituição mãe biológica tal qual uma mãe gestante<sup>63</sup>.

<sup>57</sup> BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 9 ago. 1943. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 5 dez. 2019.

<sup>58</sup> VIOLA, Rebeca Yazeji. *Barriga de aluguel: aspectos trabalhistas e previdenciários relacionados à licença-maternidade, salário-maternidade e à estabilidade gravídica*. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

<sup>59</sup> PERNAMBUCO (Estado). Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Cível n. 534999/PE. Relator: Juiz Francisco Cavalcanti. Julgamento em 30 de agosto de 2012. *Diário da Justiça Eletrônico*, Recife, 30 ago. 2012. Disponível em: <http://tmp.mpce.mp.br/orgaos/CAOCC/dirFamilia/eventos/5-MINICURSO.Acordao-TRF5-PE-Licenca.Maternidade.Gestacao.por.Substituicao.pdf>. Acesso em: 5 dez. 2019.

<sup>60</sup> PERNAMBUCO (Estado). Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Cível n. 534999/PE. Relator: Juiz Francisco Cavalcanti. Julgamento em 30 de agosto de 2012. *Diário da Justiça Eletrônico*, Recife, 30 ago. 2012. Disponível em: <http://tmp.mpce.mp.br/orgaos/CAOCC/dirFamilia/eventos/5-MINICURSO.Acordao-TRF5-PE-Licenca.Maternidade.Gestacao.por.Substituicao.pdf>. Acesso em: 5 dez. 2019.

<sup>61</sup> PERNAMBUCO (Estado). Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Cível n. 534999/PE. Relator: Juiz Francisco Cavalcanti. Julgamento em 30 de agosto de 2012. *Diário da Justiça Eletrônico*, Recife, 30 ago. 2012. Disponível em: <http://tmp.mpce.mp.br/orgaos/CAOCC/dirFamilia/eventos/5-MINICURSO.Acordao-TRF5-PE-Licenca.Maternidade.Gestacao.por.Substituicao.pdf>. Acesso em: 5 dez. 2019.

<sup>62</sup> PERNAMBUCO (Estado). Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Cível n. 534999/PE. Relator: Juiz Francisco Cavalcanti. Julgamento em 30 de agosto de 2012. *Diário da Justiça Eletrônico*, Recife, 30 ago. 2012. Disponível em: <http://tmp.mpce.mp.br/orgaos/CAOCC/dirFamilia/eventos/5-MINICURSO.Acordao-TRF5-PE-Licenca.Maternidade.Gestacao.por.Substituicao.pdf>. Acesso em: 5 dez. 2019.

<sup>63</sup> PERNAMBUCO (Estado). Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Cível n. 534999/PE. Relator: Juiz Francisco Cavalcanti. Julgamento em 30 de agosto de 2012. *Diário da Justiça Eletrônico*, Recife, 30 ago. 2012. Disponível em: <http://tmp.mpce.mp.br/orgaos/CAOCC/dirFamilia/eventos/5-MINICURSO.Acordao-TRF5-PE-Licenca.Maternidade.Gestacao.por.Substituicao.pdf>. Acesso em: 5 dez. 2019.

Conferiu-se, assim, licença-maternidade pelo período de 180 dias, garantidos à mãe gestante (e não de 150 dias, direito da mãe adotante)<sup>64</sup>.

Em que pese entendimentos contrários, como o de Sérgio Pinto Martins, segundo o qual apenas a mãe substituta teria direito ao benefício, pois foi quem passou pela gestação e parto, há entendimentos de que o salário-maternidade seria devido a ambas as mães, genética e substituta<sup>65</sup>.

Assim, deve-se atentar para as finalidades da licença e salário-maternidade: fornecer amparo financeiro à mulher para que possa restabelecer a sua saúde no pós-parto, proporcionar tempo à mãe para dedicar-se ao filho, proporcionar ao recém-nascido a atenção e cuidados necessários nos primeiros meses de vida, aleitamento materno, adaptação da mãe e filho à nova vida, criação de laços de afeto entre a criança e sua mãe, dentre outras.

Para os casais homoafetivos que optam pela técnica da barriga solidária não é diferente, especialmente porque a própria Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, dispõe, em seu art. 71-A, que “ao *segurado* ou *segurada* da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança é devido salário-maternidade pelo período de 120 (cento e vinte) dias”<sup>66</sup> (grifo nosso), podendo ser aplicado por analogia à gestação de substituição.

Nesse sentido, o Tribunal Regional Federal da 3ª região, por ocasião do recente julgamento da Apelação Cível 0015901-31.2014.4.03.6100, reconheceu o direito de um pai solteiro ao salário-maternidade, cuja prole foi concebida por meio de técnicas de fertilização *in vitro* e gestação de substituição<sup>67</sup>.

Em seu voto, o Desembargador Federal Souza Ribeiro afirmou que, em que pese a ausência de previsão legal para a concessão do benefício salário-maternidade ao pai solteiro, que gerou a sua prole por meio de fertilização *in vitro* e gestação por substituição, o julgamento pode se dar por analogia, nos termos do art. 4º da LINDB<sup>68</sup>.

<sup>64</sup> EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. LICENÇA MATERNIDADE. PRAZO DE 180 DIAS. FERTILIZAÇÃO “IN VITRO” EM “BARRIGA DE ALUGUEL”. DANOS MORAIS. INEXISTÊNCIA. 1. Hipótese em que a autora tendo realizado fertilização “in vitro” e gestação em “barriga de aluguel”, em virtude das dificuldades em engravidar, pretende seja reconhecido o seu direito à licença maternidade pelo período de 180 (cento e oitenta dias) dias e não de 150 (cento e cinquenta) dias como deferido pela UFPE, bem como indenização por danos morais. 2. Devem ser computados aos prazos previstos nos artigos 207 e 210, da Constituição Federal, os prazos estabelecidos nos Decretos n.ºs. 6.690/2008 e 6.691/2008, resultando o benefício de 180 (cento e oitenta) dias para a mãe gestante e 150 (cento e cinquenta) dias para a mãe adotante. 3. A autora é, efetivamente, mãe biológica, não importa se a fertilização foi “in vitro” ou com “barriga de aluguel”. Os filhos são sanguíneos e não adotivos. A autora faz jus à licença maternidade pelo período de 180 (cento e oitenta) dias, o que se justifica, sobretudo, por serem 03 (três) os filhos. 4. Quanto ao pedido de indenização por danos morais, conforme posicionamento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, o mero dissabor não gera o direito à indenização por danos morais. 5. “O mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige” (REsp 898.005/RN, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 19/06/2007, DJ 06/08/2007 p. 528). 6. Apelação a que se nega provimento. (Disponível em: <http://tmp.mpce.mp.br/orgaos/CAOCC/dirFamilia/eventos/5-MINICURSO.Acordao-TRF5-PE-Licenca.Maternidade.Gestacao.por.Substituicao.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2019).

<sup>65</sup> VIOLA, Rebeca Yazeji. *Barriga de aluguel: aspectos trabalhistas e previdenciários relacionados à licença-maternidade, salário-maternidade e à estabilidade gravídica*. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

<sup>66</sup> BRASIL. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 25 jul. 1991. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm). Acesso em: 5 dez. 2019.

<sup>67</sup> SÃO PAULO (Estado). Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Cível n. 0015901-31.2014.4.03.6100/SP. Relator: Desembargador Federal Souza Ribeiro. Julgamento em 7 de maio de 2019. *Diário da Justiça Eletrônico*, São Paulo, 17 maio 2019. Disponível em: <https://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/709319882/apelacao-civel-ap-159013120144036100-sp/inteiro-teor-709319941?ref=feed>. Acesso em: 5 dez. 2019.

<sup>68</sup> SÃO PAULO (Estado). Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Cível n. 0015901-31.2014.4.03.6100/SP. Relator: Desembargador Federal Souza Ribeiro. Julgamento em 7 de maio de 2019. *Diário da Justiça Eletrônico*, São Paulo, 17 maio 2019. Disponível em: <https://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/709319882/apelacao-civel-ap-159013120144036100-sp/inteiro-teor-709319941?ref=feed>. Acesso em: 5 dez. 2019.

Suscitou a preocupação dos tribunais e do legislador com a proteção das diversas formas de família que se apresentam na sociedade, destacando os princípios de proteção à família e do melhor interesse da criança e do adolescente, construções modernas, com fundamentos constitucionais bem consolidados<sup>69</sup>.

Citando o Estatuto da Primeira Infância (Lei n. 13.257/16), que dispõe sobre os direitos das crianças de até 6 (seis) anos de idade, lembrou que há, cada vez mais, fartas evidências científicas de que a presença e o contato físico e emocional dos pais com seus filhos, na primeira infância, é fundamental para o desenvolvimento da criança<sup>70</sup>.

Além de ressaltar o Princípio do Melhor Interesse da Criança, o relator pontuou que proibir a companhia dos pais solteiros aos filhos nascidos por técnicas modernas de gestação sub-rogada, durante a primeira infância, violaria os princípios da isonomia material e da vedação à proteção deficiente<sup>71</sup>.

Nesse sentido, negou-se provimento à Apelação Cível interposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social contra sentença que julgou procedente o pedido de concessão do benefício salário-maternidade a um pai solteiro de um casal de gêmeos concebidos por meio de procedimento de fertilização *in vitro* e gestação de substituição<sup>72</sup>.

A despeito da lacuna normativa existente, quando o assunto é o salário-maternidade, nos casos de gestação de substituição, no Brasil, os tribunais acertadamente reconhecem o direito ao benefício previdenciário às mulheres (ou homens) que se tornam mães (ou pais) utilizando-se da técnica, também conhecida como cessão temporária do útero.

Em relação ao Chile, o tema tem sido pouco debatido no que se refere à jurisprudência do país. No entanto, é uma questão que merece atenção por estar relacionada aos objetivos perseguidos por esse tipo de benefício. Com efeito, desde as suas origens, a legislação laboral no Chile atribuiu especial atenção à proteção da mulher trabalhadora, o que se explica, em grande parte, pelo propósito de proteger a maternidade e a família<sup>73</sup>.

<sup>69</sup> SÃO PAULO (Estado). Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Cível n. 0015901-31.2014.4.03.6100/SP. Relator: Desembargador Federal Souza Ribeiro. Julgamento em 7 de maio de 2019. *Diário da Justiça Eletrônico*, São Paulo, 17 maio 2019. Disponível em: <https://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/709319882/apelacao-civel-ap-159013120144036100-sp/inteiro-teor-709319941?ref=feed>. Acesso em: 5 dez. 2019.

<sup>70</sup> SÃO PAULO (Estado). Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Cível n. 0015901-31.2014.4.03.6100/SP. Relator: Desembargador Federal Souza Ribeiro. Julgamento em 7 de maio de 2019. *Diário da Justiça Eletrônico*, São Paulo, 17 maio 2019. Disponível em: <https://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/709319882/apelacao-civel-ap-159013120144036100-sp/inteiro-teor-709319941?ref=feed>. Acesso em: 5 dez. 2019.

<sup>71</sup> SÃO PAULO (Estado). Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Cível n. 0015901-31.2014.4.03.6100/SP. Relator: Desembargador Federal Souza Ribeiro. Julgamento em 7 de maio de 2019. *Diário da Justiça Eletrônico*, São Paulo, 17 maio 2019. Disponível em: <https://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/709319882/apelacao-civel-ap-159013120144036100-sp/inteiro-teor-709319941?ref=feed>. Acesso em: 5 dez. 2019.

<sup>72</sup> EMENTA DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDORES PÚBLICOS. DIREITO DE EXTENSÃO DO SALÁRIO-MATERNIDADE AO PAI SOLTEIRO CUJA PROLE FOI CONCEBIDA POR MEIO DE TÉCNICA DE FERTILIZAÇÃO IN VITRO E GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO. 1 - A inexistência de disposições legais expressas não impede que o magistrado supra lacunas por meio da analogia. 2 - Tendência do direito moderno de proteger as variadas formas de famílias e os interesses das crianças e adolescentes. Princípios com sede constitucional. Estatuto da Criança e do Adolescente. Estatuto da Primeira Infância. 3 - Ao pai solteiro, cuja prole foi concebida por meio de técnicas modernas de fertilização *in vitro* e gestação por substituição, deve ser estendido o direito ao salário-maternidade. 4 - A presença do genitor na primeira infância é essencial ao desenvolvimento do recém-nascido. Negar a este o direito da presença de seu pai neste crucial momento da vida é violar o princípio da isonomia material, tendo em vista que outras crianças, concebidas pelos meios naturais, tê-lo-ão. 5 - A finalidade dos institutos das licenças parentais é privilegiar o desenvolvimento do infante, tendo prevacente *tez* extrapatrimonial. 6 - A jurisprudência caminha no sentido de favorecer os interesses da família e da criança ao interpretar a aplicação, na prática, dos referidos institutos. Precedentes. 7 - Atendimento dos princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia material e da vedação à proteção deficiente. 8 - Apelação improvida. (Disponível em: <https://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/709319882/apelacao-civel-ap-159013120144036100-sp/inteiro-teor-709319941?ref=feed>. Acesso em: 05 dez. 2019).

<sup>73</sup> CAAMAÑO, Eduardo. Los efectos de la protección a la maternidad para la concreción de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el trabajo. *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, v. 23, 2009.

Inicialmente focado na capacidade reprodutiva de mulheres trabalhadoras e no desgaste da gravidez e do parto, nas últimas décadas, o benefício previdenciário chileno abriu-se para incluir como outro de seus importantes objetivos, a preocupação com a proteção da família, os papéis de integração, educação e cuidado da criança e sua relação com a parentalidade e o trabalho<sup>74</sup>. Nessa área, o trabalho que corresponde tanto à mãe como ao pai é de transcendência, pautado no princípio da corresponsabilidade parental, em torno do cuidado e apego na primeira infância dos filhos, o que condiciona o seu desenvolvimento físico e emocional. É importante considerar que o benefício social constitui um meio de preservar as relações especiais entre os pais e o filho durante o período posterior ao nascimento, o que no caso de crianças nascidas por meio de gestação de substituição, poderia ser apreciado ocorre de forma semelhante aos casos de adoção ou atribuição de guarda<sup>75</sup>.

No sistema chileno, Título II do Código de Trabalho<sup>76</sup>, há regras relativas à proteção da maternidade, paternidade e vida familiar. O Art. 195 do referido órgão legal estabelece o direito a 6 semanas de repouso pré-natal para as trabalhadoras e a 12 semanas após o parto. Contempla, também, no Art. 197 bis, o direito à licença parental pós-natal de 12 semanas após o período pós-natal, recebendo um subsídio cuja base é a mesma do subsídio de licença de maternidade. Período que pode ser aumentado para 18 semanas se a mulher, após concluir o repouso pós-natal, optar por retornar ao trabalho, cumprindo metade da jornada de trabalho, recebendo, neste caso, metade do subsídio. No caso de ambos os progenitores serem trabalhadores, a mesma regra estabelece, à escolha da mãe, a possibilidade de qualquer um deles gozar de licença parental pós-natal em condições semelhantes<sup>77</sup>.

A legislação Chile também fornece regras de proteção em situações sobre a saúde da criança que necessitar de cuidados por causa de uma doença grave, distinguindo, se a criança é menor ou maior do que um ano.

Caso o filho tenha menos de um ano de idade, o Art. 199 da Código de Trabalho estabelece o direito de licença com subsídio a favor da mãe trabalhadora pelo período determinado pelo serviço de saúde correspondente, sendo concedida, a critério da mãe, a opção de ser o pai ou a mãe quem faz uso da licença que recebe o subsídio, caso ambos os pais sejam trabalhadores. Tem direito a essa mesma autorização e ao respectivo subsídio o trabalhador que tenha um menor de idade inferior a um ano aos seus cuidados, desde que tenha sido judicialmente concedida guarda ou cuidados pessoais como medida de proteção<sup>78</sup>.

No âmbito de um procedimento prévio à adoção ou adoção propriamente dita, antes da emissão da sentença que constitui a filiação adotiva, o juiz pode confiar aos requerentes os cuidados pessoais da criança para fins de adoção, conforme determinado pelos artigos 19 e 24 da Lei n.º 19.620. Nesse caso, os futuros pais, caso sejam trabalhadores, gozam dos mesmos benefícios referidos acima, incluindo licença parental pós-natal nas mesmas condições<sup>79</sup>.

Acrescente-se, ainda, que, na sua obra interpretativa, a Direção do Trabalho estabeleceu que o trabalhador que tem um menor aos seus cuidados, por ter concedido judicialmente cuidados pessoais como medida de proteção ou quando os cuidados pessoais de uma criança, no âmbito de uma adoção de procedimento,

<sup>74</sup> CASAS, Lidia; VALENZUELA, Ester. Protección a la maternidad: una historia de tensiones entre los derechos de infancia y los derechos de las trabajadoras. *Revista de derecho Valdivia*, v. 25, n. 1, p. 77–101, 2012.

<sup>75</sup> CASAS, Lidia; VALENZUELA, Ester. Protección a la maternidad: una historia de tensiones entre los derechos de infancia y los derechos de las trabajadoras. *Revista de derecho Valdivia*, v. 25, n. 1, p. 77–101, 2012.

<sup>76</sup> CHILE. DFL 1. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código del Trabajo. *Diario Oficial*, Santiago de Chile, 16 jan. 2003. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=207436>. Acesso em: 30 jun. 2021.

<sup>77</sup> CHILE. DFL 1. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código del Trabajo. *Diario Oficial*, Santiago de Chile, 16 jan. 2003. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=207436>. Acesso em: 30 jun. 2021.

<sup>78</sup> CHILE. DFL 1. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código del Trabajo. *Diario Oficial*, Santiago de Chile, 16 jan. 2003. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=207436>. Acesso em: 30 jun. 2021.

<sup>79</sup> CHILE. Ministerio de Salud. Resolución Exenta n. 49, de 22 de enero de 2019. Modifica Resolución Exenta N.º 176 de 1999, del Ministerio de Salud, que aprueba el arancel de prestaciones de salud del libro II DEL D.F.L. N.º 01/2005 del Ministerio de Salud. *Diario Oficial*, Santiago de Chile, 9 fev. 2019. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1128732&rc=6>. Acesso em: 30 jun. 2021.

há direito à licença parental pós-natal estabelecida no Art. 197 bis do Código do Trabalho. Além disso, quando a criança tem menos de 6 meses, ela tem direito a uma licença e abono de 12 semanas, que podemos estimar como equivalente ao período pós-natal<sup>80</sup>.

Voltando a essas questões para a situação que poderia ocorrer com uma mãe encomendante que trabalha, salienta-se que, no Chile, a questão não foi tratada. No entanto, considerando-se que um dos objetivos do regulamento é a proteção da vida familiar do trabalhador, contemplando os subsídios pós-natais parentais que contribuam para o cuidado e desenvolvimento mais pleno da criança, um novo membro que se integre a uma família; como também, salvaguardando a sua saúde sobretudo em situações de gravidade, a ideia parece prevalecer, independentemente da forma como se venha a concretizar o projeto familiar, é digna de proteção. Nem as normas legais, tampouco os regulamentos administrativos e as decisões judiciais foram proferidas sobre a matéria. No entanto, face à realidade que se vive, na medida em que surjam novas situações para a decisão judicial, a jurisprudência pode continuar a dar suas contribuições enquanto se aguarda a devida regulamentação. De mãos dadas com os avanços biomédicos, a gestação de substituição adquire uma existência efetiva a que a Lei deve atender, especialmente do ponto de vista social, o que afeta a proteção da parentalidade, mas, acima de tudo, no melhor interesse da criança nascida da aplicação dessa técnica de reprodução humana assistida<sup>81</sup>.

Como mencionamos, o sistema chileno carece de regulamentação legal sobre as TRA e, portanto, é omissivo em relação à barriga de aluguel. Entretanto, nesta matéria, é relevante destacar a alteração operada pela Lei nº 21.400<sup>82</sup> de 2021, em vigor desde 10 de março de 2022, que incorporou um art. 207 ter, dispõe: “Os direitos que correspondem à mãe trabalhadora a que se refere a proteção à maternidade regulada neste Título, serão aplicáveis à mãe ou à pessoa grávida, independentemente de seu sexo registrado por identidade de gênero. Por sua vez, os direitos conferidos ao pai neste Título serão também aplicáveis à genitora não grávida”. Da alusão da norma à mãe ou à pessoa grávida, pode-se deduzir que os direitos que ela indica seriam aplicáveis justamente à situação da mulher não grávida, futura mãe<sup>83</sup>.

Ressalta-se que não se pode privar a companhia das mães (ou pais, solteiros ou homoafetivos) aos filhos frutos de modernas técnicas de gestação de substituição, sob pena de violação de princípios como o da proteção à família, melhor interesse da criança e do adolescente, isonomia material e da vedação à proteção deficiente.

Enquanto o texto legal é omissivo, o Direito, por meio do Poder Judiciário, deve olhar para os diferentes arranjos familiares formados atualmente, bem como para as modernas técnicas de reprodução humana, a fim de conceder o salário-maternidade às mães (e pais) que realizam do sonho da maternidade e da paternidade utilizando-se da técnica denominada gestação de substituição.

## 5 Considerações finais

A concessão da licença e salário maternidade ainda possui uma lacuna normativa, no que se refere à pessoa que se decide pela gestação de substituição. Vale destacar que no Chile, apesar da modificação incor-

<sup>80</sup> CHILE. DFL 1. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código del Trabajo. *Diario Oficial*, Santiago de Chile, 16 jan. 2003. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=207436>. Acesso em: 30 jun. 2021.

<sup>81</sup> RODRIGUEZ, Emma. La maternidad subrogada como generadora de derechos de conciliación laboral. *Revista del trabajo y seguridad social*, n. 415, 2017. p. 93.

<sup>82</sup> CHILE, Ley n. 21400 *Modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio entre personas del mismo sexo*. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1169572>. Acesso em 28 jun 2023.

<sup>83</sup> CORRAL, Hernán. “Técnicas de reproducción asistida y filiación: la curiosa historia del art. 182 del Código Civil”. 2021. Disponível em: <https://corraltalciani.files.wordpress.com/2021/12/19/tecnicas-de-reproduccion-asistida-y-filiacion-la-curiosa-historia-del-art-182-del-codigo-civil/>. Acesso em 28 jun 2023.

porada na legislação trabalhista, a situação não é totalmente clara. Por essa razão, o Direito deve estar atento a essas situações. É necessário acompanhar as constantes evoluções da sociedade.

A discussão do tema se relaciona especialmente a quem deve ser concedida a licença e salário maternidade. Nesse sentido, a situação da gestação de substituição gera duas figuras distintas: a mulher ou o homem que desejou a procriação, que ficará com o bebê após o nascimento e a mulher que gestou e deu à luz. No entanto, entende-se que a não concessão desse benefício previdenciário à pessoa que idealizou a gravidez e que permanecerá com a criança gerará prejuízos. Isso porque os primeiros meses de vida são de grande importância para o desenvolvimento do bebê e para a criação dos laços de afeto.

Considerando-se a grande importância desse período, a doutrina e jurisprudência brasileira reconhece o direito da pessoa encomendante à licença e salário-maternidade, situação que não chegou ao conhecimento dos tribunais chilenos. Ressaltando que em ambos os sistemas, conforme demonstrado neste texto, há ausência ou insuficiência de regulamentação legislativa sobre o tema.

Apesar das recentes decisões dos tribunais brasileiro, que trazem o entendimento de que as pessoas encomendantes têm direito à percepção de licença e salário maternidade, é necessário que haja, de fato, uma regulamentação. Tal regulamentação deve considerar os princípios da proteção à família, do melhor interesse da criança e do adolescente, da isonomia material e da vedação à proteção deficiente.

Portanto, à guisa de conclusão, entende-se que, no contexto da gestação de substituição, é necessário analisar a situação da pretendida mãe, caso seja trabalhadora, em relação aos benefícios trabalhistas e sociais. Ressalta-se, ainda, que a proteção da família, a integração da criança, seu interesse superior e o desenvolvimento dos laços parentais, devem ser atendidos independentemente da forma de construção dos empreendimentos familiares.

## Referências

- ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. *Reprodução humana assistida: aspectos civis e bioéticos*. 2000. 345 p. Tese (Livre Docência) – Departamento de Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: São Paulo, 2000.
- ARAUJO, Julia Picinato Medeiros.; ARAUJO, Carlos Henrique Medeiros. Biodireito e legislação na reprodução assistida. *Medicina*, Ribeirão Preto, v. 51, n. 3, p. 217-235, 26 nov. 2018.
- BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 9 set. 1942. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm). Acesso em: 5 dez. 2019.
- BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 9 ago. 1943. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 5 dez. 2019.
- BRASIL. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 25 jul. 1991. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm). Acesso em: 5 dez. 2019.
- CAAMAÑO, Eduardo. Los efectos de la protección a la maternidad para la concreción de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el trabajo. *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, v. 23, 2009.
- CANTUARIA, Raymundo Amorim. *Reprodução assistida: filiação, controvérsias jurídicas*. 2001. Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.

CASAS, Lidia; VALENZUELA, Ester. Protección a la maternidad: una historia de tensiones entre los derechos de infancia y los derechos de las trabajadoras. *Revista de derecho Valdivia*, v. 25, n. 1, p. 77–101, 2012.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

CHILE. Decreto n. 100. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. *Diario Oficial*, Santiago de Chile, 22 set. 2005. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302>. Acesso em: 30 jun. 2021.

CHILE. DFL 1. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil; de la Ley N.º 4.808 sobre Registro Civil, de la Ley N.º 17.344 que autoriza cambio de nombres y apellidos, de la Ley N.º 16.618 de Menores, de la Ley N.º 14.908 sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la Ley N.º 16.271 de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones. *Diario Oficial*, Santiago de Chile, 30 maio 2000. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=172986>. Acesso em: 30 jun. 2021.

CHILE. DFL 1. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código del Trabajo. *Diario Oficial*, Santiago de Chile, 16 jan. 2003. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=207436>. Acesso em: 30 jun. 2021.

CHILE. Ley n. 19620. Dicta normas sobre adopción de menores. *Diario Oficial*, Santiago de Chile, 5 ago. 1999. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=140084>. Acesso em: 30 jun. 2021.

CHILE. Ley n. 21400. Modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio entre personas del mismo sexo. *Diario Oficial*, Santiago de Chile, 10 dez. 2021. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1169572>. Acesso em 28 jun 2023.

CHILE. Ministerio de Salud. Resolución Exenta n. 49, de 22 de enero de 2019. Modifica Resolución Exenta n° 176 de 1999, del Ministerio de Salud, que aprueba el arancel de prestaciones de salud del libro II DEL D.F.L. n° 01/2005 del Ministerio de Salud. *Diario Oficial*, Santiago de Chile, 9 fev. 2019. Disponível em: [https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1128732&r\\_c=6](https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1128732&r_c=6). Acesso em: 30 jun. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 2.320, de 20 de setembro de 2022*. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2320>. Acesso em: 15 jun. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Provimento n. 63, de 14 de novembro de 2017*. Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos ofícios de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro “A” e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2525>. Acesso em: 4 dez. 2019.

CORLETA, H.; FRAJNDLICH, R. Técnicas de reprodução assistida: bebê de proveta. *ABC da Saúde*, 2007. Disponível em: <https://www.abcdasaude.com.br/ginecologia-e-obstetricia/tecnicas-de-reproducao>. Acesso em: 3 dez. 2019.

CORRAL, Hernán. Técnicas de reproducción asistida y filiación: la curiosa historia del art. 182 del Código Civil. 2021. Disponível em <https://corraltalciani.files.wordpress.com/2021/12/19/tecnicas-de-reproduccion-asistida-y-filiacion-la-curiosa-historia-del-art-182-del-codigo-civil/>. Acesso em 28 jun. 2023.

CORREA, Marilena C. D. V; LOYOLA, Maria Andrea. Tecnologias de reprodução assistida no Brasil: opções para ampliar o acesso. *Physis*, Rio de Janeiro, v. 25, n. 3, p. 753-777, set. 2015.

COXIR, Sarah Abreu; LOPES, Ana Cristina dos Santos; SILVA, Alessandra Maria Dias; PENNA, Maria Leticia Firpe. Estudo das regulamentações de reprodução humana assistida no Brasil, Chile, Uruguai e na Argentina. *Reprodução & Climatério*, v. 29, n. 1, p. 27-31, 2014.

FELIX, Valter Nilton. *Gravidez de substituição: aspectos técnicos, éticos e jurídicos da reprodução humana assistida*. São Paulo: Fiúza, 2009.

FREIRE JÚNIOR, Aluer Baptista; BATISTA, Lorraine Andrade. A cessão temporária de útero: possibilidade legal. *Revista Educação, Meio Ambiente e Saúde*, v. 7, n. 4, out./dez. 2017.

MARTÍNEZ, Carolina. La protección de la aternidade en el derecho del trabajo: del hecho biológico a la conciliación corresponsable. In: NUÑEZ, María Isabel; JIMENEZ, Pilar. *Mujer sujeto u objeto de derechos reproductivos. derechos de los menores y gestación por sustitución*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 361–389.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MEIRELLES, Jussara Leal de. *Gestação por outrem e determinação de maternidade (“mãe de aluguel”)*. Curitiba: Gênese, 1998.

PERNAMBUCO (Estado). Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Cível n. 534999/PE. Relator: Juiz Francisco Cavalcanti. Julgamento em 30 de agosto de 2012. *Diário da Justiça Eletrônico*, Recife, 30 ago. 2012. Disponível em: <http://tmp.mpce.mp.br/orgaos/CAOCC/dirFamilia/eventos/5-MINICURSO.Acordao-TRF5-PE-Licenca.Maternidade.Gestacao.por.Substituicao.pdf>. Acesso em: 5 dez. 2019.

RIBEIRO, Marina Ferreira da Rosa. *Infertilidade e reprodução assistida: desejando filhos na família contemporânea*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004.

RODRIGUEZ, Emma. La maternidad subrogada como generadora de derechos de conciliación laboral. *Revista del trabajo y seguridad social*, n. 415, 2017.

SANTIAGO. *Segundo Juzgado de Familia de Santiago, RIT C-4907-2018*. Disponível em: <http://static.elmercuro.com/Documentos/Legal/2019/01/03/20190103203913.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2021.

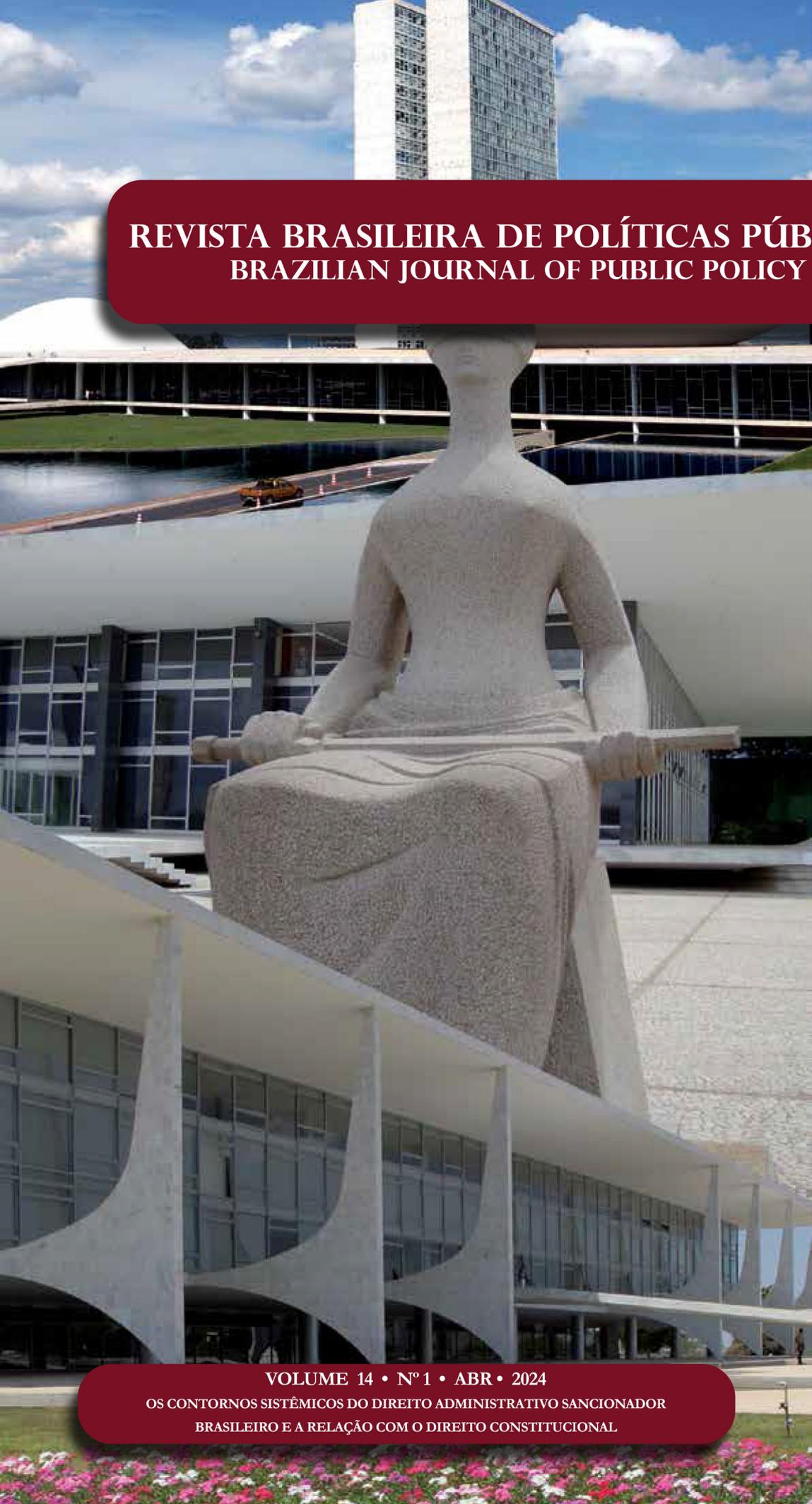
SANTIAGO. *Segundo Juzgado de Familia de Santiago, RIT C-7246-2017*. Disponível em: <http://static.elmercuro.com/Documentos/Legal/2018/05/07/20180507172951.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2021.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Cível n. 0015901-31.2014.4.03.6100/SP. Relator: Desembargador Federal Souza Ribeiro. São Paulo, 07 de maio de 2019. *Diário da Justiça Eletrônico*, São Paulo, 17 maio 2019. Disponível em: <https://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/709319882/apelacao-civel-ap-159013120144036100-sp/inteiro-teor-709319941?ref=feed>. Acesso em: 5 dez. 2019.

SILVA, Flávia Alessandra Naves. Gestação de substituição: direito a ter um filho. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais*, v. 1, n. 1, p. 50-67, 2011.

SOUZA, Marise Cunha de. As técnicas de reprodução assistida: a barriga de aluguel: a definição da maternidade e da paternidade: bioética. *Revista da EMERJ*, v. 13, n. 50, p. 348-367, 2010.

VIOLA, Rebaca Yazeji. *Barriga de aluguel: aspectos trabalhistas e previdenciários relacionados à licença-maternidade, salário-maternidade e à estabilidade gravídica*. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

The cover features a photograph of a modern, white building with large glass windows and a prominent white statue of a seated woman. The statue is positioned in the foreground, and the building is in the background. The sky is blue with some clouds. The overall scene is bright and clear.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**A adoção de crianças e adolescentes e o alcance dos objetivos de desenvolvimento sustentável da ONU: uma análise do Projeto Adoção Segura da Comarca de Maringá –PR e da efetivação dos direitos da personalidade**

**The adoption of children and adolescents and the scope of the UN sustainable development goals: an analysis of the Safe Adoption Project of the Comarca de Maringá -PR and the realization of personality rights**

Daniela Menengoti Gonçalves  
Ribeiro

Ana Maria Silva Maneta

VOLUME 14 • Nº 1 • ABR • 2024

OS CONTORNOS SISTÊMICOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR  
BRASILEIRO E A RELAÇÃO COM O DIREITO CONSTITUCIONAL

# A adoção de crianças e adolescentes e o alcance dos objetivos de desenvolvimento sustentável da ONU: uma análise do Projeto Adoção Segura da Comarca de Maringá –PR e da efetivação dos direitos da personalidade\*

## The adoption of children and adolescents and the scope of the UN sustainable development goals: an analysis of the Safe Adoption Project of the Comarca de Maringá -PR and the realization of personality rights

Daniela Menengoti Gonçalves Ribeiro\*\*

Ana Maria Silva Maneta\*\*\*

### Resumo

O objetivo deste artigo é refletir sobre a necessidade de se garantir a informação a respeito do instituto jurídico da adoção, como forma de reduzir ilegalidades, analisando-se, assim, o Projeto Adoção Segura do Tribunal de Justiça do Paraná. Para tanto, deve-se, primeiramente, analisar o instituto da adoção, sua evolução legislativa com foco no direito brasileiro e as regras de seu procedimento. Posteriormente, no segundo momento, verificam-se as consequências geradas pela desinformação social sobre a adoção. Por último, estuda-se a importância da informação social sobre detalhes legais da adoção, analisando o Projeto Adoção Segura, seus dados e se há o alcance de Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODSs) da ONU por meio deste. Fundamentou-se, o presente artigo, em pesquisa e revisão documental, bibliográfica e observacional acerca do tema, bem como valeu-se do método dedutivo, por meio de pesquisa histórica e estruturalista, de estudo de caso e empírico. Como resultado, verificou-se que o Projeto Adoção Segura é efetivo para informar a sociedade, pois, desde sua implementação em 2016, o número de adoções regulares na Comarca de Maringá é crescente, em comparação aos anos anteriores à sua aplicação. Concluiu-se que o Projeto Adoção Segura, por garantir a informação social sobre a adoção, cumpre com o ODS n.º 16 da ONU, principalmente em seu subitem n.º 10, que trata da necessidade de assegurar o acesso público à informação, considerando-se o Tribunal de Justiça do Paraná como protagonista no alcance da Agenda 2030 e de efetivação de direitos da personalidade.

**Palavras-chave:** adoção de crianças e adolescentes; efetivação; direitos da personalidade; objetivos de desenvolvimento sustentável; Projeto Adoção Segura.

\* Recebido em: 14/07/2022

Aprovado em: 04/11/2022

\*\* Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Cesumar (UniCesumar). Pesquisadora do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI). Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) com período de pesquisa (doutorado sanduíche) na Université Paris 1 - Panthéon-Sorbonne, França. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0704785648361421>. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0001-7621-8899>.

E-mail: [daniela.menengoti@gmail.com](mailto:daniela.menengoti@gmail.com)

\*\*\* Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Cesumar (UniCesumar). Pós-graduada em Direito Civil, Políticas Públicas em Serviço Social e Docência em Ensino Superior (Uniasselvi). Pós-graduanda em Direitos Humanos (UniCesumar). Servidora do Tribunal de Justiça do Paraná. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2722737230410307>. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0002-4764-0027>.

E-mail: [ammaneta1@gmail.com](mailto:ammaneta1@gmail.com)

## Abstract

The objective of the article is to reflect on the social consequences of misinformation about adoption and the need to guarantee social information about this institute aiming to reduce illegalities, analyzing, also, the Safe Adoption Project of the Court of Justice of Paraná. Therefore, first, it is necessary to analyze the adoption institute, its legislative evolution focusing on Brazilian law and the rules of its procedure. Afterwards, in the second moment, the consequences generated by social misinformation about adoption are verified. Finally, the importance of social information about legal details of adoption is studied, analyzing the Safe Adoption Project, its data and whether the UN's Sustainable Development Goal (SDGs) is achieved through it. This article was based on documental, bibliographic and observational research and review on the subject, also it was used the deductive method, through historical and structuralist research, case studies and empirical studies. As result, it was found that the Safe Adoption Project is effective to social information, because since its implementation in 2016, the number of regular adoptions in Maringá is increasing, compared to the years prior to its application. It was concluded that the Safe Adoption Project, by guaranteeing social information about adoption, complies with UN SDG n.º 16, mainly in its sub-item n.º 10, which deals with the need to ensure public access to information, considering the Court of Justice of Paraná as a protagonist in the achievement of the 2030 Agenda and the realization of personality rights.

**Keywords:** adoption of children and adolescents; effectiveness; personality rights; sustainable development goals; Safe Adoption Project.

## 1 Introdução

A adoção de crianças e adolescentes pode ser conceituada como uma forma de se constituir família, caracterizando como o ato pelo qual há a constituição do estado de pais e filhos de forma não biológica, pela adoção. Esse instituto está presente na sociedade desde os primórdios, e seu reconhecimento legal, na forma observada na atualidade, percorreu um caminho considerável para ser reconhecida da forma que ocorre hodiernamente. Em verdade, no início de sua história, a adoção era entendida, apenas, como uma forma de garantir a reis que não tiveram filhos biológicos a sucessão de seu reinado. Passados alguns anos, em países como a França e Portugal, a adoção consolidou-se como uma forma de constituição de família, contudo, não havia o reconhecimento dos direitos decorrentes do estado de filiação, o que também ocorreu no Brasil, considerando-se a influência portuguesa no Código Civil de 1916.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990, além de outras legislações que aperfeiçoaram as regras em relação à adoção, o procedimento para a concretização dessa forma de constituição de família possui regras específicas, com fases prévias e de cumprimento provisório de sentença, até que haja o chamamento dos pretendentes à adoção, para sua concretização, em sentido estrito. E a desinformação social acerca da adoção, seu procedimento e o que é entendido como lícito e ilícito podem gerar sérias consequências na sociedade, como abandono infantil, adoções irregulares, tráfico humano infantil e, inclusive, abortos. Além de perpetuar tabus e mitos acerca da adoção e das crianças/dos adolescentes adotados, como o pensamento de que os adotados são perigosos ou “mais difíceis” de lidar.

A desinformação sobre a adoção se apresenta como um problema social que deve ser enfrentado pelo Estado, não apenas visando à garantia de um direito de primeira geração — o de informação social — mas, também, buscando garantir o interesse superior das crianças e dos adolescentes, além de incentivar a concretização de adoções regulares e entregas legais para adoção, por meio do esclarecimento de dúvidas sociais. Para tanto, na presente pesquisa, analisa-se o Projeto Adoção Segura, do Tribunal de Justiça do Paraná, à luz da perspectiva de uma atuação análoga à execução de políticas públicas pelo Poder Judiciário, como um

exemplo positivo de garantia de informação social acerca da adoção, o que se verifica por meio da análise de dados estatísticos do Projeto, demonstrando sua efetividade social, comparando dados de antes de sua implementação e de posteriormente.

Considerando o respeito do Judiciário brasileiro na busca de corresponder aos anseios da Organização das Nações Unidas, observa-se o compromisso do Conselho Nacional de Justiça com o cumprimento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, para a efetivação da Agenda 2030 pelo Poder Judiciário. E, considerando a forma de atuação do Projeto Adoção Segura, entende-se que o Tribunal de Justiça do Paraná cumpre com o ODS n.º 16, que versa, em síntese, sobre a pacificação social e a redução das desigualdades, por intermédio, inclusive, da informação.

Objetiva-se com o presente trabalho, em um primeiro momento, a análise da evolução histórica do instituto da adoção nos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo que influenciaram no Direito brasileiro, tendo como foco a demonstração da mudança de perspectiva do ordenamento jurídico em relação a esta, até o momento atual, além de analisar detalhes de seu procedimento, buscando clarificar o entendimento acerca deste. A segunda seção tem como objetivo analisar a visão social sobre a adoção, enfocando os riscos da desinformação social acerca do instituto, abordando temas sem a intenção de esgotá-los, como adoções irregulares, tráfico humano de crianças e adolescentes e aborto. Por fim, no terceiro momento, aborda-se o Projeto Adoção Segura, do Tribunal de Justiça do Paraná, como uma resposta à desinformação sobre a adoção, caracterizando-se como uma solução ao problema da ausência de informação social sobre a adoção, com a análise dos dados levantados, convergindo no entendimento de que a garantia de informação social sobre a adoção é uma forma de reduzir desigualdades, razão pela qual se entende que o Projeto apresenta como um instrumento de cumprimento do ODS n.º 16 da ONU e de efetivação dos direitos da personalidade.

Na presente pesquisa, o método de abordagem adotado para o desenvolvimento foi o dedutivo, partindo de um contexto geral para o específico, bem como os métodos de procedimento foram o histórico, de estudo de caso e empírico, pela análise de dados do Projeto “Adoção Segura”. Ainda, a técnica de pesquisa utilizada — metodologia de investigação — pautou-se na documental, bibliográfica e de observação — a partir da revisão de documentos, obras e literatura especializada no tema da pesquisa, com o uso dos mais variados tipos de materiais para tanto, como livros, periódicos, dissertações, revistas, jornais, artigos científicos e dicionários, a serem levantados em plataformas de pesquisa on-line e bases de dados, bem como os acervos digitais das revistas jurídicas que possuem *qualis* relevantes para o meio acadêmico — tendo, por referencial teórico, as pesquisas envolvendo a área do Direito, além da interpretação normativa relacionada ao tema, assentada em uma investigação descritiva e analítica da correlação entre a adoção, como forma de se constituir família e efetivadora de direitos, como os da personalidade, os riscos da desinformação sobre o instituto e a necessidade de informação social, visando à redução de atos ilícitos, em respeito à ordem jurídica.

## 2 O instituto da adoção de crianças e adolescentes no Brasil e seu procedimento

O instituto da adoção está presente na sociedade desde seus primórdios, sendo caracterizado como “um dos mais antigos de que se tem notícia”<sup>1</sup>. Afinal, desde os primórdios da sociedade, existiam filhos não desejados, cujos pais não podiam ou não queriam exercer a maternidade/paternidade. Este é tutelado no ordenamento jurídico desde as primeiras legislações conhecidas, como é o caso do Código de Hamurabi, em 1780 a.C., que trazia regulamentações acerca da adoção entre os artigos 185 a 193<sup>2</sup>, tendo como objetivo organizar seu procedimento, proteger os direitos adotantes e adotandos e estabelecer a indissolubilidade desta.

<sup>1</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 813.

<sup>2</sup> MARCH, Paul Halsall. *Code of Hammurabi, c. 1780 b. C.*: internet history sourcebooks project. Nova York: Departamento de

Com o passar dos anos, verificou-se nas principais cidades do Mundo Antigo, como Atenas e Roma, que a concretização da adoção de crianças e adolescentes

[...] dependia da intervenção do juiz e, efetivada, rompia os vínculos com a família natural, podendo o ato ser revogado por ingratidão; contudo, não se distanciando da fisionomia religiosa em assegurar a continuação do culto doméstico, não se mostrando de certo modo diferente do instituto em Roma, em que a religião tinha forte influência sobre a família, cometendo ao pater prestar as honras e dar continuação às tradições dos antepassados.<sup>3</sup>

Na Idade Média, considerando a influência da Igreja nas questões do Estado, o instituto da adoção perdeu a força, sendo vedado, nessa época, que o adotado herdasse o título nobiliárquico e, inclusive, os direitos sucessórios, e ambos eram entendidos como legítimos apenas quando transmitidos pelo vínculo sanguíneo. Comenta-se que tal limitação legislativa/interpretativa possuía como plano de fundo um aspecto financeiro, considerando-se que “a constituição de um herdeiro adotivo prejudicava as doações pós-óbito, deixadas pelos ricos senhores feudais que morriam sem deixar descendentes”<sup>4</sup>.

Com o advento da Idade Moderna e a promulgação do Código Napoleônico na França, o instituto da adoção voltou a ser reconhecido pela legislação – no Livro 1, Título VIII, artigos 343 a 360, tendo em vista que Napoleão Bonaparte não tinha filhos e necessitava de um sucessor ao seu império<sup>5</sup>. Poucos anos após a edição do Código de Napoleão, no contexto do Bloqueio Continental, observou-se a influência da França em Portugal, o que, conseqüentemente, influenciou a legislação portuguesa. Por conseqüência, o fato de Portugal ser, historicamente, o descobridor do Brasil influenciou o Direito brasileiro<sup>6</sup>, foco do presente artigo.

No Brasil, o instituto da adoção passou por diversos momentos legislativos, iniciando com as Ordenações Filipinas em 1828, no qual o procedimento já era judicializado — conforme o Livro 1, Título 3, §1º, além dos arts. 20 e 402. Com o passar de aproximadamente 100 anos, foi promulgado o Código Civil Brasileiro de 1916, que trouxe certas inovações para o instituto no Brasil, sistematizando a adoção nos arts. 368 a 378, estabelecendo, contudo, que a adoção poderia ser revogada, e o adotando poderia se desligar da adoção quando implementasse a maioria ou cessasse sua interdição, bem como que apenas pessoas com mais de 50 anos de idade sem filhos naturais ou legitimados poderiam adotar. Por fim, à época, ainda que concretizada a adoção, não havia o desligamento entre a família natural e o adotado.

Hodiernamente, no Brasil, considerando o advento da Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990, o Código Civil de 2002, a Lei da Adoção de 2009 e a Lei n.º 13.509 de 2017, a adoção de crianças e adolescentes é tutelada pelo ECA, tendo como base o entendimento de que a adoção é “o ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, independentemente de existir entre elas qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim. Todos os autores lhe reconhecem o caráter de uma *fiction iuris*”<sup>7</sup>.

Para a concretização da adoção de uma criança/adolescente no Brasil, essa deve seguir o procedimento previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, que possui peculiaridades próprias, mediante análise em cada caso concreto. No presente artigo, será analisada a regra geral, ou seja, a situação na qual os pais bio-

História da Universidade de Fordham, 1998. Disponível em: <https://sourcebooks.fordham.edu/ancient/hamcode.asp#text>. Acesso em: 17 abr. 2022.

<sup>3</sup> SILVA FILHO, Artur Marques da. Da adoção. In: FRANCIULLI NETO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (org.). *O novo Código Civil: homenagem ao Prof. Miguel Reale*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 1.230.

<sup>4</sup> MADALENO, Rolf. *Manual de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 212.

<sup>5</sup> WALD, Arnaldo. *Curso de direito civil brasileiro: o novo direito de família*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 188.

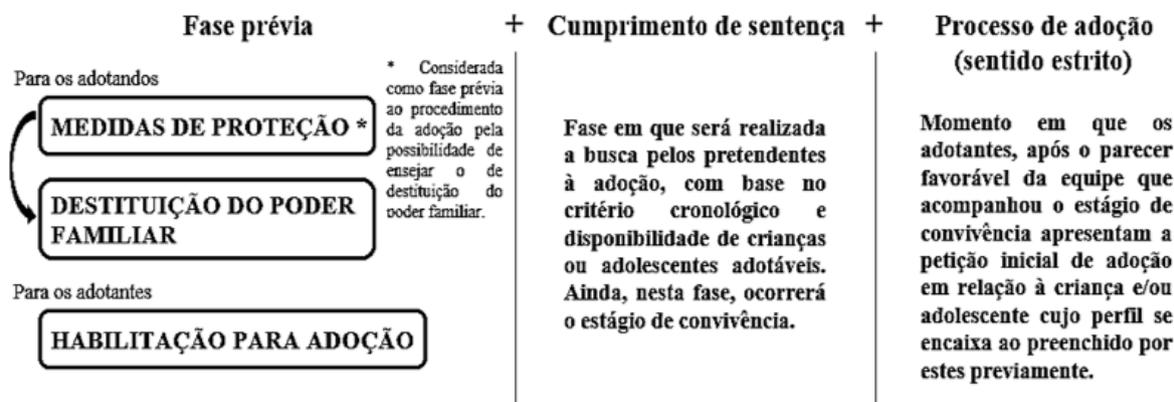
<sup>6</sup> SOUZA, Sylvio Capanema de. O Código Napoleão e sua influência no direito brasileiro. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 26, 2004. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista26/revista26\\_36.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista26/revista26_36.pdf). Acesso em: 18 out. 2021. p. 40.

<sup>7</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: Direito de Família*. 27. ed. Rio de Janeiro, 2019. p. 377.

lógicos foram destituídos do poder familiar ou são desconhecidos, ou, ainda, quando os responsáveis legais pelos adotados foram destituídos da tutela.

O procedimento da adoção, considerando as regras do ECA e do Código de Normas do Foro Judicial do Tribunal de Justiça do Paraná (CNFJ), para que seja melhor compreendido, deve ser observado sob duas perspectivas: 1ª. Processo de adoção *lato sensu* ou em sentido amplo — que corresponde às fases prévias—, somado ao em sentido estrito; e 2ª. Processo de adoção *stricto sensu* ou em sentido estrito — que leva à concretização da adoção, que inicia com a petição inicial de adoção pelos adotantes em relação à criança ou adolescente em específico, conforme figura 1.

**Figura 1** – processo da adoção em sentido amplo



**Fonte:** MANETA, Ana Maria Silva.<sup>8</sup>

Em síntese, o procedimento de medidas de proteção é instaurado, em regra, pelo Ministério Público quando algum órgão da Rede de Proteção das crianças e dos adolescentes, como o Conselho Tutelar, noticia qualquer situação de risco a que a criança e/ou adolescente está submetido por omissão ou ação do Estado, por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável ou em razão de sua própria conduta, não supervisionada por seus pais ou responsáveis, conforme preleciona o art. 98 do ECA. Nesse procedimento, será analisada a necessidade de encaminhamento da criança/adolescente acolhimento institucional<sup>9</sup> ou familiar<sup>10</sup>, bem como será realizada a busca por familiar extenso apto a se responsabilizar por esse protegido (art. 19, §3º do ECA), considerando-se que há preferência legal para a manutenção das crianças e dos adolescentes na família biológica, caracterizando a adoção como a *ultima ratio* (art. 19, *caput* e art. 19-A, §3º, ambos do ECA).

Sendo observada a impossibilidade do exercício do poder familiar pelos pais da criança e/ou adolescente, o que é constatado no procedimento de medidas de proteção que acompanha a situação da família, bem

<sup>8</sup> MANETA, Ana Maria Silva. *Adoção de crianças e adolescentes e a garantia à informação social: análise de dados do Projeto “Adoção Segura” do Poder Judiciário em Maringá no Paraná como efetivador do ODS no 16 da ONU e dos Direitos da Personalidade*. 2022. 195 f. Dissertação (Mestrado Ciências Jurídicas) - Unicesumar, Maringá, 2022. p. 60.

<sup>9</sup> “[...] é o conhecido *abrigo* para crianças e adolescentes. Alterou-se a denominação para *acolhimento institucional*, que confere uma imagem mais suave de envolvimento do menor em algo positivo. No entanto, seja como for, é a última opção — e sempre com caráter temporário — para qualquer criança ou adolescente. [...] Eles são extremamente úteis à sociedade, porque representam lugares seguros para acolher crianças e adolescentes em perigo. Essa situação de risco pode ser causada pelos próprios pais, eliminando o caráter seguro representado pelo lar. Por isso, não fossem tais instituições, não se teria como resolver, com urgência, casos graves de abandono, violência física e moral, exploração sexual, dentre outros fatos relevantes, contra infantes e jovens”. NUCCI, Guilherme de Souza. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 389.

<sup>10</sup> “[...] é uma medida protetiva, aplicável única e exclusivamente pelo Juiz da Vara da Infância e da Juventude, nos casos em que for necessária, de forma excepcional e provisória, a retirada da criança ou adolescente de sua família de origem (natural ou extensa) e entrega aos cuidados de uma família acolhedora, que pode ter a supervisão pedagógica e direcional de uma entidade de atendimento responsável pela execução do programa. A marca registrada do acolhimento familiar é que a criança e o adolescente estarão sob os cuidados imediatos de uma família, denominada família acolhedora, que é previamente cadastrada no respectivo programa”. ROSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n. 8.069/90: comentado artigo por artigo*. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 356.

como a inexistência de familiar extenso, apto a se responsabilizar por este protegido, apresentado o relatório da equipe técnica que atua no Juízo da Infância e Juventude sobre a situação familiar do protegido, com a recomendação técnica de destituição do poder familiar ou da tutela, o Ministério Público terá o prazo de 15 (quinze) dias para que ingresse com a ação devida (art. 101, §§ 8º a 10, do ECA).

A ação de destituição do poder familiar seguirá rito próprio, conforme previsto nos arts. 155 a 163 do Estatuto da Criança e do Adolescente, visa à análise, no caso concreto, da ocorrência de alguma das situações previstas nos arts. 1.637 e 1.638 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) ou nos arts. 22 e 24 do ECA, com base nas peculiaridades e provas produzidas nos autos. Sendo comprovada a ocorrência de alguma das situações previstas mencionadas, o pedido será julgado procedente, sendo determinada a destituição do poder familiar de seus pais biológicos, com averbação à margem do registro de nascimento da criança ou do adolescente (art. 163, parágrafo único do ECA) e anotação de tal fato no Sistema Nacional de Adoção, momento em que a criança/adolescente destituída do poder familiar será considerada apta à adoção.

O Sistema atua, assim, como forma de garantir os direitos da personalidade das crianças e dos adolescentes, pois o instituto da adoção pode garantir-lhes a família e, conseqüentemente, a convivência familiar, o afeto, o cuidado e o lar, os quais são, reconhecidamente, as principais bases para formação da personalidade humana.

Na perspectiva dos pretendentes à adoção, o procedimento inicia-se<sup>11</sup> com o pedido prévio de habilitação para adoção<sup>12</sup>, no qual deverá ser seguido o previsto no art. 197-A, do ECA. Além dos documentos estabelecidos pelo mencionado artigo, será preenchida a ficha cadastral<sup>13</sup> pelos pretendentes, delimitando as expectativas destes quanto à criança e/ou adolescente a ser adotada, bem como informações sobre o perfil dos pretendentes. O processo será acompanhado pela equipe técnica que atua na Vara da Infância e Juventude e pelo Ministério Público, e, com o cumprimento dos elementos previstos nos arts. 197-B a 197-D, observado o interesse superior das crianças e dos adolescentes (art. 100, IV do ECA)<sup>14</sup>, o pedido será deferido, oportunidade em que estes serão considerados aptos à adoção, havendo a inclusão do nome dos pretendentes no Sistema Nacional de Adoção, e a convocação destes para a adoção feita respeitando a ordem cronológica de habilitação, bem como a disponibilidade de crianças ou adolescentes adotáveis, o que se compreende da inteligência do art. 197-E, do ECA.

Quando as crianças/adolescentes e os pretendentes à adoção estão aptos à adoção, serão analisados, em cada caso concreto, os critérios previstos no ECA, ou seja: 1) a ordem cronológica de habilitação dos pretendentes<sup>15</sup>; e 2) a disponibilidade de crianças ou adolescentes adotáveis (art. 197-E do ECA), em comparação aos dados preenchidos pelos pretendentes quando de suas habilitações. Essa análise deverá ocorrer até que cruzem as informações: dos pretendentes habilitados a mais tempo e as características preenchidas por estes, em comparação com a criança e/ou adolescente apto à adoção. O resultado dessa análise culminará

<sup>11</sup> A menos que se refira ao caso de adoção personalíssima ou *intuitu personae*, tendo em vista que neste caso, há dispensa da habilitação da adoção, bem como do estágio de convivência, diante das peculiaridades desta, além do previsto no art. 50, §3º do ECA.

<sup>12</sup> “[...] adotar não é um direito dado a qualquer pessoa, mas a aceitação de um encargo, cujo titular do direito é a criança ou adolescente”. NUCCI, Guilherme de Souza. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 710.

<sup>13</sup> Em regra, a ficha de cadastro específica, para que seja respondido pelos pretendentes: a idade mínima e máxima da criança e/ou adolescente; a quantidade máxima de adotandos que têm interesse de adotar; o gênero do adotando; se aceitam que este possua deficiência física e/ou mental; se aceitam adotando com doença detectada e/ou infectocontagiosa; se aceitam irmãos e se possuem preferência étnica. Além dos estados da federação que aceitam adotar.

<sup>14</sup> “Para que se defira a habilitação para a adoção, é necessário perquirir a adequação e capacidade dos postulantes para o exercício da função parental, através da realização de estudo psicossocial, porquanto imperiosa a observância dos superiores interesses da criança, segundo a doutrina da proteção integral preconizada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. 2. Tendo em vista que o parecer da equipe interprofissional foi pela contraindicação da habilitação do casal para a adoção, não restando atendidos os requisitos objetivos (sociais) e subjetivos (psicológicos) para tanto, correta a sentença que indeferiu a habilitação”. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível m. 70055454359, RS*. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Rio Grande do Sul, 17 de outubro de 2013. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113379850/apelacao-civel-ac-70055454359-rs/inteiro-teor-113379860>. Acesso em: 05 dez. 2021.

<sup>15</sup> Significa: qual(is) o(s) pretendente(s) habilitado(s) à adoção com o cadastro ativo há mais tempo.

no contato com os pretendentes encontrados, cuja habilitação ocorreu há mais tempo, que serão chamados para informar se têm interesse em iniciar a aproximação com aquela criança e/ou adolescente disponível.

No Tribunal de Justiça do Paraná, conforme estabelecem os arts. 501 a 509 do CNFJ, em regra, o procedimento mencionado acima ocorre em sede de cumprimento provisório da sentença de destituição do poder familiar. Nessa fase, a equipe técnica que atua no Juízo da Infância deverá apresentar relatório circunstanciado indicando os pretendentes encontrados para adoção da criança/adolescente, indicação que, após parecer ministerial, será homologada pelo Juiz. Com a homologação da indicação, será dado início à aproximação entre os adotantes e o adotando, visando ao início do estabelecimento de vínculos — o que é o conhecido estágio de convivência, e que constitui uma das principais bases para o exercício dos direitos da personalidade dos adotandos.

O estágio de convivência é acompanhado pela equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude (art. 46, §4º do ECA) por meio de “visitas ao local onde moram adotante(s) e adotando(s), chamando-os para entrevistas e conhecendo o seu meio e método de vida”<sup>16</sup>, que apresentará relatório minucioso recomendando ou não o deferimento da adoção à autoridade judiciária (art. 46, §3º-A do ECA) e, oportunizada a manifestação pelo membro do Ministério Público acerca deste, conforme preconiza o art. 201, inciso III do ECA, os autos serão encaminhados ao Juiz que proferirá decisão, e esta, considerando o estudo técnico e o parecer ministerial, poderá ser conduzida em três sentidos: a) determinação de prorrogação do estágio de convivência; b) interrupção dos contatos dos pretendentes com o adotando<sup>17</sup>; e c) determinação de intimação para protocolização do pedido de adoção.

Considerando-se o relatório da equipe técnica favorável para o ingresso do pedido de adoção, sendo demonstrada a aptidão dos adotantes ao exercício da paternidade responsável do adotando (art. 226, §7º da CF/88), a adaptação do adotando à família, a integração familiar — ou seja, sendo demonstrada a garantia do melhor interesse da criança e do adolescente — os adotantes serão intimados a ingressarem com Ação de Adoção (art. 19-A, §7º do ECA), momento em que será dado início, de fato, ao procedimento da adoção em estrito senso. Então, a petição inicial da ação de adoção apresentada, e sendo comprovado que os pretendentes estavam previamente habilitados para adoção, ausentes de qualquer impedimento para adoção (artigos 40 e 42 do ECA), que o estágio de convivência entre adotantes e adotando foi favorável, bem como sendo verificado que a procedência do pedido apresenta reais vantagens para o adotando e funda-se em motivos legítimos — por meio das provas produzidas nos autos<sup>18</sup> — o pedido será julgado procedente (art. 43 do ECA), sendo a sentença de “natureza *constitutiva*”<sup>19</sup>, criando situação jurídica onde inexistia<sup>20</sup>, gerando vínculos civis, ou seja, forma uma família até então não constituída daquela forma, o que produz, legalmente, o reconhecimento da filiação e paternidade.

### 3 Os riscos da desinformação social sobre a adoção

A adoção de crianças e adolescentes é tratada de forma diferente nas diversas culturas e nos diferentes momentos históricos em vários países, de forma que a interpretação desta varia conforme os inúmeros

<sup>16</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 225.

<sup>17</sup> O que ensejará na impossibilidade do prosseguimento do procedimento de adoção em relação àqueles, e serão realizadas novas buscas por outros pretendentes.

<sup>18</sup> O Juiz poderá determinar a realização de audiência para oitiva dos adotantes e do adotando, sendo que, caso o adotando seja maior de 12 (doze) anos de idade, sua oitiva em audiência e consentimento com o deferimento do pedido são obrigatórios para que se concretize a adoção, conforme art. 28, §2º do ECA.

<sup>19</sup> Há quem diga que a sentença “[...] prolatada em procedimento de adoção, é de fato, desconstitutiva do vínculo natural anterior e constitutiva do novo vínculo que se forma”. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: direito de família*. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 241.

<sup>20</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 227.

aspectos sociais, tais como a configuração familiar, a sexualidade, o nível socioeconômico, a fertilidade e a reprodução<sup>21</sup>. À luz da antropologia, pesquisadores observaram que, em algumas culturas, a adoção é entendida como uma prática social comum e não estando relacionada aos casamentos sem filhos, de forma que, nestas, os laços familiares são mais relacionados à cultura do que aos laços de sangue<sup>22</sup>. Em contrapartida, na cultura ocidental, o parentesco biológico é mais valorizado, sendo compreendido, inclusive, como superior e real, enquanto o parentesco advindo da adoção é entendido como fictício e irreal<sup>23</sup>, tal realidade podia ser verificada na legislação brasileira, que no passado valorava os filhos biológicos de forma superior aos adotivos (Código Civil de 1916). Contudo, conforme observado no capítulo anterior, os filhos adotados passaram a ter os mesmos direitos e deveres que os biológicos no Brasil, após o advento da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>24</sup>.

Apesar da inovação legal no ordenamento jurídico brasileiro acerca da adoção de crianças e adolescentes após 1988, ainda paira na sociedade a discriminação e mitos/tabus associados à adoção. Pesquisas que investigam tal realidade obtêm resultados que evidenciam “a grande frequência das situações de preconceito a que as famílias adotivas são expostas, o que pode, inclusive, justificar as dificuldades de adaptação dos adotados”<sup>25</sup>. Observa-se, como um mito social comum quanto à adoção a visão de que os filhos da adoção dão “mais trabalho” do que os filhos biológicos, e, em verdade,

há pesquisas que comparam filhos adotivos e filhos biológicos e revelam que os adotivos são mais satisfeitos com suas famílias [...] (o que) faz com as crianças e adolescentes adotadas estejam disponíveis para se vincularem afetivamente aos pais que realmente querem amá-los<sup>26</sup>.

Nesse mesmo sentido, pais adotivos relatam que enfrentam situações preconceituosas e vexatórias:

[...] vai ter sempre aquela pessoa que vai perguntar se você não tem vontade de ter filhos ‘seus de verdade’, ou se você optou pela adoção porque não pôde tê-los. Aquela outra que quer saber se você conhece ‘a mãe de verdade’. Mais que fica aflita por você não ter “medo do que aquela criança pode virar”. E mais uma, que com um sorriso nos lábios e meio sem graça pergunta que idade ele tinha quando você ‘pegou ele para criar’ (isso, ele, seu ‘filho de criação’). Ah, claro! Tem aquele que quer saber tudo o que a criança passou antes de chegar até você.<sup>27</sup>

É importante destacar que, diante da falta de entendimento social acerca da adoção e de informações sobre suas peculiaridades, os entendimentos preconceituosos sobre esta são propagados sem que os interlocutores notem o teor de seus dizeres, sendo uma visão social difícil de ser desconstruída, pois, por muitos anos, tal perspectiva era tida como verdadeira, inclusive legislativamente. É certo que apenas há 34 anos, com o advento da Constituição Federal de 1988, foi reconhecida legalmente no Brasil a equiparação da filiação adotiva à biológica (art. 227, §6º da CF/88). Portanto, entende-se que a ausência da informação atual sobre a adoção perpetua a manutenção de entendimento ultrapassados, dotados de preconceitos e mitos.

<sup>21</sup> PETTA, Gabrielle A.; STEED, Lindall G. The experience of adoptive parents and adoption reunion relationships: a qualitative study. *American Journal of Orthopsychiatry*, New York, v. 75, n. 2, p. 230-241, 2005.

<sup>22</sup> PAIVA, Leila Dutra de. *Adoção: significados e possibilidades*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004.

<sup>23</sup> MODELL, Judith. *Kinship with strangers: adoption and interpretations of kinship in american culture*. Berkeley, California: University of California Press, 1994. Disponível em: <https://publishing.cdlib.org/ucpressebooks/view?docId=ft8g5008jr&chunk.id=d0e398&toc.depth=1&toc.id=d0e398&brand=ucpress>. Acesso em: 20 fev. 2022.

<sup>24</sup> WEBER, Lídia Natalia Dobrianskyj. *Aspectos psicológicos da adoção*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

<sup>25</sup> REPPOLD, Caroline Tozzi; HUTZ, Claudio Simon. Adoção: fatores de risco e proteção à adaptação psicológica. In: HUTZ, Claudio Simon et al. (org.). *Situações de risco e vulnerabilidade na infância e na adolescência: aspectos teóricos e estratégias de intervenção*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2002. p. 89-130.

<sup>26</sup> AMAPÁ. Tribunal de Justiça do Amapá. *Psicóloga Lídia Weber fala sobre adoção e o desafio de erradicar o modelo de acolhimento em abrigos*. 2017. Disponível em: <https://www.tjap.jus.br/portal/publicacoes/noticias/6421-psic%C3%B3loga-1%C3%ADdia-weber-fala-sobre-ado%C3%A7%C3%A3o-e-o-desafio-de-erradicar-o-modelo-de-acolhimento-em-abrigos.html>. Acesso em: 15 abr. 2022.

<sup>27</sup> TUMA, Jussara Marra da Cruz. *Adoção ao alcance de todos: uma conversa clara e direta sobre (quase) tudo o que você gostaria de saber*. Curitiba: Juruá, 2019. p. 79.

É certo que “a adoção sobreviveu, por um longo período de tempo, em contexto marginal, e o filho adotivo foi vítima de preconceito”<sup>28</sup>. Diante disso, entende-se que há um dever estatal e social de acabar com a desinformação sobre a adoção, sendo certo que, caso isso não ocorra, continuará existindo uma “representação social limitada e errônea sobre a associação genérica entre adoção e fracasso”<sup>29</sup>. Para Lídia Natalia Dobrianskyj, a respeito desse assunto:

[...] é preciso, simultaneamente a um trabalho de conscientização sobre a importância da adoção, um esforço para desmistificar a associação genérica e errônea entre adoção e fracasso. As dificuldades que ocorrem são muito semelhantes com aquelas que aparecem em famílias biológicas. E de qualquer forma, mesmo a vivência de tais dificuldades e preconceitos é muito menos dolorosa do que a solidão, o vazio, a falta de identidade, a ausência de vínculos e o desamparo de uma criança abandonada.<sup>30</sup>

Além dos mitos, tabus e preconceitos que circundam a adoção, ante a falta de informação social sobre o mencionado instituto, é importante observar que a desinformação sobre adoção pode ocasionar a ocorrência de situações graves, como adoções e entregas irregulares para adoção, tráfico de crianças e adolescentes, além de abortos, que podem ocorrer ante a falta de conhecimento social acerca do instituto da adoção, conforme se passa a estudar.

A adoção de crianças e adolescentes apenas é compreendida como legal, lícita, quando passa pelo procedimento estabelecido no Estatuto da Criança e do Adolescente, de forma que suposta adoção concretizada fora do procedimento previsto em Lei é entendida como adoção irregular, situação que pode gerar sérias consequências tanto para os “adotantes” quanto para os pais biológicos que entregaram seus filhos de forma irregular para adoção e, principalmente, para as crianças/adolescentes envolvidos no caso, considerando que são pessoas em condição de desenvolvimento psicológico, mental, espiritual e físico. Sobre as adoções irregulares, comenta-se que

[...] não são incomuns os lamentáveis casos de mães que, por ganância, entregam seus filhos a terceiros mediante pagamento ou promessa de recompensa sendo digno de registro que muitas vezes a aproximação entre as mães e os interessados que recebem as crianças é intermediada por grupos criados em redes sociais ou por pessoas sem nenhum escrúpulo que cobram comissão dos envolvidos.<sup>31</sup>

Considerando-se que as adoções irregulares não são acompanhadas pelo Poder Judiciário, como exigido pela legislação, não é possível o controle da situação pelo Estado, de forma que não há garantia de que o melhor interesse da criança e/ou adolescente em questão é considerado. Além disso, no contexto das adoções irregulares, pode haver contraprestação financeira, de forma que a criança/adolescente é tratada como objeto, um ser inanimado, sem dignidade da pessoa humana, jogado de um lado para o outro, para qualquer pessoa, sem qualquer observância aos seus direitos constitucionalmente garantidos. Ante a seriedade e as graves consequências da adoção irregular, os genitores biológicos e aqueles que receberam as crianças e/ou adolescentes podem ser chamados pelas Autoridades para que prestem os esclarecimentos acerca de suas condutas, o que poderá, eventualmente, culminar na responsabilização criminal, pelos crimes previstos nos artigos 123, 124 e 133, referentes ao Código Penal, além do art. 238 do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>32</sup>.

<sup>28</sup> SCHETTINI, Suzana Sofia Moeller; AMAZONAS, Maria Cristina Lopes de Almeida; DIAS, Cristina Maria de Souza Brito Dias. Famílias adotivas: identidade e diferença. *Psicologia em Estudo*, Maringá, v. 11, n. 2, p. 285-293, 2006.

<sup>29</sup> WEBER, Lídia Natalia Dobrianskyj. *Famílias adotivas e mitos sobre laço de sangue*. 2016. Disponível em: [http://www.nac.ufpr.br/wp-content/uploads/2016/07/1996\\_Famílias\\_adotivas\\_e\\_mitos\\_sob\\_relacoes\\_de\\_sangue.pdf](http://www.nac.ufpr.br/wp-content/uploads/2016/07/1996_Famílias_adotivas_e_mitos_sob_relacoes_de_sangue.pdf). Acesso em: 15 abr. 2022. p. 1.

<sup>30</sup> WEBER, Lídia Natalia Dobrianskyj. *Famílias adotivas e mitos sobre laço de sangue*. 2016. Disponível em: [http://www.nac.ufpr.br/wp-content/uploads/2016/07/1996\\_Famílias\\_adotivas\\_e\\_mitos\\_sob\\_relacoes\\_de\\_sangue.pdf](http://www.nac.ufpr.br/wp-content/uploads/2016/07/1996_Famílias_adotivas_e_mitos_sob_relacoes_de_sangue.pdf). Acesso em: 15 abr. 2022. p. 6.

<sup>31</sup> ALVES, Robespierre Foureaux. Entrega voluntária de bebês para adoção. *Revista Bonijuris*, Curitiba, p. 224-228, 2019. p. 224.

<sup>32</sup> APELAÇÃO CRIMINAL. LEI. 8.069/90. ART. 238, PARÁGRAFO ÚNICO, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MÉRITO. A prova dos autos não deixou dúvidas de que as réis ofereceram recompensa pela entrega do filho e/ou neto das vítimas. ERRO SOBRE A ILICITUDE DO FATO. O desconhecimento da lei é inescusável. Além disso, a defesa não trouxe nenhum argumento plausível para comprovar que a ré Claudete praticou a conduta descrita na denúncia porque desconhecia a ilicitude da conduta. CONTINUIDADE DELITIVA. Demonstrada a prática de dois ou mais crimes da mesma espécie, em condições de tempo, lugar e modo de execução semelhantes, mediante mais de uma ação, caracterizada está a hipótese de crime

Destaca-se que, além da possibilidade de responderem pelos crimes citados acima, as pessoas que recebem as crianças e/ou adolescentes de forma irregular para adoção — supostos adotantes, poderão perdê-las, ou seja, o prejuízo da desinformação em relação aos riscos da entrega irregular para adoção, são maiores do que a sociedade, quando sem as informações necessárias, tem conhecimento. Nesse sentido, existem diversos julgados, inclusive do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR. ENTREGA IRREGULAR DO INFANTE PELA MÃE BIOLÓGICA. LIMINAR QUE DETERMINOU O ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. POSTERIOR SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE A AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR E IMPROCEDENTE A AÇÃO DE ADOÇÃO. ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE. ORDEM DENEGADA. LIMINAR REVOGADA. 1. A disciplina do art. 50 do ECA, ao prever a manutenção dos cadastros de adotantes e adotandos, tanto no âmbito local e estadual quanto em nível nacional, visa conferir maior transparência, efetividade, segurança e celeridade ao processo de adoção, assim como obstar a adoção intuitu personae. 2. No caso, diante do superveniente julgamento de procedência da ação de destituição do poder familiar, em relação à mãe biológica, e de improcedência da ação de adoção pelo casal a quem a genitora entregou irregularmente a criança desde o nascimento, não há como permitir que o menor permaneça sob a guarda dos pretendentes, sobretudo porque um deles tem condenação criminal por tráfico de drogas, o que representa um empecilho à adoção legal. 3. Ordem denegada e, por consequência, revogada a liminar anteriormente concedida (grifo nosso).<sup>33</sup>

No mesmo sentido do julgado acima, a *mens legis*, prevista no art. 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente, objetiva garantir transparência, efetividade, segurança e celeridade ao processo de adoção, considerando-se que os pretendentes à adoção — as pessoas que efetivamente têm interesse de adotar crianças e adolescentes — além de demonstrarem sua idoneidade e sua motivação legítima quanto à adoção perante a Vara da Infância e Juventude, preenchem um formulário acerca de suas expectativas quanto à criança e/ou adolescente a ser adotado(a), garantindo que os futuros pais adotivos possuem estrutura física, mental e psicológica para o exercício da maternidade/paternidade responsáveis, bem como que as crianças/adolescentes estejam preparadas para tal ato, sendo respeitados os seus direitos.

Outra situação que deve ser observada, na perspectiva dos riscos da desinformação em relação à adoção, é o tráfico infantil. Este “está frequentemente associado à venda de crianças, prostituição infantil e pornografia infantil, assim como ao trabalho infantil, à utilização de crianças soldado, à adoção ilegal e a outras formas de exploração”<sup>34</sup>. Entende-se sobre o tráfico de pessoas, no senso comum, que este ocorre, apenas, de maneira internacional, ou seja, com o transporte de pessoas ou coisas para outros países, contudo, este pode ser caracterizado sem o cruzamento de fronteiras, podendo ocorrer “no âmbito interno de cada país, compreendendo a remoção de pessoas de uma região a outra, ou entre nações distintas, quando adquire o status de tráfico internacional. Em ambas as situações restará caracterizado o tráfico”<sup>35</sup>.

Sabe-se que “o tráfico de crianças e adolescentes não é um fenômeno novo no mundo”<sup>36</sup>, sendo diversas as razões para que este ocorra, como a “destinação de crianças a redes de prostituição, atividades pornográ-

---

continuado. Veredito condenatório mantido. APENAMENTO. Reduzida a fração de aumento pela continuidade delitiva para 1/5, por se tratar de três delitos. PENA DE MULTA. Manutenção da cobrança. A pena de multa tem caráter cumulativo com a privativa de liberdade, inadmitindo-se seu afastamento da condenação. Preliminar de ofício rejeitada, por maioria. APELO PROVIDO EM PARTE. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n. 70078497898*, R.S. Relator Carlos Alberto Etcheverry. Rio Grande do Sul, 8 de novembro de 2018. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/654038192/apelacao-crime-acr-70078497898-rs>. Acesso em: 14 abr. 2022.

<sup>33</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 522557/MT 2019/0212446-7. Relator: Raul Araújo. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 12 mar. 2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/857248288/habeas-corporus-hc-522557-mt-2019-0212446-7/inteiro-teor-857248297?ref=serp>. Acesso em: 14 abr. 2022.

<sup>34</sup> FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA. *Manual sobre o protocolo facultativo relativo à venda de crianças, prostituição infantil e pornografia infantil*. Itália: Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) – Centro de Estudos Innocenti, 2010. Disponível em: [https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/unicef/optional\\_protocol\\_por.pdf](https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/unicef/optional_protocol_por.pdf). Acesso em: 15 abr. 2022. p. 8.

<sup>35</sup> CAMPOS, Amini Haddad. *Vulnerabilidades sociais e direitos humanos*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 286.

<sup>36</sup> PARANÁ. Ministério Público do Paraná. *Quando o crime se mistura com a adoção*. Paraná, 2022. Disponível em: <https://crianca>.

ficas e trabalho escravo é registrada desde a antiguidade, em diversas regiões do planeta”<sup>37</sup>. Contudo, para além disso, observa-se um crescente cenário: o tráfico de crianças e adolescentes para fins de adoção. No que se refere à relação entre tráfico de pessoas e a adoção irregular, pesquisadores que estudam o tema entendem que a situação financeira das famílias acaba sendo o maior motivador para a prática do tráfico de crianças e adolescentes, seja por parte dos pais ou dos aliciadores, e:

[...] os pais muitas vezes com problemas sociais vendem seus filhos em troca de alimentos, empregos, ou até mesmo, uma vez que, não tem consciência da responsabilidade estatal em oferecer uma vida digna doam/vendem seus filhos movidos pela vontade de propiciar uma vida melhor para os mesmos.<sup>38</sup>

Da perspectiva dos aliciadores, o fator financeiro é importante, pois, além de conseguirem vitimar de maneira mais fácil aquelas crianças e/ou adolescentes cuja realidade econômica da família é precária, considerando, também, a possibilidade de esses pais serem convencidos de forma mais fácil, por pressuporem a desinformação destes, sabem que o tráfico internacional desses vulneráveis é extremamente rentável, e, observando o tráfico de pessoas de forma geral:

[...] consoante levantamento realizado pelo Escritório das Nações Unidas Contra Drogas e Crime (UNODC), cerca de 2,8 milhões de pessoas no mundo são vítimas do tráfico internacional de pessoas, que movimentam, ano a ano, cerca de US\$ 32 bilhões. Estima-se que, para cada ser humano transportado ilegalmente de um país para outro, o lucro é das redes criminosas chegado a US\$ 30 mil.<sup>39</sup>

Segundo o Fundo das Nações Unidas para a Infância<sup>40</sup>, em relação ao total de pessoas que são vítimas de tráfico ao redor do mundo, 50% são crianças. Portanto, se o tráfico de pessoas em si já é lucrativo, nessa perspectiva, observa-se que o de crianças é de extrema importância aos aliciadores.

A rede internacional de tráfico de menores decorre, sobretudo, de interesses econômicos ligados ao lenocínio, turismo sexual, escravidão infantil e comércio de órgãos. Outros interesses podem ser destacados, a exemplo da adoção ilegal, o casamento e a delimitação de grupos étnicos e sociais.<sup>41</sup>

Os riscos da desinformação social sobre a adoção podem ser observados no tráfico infantil, considerando-se que, quando os pais biológicos que não possuem condições<sup>42</sup> de responsabilizar por seus filhos não sabem que podem entregar seus filhos de forma regular para adoção, em um ato que pensam ser de amor, entregam suas crianças a aliciadores que, em hipótese alguma, atuarão na finalidade de garantir os direitos das crianças e dos adolescentes. Importante pontuar que, ainda, paira na sociedade o pensamento de que a entrega legal para adoção é o mesmo que abandono de incapaz, o que é inverídico, afinal, o abandono é crime tipificado no art. 133 do Código Penal, que é a situação na qual aquele que tem o dever de cuidado — em regra os pais — coloca a criança e/ou adolescente em situação de perigo, por tê-la abandonado, como é o caso de bebês deixados pelas mães em sacos de lixo<sup>43</sup>, por exemplo.

mppr.mp.br/pagina-188.html. Acesso em: 15 abr. 2022

<sup>37</sup> PARANÁ. Ministério Público do Paraná. *Quando o crime se mistura com a adoção*. Paraná, 2022. Disponível em: <https://crianca.mppr.mp.br/pagina-188.html>. Acesso em: 15 abr. 2022

<sup>38</sup> OLIVEIRA, Thais Fernandes Almeida de; CARVALHO, Adriana Pereira Dantas. Adoção e tráfico internacional de crianças e adolescentes. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, n. 1, p. 2045-2067, 2019. Disponível em: [https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/1/2019\\_01\\_2045\\_2067.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/1/2019_01_2045_2067.pdf). Acesso em: 3 maio 2022. p. 2052-2023.

<sup>39</sup> CAMPOS, Amini Haddad. *Vulnerabilidades sociais e direitos humanos*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 271.

<sup>40</sup> FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA. 2012. p. 42.

<sup>41</sup> CAMPOS, Amini Haddad. *Vulnerabilidades sociais e direitos humanos*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 274.

<sup>42</sup> Importante mencionar que o fator financeiro não pode ser levado em consideração, exclusivamente, para que crianças e adolescentes sejam encaminhados para adoção, considerando-se que o Estado tem o dever de promover assistência social aos cidadãos brasileiros, de forma que o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 23, veda que a carência de recursos materiais seja fundamento para destituição do poder familiar. De maneira tal que os genitores — que não possuem condições financeiras de cuidar de seus filhos — podem buscar ajuda estatal para tanto, não sendo o tráfico infantil o caminho para que provejam uma vida mais confortável aos seus filhos.

<sup>43</sup> MARTINS, Vanessa. Recém-nascido é encontrado dentro de saco de lixo em lote baldio de Nerópolis. *Jornal G1*, 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/go/goias/noticia/2021/03/24/reccem-nascido-e-encontrado-abandonado-dentro-de-saco-de-lixo-em-lote-baldio-de-neropolis.ghtml>. Acesso em: 15 abr. 2022.

Outra situação na qual se verificam os riscos da desinformação social sobre a adoção referem-se ao aborto<sup>44</sup>, tipificado no Código Penal brasileiro nos artigos 124, 125 e 126 estando subdividido em aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento e aborto provocado por terceiro.

Provocar significa dar causa ou determinar; consentir quer dizer dar aprovação, admitir, tolerar. A diferença das condutas é evidente: quem provoca é a própria gestante; quem consente é a gestante, mas o autor é outro. O objeto das condutas é a cessação da gravidez, provocando a morte do feto ou embrião. Como regra, a prova do aborto faz-se por exame pericial.<sup>45</sup>

Em 2009, com o advento da Lei n.º 12.010, tornou-se possível a realização da entrega voluntária dos filhos à adoção, para aquelas gestantes que não querem ou não têm condições de se responsabilizarem por seus filhos (art. 13, do ECA). Destaca-se que o direito ao sigilo e ao não constrangimento passaram a estar previstos no ECA com o advento da Lei n.º 13.509/17. De forma que, quando se trata do aborto, é levantada a discussão acerca da possibilidade de entrega regular para adoção, como forma de evitar a ocorrência do aborto<sup>46</sup>, atitude que é lícita e não se caracteriza como crime.

Sabe-se que, muitas vezes, o aborto é provocado pela própria gestante, que utiliza de métodos que colocam em risco sua própria vida para interromper a gravidez, tais como:

[...] químicos, com substâncias inorgânicas (fósforo, mercúrio, arsênico etc.) ou orgânicas (cantáridas, pituitrina, quinina, estriquinina, ópio etc.). [...] Processos físicos empregam-se também. São mecânicos (diretos ou indiretos), térmicos e elétricos. Os mecânicos diretos são os de maior eficiência. Atuam por meio de pressão sobre o útero, através das paredes abdominais, por traumatismos vaginais (tamponamento e irrigações), por traumatismo do colo uterino (dilatação pelo espéculo, pela laminária, pelo dedo) e por traumatismo do ovo (punção, descolamento e curetagem). Os indiretos, menos eficientes, atuam à distância do aparelho genital, v.g., sangria, escalda-pés etc. Dentre os térmicos, citam-se as bolsas de água quente ou gelo no ventre. O processo elétrico consiste no emprego de corrente galvânica ou farádica, banhos elétricos etc. Por último, os processos psíquicos, constituídos pelo susto, shock moral, sugestão, terror e outros.<sup>47</sup>

Nessa perspectiva, considerando-se os riscos decorrentes do aborto, capitulado como crime no direito brasileiro, bem como os traumas, tanto psicológicos como biológicos que eventualmente podem ocorrer pela concretização deste, por ser “praticado por mulheres que não estão preparadas para isso, mas que não veem alternativa para a situação em que se encontram”<sup>48</sup>, entende-se que a entrega regular para adoção se apresenta como uma alternativa a ser considerada. Contudo, é certo que, no Brasil, a entrega legal para adoção, ainda, é um assunto “eivado de preconceito e falta informação, muitas mulheres preferem se esconder atrás de um aborto e fingir que nada aconteceu — para não sofrer humilhações ou ter de enfrentar a família e os amigos”<sup>49</sup>. O Jornal Gazeta do Povo entrevistou a juíza da Vara da Infância e Juventude de Recife (PE), Hélia Viegas Silva, que relatou que “em muitos casos, as mulheres que decidem levar a gravidez até o final e fazer a entrega legal são taxadas como bruxas e irresponsáveis, e sofrem preconceito desde o começo da gestação”<sup>50</sup>.

<sup>44</sup> Importante mencionar que não se busca a análise do aborto chamado de necessário, nem daquele realizado no caso de gravidez resultante de estupro, previstos nos incisos do art. 128 do Código Penal.

<sup>45</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal*: parte geral: arts. 121 a 212 do código penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 93.

<sup>46</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal*: parte geral: arts. 121 a 212 do código penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 98.

<sup>47</sup> NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. São Paulo, Saraiva, 2001. v. 2. p. 98.

<sup>48</sup> PARANÁ. Ministério Público do Paraná. *Lei da entrega voluntária para adoção beneficia crianças e mães biológicas*. Paraná, 2021. Disponível em: <https://mppr.mp.br/2021/01/23315,10/Lei-da-entrega-voluntaria-para-adocao-beneficia-criancas-e-maes-biologicas.html>. Acesso em: 31 mar. 2022.

<sup>49</sup> BILCHES, William. Os dramas das mulheres que decidem entregar os filhos para adoção. *Jornal Gazeta do Povo*, 2020. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/os-dramas-das-mulheres-que-decidem-entregar-os-filhos-para-adocao/>. Acesso em: 15 abr. 2022.

<sup>50</sup> BILCHES, William. Os dramas das mulheres que decidem entregar os filhos para adoção. *Jornal Gazeta do Povo*, 2020. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/os-dramas-das-mulheres-que-decidem-entregar-os-filhos-para-adocao/>.

Sob a perspectiva de casos reais, o Jornal Gazeta do Povo analisou o caso de mulheres que, ao invés de optarem pela realização do aborto, escolheram a entrega regular para adoção de seus filhos, enquanto ainda gestantes, como é o caso de Maria (nome fictício), que:

[...] estava na faculdade quando descobriu a gravidez, ficou desesperada e fez tentativas de aborto, sem êxito. No oitavo mês, quando ainda escondia da família a gestação, ao procurar uma clínica clandestina na internet encontrou uma casa pró-vida de Maringá que mudaria sua decisão. Sem apoio de ninguém, ela pegou suas malas, viajou para Maringá e aceitou a proposta do Lar Preservação da Vida<sup>51</sup> para levar a gravidez adiante. A criança depois foi encaminhada para a Vara da Infância e da Juventude do município.<sup>52</sup>

Na realidade de Maria, considerando que informou seu interesse de entrega legal para adoção ainda no 8º mês de gestação, foi acompanhada pela equipe técnica da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Maringá até o fim da gravidez, e, após o nascimento de seu filho, foi novamente avaliada, explicada a chance de desistir da entrega, com uma audiência marcada após o período puerperal, de forma que, considerando que estava certa de sua decisão, se separou do seu filho após seu nascimento<sup>53</sup>.

Observa-se que, diante da ausência de informação social acerca da possibilidade da entrega regular para adoção (que é sigilosa), tal perspectiva acaba não sendo considerada pelas mulheres que, em situação de desespero, não sabem o que fazer com a gravidez indesejada ou com a possibilidade iminente de terem um filho e, às vezes, não têm condições financeiras, físicas e psicológicas para se responsabilizarem pela criança. Afinal, ainda há pessoas que não têm informação acerca da diferença entre abandono de incapaz e entrega legal para adoção, de forma que entendem ser a mesma coisa e, ao compararem o possível cometimento de crimes (aborto e entrega regular para adoção – que erroneamente pensam ser crime, não sabendo ser ato lícito), optam pela primeira alternativa.

Considerando as realidades analisadas acerca da seriedade da ausência de informação social sobre a adoção e, também, sobre a entrega regular para adoção, entende-se que o direito à informação, como um direito fundamental de primeira dimensão/geração<sup>54</sup>, se caracteriza como um direito individual e, ao mesmo tempo, uma liberdade pública, de tal maneira que o Estado tem o dever de não fazer, não agir e não interferir na liberdade individual, “não praticando atos que o impeçam de ser informado (não cerceando a liberdade de imprensa, não limitando o acesso a buscas pela internet, não limitando o direito de petição junto aos órgãos públicos etc.)”<sup>55</sup>, somado ao “direito humano ao saber”<sup>56</sup> que se volta à atuação estatal de garantir que a população tenha acesso à informação sobre seus direitos.

Acesso em: 15 abr. 2022.

<sup>51</sup> Organização não governamental da cidade de Maringá/PR, que promove o acolhimento de gestantes de qualquer faixa etária que estão em situação de risco e vulnerabilidade social, acompanhadas ou não de outros filhos, que aplica projetos como “Sim à Vida” que busca evitar o aborto através do amparo às mães, para que elas possam enfrentar uma gravidez indesejada ou não planejada com toda assistência necessária. LAR PRESERVAÇÃO DA VIDA. *O que nós fazemos*. 2022. Disponível em: <http://larpreservacaodavida.org.br/>. Acesso em: 9 maio 2022.

<sup>52</sup> BILCHES, William. Os dramas das mulheres que decidem entregar os filhos para adoção. *Jornal Gazeta do Povo*, 2020. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/os-dramas-das-mulheres-que-decidem-entregar-os-filhos-para-adocao/>. Acesso em: 15 abr. 2022.

<sup>53</sup> BILCHES, William. Os dramas das mulheres que decidem entregar os filhos para adoção. *Jornal Gazeta do Povo*, 2020. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/os-dramas-das-mulheres-que-decidem-entregar-os-filhos-para-adocao/>. Acesso em: 15 abr. 2022.

<sup>54</sup> “[...] acesso à informação e ao conhecimento consagra-se como direito fundamental junto à primeira dimensão histórica de direitos fundamentais, incluído no rol das chamadas liberdades públicas”. DANTAS, Juliana Jota; REGO, Martin Ramalho de Freitas Leão. A efetividade do direito fundamental ao acesso à informação e seu papel na proteção da população em tempos de pandemia: um estudo a partir do cenário brasileiro no enfrentamento da Covid-19. *Espaço Jurídico Journal of Law*, Chapecó, v. 22, n. 1, p. 151-180, 2021. Disponível em: <https://unoesc.emnuvens.com.br/espacojuridico/article/view/26339>. Acesso em: 20 abr. 2022. p. 151.

<sup>55</sup> MARTINS, Flávio. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 409.

<sup>56</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MOLINARO, Carlos Alberto. Direito à informação e direito de acesso à informação como direitos fundamentais na Constituição brasileira. *Revista da AGU*, Brasília, DF, a. 13, n. 42, p. 9-38, out./dez. 2014. Disponível em: <https://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/11403>. Acesso em: 3 maio 2022.

Destaca-se que o direito à informação, no ordenamento jurídico brasileiro, apesar de ser fundamental, não é absoluto, e a própria Constituição Federal estabelece um parâmetro de limitação, no art. 5º, XXXI, por exemplo. É verdade que, quanto a esse aspecto, o Brasil

está muito distante de uma situação na qual o direito à informação possa redefinir os próprios limites da cidadania. Mesmo em relação à legislação existente em outros países, a delimitação jurídica do direito à informação no Brasil é muito precária<sup>57</sup>.

Ainda, no que se refere ao instituto da adoção, a falta de informação é gravemente prejudicial, pois abre espaço para que mitos e tabus referentes ao processo se propaguem, bem como dificulta que mais pessoas pensem no instituto da adoção como uma possibilidade para o exercício da paternidade/maternidade, em virtude de considerarem o processo de adoção mais difícil do que realmente é, e assim desistindo mesmo antes de tentar. Além do mais, algumas pessoas, como homens solteiros, podem achar que não é permitido adotar uma criança quando na verdade o é<sup>58</sup>.

#### **4 Análise de dados do Projeto Adoção Segura na Comarca da região metropolitana de Maringá e o objetivo de desenvolvimento sustentável N.º 16 da ONU**

Os riscos da desinformação social sobre a adoção são diversos, e podem gerar consequências tanto na vida das crianças e dos adolescentes, com envolvimento direto no caso, quanto dos adotantes — os que estão regularmente inscritos no Sistema Nacional de Adoção e os que ilicitamente se responsabilizam por crianças e adolescentes quando da ocorrência de adoções irregulares — e dos pais biológicos. Nesse sentido, considerando os riscos que a desinformação pode gerar na sociedade, não apenas no que se refere ao instituto da adoção, mas também a outros aspectos da vida social, entende-se que uma forma de reduzir os prejuízos causados pela ausência de informação é a atuação mais próxima da sociedade por parte do Estado, como no caso da aplicação direta ou indireta<sup>59</sup> de políticas públicas.

As políticas públicas podem ser compreendidas como “todas as formas de atuação do Estado, dentro de uma perspectiva de processos juridicamente articulados”<sup>60</sup>, o que significa que “todos os atos praticados pelos órgãos do Estado, incluindo-se neste rol os agentes políticos, constituem políticas públicas”<sup>61</sup>, configurando-se na “totalidade de ações, metas e planos que os governos (nacionais, estaduais ou municipais) traçam para alcançar o bem-estar da sociedade e o interesse público”<sup>62</sup>. Na lição de Maria Paula Dallari Bucci,

[...] uma política é pública quando contempla os interesses públicos, isto é, da coletividade — não como fórmula justificadora do cuidado diferenciado com interesses particulares ou do descuido indiferenciado de interesses que merecem proteção — mas como realização desejada pela sociedade. Mas uma política pública também deve ser expressão de um processo público, no sentido de abertura à participação de todos os interessados, diretos e indiretos, para a manifestação clara e transparente das posições em jogo.<sup>63</sup>

<sup>57</sup> CEPIK, Marco. Direito à informação: situação legal e desafios. *Revista IP: Informática Pública*, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p. 43-56, dez. 2000. Disponível em: <http://www.tinyurl.com/j8tl6tj>. Acesso em: 20 abr. 2022. p. 10/11.

<sup>58</sup> SILVA, Martha Emanuela Soares da. Compreendendo a adoção: um estudo com moradores de Aracaju (SE), Brasil. *Pesquisas e Práticas Psicossociais*, São João Del-Rei, MG, p. 213-2020, 2010. p. 217.

<sup>59</sup> Direta, se referindo à execução de políticas públicas. E indireta, no que se refere à atuação análoga à execução de uma política pública, conforme abordado do subtópico 5.1.

<sup>60</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 37.

<sup>61</sup> CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 57.

<sup>62</sup> SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS. *Políticas públicas: conceitos e práticas*. Belo Horizonte: Sebrae/MG, 2008. p. 5.

<sup>63</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. In: FONTINI, Cristiana;

Deve-se ter como base de raciocínio, acerca das políticas públicas, que estas voltam-se ao coletivo, de forma que se trata da:

[...] mobilização político-administrativa para articular e alocar recursos e esforços para tentar solucionar dado problema coletivo. Nessa mobilização são levantadas possibilidades de solução, identificados e quantificados os custos, definido o escopo da ação para atacar total ou parcialmente o problema dentro de dada perspectiva temporal.<sup>64</sup>

Nas palavras de Reinaldo Dias e Fernanda Matos,

[...] uma política pública implica o estabelecimento de uma ou mais estratégias orientadas à solução de problemas públicos e/ou à obtenção de maiores níveis de bem-estar social. Resultam de processo de decisão surgido no seio do governo com participação da sociedade civil, onde são estabelecidos os meios, agentes e fins das ações a serem realizadas para que se atinjam os objetivos estabelecidos.<sup>65</sup>

As políticas públicas não se referem, apenas, a atuações do Estado, e podem ser aplicadas por atores privados, contudo, como regra, pressupõe a atuação estatal, de forma que, apesar de possuir um conceito amplo, considerando-se a dificuldade de se compreender o que seriam ‘todas’ as atuações ou atos do Poder Público, compreendem-se políticas públicas as atividades perpetradas por algum dos órgãos de Poder Estatal, que objetivam garantir o art. 3º, da Constituição Federal, que trata, em síntese, dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, quais sejam:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Nessa perspectiva, entende-se que as políticas públicas estão necessariamente vinculadas à Constituição Federal, não podendo “violiar os direitos fundamentais, porquanto tal representa a transgressão dos próprios objetivos do Estado”<sup>66</sup>. Portanto, pode-se afirmar que as políticas públicas são mecanismos estatais de efetivação dos direitos fundamentais. E, por serem mecanismos majoritariamente estatais, é necessário considerar que os três poderes do Estado brasileiro podem implementar políticas públicas, pois, “além de independentes, devem ser harmônicos entre si. Logo, os três poderes devem harmonizar-se para que os objetivos fundamentais do Estado sejam alcançados”<sup>67</sup>. Em regra, as políticas públicas são executadas por meio de “atos legislativos e administrativos necessários à satisfação espontânea dos direitos fundamentais sociais”<sup>68</sup>, portanto, entende-se como dever principal dos Poderes Legislativo e Executivo levarem a efeito as políticas públicas.

Em regra, o Poder Judiciário possui legitimidade residual<sup>69</sup> para execução de políticas públicas, por meio do controle daquelas implementadas pelos demais poderes, considerando a Teoria da Separação dos Poderes, inaugurada por Montesquieu, e introduzida no ordenamento jurídico brasileiro no art. 2º da Constituição Federal de 1988. Contudo, na perspectiva do protagonismo judicial, atualmente tem sido aventada a possibilidade de o Poder Judiciário implementar políticas públicas. No presente artigo, não se pretende esgo-

ESTEVEES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (org.). *Políticas públicas: possibilidade e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 269.

<sup>64</sup> PROCOPIUCK, Mario. *Políticas públicas e fundamentos da administração públicas: análise e avaliação, governança e redes de políticas, administração judiciária*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 138.

<sup>65</sup> DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. *Políticas públicas: princípios, propósitos e processos*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 15.

<sup>66</sup> CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 58.

<sup>67</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito*, São Paulo, n. 7, p. 9-37, 2010. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/viewFile/1964/1969>. Acesso em: 29 mar. 2022. p. 14.

<sup>68</sup> CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 147.

<sup>69</sup> “O Poder Judiciário tem uma atribuição constitucional residual em matéria de políticas públicas. Isto significa que a jurisdição não pode intervir indistintamente nas políticas públicas desenvolvidas pelos demais poderes. Somente no caso de omissão ou de contrariedade com os núcleos constitucionais de irradiação é que o Poder Judiciário intervém nas políticas públicas”. CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 148.

tar a discussão acerca da possibilidade (ou não) da execução administrativa de políticas públicas pelo Poder Judiciário, considerando seu “papel político-institucional de concretização da supremacia constitucional, formal e axiológica, como também o de agente de transformação social, postura institucional naturalizada por magistrados, em geral”<sup>70</sup>, objetiva-se, em verdade, verificar a atuação do Poder Judiciário mais próxima da sociedade, em prol dos direitos constitucionalmente garantidos.

Nesse sentido, entende-se, nesta pesquisa, que a garantia de informação à sociedade pelo Poder Judiciário, em questões peculiares do direito, pode ser considerada como uma atuação análoga à execução de uma política pública pelo Poder Judiciário — não se afirma que efetivamente se trata de uma política pública, em respeito aos princípios da separação dos poderes<sup>71</sup> e da reserva do possível — mas sim, de uma atuação similar à política pública. Esse entendimento se dá em razão de o direito à informação ser extraído dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 3º, CF/88), considerando-se que, ao ser informada, a liberdade, a justiça e a solidariedade são observadas na sociedade, bem como pode haver uma redução nas desigualdades sociais, como é o caso do Projeto “Adoção Segura”, desenvolvido pelo Poder Judiciário paranaense na Comarca de Maringá.

O Projeto “Adoção Segura”, do Tribunal de Justiça do Paraná, realizado pela Vara da Infância e Juventude da COMARCA de Maringá/PR, com o apoio do Ministério Público do Paraná, lançado em 10.10.2016, com um evento de lançamento no salão do Tribunal do Júri do Fórum de Maringá<sup>72</sup>, se afigura como uma resposta ao problema da presente pesquisa — a desinformação sobre a adoção, considerando-se que este

[...] foi criado para fazer frente às adoções irregulares e às situações de abandono de recém-nascidos em Maringá e região. A ação teve o intuito de criar e difundir a cultura da adoção segura, ou seja, acompanhada pelo Poder Judiciário e feita de acordo com as regras previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).<sup>73</sup>

Socialmente, entende-se que o Projeto “Adoção Segura” pode ser considerado como uma mão do Poder Judiciário, atuando de forma mais próxima da sociedade, caracterizando-se como uma atuação análoga à execução de Política Pública que, por meio de eventos, orienta, informa e conscientiza a sociedade civil e os profissionais da rede de proteção que atuam em Maringá e região sobre a necessidade de se observar a legislação quanto à adoção e entrega regular/legal para adoção. Desde seu lançamento, são realizados,

[...] de forma contínua, eventos informativos, encontros com públicos específicos (agentes comunitários de saúde, médicos e funcionários de maternidades, professores, líderes religiosos, entidades filantrópicas etc.) e concessão de entrevistas, a fim de reforçar as informações apresentadas no evento de lançamento, entregar materiais informativos, dissipar dúvidas e consolidar a cultura da adoção segura em Maringá/PR e região.<sup>74</sup>

Destaca-se que, além de gerar a conscientização dos cidadãos sobre o procedimento correto para a adoção, por meio do Projeto, as pessoas são informadas acerca da

possibilidade de entrega voluntária de um filho para adoção na Vara da Infância e Juventude. As informações disponibilizadas à comunidade destacaram que entregar uma criança para a adoção não é

<sup>70</sup> MENDES, Gilmar. *Políticas públicas no Brasil: uma abordagem institucional*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 112.

<sup>71</sup> Apesar de ter pesquisadores que aduzem ser “absurdo considerar o princípio da separação de poderes como entrave à efetivação de direitos fundamentais, já que esta interpretação aniquila a própria efetividade da separação dos poderes”. NUNES, Ana Luisa Tarter; COUTINHO, Nilton Carlos; LAZARI, Rafael José Nadim de. Políticas públicas e ativismo judicial: o dilema entre efetividade e limites de atuação. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, DF, v. 5, p. 208-222, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3119/pdf>. Acesso em: 9 abr. 2022. p. 211.

<sup>72</sup> ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Projeto Adoção Segura*. 2019. Disponível em: <https://amaerj.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Projeto-Adocao-Segura.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2022. p. 3.

<sup>73</sup> PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. “*Projeto Adoção Segura*” vence o Prêmio Patrícia Acioli de Direitos Humanos. Paraná, 2019. Disponível em: [https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset\\_publisher/1IKI/content/-projeto-adocao-segura-vence-o-premio-patricia-acioli-de-direitos-humanos/18319?inheritRedirect=false](https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset_publisher/1IKI/content/-projeto-adocao-segura-vence-o-premio-patricia-acioli-de-direitos-humanos/18319?inheritRedirect=false). Acesso em: 30 mar. 2022.

<sup>74</sup> ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Projeto Adoção Segura*. 2019. Disponível em: <https://amaerj.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Projeto-Adocao-Segura.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2022. p. 4.

crime — porém, abortar, abandonar, maltratar ou entregar para terceiros é<sup>75</sup>.

De forma prática, os objetivos específicos do Projeto “Adoção Segura” se vinculam a 3 verbos: orientar, informar e conscientizar, que, explicados, voltam-se para:

[...] orientar técnicos que trabalham na Rede de Proteção (CREAS, CRAS, Hospitais Públicos, Postos de Saúde, entidades de acolhimento, CAPS, Conselhos Tutelares etc.) sobre a legalidade da entrega voluntária para adoção e como devem atuar diante de atendimento de casos em que os pais manifestam o desejo de entregar o(a) filho(a) para adoção;

Informar aos pais que é possível e está prevista em lei a entrega voluntária de filho para adoção na Vara da Infância e Juventude e orientá-los acerca do procedimento a ser adotado, esclarecendo que não constitui crime a entrega e não há nenhum tipo de responsabilização dos pais; e

Conscientizar as pessoas que têm interesse em adotar quanto ao procedimento previsto em lei para a adoção e sobre a importância de ser rigorosamente observada a legislação de regência da matéria.<sup>76</sup>

Considerando-se a gravidade gerada pela desinformação social acerca do instituto da adoção, pode-se afirmar que o Projeto Adoção Segura tem como objetivo “repassar permanentemente orientações aos integrantes da rede de atendimento e esclarecimentos a gestantes e à população em geral sobre todas as questões que envolvem a adoção, incluindo a entrega legal”<sup>77</sup>. Nessa perspectiva, entende-se que o Projeto “Adoção Segura” atua de forma análoga a uma política pública, protagonizada pelo Poder Judiciário. Tal fato pode ser observado, pois o mencionado Projeto tem características semelhantes às políticas públicas, considerando-se que se trata da atuação de um dos Poderes do Estado visando à garantia de um direito fundamental à sociedade: o de informação. Em relação à análise do Projeto, percebe-se que, diante do vislumbre de um problema recorrente — que se refere à ausência de informação social sobre a adoção e entrega regular para adoção, o que gerava abandono de crianças e adolescentes, adoções e entregas irregulares para adoção, inclusive com venda de crianças, possíveis abortos, entre outras situações — o Poder Judiciário (Vara da Infância e Juventude de Maringá), em parceria com o Ministério Público, elaborou a agenda, com ações visando à informação social, com a finalidade de reduzir as desigualdades sobre a adoção e, conseqüentemente, aumentar o número de adoções e entregas regulares para adoção, combatendo as ilegalidades.

Estatisticamente, observam-se as mudanças realizadas no cenário da Comarca de Maringá com a implementação do Projeto Adoção Segura, conforme gráfico 1 — elaborado pelas autoras da presente pesquisa, considerando dados levantados por meio de contato<sup>78</sup> com a Vara da Infância e Juventude de Maringá.

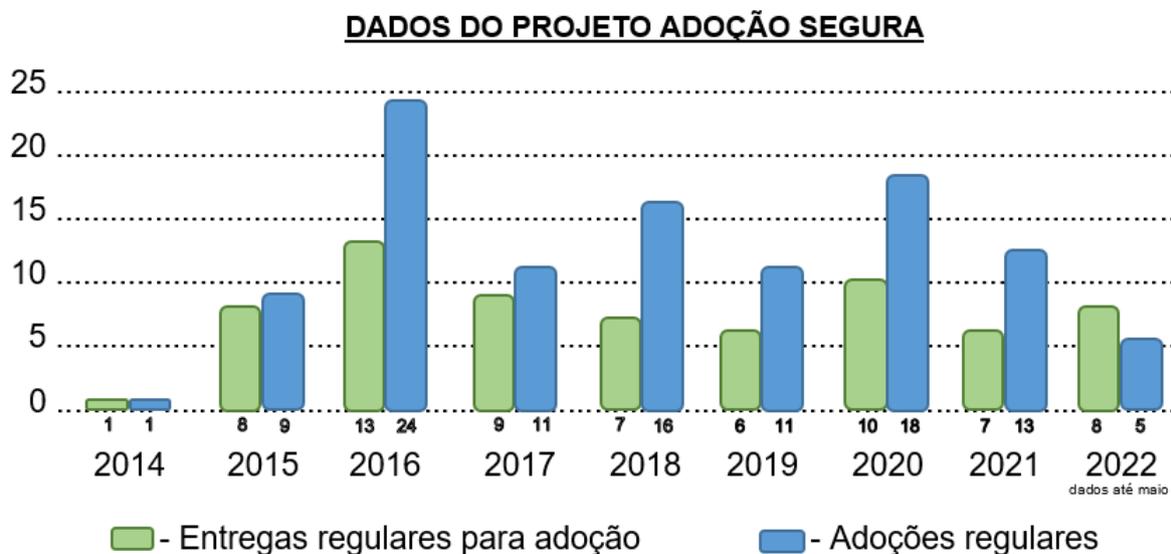
<sup>75</sup> PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. “Projeto Adoção Segura” vence o Prêmio Patrícia Acioli de Direitos Humanos. Paraná, 2019. Disponível em: [https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset\\_publisher/1IKI/content/-projeto-adocao-segura-vence-o-premio-patricia-acioli-de-direitos-humanos/18319?inheritRedirect=false](https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset_publisher/1IKI/content/-projeto-adocao-segura-vence-o-premio-patricia-acioli-de-direitos-humanos/18319?inheritRedirect=false). Acesso em: 30 mar. 2022.

<sup>76</sup> ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Projeto Adoção Segura*. 2019. Disponível em: <https://amaerj.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Projeto-Adocao-Segura.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2022. p. 3.

<sup>77</sup> PARANÁ. Ministério Público do Paraná. *Lei da entrega voluntária para adoção beneficia crianças e mães biológicas*. Paraná, 2021. Disponível em: <https://mppr.mp.br/2021/01/23315,10/Lei-da-entrega-voluntaria-para-adocao-beneficia-criancas-e-maes-biologicas.html>. Acesso em: 31 mar. 2022.

<sup>78</sup> O contato foi realizado com o Juiz de Direito Substituto da 10ª Subseção Judiciária, Dr. Robespierre Foureaux Alves, que atua na Vara da Infância e Juventude, idealizador, ao lado do Juiz de Direito titular da Vara, do Projeto Adoção Segura.

Gráfico 1 – dados atualizados do Projeto Adoção Segura



Fonte: as autoras, 2022.

No gráfico 1, observa-se o que vem sendo afirmado no decorrer da presente pesquisa: a importância da informação sobre direitos, inclusive, com a atuação do Poder Judiciário, em atuação análoga à execução de políticas públicas. Observa-se, em relação aos dados apresentados, que o número de adoções regulares, desde a implementação do Projeto Adoção Segura em 2016, nunca ficou inferior aos de 2014 e 2015, ao contrário, se somadas as adoções regulares concretizadas nesses anos. Ainda assim, de 2016 a 2021, não ocorreram reduções, e, em 2022, em relação aos dados apresentados até maio, a tendência de crescimento pode ser observada.

Visando demonstrar, ainda mais, a efetividade do Projeto Adoção Segura, é interessante comparar os dados da Comarca de Maringá com os dados do Estado do Sergipe, visto que em 2019 ocorreram 4 adoções regulares no Sergipe, em 2020 foram 7 no total e em 2021, 8 adoções<sup>79</sup>. Conforme dados do IBGE, o Estado do Sergipe possuía em 2021 uma população estimada em 2.338.474 (dois milhões trezentos e trinta e oito mil e quatrocentos e setenta e quatro) pessoas<sup>80</sup>. Enquanto Maringá no Paraná, por sua vez, possuía população estimada em 436.472 (quatrocentos e trinta e seis mil e quatrocentos e setenta e duas) pessoas, no mesmo ano<sup>81</sup> (BRASIL, 2021d). Portanto, pode-se observar que uma única região, Maringá/PR, local central da aplicação do Projeto “Adoção Segura”, apesar de ser 435% menor no aspecto populacional do que o Sergipe, concretizou mais adoções de crianças e adolescentes do que o mencionado Estado.

Os dados analisados e, principalmente, a comparação realizada no parágrafo acima, demonstram a importância da garantia de informação social de qualidade, considerando-se que, com acesso à informação, a sociedade toma conhecimento de seus direitos e deveres, evitando-se, assim, o cometimento de crimes e disseminando práticas que efetivam direitos, como é o caso do Projeto “Adoção Segura”, que efetiva diversos direitos das crianças e dos adolescentes, como os da personalidade, o de serem cuidados pelos pais, de convivência familiar, entre outros.

<sup>79</sup> MARIZ, Renata. Direito de abrir mão: mais bebês são entregues à Justiça para adoção em três estados e no DF. *Jornal O Globo*, 2022. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/direitos-humanos/direito-de-abrir-mao-mais-bebes-sao-entregues-justica-para-adocao-em-tres-estados-no-df-25474646>. Acesso em: 20 abr. 2022.

<sup>80</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *População estimada no Sergipe*. [2021]. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/se/panorama>. Acesso em: 9 maio 2022.

<sup>81</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *População estimada em Maringá/PR*. [2021]. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/pr/maringa/panorama>. Acesso em: 9 maio 2022.

Nessa perspectiva, entende-se, pela pesquisa apresentada neste artigo, que o Projeto Adoção Segura se enquadra no Objetivo de Desenvolvimento Sustentável<sup>82</sup> n.º 16 da Organização das Nações Unidas (ONU), que visa “promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis”<sup>83</sup>, e busca:

[...] reduzir significativamente todas as formas de violência e trabalhar com governos e comunidades para encontrar soluções duradouras para conflitos e insegurança. Fortalecer o estado de direito e a promoção dos direitos humano *[sic]* é essencial para esse processo, assim como reduzir o tráfico de armas ilícitas e fortalecer a participação de países em desenvolvimento em instituições de governança global.<sup>84</sup>

Como forma de amplificar o alcance social do Objetivo n.º 16, a Organização das Nações Unidas o subdividiu em 10 subitens, que explicam e enfocam de forma direcionada à extensão de seu trabalho. Dessa maneira, importante a análise dos subitens n.º 6 e 10, que se referem, respectivamente a “desenvolver instituições eficazes, responsáveis e transparentes em todos os níveis” e “assegurar o acesso público à informação e proteger as liberdades fundamentais, em conformidade com a legislação nacional e os acordos internacionais”<sup>85</sup>. Esses objetivos podem ser observados em diversas áreas da sociedade, e juntamente ao Poder Judiciário, visto que a referida “agenda vem conquistando a adesão de diversas entidades dos setores público e privado. A ligação entre o Judiciário e a Agenda 2030 destaca-se no objetivo n.º 16 (‘paz, justiça e instituições eficazes’)”<sup>86</sup>.

No Brasil, foi editado pelo Conselho Nacional de Justiça Provimento n.º 85/2019, que teve como base para sua edição “o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável ODS 16, que trata de Paz, Justiça e Instituições Eficazes está indissociavelmente relacionado aos assuntos tratados pelo Poder Judiciário Brasileiro”. E, além de ter este ODS como base, se porta de forma a:

Art. 4º. Incentivar os Tribunais que criem e instalem Laboratórios de Inovação, Inteligência e Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (LIODS), com a metodologia que vem sendo adotada no Conselho Nacional de Justiça – CNJ, como um movimento que une o conhecimento institucional, a inovação e a cooperação com o objetivo de se alcançar a paz, a justiça e eficiência institucional, que será o espaço de interação sobre a Agenda 2030.

Considerando que o Brasil é um dos Estados-membros da ONU, é perceptível o compromisso nacional visando à implementação de técnicas que buscam a efetivação dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, especialmente em relação ao ODS 16, visto que este se relaciona, de forma mais próxima, ao Poder Judiciário, reafirmando o compromisso da Constituição Federal de 1988 e demais leis infraconstitucionais com a pacificação social. Afinal, sabe-se que, tanto no aspecto internacional quanto nacional, há uma “busca incessante da paz e a criação de meios para que esta se concretize são objetivos a atingir pelos filósofos e pelos juristas”<sup>87</sup>. Sob essa perspectiva, é importante a análise dos Direitos Humanos, assim como de sua

<sup>82</sup> Os objetivos de desenvolvimento sustentável originam-se dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, que se refere a uma agenda a ser cumprida pelos países-membros da Organização das Nações Unidas com o passar dos anos, tratando-se de um instrumento na efetivação de todas aquelas preocupações mundiais, tais como: paz, fome, desigualdade, erradicação da pobreza, entre outros. São subdivididos em 17 ODS’s para a Agenda 2030, ou seja, são objetivos a serem alcançados pelos Estados-membro da ONU até 2030. BRASIL. Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. *PNUD*, 2015. Disponível em: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/sustainable-development-goals.html>. Acesso em 29 mar. 2022.

<sup>83</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Objetivo de desenvolvimento sustentável n.º 16*. 2015. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/16>. Acesso em: 03 maio 2022.

<sup>84</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Objetivo de desenvolvimento sustentável n.º 16*. 2015. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/16>. Acesso em: 03 maio 2022.

<sup>85</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Objetivo de desenvolvimento sustentável n.º 16*. 2015. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/16>. Acesso em: 03 maio 2022.

<sup>86</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. *Poder Judiciário inclui no planejamento estratégico meta vinculada aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU*. [2020]. Disponível em: <https://www.trt4.jus.br/portais/trt4/modulos/noticias/284145>. Acesso em: 9 maio 2022.

<sup>87</sup> FREITAS, Pedro Caridade de. O sistema de arbitragem internacional no século XIX: uma análise históricojurídica. *Revista da*

evolução na história mundial. Assim, cumpre lembrar a Declaração de Direitos Humanos realizada pela Organização das Nações Unidas em 1948, e seu significado para a consolidação de direitos na atualidade.

Sobre a Declaração Universal de 1948, para Fábio Konder Comparato, esta:

[...] representa a culminância de um processo ético que, iniciado com a Declaração dos direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa, levou ao reconhecimento da igualdade essencial de todo ser humano em sua dignidade de pessoa, isto é, como fonte de todos os valores, independentemente das diferenças de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição, como se diz em seu artigo II. E esse reconhecimento universal da igualdade humana só foi possível quando, ao término da mais desumanizadora guerra de toda a História, percebeu-se que a ideia de superioridade de uma raça, de uma classe social, de uma cultura ou de uma religião, sobre todas as demais, põe em risco a própria sobrevivência da humanidade.<sup>88</sup>

Entende-se que o objetivo central da referida Declaração é a busca pela paz, uma sociedade justa e eficaz, considerando-se que foi desenvolvida em uma realidade pós-guerra, cujo início, além da busca pelo poder e expansão territorial, se deu, justamente, em razão da ausência de conscientização e de educação sobre a paz, que, por ser uma das formas de se garantir a efetividade aos Direitos Humanos, atua como incentivo ao respeito às diferenças raças, etnias, crenças etc., visando a uma “melhora das condições de vida”<sup>89</sup> desde os sujeitos mais modestos aos mais abastados. Nessa perspectiva, analisando o Projeto Adoção Segura, implementado pelo Poder Judiciário paranaense, na Comarca de Maringá, por atuar de forma análoga a uma política pública que visa garantir a informação sobre adoção na cidade e região, é possível observar a mentalidade da pacificação social, tendo como perspectiva o Provimento n.º 85/2019 pelo Conselho Nacional de Justiça, visando ao implemento do ODS n.º 16 da ONU.

Destaca-se que o Provimento n.º 85/2019 do CNJ baseou-se, além de outros aspectos, na “necessidade de exteriorizar com maior ênfase o impacto da gestão judiciária em favor da sociedade brasileira”, visto que as metas e indicadores do Poder Judiciário, ainda, não haviam sido formalmente recepcionadas pela Agenda 2030 no que se refere às de políticas públicas e estudos comparativos entre os Países e Municípios. Essa concepção é plenamente consentânea com a ideia de que o poder estatal é uno e se direciona à consecução dos seus objetivos. Assim, políticas públicas, bem como as atuações análogas a estas, no Brasil, são aquelas atividades desenvolvidas pelas formas de expressão do poder estatal tendentes à realização dos objetivos insculpidos no art. 3º da Constituição Federal. Entre estes objetivos, destaca-se a efetivação dos direitos fundamentais, com especial enfoque para a igualdade substancial: “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (inciso I), “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (inciso III) e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (inciso IV). A garantia de “desenvolvimento nacional” (inciso II) é de objetivo que, em última análise, subsidia a efetivação da igualdade substancial.

Dessa forma, entende-se que ao efetivar a concessão de informação à sociedade acerca do instituto da adoção, o Projeto Adoção Segura cumpre com o objetivo n.º 16 da ONU, por promover a pacificação social, evitando irregularidades em relação às adoções e às entregas das crianças e adolescentes, bem como em virtude de seguir o item 16.10 do referido ODS, considerando-se que assegura o acesso da sociedade à informação, protegendo as liberdades fundamentais. Ademais, efetiva os direitos da personalidade, garantin-

*Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 43, p. 73-96, ago. 2020. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/105721>. Acesso em: 3 maio 2022. p. 73.

<sup>88</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de informação legislativa*, Brasília, DF, v. 35, n. 138, p. 39-48, abr./jun. 1998. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/364>. Acesso em: 3 maio 2022. p. 40.

<sup>89</sup> SOUSA, Marília Nascimento de. Fundamentos descoloniais dos direitos humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 12, n. 1. p. 253-274, 2022. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/7671/pdf#>. Acesso em: 12 jul 2022. p. 268.

do que crianças e adolescentes usufruam de convivência familiar saudável, o que influenciará no desenvolvimento de suas personalidades, conforme observa a cláusula geral de proteção da personalidade.

## 5 Considerações finais

O tema, desenvolvido no presente artigo, teve como objetivo demonstrar a evolução do instituto da adoção nas leis que influenciaram o ordenamento jurídico brasileiro, perpassando, em síntese, pelo Código de Hamurabi, Idade Média, Idade Moderna e Portugal, afinando o raciocínio para verificação de como tem sido o entendimento social e legal acerca deste na atualidade, por meio da análise de suas peculiaridades, como as regras de seu procedimento no Brasil. A construção do raciocínio técnico, estruturado no primeiro capítulo, se prestou para estruturar a base necessária para análise legal e social das problemáticas acerca da desinformação na sociedade sobre adoção, ocasião em que foram observadas, como consequências, a falta de informação, a ocorrência de adoções irregulares, de tráfico humano de crianças e adolescentes e de abortos.

Conclui-se que, de fato, o instituto da adoção está presente na sociedade desde os primórdios, inclusive com previsões acerca desta no Código de Hamurabi (1780 a. C.), tendo passado por evoluções legislativas durante a Idade Média e Moderna, que influenciaram o direito brasileiro, como é o caso das Ordenações Filipinas (1828); Estas, influenciadas pelo Direito português, traziam previsões simplistas sobre as regras a serem observadas, e, posteriormente, a adoção passou a ser tutelada no Brasil pelo Código Civil de 1916 até o momento atual, o que foi possível, apenas, com o advento da Constituição Federal de 1988, do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código Civil de 2002, gerando uma mudança na visão legal sobre a adoção, equiparando a filiação biológica e adotiva, instrumentalizando, de forma clara, o seu procedimento e efeitos.

A relação aos direitos da personalidade e à adoção de crianças e adolescentes, se tem como base de raciocínio o desenvolvimento da personalidade humana desde o início da vida, sendo que a formação desta tem forte vinculação aos relacionamentos que as crianças e adolescentes estão inseridos.

Ainda, observaram-se, como problema de pesquisa, os diversos riscos da desinformação social sobre a adoção, como a ocorrência de adoções irregulares — que gera graves consequências, desde retirada da criança ‘adotada’ até a possibilidade de responsabilização criminal dos que a receberam e dos pais biológicos que realizaram a entrega de seu(s) filho(s) de forma irregular —, o tráfico de crianças e adolescentes — que ocorre, além de outros motivos, para exploração sexual e escravidão, além da concretização de adoções ilegais tanto nacional, quanto internacionalmente, e, também, de abortos.

De forma que, constatados os riscos da desinformação social sobre a adoção, concluiu-se que emerge como solução ao problema levantado o Projeto “Adoção Segura” executado pelo Poder Judiciário do Paraná, pela Vara da Infância e Juventude da Comarca de Maringá/PR, pois este garante a informação social sobre as regras, requisitos, efeitos e características da adoção de crianças e adolescentes, por meio da realização de palestras, cursos de capacitação à equipe técnica, entre outras ações. Sendo demonstrada, ainda, sua efetividade, pela análise dos dados antes e após a implementação do Projeto Adoção Segura na Comarca de Maringá em 2016, e, entre 2014 e 2015, no total, ocorreram 9 entregas regulares para adoção e 10 adoções regulares. Em 2016 os números aumentaram para 13 entregas e 24 adoções, sendo certo que, nos demais anos (2017 a 2021), o número de adoções regulares nunca esteve inferior aos números de 2014 e 2015, correspondendo a 11 em 2017, 16 em 2018, 11 em 2019, 18 em 2020 (mesmo com a pandemia causada pelo Covid-19) e 13 em 2021. Destaca-se, ainda, que, entre 2019 e 2021, as adoções que ocorreram na Comarca de Maringá foram superiores a de todo o Estado de Sergipe, que teve 4 adoções regulares em 2019, 7 em 2020 e 8 em 2021, Estado 435% maior em população, em comparação à Maringá.

Ainda, verificou-se que o Projeto “Adoção Segura” cumpre com o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável n.º 16 da ONU, em relação à Agenda 2030, considerando que este versa sobre a garantia de acesso público à informação, de forma a reduzir irregularidades e desigualdades sociais, e que as pessoas de realidade mais simples não têm acesso aos seus direitos, em razão, muitas vezes, da desinformação social — como a possibilidade de entrega regular para adoção — sendo uma atuação análoga à execução de política pública por parte do Poder Judiciário paraense, que atua na proteção os direitos fundamentais e efetivação dos direitos da personalidade, correspondendo às expectativas do Conselho Nacional de Justiça.

## Referências

ALVES, Robespierre Foureaux. Entrega voluntária de bebês para adoção. *Revista Bonijuris*, Curitiba, p. 224-228, 2019.

AMAPÁ. Tribunal de Justiça do Amapá. *Psicóloga Lídia Weber fala sobre adoção e o desafio de erradicar o modelo de acolhimento em abrigos*. 2017. Disponível em: <https://www.tjap.jus.br/portal/publicacoes/noticias/6421-1-psic%C3%B3loga-1%C3%ADdia-weber-fala-sobre-ado%C3%A7%C3%A3o-e-o-desafio-de-erradicar-o-modelo-de-acolhimento-em-abrigos.html>. Acesso em: 15 abr. 2022.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Projeto Adoção Segura*. 2019. Disponível em: <https://amaerj.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Projeto-Adocao-Segura.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2022.

BILCHES, William. Os dramas das mulheres que decidem entregar os filhos para adoção. *Jornal Gazeta do Povo*, 2020. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/os-dramas-das-mulheres-que-decidem-entregar-os-filhos-para-adocao/>. Acesso em: 15 abr. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 5 abr. 2021.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Institui o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, [1940]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 3 maio 2022.

BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 25 abr. 2021.

BRASIL. *Lei n. 12.010, de 3 de agosto de 2009*. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2009]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm). Acesso em: 25 abr. 2021.

BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 25 abr. 2021.

BRASIL. *Lei n.º 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, [1916]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/13071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm). Acesso em: 20 out. 2021.

BRASIL. Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. *PNUD*, 2015. Disponível em: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/sustainable-development-goals.html>. Acesso em 29 mar. 2022.

BRASIL. *Ordenações Filipinas*. 1828. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l1ind.htm>. Acesso em: 19 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. HC 522557/MT 2019/0212446-7. Relator: Raul Araújo. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 12 mar. 2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/857248288/habeas-corpus-hc-522557-mt-2019-0212446-7/inteiro-teor-857248297?ref=serp>. Acesso em: 14 abr. 2022.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. In: FON-TINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (org.). *Políticas públicas: possibilidade e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAMPOS, Amíni Haddad. *Vulnerabilidades sociais e direitos humanos*. Curitiba: Juruá, 2015.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CEPIK, Marco. Direito à informação: situação legal e desafios. *Revista IP: Informática Pública*, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p. 43-56, dez. 2000. Disponível em: <http://www.tinyurl.com/j8tl6tj>. Acesso em: 20 abr. 2022.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de informação legislativa*, Brasília, DF, v. 35, n. 138, p. 39-48, abr./jun. 1998. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/364>. Acesso em: 3 maio 2022.

DANTAS, Juliana Jota; REGO, Martin Ramalho de Freitas Leão. A efetividade do direito fundamental ao acesso à informação e seu papel na proteção da população em tempos de pandemia: um estudo a partir do cenário brasileiro no enfrentamento da Covid-19. *Espaço Jurídico Journal of Law*, Chapecó, v. 22, n. 1, p. 151-180, 2021. Disponível em: <https://unoesc.emnuvens.com.br/espacojuridico/article/view/26339>. Acesso em: 20 abr. 2022.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. *Políticas públicas: princípios, propósitos e processos*. São Paulo: Atlas, 2012.

FREITAS, Pedro Caridade de. O sistema de arbitragem internacional no século XIX: uma análise histórico-jurídica. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 43, p. 73-96, ago. 2020. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/105721>. Acesso em: 3 maio 2022.

FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA. *Manual sobre o protocolo facultativo relativo à venda de crianças, prostituição infantil e pornografia infantil*. Itália: Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) – Centro de Estudos Innocenti, 2010. Disponível em: [https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/unicef/optional\\_protocol\\_por.pdf](https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/unicef/optional_protocol_por.pdf). Acesso em: 15 abr. 2022.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: direito de família*. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito*, São Paulo, n. 7, p. 9-37, 2010. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/viewFile/1964/1969>. Acesso em: 29 mar. 2022.

- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *População estimada em Maringá/PR*. [2021]. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/pr/maringa/panorama>. Acesso em: 9 maio 2022.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *População estimada no Sergipe*. [2021]. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/se/panorama>. Acesso em: 9 maio 2022.
- LAR PRESERVAÇÃO DA VIDA. *O que nós fazemos*. 2022. Disponível em: <http://larpreservacaodavida.org.br/>. Acesso em: 9 maio 2022.
- MADALENO, Rolf. *Manual de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- MANETA, Ana Maria Silva. *Adoção de crianças e adolescentes e a garantia à informação social: análise de dados do Projeto “Adoção Segura” do Poder Judiciário em Maringá no Paraná como efetivador do ODS no 16 da ONU e dos Direitos da Personalidade*. 2022. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) - Unicesumar, Maringá, 2022.
- MARCH, Paul Halsall. *Code of Hammurabi, c. 1780 b. C*: internet history sourcebooks project. Nova York: Departamento de História da Universidade de Fordham, 1998. Disponível em: <https://sourcebooks.fordham.edu/ancient/hamcode.asp#text>. Acesso em: 17 abr. 2022.
- MARIZ, Renata. Direito de abrir mão: mais bebês são entregues à Justiça para adoção em três estados e no DF. *Jornal O Globo*, 2022. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/direitos-humanos/direito-de-abrir-mao-mais-bebes-sao-entregues-justica-para-adoacao-em-tres-estados-no-df-25474646>. Acesso em: 20 abr. 2022.
- MARTINS, Flávio. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.
- MARTINS, Vanessa. Recém-nascido é encontrado dentro de saco de lixo em lote baldio de Nerópolis. *Jornal G1*, 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/go/goias/noticia/2021/03/24/rece-m-nascido-e-encontrado-abandonado-dentro-de-saco-de-lixo-em-lote-baldio-de-neropolis.ghtml>. Acesso em: 15 abr. 2022.
- MENDES, Gilmar. *Políticas públicas no Brasil: uma abordagem institucional*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MODELL, Judith. *Kinship with strangers: adoption and interpretations of kinship in american culture*. Berkeley, California: University of California Press, 1994. Disponível em: <https://publishing.cdlib.org/ucpresse-books/view?docId=ft8g5008jr&chunk.id=d0e398&toc.depth=1&toc.id=d0e398&brand=ucpress>. Acesso em: 20 fev. 2022.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. São Paulo, Saraiva, 2001. v. 2.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal: parte geral: arts. 121 a 212 do código penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- NUNES, Ana Luisa Tarter; COUTINHO, Nilton Carlos; LAZARI, Rafael José Nadim de. Políticas públicas e ativismo judicial: o dilema entre efetividade e limites de atuação. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, DF, v. 5, p. 208-222, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3119/pdf>. Acesso em: 9 abr. 2022.
- OLIVEIRA, Thais Fernandes Almeida de; CARVALHO, Adriana Pereira Dantas. Adoção e tráfico internacional de crianças e adolescentes. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, n. 1, p. 2045-2067, 2019. Disponível em: [https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/1/2019\\_01\\_2045\\_2067.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/1/2019_01_2045_2067.pdf). Acesso em: 3 maio 2022.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*. 2015. Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/crime/embaixadores-da-juventude/conhea-mais/a-agenda-2030-para-o-desenvolvimento-sustentvel.html>. Acesso em: 03 maio 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 25 abr. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Objetivo de desenvolvimento sustentável nº 16*. 2015. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/16>. Acesso em: 03 maio 2022.

PAIVA, Leila Dutra de. *Adoção: significados e possibilidades*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004.

PARANÁ. Ministério Público do Paraná. *Lei da entrega voluntária para adoção beneficia crianças e mães biológicas*. Paraná, 2021. Disponível em: <https://mppr.mp.br/2021/01/23315,10/Lei-da-entrega-voluntaria-para-adoacao-beneficia-criancas-e-maes-biologicas.html>. Acesso em: 31 mar. 2022.

PARANÁ. Ministério Público do Paraná. *Quando o crime se mistura com a adoção*. Paraná, 2022. Disponível em: <https://crianca.mppr.mp.br/pagina-188.html>. Acesso em: 15 abr. 2022.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. *Código de Normas do Foro Judicial (CNFJ)*. Curitiba: Tribunal de Justiça, 2021.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. *“Projeto Adoção Segura” vence o Prêmio Patrícia Acioli de Direitos Humanos*. Paraná, 2019. Disponível em: [https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset\\_publisher/1IKI/content/-projeto-adoacao-segura-vence-o-premio-patricia-acioli-de-direitos-humanos/18319?inheritRedirect=false](https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset_publisher/1IKI/content/-projeto-adoacao-segura-vence-o-premio-patricia-acioli-de-direitos-humanos/18319?inheritRedirect=false). Acesso em: 30 mar. 2022.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: Direito de Família*. 27. ed. Rio de Janeiro, 2019.

PETTA, Gabrielle A.; STEED, Lindall G. The experience of adoptive parents and adoption reunion relationships: a qualitative study. *American Journal of Orthopsychiatry*, New York, v. 75, n. 2, p. 230-241, 2005.

PROCOPIUCK, Mario. *Políticas públicas e fundamentos da administração públicas: análise e avaliação, governança e redes de políticas, administração judiciária*. São Paulo: Atlas, 2013.

REPPOLD, Caroline Tozzi; HUTZ, Claudio Simon. Adoção: fatores de risco e proteção à adaptação psicológica. In: HUTZ, Claudio Simon et al. (org.). *Situações de risco e vulnerabilidade na infância e na adolescência: aspectos teóricos e estratégias de intervenção*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2002. p. 89-130.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível m. 70055454359, RS*. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Rio Grande do Sul, 17 de outubro de 2013. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113379850/apelacao-civel-ac-70055454359-rs/inteiro-teor-113379860>. Acesso em: 05 dez. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n. 70078497898, RS*. Relator Carlos Alberto Etcheverry. Rio Grande do Sul, 8 de novembro de 2018. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/654038192/apelacao-crime-acr-70078497898-rs>. Acesso em: 14 abr. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. *Poder Judiciário inclui no planejamento estratégico meta vinculada aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU*. [2020]. Disponível em: <https://www.trt4.jus.br/portais/trt4/modulos/noticias/284145>. Acesso em: 9 maio 2022.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n. 8.069/90: comentado artigo por artigo*. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; MOLINARO, Carlos Alberto. Direito à informação e direito de acesso à informação como direitos fundamentais na Constituição brasileira. *Revista da AGU*, Brasília, DF, a. 13, n. 42, p. 9-38, out./dez. 2014. Disponível em: <https://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/11403>. Acesso em: 3 maio 2022.

SCHETTINI, Suzana Sofia Moeller; AMAZONAS, Maria Cristina Lopes de Almeida; DIAS, Cristina Maria de Souza Brito Dias. Famílias adotivas: identidade e diferença. *Psicologia em Estudo*, Maringá, v. 11, n. 2, p. 285-293, 2006.

SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS. *Políticas públicas: conceitos e práticas*. Belo Horizonte: Sebrae, 2008.

SILVA, Martha Emanuela Soares da. Compreendendo a adoção: um estudo com moradores de Aracaju (SE), Brasil. *Pesquisas e Práticas Psicossociais*, São João Del-Rei, MG, p. 213-2020, 2010.

SILVA FILHO, Artur Marques da. Da adoção. In: FRANCIULLI NETO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (org.). *O novo Código Civil: homenagem ao Prof. Miguel Reale*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.

SOUSA, Marília Nascimento de. Fundamentos descoloniais dos direitos humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 12, n. 1, p. 253-274, 2022. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/7671/pdf#>. Acesso em: 12 jul 2022.

SOUZA, Sylvio Capanema de. O Código Napoleão e sua influência no direito brasileiro. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 26, 2004. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista26/revista26\\_36.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista26/revista26_36.pdf). Acesso em: 18 out. 2021.

TUMA, Jussara Marra da Cruz. *Adoção ao alcance de todos: uma conversa clara e direta sobre (quase) tudo o que você gostaria de saber*. Curitiba: Juruá, 2019.

WALD, Arnaldo. *Curso de direito civil brasileiro: o novo direito de família*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

WEBER, Lídia Natalia Dobrianskyj. *Aspectos psicológicos da adoção*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

WEBER, Lídia Natalia Dobrianskyj. *Famílias adotivas e mitos sobre laço de sangue*. 2016. Disponível em: [http://www.nac.ufpr.br/wp-content/uploads/2016/07/1996\\_Familias\\_adotivas\\_e\\_mitos\\_sob\\_relacoes\\_de\\_sangue.pdf](http://www.nac.ufpr.br/wp-content/uploads/2016/07/1996_Familias_adotivas_e_mitos_sob_relacoes_de_sangue.pdf). Acesso em: 15 abr. 2022.

**CEUB**

EDUCAÇÃO SUPERIOR

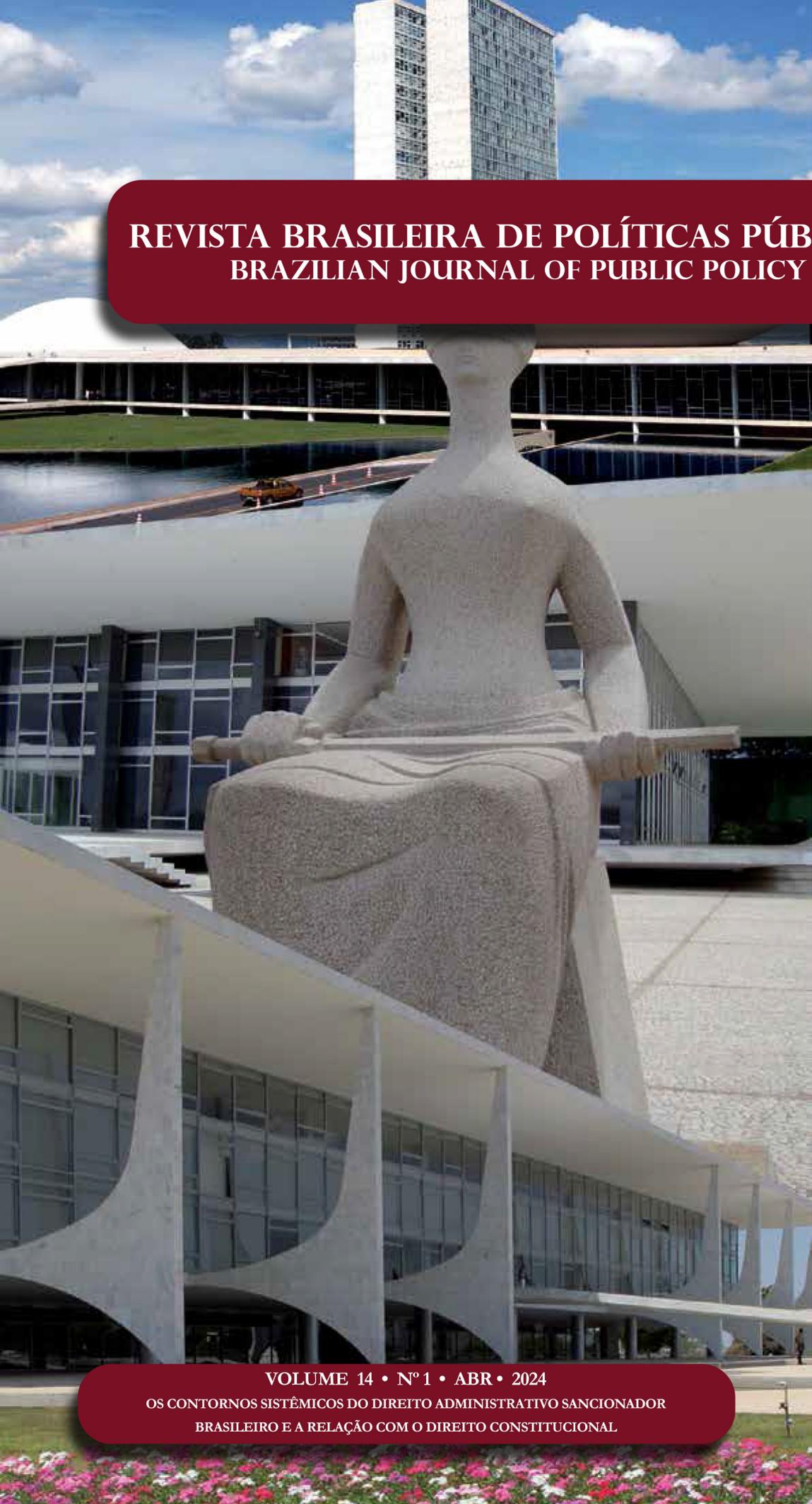
ISSN 2236-1677

**POLÍTICAS PÚBLICAS EM SAÚDE**

The logo for CEUB (Centro Universitário de Brasília) is displayed in a stylized, bold, white font against a dark red background.

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

The cover features a photograph of a modern, white building with a large, seated stone statue in the foreground. The statue is a woman-like figure holding a book. The building has a distinctive architectural style with a curved facade and large windows. The sky is blue with some clouds.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Serão os meios autocompositivos de resolução de conflitos o caminho para o acesso a políticas públicas de saúde?**

**Are the self-compositive means of conflict resolution the way to access public health policies?**

Danilo Henrique Nunes

Lucas de Souza Lehfeld

Carlos Eduardo Montes Netto

**VOLUME 14 • Nº 1 • ABR • 2024**

**OS CONTORNOS SISTÊMICOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR  
BRASILEIRO E A RELAÇÃO COM O DIREITO CONSTITUCIONAL**

# Serão os meios autocompositivos de resolução de conflitos o caminho para o acesso a políticas públicas de saúde?\*

## Are the self-compositive means of conflict resolution the way to access public health policies?

Danilo Henrique Nunes\*\*

Lucas de Souza Lehfeld\*\*\*

Carlos Eduardo Montes Netto\*\*\*\*

### Resumo

O estudo promove diálogo entre os meios autocompositivos de solução de conflitos e a concreção do Direito à Saúde com base em métodos hipotético-dedutivo e de revisão de literatura. Ainda que recorrente, é inegável que o estudo permanente em busca da efetivação do Direito à Saúde se configura na consagração da Dignidade da Pessoa Humana, valor fundamental da República Federativa do Brasil. Por meio de políticas públicas, o Direito à Saúde é um desdobramento do Direito à Vida e o trabalho propõe a aplicação dos meios autocompositivos para a solução de problema processual estruturante no direito brasileiro, qual seja, a efetivação do acesso a serviços, produtos, ações e programas de saúde no âmbito do Serviço Único de Saúde. Assim, conclui-se — a partir da jurisprudência analisada que esta possibilidade é real e perfeitamente possível, demandado cooperação e engajamento dos atores envolvidos para a sua realização.

**Palavras-chave:** meios autocompositivos; solução de conflitos; acesso à saúde.

### Abstract

The study promotes dialogue between self-compositional means of conflict resolution and the realization of the Right to Health from hypothetical-deductive and literature review methods. Although recurrent, it is undeniable that the permanent study in search of the realization of the Right to Health is configured in the consecration of the Dignity of the Human Person, which is a fundamental value of the Federative Republic of Brazil. Through public policies, the Right to Health is an unfolding of the Right to Life and the work proposes the application of self-compositional means to solve a procedural problem structuring in Brazilian law, that is, the effective access to services, products, actions and health programs within the scope of the Unified Health Service. Thus, it is concluded — from the analyzed

\* Recebido em: 14/03/2022  
Aprovado em: 15/03/2024

\*\* Pós-doutorando em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo – FDRP/USP.  
E-mail: dhnunes@hotmail.com

\*\*\* Pós-doutor em Direito pela Universidade de Coimbra, Portugal. Doutor em Direito pela PUC/SP.  
E-mail: lehfeldrp@gmail.com]

\*\*\*\* Pós-doutorando em Educação pela UFSCar – Universidade de São Carlos. Doutor e Mestre em Direito. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.  
E-mail: carlosmontes3@hotmail.com

jurisprudence that this possibility is real and perfectly possible, requiring cooperation and engagement of the actors involved for its realization.

**Keywords:** self-compositional means; conflict resolution; access to health.

## 1 Introdução

O estudo promove diálogo possível entre dois temas, a saber: o dos Meios Adequados de Solução de Conflitos e as políticas públicas de acesso ao Direito à Saúde, ambos inseridos na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988 e na legislação infraconstitucional.

É sabido que, dentre os meios adequados de solução de conflitos, há os meios autocompositivos que têm ganhado espaço, cada vez mais amplo, na solução de lides individuais e coletivas, especialmente no tocante aos direitos fundamentais. Essa aplicação é possível em razão da coexistência necessária dos direitos sociais com o princípio basilar da Duração Razoável do Processo. Ou seja, o devido processo legal e, por consequência, os meios adequados autocompositivos constituem os instrumentos de efetivação da cidadania e de direitos fundamentais, além de ações, programas e políticas estatais na perspectiva dos direitos de segunda dimensão ou geração, os chamados direitos sociais, aqueles que demandam um dever-fazer por parte do Estado. Assim, o objetivo principal deste artigo — por meio dos métodos de revisão de literatura, pesquisa jurisprudencial e hipotético-dedutivo — não é o esgotamento do tema, mas investigar os meios autocompositivos e sua aplicação para a concretização do Direito à Saúde como um desdobramento do próprio direito à vida, nos termos do art. 5º, *caput*, da CRFB/1988, tendo em vista sua dimensão de norma programática, regulada pela Lei n.º 8.080/1990, que instituiu o Sistema Único de Saúde.

Ademais, nunca é satisfatório lembrar que o Direito à Saúde, de modo efetivo, consagra o meta princípio da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III), com valor normativo irradiante, além da perspectiva principiológica da solidariedade, justiça e igualdade (art. 3º, II e III). A Saúde se insere, ainda, no rol dos Direitos Sociais (art. 6º, *caput*) com capítulo próprio nos artigos 196 a 200 também da Carta Maior e impõe ao Estado o dever/fazer ou dever prestar das políticas públicas nessa seara.

Dessa maneira, é imaginável que quem precisa de saúde pública precisa com urgência, uma vez que quem está doente não pode esperar. Assim, a aplicação dos meios autocompositivos — inseridos no ordenamento jurídico pela Lei n. 13.140/2015 e em atos normativos diversos — são corolários para a efetivação não somente da saúde como programa de Estado, mas também para a concreção da própria Dignidade da Pessoa Humana. Em relação à noção de terceira onda renovatória e considerando o abarrotamento do Poder Judiciário, a solução de lides, individuais ou coletivas de saúde, por meio dos meios autocompositivos, se torna debate urgente e necessário.

## 2 A justiça multiportas: em busca dos meios adequados para solução de conflitos

O acesso à justiça sempre representou uma preocupação ao longo da história, não apenas no Brasil, mas no mundo, considerando que não basta a previsão de direitos, inclusive fundamentais, se não houver meios para a sua efetivação. Nessa perspectiva, destacam-se os estudos desenvolvidos por Mauro Cappelletti, em colaboração com Bryant Garth e Nicolò Trocker, que resultaram, a partir de 1974, na publicação de uma

obra em quatro volumes, denominada Projeto Florença<sup>1</sup>, a qual visava identificar os obstáculos para a efetividade do acesso à justiça.

A partir dessas constatações, foram sistematizadas três ondas renovatórias de acesso à Justiça. A primeira onda renovatória envolve a assistência jurídica; a segunda envolve a representação jurídica para os interesses difusos, especialmente nas áreas de proteção ambiental e de direito do consumidor; e a terceira, denominada “ênfoque de acesso à justiça”, reflete a tentativa de atacar as barreiras ao acesso à Justiça<sup>2</sup>.

Essa terceira onda renovatória tende a aceitar as limitações dos tribunais regulares e abranger a criação de outras soluções, visando à efetivação do acesso à justiça, com a utilização de procedimentos mais simples e mais informais, destacando-se a arbitragem, a conciliação e outros incentivos econômicos para a resolução de disputas fora do ambiente judicial<sup>3</sup>.

Atualmente, o *Global Access to Justice Project* (Projeto de Acesso Global à Justiça), integrado por uma rede internacional de pesquisadores das mais diversas partes do mundo, procura pesquisar e identificar soluções práticas para a problemática do acesso à justiça, apontando a existência de outras ondas renovatórias: i) uma “quarta onda”, representando a “ética nas profissões jurídicas e acesso dos advogados à justiça”; ii) a “quinta onda”, correspondente ao “contemporâneo processo de internacionalização da proteção dos direitos humanos”; iii) a “sexta onda”, versando sobre as “iniciativas promissoras e novas tecnologias para aprimorar o acesso à justiça”; e iv) uma “sétima onda”, tratando da “desigualdade de gênero e raça nos sistemas de justiça”<sup>4</sup>.

A justiça multiportas ou tribunal multiportas, segundo Diógenes Oliveira, é uma expressão utilizada, pela primeira vez, pelo professor Frank Sander ao lecionar matérias envolvendo mediação de conflitos na Universidade de Direito de Harvard, cujo instituto foi intitulado *Varieties of dispute processing*<sup>5</sup>, sendo esse um modelo de múltiplas facetas de resolução de conflitos, praticado em diversos setores nos Estados Unidos e em outros países<sup>6</sup>. Denomina-se Tribunal Multiportas a

instituição inovadora que direciona os processos que chegam a um tribunal para os mais adequados métodos de resolução de conflitos, economizando tempo e dinheiro tanto para os tribunais quanto para os participantes ou litigantes<sup>7</sup>.

Já Leonardo Carneiro da Cunha aponta que a expressão multiportas parte de uma metáfora:

seria como se houvesse, no átrio do fórum, várias portas; a depender do problema apresentado, as partes seriam encaminhadas para a porta da mediação, ou da conciliação, ou da arbitragem, ou da própria Justiça Estatal<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Acesso à justiça: uma releitura da obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, a partir do Brasil, após 40 anos. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, p. 1827-1858, 2015.

<sup>2</sup> MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Acesso à justiça: uma releitura da obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, a partir do Brasil, após 40 anos. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, p. 1827-1858, 2015. p. 1827.

<sup>3</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2015. p. 81.

<sup>4</sup> GLOBAL ACCESS TO JUSTICE PROJECT. *Acesso à justiça*: uma nova perspectiva global. Disponível em: <https://globalaccesstojustice.com/book-outline/?lang=pt-br>. Acesso em: 28 jul. 2021.

<sup>5</sup> Em tradução livre: Variedades do processamento de conflitos.

<sup>6</sup> OLIVEIRA, Diógenes Wagner Silveiran Esteves de. *Justiça multiportas e práticas restaurativas na Polícia Militar do Estado de São Paulo à luz da hermenêutica constitucional da ordem pública*. 2021. Dissertação (Mestrado em Justiça, Empresa e Sustentabilidade) – Universidade Nove de Julho, São Paulo, 2021.

<sup>7</sup> OLIVEIRA, Diógenes Wagner Silveiran Esteves de. *Justiça multiportas e práticas restaurativas na Polícia Militar do Estado de São Paulo à luz da hermenêutica constitucional da ordem pública*. 2021. Dissertação (Mestrado em Justiça, Empresa e Sustentabilidade) – Universidade Nove de Julho, São Paulo, 2021. p. 37-38.

<sup>8</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. Justiça multiportas: mediação, conciliação e arbitragem no Brasil. *Revista ANNEP de Direito Processual*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 140-162, jan./jun. 2020. p. 141.

O autor defende o sistema multiportas de solução de disputas como aquele que não condiciona os conflitos e controvérsias especificamente ao Poder Judiciário, mas sim oferece meios mais adequados a cada um deles.

Na publicação intitulada “Justiça Multiportas e Tutela Constitucional Adequada: Autocomposição em Direitos Coletivos”, Didier Jr. e Zaneti Jr. corroboram tal entendimento, compreendendo o Judiciário como uma porta única para a solução dos litígios, enquanto a Justiça Multiportas apresenta uma nova gama de opções, com a resolução judicial deixando de ter a primazia nos conflitos que permitem a autocomposição e passando a ser *ultima ratio, extrema ratio*<sup>9</sup>. Assim, o Judiciário deixa de exercer protagonismo na solução das disputas para se tornar a *ultima ratio*, ou seja, a última razão ou o último recurso a ser utilizado.

Em suma:

O Estado não deve deter exclusivamente o domínio para a tutela das pretensões resistidas. Dentre tantas causas para essa afirmação, cita-se aqui: (i) os entraves da justiça estatal; (ii) a inadequação da atuação estatal frente a determinados tipos de conflito; e (iii) o fato de que o fim do processo, pela atuação do Estado-Juiz, nem sempre culmina na pacificação social, na resolução do conflito, e as partes podem sair do processo, findo todos os procedimentos ou não (no caso de o processo ter fim por uma questão meramente processual), insatisfeitas [...] Diante de tal quadro, é possível entender, de maneira mais apurada, não apenas a necessidade do sistema multiportas, mas a sua introdução no Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015). A ideia de uma justiça multiportas remete a uma noção de que o Estado, pela atividade jurisdicional estatal, promovida pelo Poder Judiciário, não é a única opção das partes em conflito para a pacificação social, prevendo outras possibilidades de tratamento para as divergências<sup>10</sup>.

Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira, Matheus Lins Rocha e Débora Cristina Fernandes Alves Ferreira<sup>11</sup> trataram dos meios adequados de solução de conflitos, também os correlacionando ao sistema multiportas:

Os meios autocompositivos são aqueles em que as partes, diretamente, determinam como se dará a resolução do litígio, podendo existir um terceiro facilitador envolvido. Os referidos meios podem funcionar, ou não, a depender das condições das partes que, caso não cheguem em uma solução comum, irão submeter-se a um dos métodos heterocompositivos de solução de conflitos. Por sua vez, os meios heterocompositivos são aqueles em que um terceiro, com a colaboração e participação das partes, determina qual será a solução do litígio.

A assertiva da solução pacífica de conflitos encontra azo ainda no art. 4º, inciso VII<sup>12</sup>, que versa sobre o instituto como um dos princípios basilares da relação do Brasil com seus pares na ordem internacional. Além disso, traz também a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade. Ao que tudo indica, parece impossível obter sucesso na cooperação mútua sem que se tenha diálogo.

No Código de Processo Civil (CPC), em seu artigo 3º, o legislador previu que não será excluída da apreciação jurisdicional a ameaça ou lesão ao direito, no mesmo contexto em que o § 1º permite a arbitragem e o § 2º determina a promoção, por parte do Estado, da solução consensual dos conflitos, ao passo que o § 3º legitima tanto a conciliação e a mediação quanto outros métodos de solução consensual de conflitos como mecanismos que *deverão ser estimulados* pelos magistrados, advogados, defensores públicos e membros

<sup>9</sup> DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo*, Vitória, v. 15, n. 15, p. 111-142, 2017.

<sup>10</sup> LORENCI, Matheus Belei Silva de; SILVA, Renan Sena; DUTRA, Vinícius Belo. “Justiça multiportas”: a arbitragem como método extrajudicial de solução de litígios no âmbito do Direito Internacional Privado. In: CONGRESSO DE PROCESSO CIVIL INTERNACIONAL, 2., 2017, Vitória. *Anais* [...]. Vitória: Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), 2017. p. 530-544. Disponível em: <https://periodicos.ufes.br/processocivilinternacional/article/view/19863>. Acesso em: 14 jun. 2021. p. 532.

<sup>11</sup> FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; ROCHA, Matheus Lins; FERREIRA, Débora Cristina Fernandes Ananis Alves. *Lei de arbitragem comentada*. 2. ed. São Paulo: Ed. JusPODIVM, 2021. p. 27.

<sup>12</sup> Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

[...]

VII – solução pacífica dos conflitos;

[...]

IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.

do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. O legislador de 2015, nesse sentido, previu a possibilidade de um sistema multiportas apoiados pelos princípios neoprocessuais ou democrático-constitucionais.

Conciliação e mediação são institutos no contexto da justiça multiportas que serão estudados a seguir, tendo como base também a Resolução n.º 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no âmbito das possibilidades de autocomposição.

### 3 Os meios autocompositivos de solução de conflitos

Ricardo Gueiros Bernardes Dias afirma que o sistema multiportas “deve ser percebido à luz de distintos tratamentos adequados de solução de conflitos; os que tratam da autocomposição, bem como dos meios heterocompositivos, compreendidas a jurisdição Estatal e não Estatal”<sup>13</sup>. No caso dos autocompositivos, os quais serão abordados ao longo do presente tópico, o autor aponta que as partes acionam os institutos de modo conjunto e autônomo para compor o conflito:

A autocomposição é também uma forma primitiva de resolução de conflitos, em que as partes envolvidas no conflito cedem seu interesse ou parte dele. Considerada como expressão altruísta que traduzia atitudes de renúncia, reconhecimento ou concessões mútuas entre os adversários. Atualmente legitima-se a autocomposição pela utilização da conciliação e da mediação<sup>14</sup>.

Os mecanismos autocompositivos consistem em métodos consensuais/não adversariais para a solução dos conflitos, sem a necessidade de acionar o Poder Judiciário (no contexto tradicional da judicialização), sendo uma possibilidade autônoma da adjudicação<sup>15</sup>. Para a discussão envolvendo a conciliação e a mediação, de modo geral, e considerando a justiça multiportas para a solução de conflitos coletivos no tocante aos vulnerabilizados, torna-se indispensável a realização de uma abordagem acerca da Resolução n.º 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, a qual versa sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.

#### 3.1 A Resolução n.º 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ

O CNJ, por meio de sua Resolução n.º 125, de 29 de novembro de 2010, buscou dispor sobre a Política Nacional de tratamento adequado de conflitos de interesses no contexto do Judiciário, bem como trouxe outras questões, sempre considerando sua competência para o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e para zelar pela observância do artigo 37 da CRFB/1988, que torna mandatário o cumprimento dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência pela administração pública direta e indireta de qualquer um dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

O artigo 1º do Capítulo I da referida Resolução<sup>16</sup> contempla a instituição da Política Judiciária Nacional de tratamento de conflito de interesses, com o intuito de assegurar a todos o direito à solução de litígios a partir dos meios adequados à sua natureza e peculiaridade. No mesmo sentido, o artigo 5º versa sobre a

<sup>13</sup> DIAS, Ricardo Gueiros Bernardes; PEREIRA, Diogo Abineder Ferreira Nolasco. Justiça multiportas e os conflitos envolvendo a administração pública: arbitragem e os interesses públicos disponíveis. *Revista Jurídica*, Curitiba, v. 3, n. 60, p. 361-383, 2020. p. 362.

<sup>14</sup> DIAS, Ricardo Gueiros Bernardes; PEREIRA, Diogo Abineder Ferreira Nolasco. Justiça multiportas e os conflitos envolvendo a administração pública: arbitragem e os interesses públicos disponíveis. *Revista Jurídica*, Curitiba, v. 3, n. 60, p. 361-383, 2020. p. 367.

<sup>15</sup> SILVA, Pahola Gyselle Carvalho. Casa da família: novo modelo multiportas para resolução de conflito no âmbito familiar. *Brazilian Journal of Development*, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 1774-1793, jan. 2019.

<sup>16</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010*. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 14 jun. 2021.

criação de uma rede, constituída pelos órgãos do Judiciário, bem como por entidades parceiras, tanto públicas quanto privadas, incluindo as universidades e instituições de ensino. Já o artigo 6º discorre sobre as atribuições do CNJ em seus incisos de I a VIII.

Percebe-se, no contexto da Política Judiciária Nacional de tratamento de conflito de interesse, que o CNJ preconiza os métodos autocompositivos (a saber, a mediação e a conciliação) como uma possibilidade de justiça multiportas para abordar os conflitos de interesse. Analisando tal Política, Trícia Navarro Xavier Cabral e Hiasmine Santiago dispõem que

a Resolução n.º 125/2010 do CNJ constituiu um marco para a introdução de uma nova sistemática de tratamento adequado de conflitos no ordenamento jurídico brasileiro ao prever em detalhes a implantação de espaços específicos<sup>17</sup>

Nesses, são valorizados os métodos consensuais (autocompositivos) para sua solução, dando maior protagonismo tanto para a conciliação e para a mediação quanto para a atuação dos conciliadores e dos mediadores como um todo.

Nesse mesmo percurso, Marcos Lincoln dos Santos destaca que o CNJ “passa a exercer papel de gestão e educação dos jurisdicionados, para que se responsabilize apenas por aquelas demandas em que não for possível alcançar o consenso”<sup>18</sup>, considerando que a capacidade do Estado, por meio do Poder Judiciário, de abordar e resolver todos os conflitos se encontra esgotada na atualidade, tornando a justiça inacessível, o que justifica o grande incentivo da Resolução de fortalecer e valorizar os métodos autocompositivos para a solução dos litígios:

Em uma sociedade cada vez mais complexa, faz-se necessária uma diferenciação funcional, que contemple a pluralidade de meios e a corresponsabilidade. Os novos procedimentos surgem no sentido de dar maior efetividade ao acesso à justiça, sem dispensar a observância do campo normativo. [...] Ainda que a mediação e a conciliação, principalmente, sejam vistas como a consequência da grande evolução das relações humanas, há também uma grande ênfase na intenção de desafogar o Poder Judiciário e aumentar sua eficácia. O que pode fazer com que o desejo das partes de alcançar a satisfação de seus interesses fique à mercê da conveniência das instituições<sup>19</sup>.

No artigo 15 da referida Resolução, prevê-se a criação do Portal da Conciliação, a ser disponibilizado no endereço eletrônico do CNJ na *internet*, o qual se encontra no ar atualmente<sup>20</sup>, apresentando todos os itens contidos nos incisos de I a VII, tais como: publicar diretrizes envolvendo a capacitação de conciliadores e mediadores, tal como o código de ética; apresentar o relatório gerencial do programa; compartilhar boas práticas, projetos, ações, artigos, pesquisas e outros estudos; criar um fórum permanente de discussão, facultada a participação da sociedade civil; dentre outros. Além disso, ele oferece cursos de formação, manuais, guias e legislações, perguntas frequentes, dentre outros, permitindo consultas públicas e acesso ao Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores. Assim, percebe-se que, apesar da denominação adotada pelo CNJ de “Portal da Conciliação”, este direciona-se para os métodos autocompositivos da justiça multiportas, englobando também o instituto da mediação.

<sup>17</sup> CABRAL, Trícia Navarro Xavier; SANTIAGO, Hiasmine. Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça: avanços e perspectivas. *Revista CNJ*, Brasília, v 4, n. 2, p. 199-211, jul./dez. 2020. p. 206.

<sup>18</sup> SANTOS, Marcos Lincoln dos; SANTOS, Tássia Carolina Padilha dos. A efetividade da prestação jurisdicional a partir da Resolução n. 125/2010 do CNJ. In: PEREZ, Áurea Maria Brasil Santos et al. (org.). *Constituição do Brasil: 30 anos 1988 – 2018*. Belo Horizonte: Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes, 2019. p. 355-378. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/server/api/core/bitstreams/f3b86d6d-4f97-465e-bc36-bad2fbb9e34b/content>. Acesso em: 14 jun. 2021. p. 372.

<sup>19</sup> SANTOS, Marcos Lincoln dos; SANTOS, Tássia Carolina Padilha dos. A efetividade da prestação jurisdicional a partir da Resolução n. 125/2010 do CNJ. In: PEREZ, Áurea Maria Brasil Santos et al. (org.). *Constituição do Brasil: 30 anos 1988 – 2018*. Belo Horizonte: Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes, 2019. p. 355-378. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/server/api/core/bitstreams/f3b86d6d-4f97-465e-bc36-bad2fbb9e34b/content>. Acesso em: 14 jun. 2021. p. 372.

<sup>20</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010*. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 14 jun. 2021.

Ribas de Paulo corrobora o entendimento de que a Política Judiciária Nacional de tratamento de conflito de interesse fomenta e estimula que sejam acionados os institutos autocompositivos da mediação e da conciliação sempre que possível, deixando o tratamento Judiciário apenas às controvérsias que não podem ser sanadas a partir da autocomposição<sup>21</sup>. Destaca-se, contudo, que a Resolução n.º 125/2010 do CNJ não trouxe à abordagem da justiça multiportas nos meios autocompositivos especificamente à questão dos usuários do serviço de saúde, mas, uma vez que a estabelece como uma recomendação geral, ela passa também a ser aplicável a estes.

### 3.2 A conciliação

José Gomes da Silva aponta que tal meio, “que se dá por solução dos conflitos encontrada pelas próprias partes em conversação mediada pelo juiz, ou conciliador, em audiência, é a forma preferida pelo sistema processual civil”<sup>22</sup>, já que se apresenta como um modo mais célere, eficaz e de menor custo para pôr fim ao litígio, afastando o risco de injustiça. Isso porque as partes, como a própria denominação indica, deverão conciliar seus interesses para chegar a uma solução do conflito em questão.

Patrícia Oliveira e Tiago Nunes apontam que “a valorização e disseminação dos métodos consensuais de solução de conflitos visam firmar os direitos e garantias fundamentais da pessoa, assegurando a rapidez na solução da controvérsia”<sup>23</sup>, sendo a conciliação um método autocompositivo célere, menos dispendioso, menos formal e que pode se adequar às necessidades e interesses das partes envolvidas. Trata-se, para os autores, de um método utilizado para conflitos pontuais, nos quais as partes estão envolvidas, via de regra, somente por um problema e, quando resoluto, não manterão contato.

Para Lorena Rocha, nesse mecanismo, “o conciliador irá conduzir o processo na direção do acordo, de modo a opinar e propor soluções para o conflito, fato este que não ocorre na mediação onde o mediador será imparcial, não opinando no feito”<sup>24</sup>. É importante distinguir, desde já, a conciliação do instituto da mediação:

[...] na conciliação, observamos uma postura ativa por parte do conciliador que intervém na conciliação e ainda opina sobre o acordo que entende ser mais benéfico. Na mediação, isso não ocorre, o mediador só intervirá na mediação para evitar que haja novos desentendimentos ou se entender que as partes não estão aptas a encontrarem um acordo, fato este que o permitirá a dar fim ao processo mediatório. Fora isso, o mediador deverá se manter como um espectador, ouvir os conflitantes e apenas ajudá-los no alcance do acordo perfeito. O CPC de 2015 identifica as diferenças entre a mediação e conciliação no que corresponde à pré-existência ou não de uma relação jurídica entre as partes. Assim, de um modo preferencial, o conciliador atuará nos casos em que não exista um vínculo anterior entre as partes, enquanto o mediador atuará nos casos em que haja o referido vínculo, conforme observamos nos parágrafos 2º e 3º do art. 165 da norma<sup>25</sup>.

Segundo Rafael Leão Silva, a conciliação pode ser caracterizada como uma variação do instituto da mediação, tendo aplicação primordial em situações nas quais inexistente vínculo anterior ao conflito, como em situações de consumo eventual e em outras relações causais em que não há pretensão de continuidade de

<sup>21</sup> PAULO, Alexandre Ribas de. Uma abordagem constitucional sobre a justiça restaurativa no âmbito criminal preconizada na Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 8, n. 34, p. 148-161, ago. 2016.

<sup>22</sup> SILVA, José Gomes da. Conciliação judicial. *Verdere*, Dourados/MS, v. 1, n. 2, p. 123-134, jul./dez. 2009. p. 123.

<sup>23</sup> OLIVEIRA, Patrícia Roberta Leite; NUNES, Tiago. Sistema multiportas para solução adequada de conflitos de interesses: mediação, conciliação e arbitragem. *Direito e Realidade*, Monte Carmelo, v. 6, n. 6, p. 57-74, 2018.

<sup>24</sup> ROCHA, Lorena Gonçalves Lima. O sistema multiportas no Código Processual Civil de 2015: a mediação como alternativa de autocomposição do conflito. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*, Franca, v. 12, n. 2, p. 209-230, 2017. Disponível em: <http://revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/435/pdf>. Acesso em: 14 jun. 2021. p. 216.

<sup>25</sup> ROCHA, Lorena Gonçalves Lima. O sistema multiportas no Código Processual Civil de 2015: a mediação como alternativa de autocomposição do conflito. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*, Franca, v. 12, n. 2, p. 209-230, 2017. Disponível em: <http://revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/435/pdf>. Acesso em: 14 jun. 2021. p. 216.

relacionamento, ou seja, o foco principal consiste em gerar equilíbrio entre intenções e interesses materiais ou questões jurídicas<sup>26</sup>. Para tal autor, o “procedimento conciliatório em geral é mais célere que o da mediação transformativa por ser seu objetivo mais direto e específico, a obtenção do acordo”<sup>27</sup>, e o conciliador atua em uma posição hierárquica ascendente em relação aos mediadores, tomando iniciativa e fornecendo sugestões para obter o sucesso no processo.

É, assim, juntamente à mediação, uma técnica valiosa para resolver contendas, promovendo transformações na cultura nacional de judicialização e condução à pacificação social. Tal ponto se relaciona com a Resolução n.º 125/2010 do CNJ, já que:

A Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, implementada pela resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), constitui uma diretriz estatal que, em tese, conforme o artigo 1º, caput e parágrafo único da norma, objetiva conferir aos diferentes conflitos soluções adequadas a depender da situação que se apresenta no caso concreto. Como instrumentos de implantação desta política, foram eleitos especialmente os meios consensuais, expressamente exemplificados como a mediação e a conciliação<sup>28</sup>.

Elizabeth Pellegrini e Frederico de Almeida concebem a conciliação como uma possibilidade plena de acesso à justiça, sem a densidade e burocracia de ascender aos procedimentos comuns do Judiciário, com técnicas de comunicação e negociação, as quais, quando norteadas por pessoas capacitadas, contribuem para quebrar barreiras e promover o alcance da melhor solução possível para a controvérsia em menor tempo, gerando mais satisfação, inclusive aos litigantes<sup>29</sup>. Trata-se de uma possibilidade de combater a litigiosidade excessiva, compreendida como uma tendência da cultura brasileira de sempre (ou *quase sempre*) levar os conflitos para a apreciação do Poder Judiciário, ou seja, para a presença de um magistrado.

As autoras supramencionadas contemplam que o CNJ, instituição responsável pela organização dos serviços judiciais brasileiros, considera os Juizados das décadas de 1980 e 1990 “projetos-piloto” para os meios autocompositivos do sistema multiportas, os quais, diante do sucesso alcançado, geraram a necessidade de avançar teórica e praticamente na validação de instrumentos como a conciliação, permitindo, assim, desafogar o Judiciário.

Trata-se de uma constatação simples: se em um país populoso e de dimensões continentais como o Brasil todos os conflitos forem apreciados pelo Judiciário, há uma tendência natural de que este se tornará moroso e, muitas vezes, incapaz de lidar com esse grande volume. As partes envolvidas nos conflitos costumam ter uma exigência de “pressa” para resolvê-los, de modo que a conciliação foi estruturada como uma possibilidade clara e objetiva para solucionar a problemática. Assim, as dissidências que realmente devem ser acolhidas e julgadas pelos magistrados diante da inaplicabilidade ou impossibilidade de chegar a uma decisão também poderão se tornar resolutas em menor tempo.

O artigo 3º do CPC/2015 — reproduzindo o texto constitucional — define que não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito, e, no parágrafo segundo, é priorizada a promoção de solução consensual dos conflitos por parte do Estado, ao passo que, no § 3º, reconhece-se a conciliação, assim como a mediação e outros meios de solução consensual de conflitos, como instrumentos que devem ser estimulados pela comunidade jurídica, incluindo magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, também no curso do processo judicial. Já no artigo 166 do CPC, destaca-se que o instituto da

<sup>26</sup> SILVA, Rafael Leão. *O papel da mediação e da conciliação no sistema multiportas de acesso à justiça após a vigência da lei 13.105/15*. 2018. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal do Pernambuco, Recife, 2018.

<sup>27</sup> SILVA, Rafael Leão. *O papel da mediação e da conciliação no sistema multiportas de acesso à justiça após a vigência da lei 13.105/15*. 2018. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal do Pernambuco, Recife, 2018. p. 18.

<sup>28</sup> MATOS, Isabella Cristina Mendes. *Audiência prévia de conciliação/ mediação no processo civil: uma análise crítica*. 2021. Monografia (Especialização em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2021.

<sup>29</sup> PELLEGRINI, Elizabeth; ALMEIDA, Frederico de. Os lírios que nascem da lei: reflexões sobre o acesso à justiça da política nacional de conciliação brasileira. *Revista Antropolítica*, Niterói, v. 6, n. 51, p. 190-213, jan./abr. 2021.

conciliação, bem como da mediação, é orientado pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

Wellington Gomes Pereira<sup>30</sup> situou tais princípios relativos à conciliação na seguinte disposição (incluindo também outros preceitos fundamentais, como o princípio da boa-fé no regimento da conciliação): a) o Princípio da Independência envolve a autonomia e a liberdade do conciliador, para que tal figura possa executar suas atribuições sem qualquer subordinação ou pressão (interna ou externa), garantindo a independência na celebração dos acordos; b) o Princípio da Imparcialidade (ou neutralidade) estabelece que o conciliador deve permanecer distante das partes; c) o Princípio da Autonomia da vontade consiste na base da resolução autocompositiva; d) o Princípio da Confidencialidade estipula que as informações e comunicações no procedimento conciliatório devem permanecer restritas; e) o Princípio da Oralidade contempla a importância da comunicação entre as partes; f) o Princípio da Informalidade trata da ausência de regras e procedimentos fixos na conciliação, embora há de serem seguidas as normas; g) o Princípio da Decisão Informada é aquele no qual fica claro que não podem ser impostas às partes soluções de modo coercitivo; h) além destes, podem ser destacados outros princípios, como o da cooperação e busca do consenso; e, por fim, i) o princípio a ser destacado consiste no Princípio da Boa-fé Objetiva, o qual exprime a presença de lealdade, honestidade, sinceridade, justiça, comunicação e cooperação, envolvendo todos os atores pertencentes ao meio a ser aplicado para a solução do conflito.

De acordo com Lúcio Grassi de Gouveia, no CPC/2015, constatou-se a pretensão de criar uma nova audiência de conciliação, anterior à apresentação da defesa por parte do réu, de modo que, já em um primeiro momento e no curso do processo, enfatize-se a tentativa de fazer com que as partes cheguem a um acordo<sup>31</sup>. Significa dizer que o legislador optou por excluir a audiência preliminar e criar a audiência de conciliação anterior à apresentação de defesa, com participação obrigatória das partes, sob pena de multa por atentado à dignidade da justiça:

O [Novo Código de Processo Civil (NCPC)], seguindo caminho contrário ao Código Tipo para a América Latina, eliminou a audiência preliminar, indo de encontro à cooperação intersubjetiva, princípio que rege o novel projeto de diploma legislativo. Criou em seu lugar uma audiência de conciliação<sup>32</sup>.

Edislaine Lima e Leandro Valladares apontam que, embora a conciliação possa ser considerada inovadora a partir da Resolução n.º 125/2010 e do advento do CPC/2015, há fundamentos históricos jurídicos do instituto na Constituição Brasileira de 1824, a qual previa, em seu artigo 161, que “sem se fazer constar que se tem intentado o meio da reconciliação não se começara processo algum”, bem como, no artigo 831 do Decreto-Lei n.º 5.452/1943 (CLT), que dispunha, em seu “*caput*”, que “a decisão será proferida depois de rejeitada pelas partes a proposta de conciliação” e mesmo no CPC anterior (Lei n.º 5.869/1973) que fixava, em seu artigo 448, que “antes de iniciar a instrução, o juiz tentará conciliar as partes. Chegando a acordo, o Juiz mandará tomá-lo pôr termo”<sup>33</sup>.

O conciliador, assim, é o auxiliar da justiça que “irá conduzir e orientar as partes, para se chegar ao acordo, podendo opinar e propor soluções possíveis para o litígio, atuando de forma mais participativa,

<sup>30</sup> PEREIRA, Wellington Gomes. *Princípio da conciliação e mediação no NCPC*. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/62162/principio-da-conciliacao-e-mediacao-no-ncpc>. Acesso em: 14 jun. 2021.

<sup>31</sup> GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Audiência de conciliação versus audiência preliminar – A opção pela primeira e as consequências da eliminação da segunda no projeto do Novo Código de Processo Civil brasileiro (NCPC). *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, v. 22, n. 85, p. 98-132, jan./ mar. 2014. p. 132.

<sup>32</sup> GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Audiência de conciliação versus audiência preliminar – A opção pela primeira e as consequências da eliminação da segunda no projeto do Novo Código de Processo Civil brasileiro (NCPC). *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, v. 22, n. 85, p. 98-132, jan./ mar. 2014. p. 7.

<sup>33</sup> LIMA, Edislaine Santos; VALLADARES, Leandro Carlos Pereira. Mediação e conciliação: os meios consensuais de resolução de conflitos no NCPC e sua contribuição para a pacificação de demandas. *Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas*, Paraná, v. 1, n. 3, p. 38-59, 2018. Disponível em: [fadipa.educacao.ws/ojs-2.3.3-3/index.php/cjuridicas/article/view/283/pdf](http://fadipa.educacao.ws/ojs-2.3.3-3/index.php/cjuridicas/article/view/283/pdf). Acesso em: 14 jun. 2021.

na negociação<sup>34</sup>, sendo vedada qualquer forma de intimidação ou qualquer tipo de acordo para alcançar a resolução do conflito exposto. Os conciliadores:

deverão ser escritos em cadastro nacional, nos cadastros dos respectivos tribunais, (tribunal da justiça ou tribunal regional federal), que manterão o registro de profissionais habilitados, indicando a área de atuação. Contudo, o programa é definido pelo CNJ, em conjunto com o Ministério da Justiça, e para tal inscrição, o profissional deverá apresentar certificado de aprovação no curso de capacitação, ou ser aprovado mediante concurso público, se realizado pelo tribunal, sendo facultada sua inscrição no tribunal que desejar. Será submetido a reciclagens periódicas (art. 167, § 1º), facilitando dessa forma a execução dos trabalhos<sup>35</sup>.

Marina Faria ressalta que:

A intenção do legislador do NCPD em ampliar os MASC's<sup>36</sup> foi positiva. Estimular a solução autocompositiva entre as partes, visando à realização de uma audiência com esta finalidade antes mesmo da apresentação da resposta pelo réu<sup>37</sup>.

De fato, consiste em uma possibilidade de consolidar o sistema de justiça multiportas, extinguindo inúmeros processos judiciais e desafogando o Judiciário, trazendo benefícios como a maior celeridade processual. As mudanças trazidas no CPC/15, no mesmo sentido, buscam enraizar a cultura de pacificação de litígios a partir dos meios autocompositivos, viabilizando que os envolvidos aumentem sua consciência quanto à possibilidade de uma solução construída por eles mesmos, por meio da conciliação, sendo mais benéfica do que aquela “imposta” por um terceiro, alheio ao conflito e à realidade na qual as partes estão inseridas.

Desse modo, é possível perceber que o legislador não buscou apenas o desobstruir o Judiciário, mas também tentou legitimar os meios autocompositivos de resolução de conflitos como os mais adequados para as próprias partes, posto que elas se encontrarão e apresentarão seus argumentos sobre a divergência em questão, contando com o auxílio do conciliador para solucionar o problema.

Ainda de acordo com Edislaine Lima e Leandro Valladares, os princípios criados (ou incorporados) pelo legislador do NCPD funcionam como fontes a serem seguidas pelos conciliadores para uma melhor aplicação dos procedimentos, em consonância com os preceitos da própria legislação<sup>38</sup>. O artigo 167 do CPC vigente prevê que os conciliadores (bem como os mediadores) podem executar suas funções na condição de profissionais liberais ou funcionários públicos, sendo uma atividade remunerada, o que não impede a atuação *pro bono* (ou atuação voluntária, sem o recebimento de valores), vide parágrafo 1º do artigo 169 da legislação de 2015.

O artigo 168 do CPC contempla que as partes podem escolher, em comum acordo, qual será o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação para a resolução do conflito, e o § 1º aponta que tais profissionais podem ou não estar cadastrados no tribunal. Já o § 2º indica que, não havendo acordo quanto à sua escolha, será realizada a distribuição dentre os cadastrados no registro do tribunal, ob-

<sup>34</sup> LIMA, Edislaine Santos; VALLADARES, Leandro Carlos Pereira. Mediação e conciliação: os meios consensuais de resolução de conflitos no NCPD e sua contribuição para a pacificação de demandas. *Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas*, Paraná, v. 1, n. 3, p. 38-59, 2018. Disponível em: [fadipa.educacao.ws/ojs-2.3.3-3/index.php/cjuridicas/article/view/283/pdf](http://fadipa.educacao.ws/ojs-2.3.3-3/index.php/cjuridicas/article/view/283/pdf). Acesso em: 14 jun. 2021. p. 24.

<sup>35</sup> LIMA, Edislaine Santos; VALLADARES, Leandro Carlos Pereira. Mediação e conciliação: os meios consensuais de resolução de conflitos no NCPD e sua contribuição para a pacificação de demandas. *Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas*, Paraná, v. 1, n. 3, p. 38-59, 2018. Disponível em: [fadipa.educacao.ws/ojs-2.3.3-3/index.php/cjuridicas/article/view/283/pdf](http://fadipa.educacao.ws/ojs-2.3.3-3/index.php/cjuridicas/article/view/283/pdf). Acesso em: 14 jun. 2021. p. 25.

<sup>36</sup> Meios Adequados de Solução de Conflitos.

<sup>37</sup> FARIA, Marina Barcellos Netto de. *A conciliação no novo Código de Processo Civil*. 2016. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal Fluminense, Volta Redonda, 2016. p. 32.

<sup>38</sup> LIMA, Edislaine Santos; VALLADARES, Leandro Carlos Pereira. Mediação e conciliação: os meios consensuais de resolução de conflitos no NCPD e sua contribuição para a pacificação de demandas. *Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas*, Paraná, v. 1, n. 3, p. 38-59, 2018. Disponível em: [fadipa.educacao.ws/ojs-2.3.3-3/index.php/cjuridicas/article/view/283/pdf](http://fadipa.educacao.ws/ojs-2.3.3-3/index.php/cjuridicas/article/view/283/pdf). Acesso em: 14 jun. 2021.

servada a respectiva formação. Não obstante, sempre que for recomendável, poderá ser designado mais de um conciliador ou mediador, vide § 3º do artigo 168 do CPC/2015.

Glauco Gumerato Ramos realizou, em seu estudo, uma análise da priorização dos métodos autocompositivos no CPC brasileiro, destacando que, embora tal inovação seja ainda recente no ordenamento jurídico pátrio, “é fundamental que os esquemas legais que regem a mediação e a conciliação não as aprisionem nos domínios exclusivos do processo jurisdicional e/ou do Poder Judiciário”<sup>39</sup>, no qual o ambiente conflitivo é formado de modo lógico e contrário ao ambiente cooperativo exigido para uma solução consensual de conflitos de interesses de forma efetiva e eficaz.

O autor avança a discussão, sustentando os seguintes argumentos:

[...] fora do ambiente do Poder Judiciário, cujo pragmatismo autoritário de suas engrenagens, além do ambiente conflitivo perante ele instaurado, acaba sendo naturalmente refratário ao consenso que legitima o consenso decorrente da autonomia privada da vontade [...] é mister que o Estado brasileiro e as organizações não-governamentais (ONGs) fomentem as vantagens que as soluções consensuais geradas, fundamentalmente, pela mediação extrajudicial poderão trazer às pessoas e suas respectivas esferas de direito e de liberdade. Só com o tempo saberemos se esse aspecto importante de nossa democracia, que é a solução consensual dos conflitos intersubjetivos de interesses através da conciliação e da mediação, foi devidamente apreendido, compreendido e operado por nossa sociedade (grifo nosso)<sup>40</sup>.

Desse modo, ainda que seja louvável a intenção do legislador de trazer a conciliação (assim como a mediação) como um instituto voltado para a resolução consensual de conflitos nos meios autocompositivos do sistema de justiça multiportas, não é possível afirmar, até o momento da elaboração do presente estudo, que tal priorização traduzir-se-á no desafogamento do Judiciário e no alcance de conclusões mais céleres e adequadas para os conflitos *interpartes*. Por essa razão, defende-se consolidar a pacificação social a partir dos métodos autocompositivos, no caso de conflitos em âmbito nacional, gerando uma mudança cultural que não ocorre do dia para a noite, sendo esse um processo longo e árduo.

A criação dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos se deu em função de uma determinação da Resolução n.º 125/2010 do CNJ (tal como abordado brevemente no tópico 3.1.1 dessa tese), e o artigo 8º previu a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (ou CEJUSCs), os quais:

Visam, no seu aspecto principal, realizar as sessões de conciliação e mediação do Tribunal. Assim sendo, todas as conciliações e mediação pré-processuais são de responsabilidade do CEJUSC. Contudo, mesmo demandas já distribuídas podem ainda ser encaminhadas para os CEJUSC com o objetivo de apoiar os Juízos, Juizados e Varas nas suas conciliações e mediações de qualidade. Permitindo assim a harmonização das relações intersubjetiva<sup>41</sup> (grifo nosso).

No “Guia de Conciliação e Mediação — Orientações para a implantação de CEJUSCs”<sup>42</sup> —, o CNJ define as orientações gerais de instalação de tais Centros Judiciários. Percebe-se, nos termos da diretriz, que a criação dos CEJUSCs para a celebração dos institutos de conciliação/mediação deve ocorrer seguindo uma série de procedimentos mínimos, os quais incluem a realização de contatos com a mídia local para a divulgação de sua implantação e funcionamento, o que contribui para o fortalecimento da cultura de pacificação

<sup>39</sup> RAMOS, Glauco Gumerato. *Mediação e conciliação no NCPC brasileiro: uma breve análise crítica*. 2017. Disponível em: <https://ceja.cl/handle/2015/5531>. Acesso em: 14 jun. 2021. p. 56.

<sup>40</sup> RAMOS, Glauco Gumerato. *Mediação e conciliação no NCPC brasileiro: uma breve análise crítica*. 2017. Disponível em: <https://ceja.cl/handle/2015/5531>. Acesso em: 14 jun. 2021. p. 56.

<sup>41</sup> PAZ, Emmanuele Todero Von Onçay; MELEU, Marcelo. CEJUSC: a efetivação cidadã do acesso à justiça. *Revista Cidadania e Acesso à Justiça*, Maranhão, v. 3, n. 2, p. 79-95, jul./dez. 2017. p. 90.

<sup>42</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Guia de conciliação e mediação: orientações para a implantação de CEJUSCs*. 2015. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/1818cc2847ca50273fd110eafdb8ed05.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2021.

e de resolução de conflitos nos meios autocompositivos da justiça multiportas no âmbito da Resolução n.º 125/2010 e do NCPC.

Para Rosa Brito, o objetivo dos CEJUSCs é “atuar, por meio da conciliação, antes mesmo que se inicie a demanda judicial, eliminando custos e possibilitando o empoderamento das pessoas que necessitam do judiciário”<sup>43</sup>:

Conforme determina a própria Resolução 125/10, os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania são unidades do Poder Judiciário que podem ser instaladas por meio de parcerias com entidades públicas e privadas que oferecem a conciliação e a mediação aos cidadãos como forma de resolução de conflitos. Os CEJUSCs podem auxiliar os juizados ou varas na realização de audiências designadas nas lides já em fase processual. O CEJUSC tem como proposta principal trabalhar com a conciliação e mediação pré-processual, ou seja, antes do ajuizamento do processo judicial. Entretanto, também é competência do órgão realizar as sessões de conciliação e mediação durante o curso do processo judicial, em qualquer grau de jurisdição. Cabe ainda ao CEJUSC prestar serviços de atendimento e orientação ao cidadão, devendo fazer o encaminhamento para o órgão responsável, se for o caso. Na fase pré-processual, o CEJUSC poderá resolver conflitos na esfera cível em geral, como acidente de trânsito, cobranças, dívidas bancárias, conflitos de vizinhança. Também são de competência do órgão as causas de família, tais como divórcio, pedido de pensão alimentícia, guarda de filhos, regulamentação de visitas, entre outras lides. Se houver acordo na fase pré-processual, será homologado pelo Juiz e terá eficácia de título executivo judicial. Neste procedimento instalado pelo CEJUSC, não há cobrança de taxas e não há exigência de produção de provas e documentos. Anteriormente, este trabalho de triagem e, quando cabível, a audiência pré-processual, era realizada pelos Juizados Especiais<sup>44</sup>.

As perspectivas do CNJ quanto à criação e consolidação dos CEJUSCs como Centros de Conciliação/Mediação presumem que estes, cada vez mais, sejam valorizados e atuantes<sup>45</sup>. Assim, os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) consistem em unidades do Judiciário nas quais ocorre a realização das audiências de conciliação/mediação, fornecendo também o atendimento e orientação à sociedade civil. Na audiência de conciliação, as partes conflitantes dialogam e buscam um consenso sob a orientação do conciliador capacitado; quando há acordo, a demanda é solucionada; contudo, se não há, é marcada audiência de instrução; não havendo concordância; o processo será concluído e encaminhado para a decisão do magistrado, por meio da sentença. É, na verdade, uma solução que se pretende amigável e célere para resolver a divergência, evitando que o Judiciário seja acionado e servindo a uma ampla gama de conflitos, como acidentes de trânsito, causas trabalhistas, danos contra o patrimônio, dentre inúmeros outros.

Percebeu-se, ao longo da elaboração do presente item, que mediação e conciliação são tópicos costumadamente trabalhados de modo conjunto, já que ambos se tratam de meios autocompositivos de solução de conflitos no escopo da justiça multiportas. Contudo, em essência, tais institutos não se confundem. A seguir, será realizada a explicação acerca da mediação.

### 3.3 A mediação

Horácio Rodrigues, Jéssica Gonçalves e Maria Alice Lahoz indicam três marcos recentes que envolvem a consolidação da mediação em âmbito nacional: o primeiro consiste na Resolução n.º 125/2010 do CNJ, já exaustivamente abordada no presente estudo; o segundo é o CPC, que legitimou a mediação e a conciliação na resolução alternativa de conflitos pelos meios autocompositivos; e, por fim, o terceiro trata-se da Lei n.º

<sup>43</sup> BRITO, Ivone Maria de Lima Rosa. *Considerações sobre o acesso à justiça e a criação do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania - CEJUSC*. 2014. Monografia (Especialização em Direito) - Instituto Municipal de Ensino Superior, Assis, 2014. p. 7.

<sup>44</sup> BRITO, Ivone Maria de Lima Rosa. *Considerações sobre o acesso à justiça e a criação do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania - CEJUSC*. 2014. Monografia (Especialização em Direito) - Instituto Municipal de Ensino Superior, Assis, 2014. p. 52-53.

<sup>45</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Guia de conciliação e mediação: orientações para a implantação de CEJUSCs*. 2015. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/1818cc2847ca50273fd110eafdb8ed05.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2021.

13.140/2015, a qual dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Ela altera a Lei n.º 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972; revoga, ainda, o § 2º do art. 6º da Lei n.º 9.469, de 10 de julho de 1997<sup>46</sup>. Essa terceira, doravante apresentada, é conhecida como a Lei da Mediação<sup>47</sup>.

O artigo 3º da legislação prevê que podem ser objetos de mediação conflitos que versem sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação, sendo o instituto aplicável a todo o litígio ou apenas a certas partes dele (§ 1º). O instituto da mediação é vislumbrado a partir da Justiça do Consenso, a qual, ainda de acordo com os ensinamentos de Rodrigues, Gonçalves e Lahoz<sup>48</sup>, é embasada pelos seguintes fundamentos: a) trata-se de modo não adversarial, no qual as partes não se encaram como “adversárias”, mas sim partilham experiências, questões, sentimentos e interesses; b) é método cooperativo, no qual deve haver concessões espontâneas e de direito material entre as partes; e, c) é método horizontal, no qual a construção da decisão ocorre pelas partes, fazendo com que ambas gerem benefícios mútuos.

Em seu estudo, intitulado “A institucionalização da mediação no novo código de processo civil e na lei 13.140/2015”, Daniela Domene afirma que a mediação

evidencia a tentativa de estabelecer um tratamento adequado aos conflitos de interesses na contemporaneidade, de modo a priorizar a participação das partes na construção de uma solução satisfatória ao conflito e promover o fortalecimento da democracia participativa<sup>49</sup>.

A autora buscou também elucidar as distinções entre a mediação e a conciliação, apontando que a primeira:

É um procedimento consensual de solução de conflitos por meio do qual uma terceira pessoa (mediador), escolhida ou aceita pelas partes, auxiliam-nas na construção de uma solução eficaz para o conflito. É, portanto, um mecanismo que facilita a comunicação entre os litigantes, aprimorando as relações interpessoais e sociais. Por sua vez, a conciliação é definida como um processo autocompositivo (ou uma fase no processo heterocompositivo) no qual um terceiro (conciliador), escolhido ou aceito pelas partes, pode apresentar uma apreciação do mérito ou uma recomendação de uma solução tida por ele como justa, que não terá, de maneira alguma, efeito vinculativo<sup>50</sup>.

Já o instituto da conciliação:

se refere a partes que buscam um acordo de forma imediata para resolver um conflito a fim de evitar ou encerrar um processo judicial, como nos casos de acidente de veículos ou relações de consumo em que as partes não possuem vínculos afetivos, profissionais ou sociais, de forma que não irão conviver após o ato [...] a conciliação deve ser utilizada quando existem relacionamentos circunstanciais sem que haja desejo de continuação ou aprofundamento, na compra e venda de um objeto, por exemplo, ou até mesmo agressões entre desconhecidos. Por outro lado, a mediação pressupõe um relacionamento duradouro entre as partes, como relações de família, comerciantes com um longo trabalho conjunto, relações laborais, relações de vizinhança, relações contratuais em que as partes desejam manter o relacionamento<sup>51</sup>.

<sup>46</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderlei; GONÇALVES, Jéssica; LAHOZ, Maria Alice Trentini. Mediação na Resolução CNJ n. 125/2010 e na Lei n. 13.105/2015 (NCPC): uma análise crítica. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)*, Bebedouro, v. 6, n. 1, p. 88-114, 2018. Disponível em: <https://portal.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/329>. Acesso em: 19 jun. 2021. p. 67.

<sup>47</sup> Alguns aspectos relacionados à mediação, como a aplicação dos princípios do artigo 2º da referida lei não serão abordados, já que foram apresentados no item anterior e são também válidos para o instituto da mediação na Lei n.º 13.140/2015.

<sup>48</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderlei; GONÇALVES, Jéssica; LAHOZ, Maria Alice Trentini. Mediação na Resolução CNJ n. 125/2010 e na Lei n. 13.105/2015 (NCPC): uma análise crítica. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)*, Bebedouro, v. 6, n. 1, p. 88-114, 2018. Disponível em: <https://portal.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/329>. Acesso em: 19 jun. 2021.

<sup>49</sup> DOMENE, Daniela Maciel. *A institucionalização da mediação no novo código de processo civil e na lei 13.140/2015*. 2016. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016. p. 5.

<sup>50</sup> DOMENE, Daniela Maciel. *A institucionalização da mediação no novo código de processo civil e na lei 13.140/2015*. 2016. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016. p. 26.

<sup>51</sup> DOMENE, Daniela Maciel. *A institucionalização da mediação no novo código de processo civil e na lei 13.140/2015*. 2016. Monografia

A partir desse entendimento, postula-se que a mediação e a conciliação são métodos autocompositivos de resolução de conflitos no modelo de justiça multiportas, mas não devem ser compreendidos como sinônimos, já que, no primeiro, o mediador almeja facilitar a construção de uma solução conjunta pelas partes, especialmente quando há vínculo anterior entre os envolvidos; no segundo, por sua vez, o conciliador atua no conflito, sugerindo a resolução em casos em que não existe elo anterior entre as partes conflitantes. Em se tratando de divergências mais profundas e emocionais, acionar o instituto da mediação é mais adequado, uma vez que se almeja não apenas resolver a discordância, mas também restaurar a confiança e o relacionamento entre as partes.

A explanação comparativa supracitada, baseada na tabela publicada pelo Departamento de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES)<sup>52</sup>, contribui para melhor compreensão das diferenças e semelhanças entre mediação e conciliação. Percebe-se, assim, a existência de diversas similaridades e diferenças entre os institutos da mediação e da conciliação, o que justifica, ao mesmo tempo, uma abordagem em subcapítulos distintos no presente estudo, considerando que a temática sempre será correlata, já que ambos consistem em métodos autocompositivos na perspectiva da justiça multiportas. Em posse desses conhecimentos, torna-se possível trabalhar e discutir a mediação em seu grau de singularidade.

Maria Clara Zoqui e Nelson Finotti Silva expõem que, atualmente, no caso brasileiro, a mediação é buscada constantemente, visando facilitar a interação entre as partes na resolução do conflito ao passo que se diminui a demanda pela judicialização, sendo essa uma alternativa que ameniza o volume de processos apreciados pelo Judiciário. Em matéria de direito comparado, os autores analisaram a mediação no contexto francês, verificando que não há distinção entre tal instituto e a conciliação no país (Mediação Institucional e Mediação Cidadã no ordenamento jurídico da França)<sup>53</sup>. Essa afirmação contribui para avançar rumo a uma compreensão da mediação no Brasil como um instituto sofisticado e bem desenvolvido a partir da Resolução n.º 125/2010 do CPC/2015 e da Lei de Arbitragem.

Victória Santos<sup>54</sup> destaca que a mediação pode se dar de modo judicial ou extrajudicial nos seguintes termos: a) a mediação judicial é aquela na qual o instituto é acionado no decorrer do trâmite de uma ação judicial, com intervenção do mediador designado pelo Tribunal de Justiça do Estado; e, b) a mediação extrajudicial, por sua vez, é aquela que ocorre necessariamente antes do ingresso da ação nas dependências do Centro Judiciário de Conflitos e Cidadania (CEJUSC), tal como apresentado no item 3.1.2 do presente estudo. Assim, a mediação:

Vai muito além de uma simples celebração de um acordo. Ela se expande para o âmbito relacional entre as partes, buscando que o conflito familiar seja resolvido de forma definitiva, de maneira que cada uma das partes passe a enxergar e entender o lado do outro, evitando que futuros conflitos entre os mesmos litigantes sejam levados ao judiciário novamente, mas que sejam solucionados através de um diálogo maduro<sup>55</sup>.

Juliana Barros assinala que a mediação “visa mudanças nas relações, colocando foco no presente, a fim de obter melhorias na relação das partes no futuro, possuindo, para tanto, objetivos primários e secundários”<sup>56</sup>. Os objetivos primários, segundo a autora, constituem a busca pelo fortalecer do diálogo, a compreensão dos

(Bacharelado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016. p. 27.

<sup>52</sup> UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO. *Tabela comparativa: mediação x conciliação x arbitragem*. 2024. Disponível em: <https://direito.ufes.br/sites/direito.ufes.br/files/field/anexo/Tabela%20Comparativa%20%E2%80%93%20Media%C3%A7%C3%A3o%20x%20Concilia%C3%A7%C3%A3o%20x%20Arbitragem.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2021.

<sup>53</sup> ZOQUI, Maria Clara Silveira; SILVA, Nelson Finotti. A mediação sob a luz do direito brasileiro e francês. *Revista Interciência – IMES*, Catanduva, v. 1, n. 4, p. 8-10, jul. 2020. p. 48.

<sup>54</sup> SANTOS, Victória Regina Bettoni. *A mediação como solução para o conflito da alienação parental*. 2020. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Cesumar, Maringá, 2020.

<sup>55</sup> SANTOS, Victória Regina Bettoni. *A mediação como solução para o conflito da alienação parental*. 2020. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Cesumar, Maringá, 2020. p. 12.

<sup>56</sup> BARROS, Juliana Miranda de. *Aplicação do método adequado de resolução de conflitos decorrente de abandono afetivo: mediação x justiça restaurativa*. 2020. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2020. p. 25.

interesses das partes, a melhoria da relação entre elas, o seu empoderamento e a transformação dos interessados; já os objetivos secundários podem ser compreendidos na medida da celebração do acordo, como a consequência do alcance dos objetivos primários.

O foco primordial no acionamento do instituto da mediação consiste, assim, em fortalecer o relacionamento entre aqueles que se encontram diante de um conflito. Um exemplo apropriado para contemplá-lo são os conflitos familiares, nos quais, via de regra, os participantes desejam manter ou melhorar o seu relacionamento. O alcance de um acordo, embora de extrema relevância, acaba sendo o pano de fundo para a promoção da melhoria e do fortalecimento desse vínculo. Nesse contexto, a mediação seria o exato oposto da conciliação em relação às partes, já que, nesta, as pessoas não possuem ligação anterior e tampouco desejam manter tal relacionamento após a resolução do conflito, ainda que este também seja um método autocompositivo no contexto da justiça multiportas.

O “mediador é uma figura qualificada, que interpreta o conflito, e ajuda as partes a solucionarem-no por meio de mudanças de perspectivas e entendimento”<sup>57</sup>, devendo aprofundar a compreensão dos elementos que compõem a divergência, não apenas daqueles suscitados pelas partes, mas também trazendo à tona circunstâncias e aspectos ainda não revelados:

ainda, a mediação é um procedimento indisciplinado, pois não segue regras e ditames, de modo que há grande liberdade no processo da mediação. O que faz o mediador é utilizar técnicas, estratégias e princípios para nortear a mediação, não o vinculando obrigatoriamente. [...] Consequentemente, por ser um procedimento indisciplinado, a mediação acaba por tornar-se flexível e informal. A informalidade é uma característica muito positiva da mediação, pois proporciona a constituição de vínculos mais velozes entre as partes envolvidas, facilitando o processo e aumentando os laços entre os conflitantes<sup>58</sup>.

Em suma, a mediação é contemplada como um mecanismo específico para o contexto da justiça multiportas, apresentando suas particularidades em relação ao modelo da conciliação. A seguir, serão apresentados os métodos heterocompositivos, estruturando o processo prestado pelo Estado e o processo arbitral.

## 4 O sistema multiportas: serão os meios autocompositivos de resolução conflitos caminho para o acesso às políticas públicas de saúde?

O acesso à saúde, especialmente durante o período de pandemia desencadeada pela COVID-19, pode ser considerado um problema estrutural representado por “um estado de desconformidade estrutural” que configura uma situação de ilicitude contínua e permanente que não corresponde ao estado de coisas ideal<sup>59</sup>.

Segundo Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., a COVID-19 provocou diversos problema estruturais no Brasil e no mundo, abrangendo tanto as estruturas públicas como as privadas, demandando a

reorganização do sistema de saúde para atendimento da demanda hospitalar abrupta e específica, com a mobilização e desmobilização de estruturas provisórias de saúde (os chamados hospitais de campanha) a depender do incremento/redução da demanda<sup>60</sup>.

<sup>57</sup> BARROS, Juliana Miranda de. *Aplicação do método adequado de resolução de conflitos decorrente de abandono afetivo: mediação x justiça restaurativa*. 2020. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2020. p. 21.

<sup>58</sup> BARROS, Juliana Miranda de. *Aplicação do método adequado de resolução de conflitos decorrente de abandono afetivo: mediação x justiça restaurativa*. 2020. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2020. p. 21-22.

<sup>59</sup> DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Revista do Ministério Público do Estado do RJ*, n. 75, p. 101-136, jan./mar. 2020. Disponível em: [http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1606558/Fredie\\_Didier\\_jr\\_%26\\_Hermes\\_Zaneti\\_Jr\\_%26\\_Rafael\\_Alexandria\\_de\\_Oliveira.pdf](http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1606558/Fredie_Didier_jr_%26_Hermes_Zaneti_Jr_%26_Rafael_Alexandria_de_Oliveira.pdf). Acesso em: 14 mar. 2022. p. 104.

<sup>60</sup> DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 587.

Dessa forma, o processo estrutural visa à resolução de um problema estrutural, com a transformação do estado de desconformidade em um estado de coisas ideal<sup>61</sup>. No Recurso Extraordinário (RE) n.º 566.471/RN, que versou sobre a análise da obrigação de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo, o Ministro Luís Roberto Barroso<sup>62</sup> sugeriu um necessário diálogo interinstitucional entre o Judiciário e as entidades com expertise técnica na área da saúde, como as câmaras e núcleos de apoio técnico em saúde no âmbito dos tribunais, profissionais do SUS e CONITEC, ressaltando que:

Tal diálogo deverá ser exigido, em um primeiro momento, para aferir a presença dos requisitos de dispensação do medicamento. E, em um segundo momento, no caso de deferimento judicial do fármaco, para determinar que os órgãos competentes (CONITEC e Ministério da Saúde) avaliem a possibilidade de sua incorporação no âmbito do SUS, mediante manifestação fundamentada a esse respeito<sup>63</sup>.

Essa observação feita pelo Ministro Luís Roberto Barroso indica possíveis vantagens na adoção dos métodos autocompositivos na resolução de conflitos envolvendo o acesso aos serviços de saúde e tratamentos médicos.

Em relação às entidades privadas, incluindo os planos de saúde, verifica-se a ampla possibilidade de utilização da conciliação e da mediação. Resta analisar se a Administração Pública também poderia se valer desses instrumentos na resolução das suas disputas.

Nessa perspectiva, no âmbito da Administração Pública Federal, em 2007 foi criada a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF), pelo Ato Regimental n.º 5, de 27 de setembro de 2007, modificado pelo Ato Regimental n.º 2, de 09 de abril de 2009, com estrutura definida pelo Decreto n.º 7.526<sup>64</sup>, de 15 de julho de 2011, com o objetivo de prevenir e reduzir o número de disputas judiciais envolvendo a União, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas federais, tendo seu objeto sido ampliado para também incluir litígios entre os entes da Administração Pública federal e da Administração Pública dos Estados, Distrito Federal e Municípios<sup>65</sup>.

O Decreto Federal n.º 7.392/10<sup>66</sup>, que tratava da estrutura regimental e do quadro demonstrativo dos cargos em comissão da Advocacia-Geral da União (AGU), criou, em seu artigo 2º, I, c, 6 a CCAF na estrutura organizacional da AGU, com competência, dentre outras, para propor, quando couber, o arbitramento das controvérsias não solucionadas por conciliação, na forma do seu art. 18, VI. Ressalta-se que os referidos Decretos federais (n.º 7.526/11 e 7.392/10) foram revogados pelo Decreto n.º 10.608/2021, de 25 de janeiro de 2021, que alterou a estrutura da AGU.

<sup>61</sup> DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Revista do Ministério Público do Estado do RJ*, n. 75, p. 101-136, jan./mar. 2020. Disponível em: [http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1606558/Fredie\\_Didier\\_jr\\_%26\\_Hermes\\_Zaneti\\_Jr\\_%26\\_Rafael\\_Alexandria\\_de\\_Oliveira.pdf](http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1606558/Fredie_Didier_jr_%26_Hermes_Zaneti_Jr_%26_Rafael_Alexandria_de_Oliveira.pdf). Acesso em: 14 mar. 2022. p. 107.

<sup>62</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário. RE 566.471/RN. Constitucional. Ação de obrigação de fazer. Tutela antecipada. Preliminar de nulidade da sentença. [...]. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 15 de novembro de 2007. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/re-566471-votopdf.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2022.

<sup>63</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário. RE 566.471/RN. Constitucional. Ação de obrigação de fazer. Tutela antecipada. Preliminar de nulidade da sentença. [...]. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 15 de novembro de 2007. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/re-566471-votopdf.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2022.

<sup>64</sup> BRASIL. Decreto n. 7.526, de 15 de julho de 2011. Altera o Decreto n.º 7.392, de 13 de dezembro de 2010, que aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão da Advocacia-Geral da União, aprova o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão da Procuradoria-Geral Federal e remaneja cargos em comissão. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7526.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7526.htm). Acesso em: 14 mar. 2022.

<sup>65</sup> SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Arbitragem: mediação, conciliação e negociação*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 313-314.

<sup>66</sup> BRASIL. Decreto n. 7.392, de 13 de dezembro de 2010. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão da Advocacia-Geral da União, aprova o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão da Procuradoria-Geral Federal e remaneja cargos em comissão para a Advocacia-Geral da União e para a Procuradoria-Geral Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7392.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7392.htm). Acesso em: 14 mar. 2022.

Em reforço, a recente Lei n.º 14.133, de 1º de abril de 2021<sup>67</sup>, denominada “Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, também passou a prever expressamente no seu art. 151 que a Administração Pública poderá utilizar “meios alternativos” na resolução de disputas envolvendo seus contratos, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem. É necessária, no entanto, uma observação, considerando que os atos de império da Administração Pública não podem ser objeto da utilização dos métodos adequados diversos da Justiça estatal, bem como o fato de que estão relacionados ao interesse público primário da coletividade<sup>68</sup>.

Por meio da Recomendação n.º 100, de 16 de junho de 2021, o CNJ passou a recomendar o uso dos métodos consensuais de solução de conflitos em demandas que versam sobre o direito à saúde. Segundo o órgão, a adoção da via consensual busca garantir “os melhores resultados à sociedade durante o período excepcional de pandemia da Covid-19”<sup>69</sup>.

De acordo com o art. 1º da referida Recomendação, os magistrados com atuação em demandas que cuidam do direito à saúde deverão priorizar, sempre que possível, a solução consensual da disputa, podendo designar “um mediador capacitado em questões de saúde para realizar diálogo entre o solicitante e os prepostos ou gestores dos serviços de saúde, na busca de uma solução adequada e eficiente para o conflito”<sup>70</sup> (art. 2º da mesma norma).

O CNJ recomendou, ainda, aos tribunais a implementação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos de Saúde (Cejusc) com finalidade de possibilitar a realização de negociação e mediação, nas modalidades individuais e coletivas, visando solucionar os conflitos que versam sobre o direito à saúde.

Em trabalho específico sobre o uso da mediação em conflitos envolvendo o direito à saúde, Carlos Eduardo Montes Netto e Jonathas Celino Paiola destacaram que a mediação deve sempre ser levada em consideração:

[...] em demandas no âmbito público ou privado, com possíveis vantagens em comparação com a solução judicial, a exemplo do fortalecimento do sistema de saúde como um todo, do atendimento à isonomia e do maior comprometimento com a eficácia do acordo que foi construído pelos próprios protagonistas da disputa (as partes envolvidas), proporcionando o cumprimento espontâneo do que foi estipulado<sup>71</sup>.

Assim, a conciliação e a mediação como métodos adequados de resolução de disputas, na área do direito à saúde, podem proporcionar uma série de benefícios para as empresas privadas que atuam nesse setor e para a própria Administração Pública.

## 5 Considerações finais

O presente artigo buscou discorrer sobre a possibilidade de utilização dos meios autocompositivos de resolução de conflitos na concretização do direito à saúde, como forma de acesso à justiça. Nesse sentido,

<sup>67</sup> BRASIL. *Lei n. 14.133, de 01 de abril de 2021*. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm). Acesso em: 14 mar. 2022.

<sup>68</sup> CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. mediação, conciliação, tribunal multipartas. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 450.

<sup>69</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Recomendação n. 100, de 16 de junho de 2021. Recomenda o uso de métodos consensuais de solução de conflitos em demandas que versem sobre o direito à saúde*. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original1443552021061860cb12b53b0d.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2022.

<sup>70</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Recomendação n. 100, de 16 de junho de 2021. Recomenda o uso de métodos consensuais de solução de conflitos em demandas que versem sobre o direito à saúde*. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original1443552021061860cb12b53b0d.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2022.

<sup>71</sup> MONTES NETTO, Carlos Eduardo; PAIOLA, Jonathas Celino. A mediação como instrumento de concretização do direito à saúde. In: VADELL, Lorenzo-Mateo Bujosa; AQUINO, Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa; JAQUES, Marcelo Dias (org.). *Observatório do futuro: a mediação na vanguarda da composição de conflitos*. Blumenau/SC: Editora Dom Modesto, 2021. p. 114-115.

a questão já configurava um problema estrutural antes mesmo da pandemia provocada pela Covid-19, que causou uma nova demanda específica e abrupta por serviços de saúde no Brasil e no mundo.

Essa situação se agrava ainda mais considerando o esgotamento da via judicial como instrumento de acesso efetivo à justiça, tendo até mesmo o CNJ, órgão que compõe o Judiciário, reconhecido, por meio da Resolução n.º 125/2010 e, no caso específico do direito à saúde, pela Recomendação n.º 100, a necessidade de utilização dos métodos autocompositivos na resolução de disputas.

Nessa perspectiva, diante da necessidade de se estabelecer um diálogo interinstitucional entre o Judiciário e as entidades com expertise técnica e profissionais da área da saúde, conforme destacou o Ministro Luís Barroso por ocasião do julgamento do RE n.º 566.471/RN, os métodos autocompositivos de resolução de controvérsias podem representar instrumentos relevantes de promoção do acesso à justiça, da concreção do direito fundamental à saúde e da própria dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, a conciliação e a mediação têm o potencial de proporcionar uma série de benefícios para as empresas privadas que atuam na área da saúde e para a própria Administração Pública, contemplando maior eficiência e economicidade, além de contribuírem para o cumprimento espontâneo das obrigações, diante da participação mais efetiva das partes na construção de uma solução para a controvérsia.

## Referências

BARROS, Juliana Miranda de. *Aplicação do método adequado de resolução de conflitos decorrente de abandono afetivo: mediação x justiça restaurativa*. 2020. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2020.

BRASIL. *Decreto n. 7.392, de 13 de dezembro de 2010*. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão da Advocacia-Geral da União, aprova o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão da Procuradoria-Geral Federal e remaneja cargos em comissão para a Advocacia-Geral da União e para a Procuradoria-Geral Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7392.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7392.htm). Acesso em: 14 mar. 2022.

BRASIL. *Decreto n. 7.526, de 15 de julho de 2011*. Altera o Decreto n.º 7.392, de 13 de dezembro de 2010, que aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão da Advocacia-Geral da União, aprova o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão da Procuradoria-Geral Federal e remaneja cargos em comissão. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7526.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7526.htm). Acesso em: 14 mar. 2022.

BRASIL. *Lei n. 14.133, de 01 de abril de 2021*. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm). Acesso em: 14 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário. RE 566.471/RN. Constitucional. Ação de obrigação de fazer. Tutela antecipada. Preliminar de nulidade da sentença. [...]. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 15 de novembro de 2007. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/re-566471-votopdf.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2022.

BRITO, Ivone Maria de Lima Rosa. *Considerações sobre o acesso à justiça e a criação do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania - CEJUSC*. 2014. Monografia (Especialização em Direito) - Instituto Municipal de Ensino Superior, Assis, 2014.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier; SANTIAGO, Hiasmine. Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça: avanços e perspectivas. *Revista CNJ*, Brasília, v. 4, n. 2, p. 199-211, jul./dez. 2020.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação, tribunal multiportas*. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Guia de conciliação e mediação: orientações para a implantação de CEJUSCs*. 2015. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/1818cc2847ca50273fd110eafdb8ed05.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Recomendação n. 100, de 16 de junho de 2021. Recomenda o uso de métodos consensuais de solução de conflitos em demandas que versem sobre o direito à saúde*. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original1443552021061860ccb12b53b0d.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010*. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 14 jun. 2021.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Justiça multiportas: mediação, conciliação e arbitragem no Brasil. *Revista ANNEP de Direito Processual*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 140-162, jan./jun. 2020.

DIAS, Ricardo Gueiros Bernardes; PEREIRA, Diogo Abineder Ferreira Nolasco. Justiça multiportas e os conflitos envolvendo a administração pública: arbitragem e os interesses públicos disponíveis. *Revista Jurídica*, Curitiba, v. 3, n. 60, p. 361-383, 2020.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo*, Vitória, v. 15, n. 15, p. 111-142, 2017.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Revista do Ministério Público do Estado do RJ*, n. 75, p. 101-136, jan./mar. 2020. Disponível em: [http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1606558/Fredie\\_Didier\\_jr\\_%26\\_Hermes\\_Zaneti\\_Jr\\_%26\\_Rafael\\_Alexandria\\_de\\_Oliveira.pdf](http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1606558/Fredie_Didier_jr_%26_Hermes_Zaneti_Jr_%26_Rafael_Alexandria_de_Oliveira.pdf). Acesso em: 14 mar. 2022.

DOMENE, Daniela Maciel. *A institucionalização da mediação no novo código de processo civil e na lei 13.140/2015*. 2016. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016.

FARIA, Marina Barcellos Netto de. *A conciliação no novo Código de Processo Civil*. 2016. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal Fluminense, Volta Redonda-RJ, 2016.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; ROCHA, Matheus Lins; FERREIRA, Débora Cristina Fernandes Ananis Alves. *Lei de arbitragem comentada*. 2. ed. São Paulo: JusPODIVM, 2021.

GLOBAL ACCESS TO JUSTICE PROJECT. *Acesso à justiça: uma nova perspectiva global*. Disponível em: <https://globalaccesstojustice.com/book-outline/?lang=pt-br>. Acesso em: 28 jul. 2021.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Audiência de conciliação versus audiência preliminar: a opção pela primeira e as consequências da eliminação da segunda no projeto do Novo Código de Processo Civil brasileiro (NCPC). *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, v. 22, n. 85, p. 98-132, jan./ mar. 2014.

LIMA, Edislaine Santos; VALLADARES, Leandro Carlos Pereira. Mediação e conciliação: os meios consensuais de resolução de conflitos no NCPC e sua contribuição para a pacificação de demandas. *Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas*, Paraná, v. 1, n. 3, p. 38-59, 2018. Disponível em: [fadipa.educacao.ws/ojs-2.3.3-3/index.php/cjuridicas/article/view/283/pdf](http://fadipa.educacao.ws/ojs-2.3.3-3/index.php/cjuridicas/article/view/283/pdf). Acesso em: 14 jun. 2021.

LORENCI, Matheus Belei Silva de; SILVA, Renan Sena; DUTRA, Vinícius Belo. “Justiça multiportas”: a arbitragem como método extrajudicial de solução de litígios no âmbito do Direito Internacional Privado. *In: CONGRESSO DE PROCESSO CIVIL INTERNACIONAL*, 2., 2017, Vitória. *Anais* [...]. Vitória: UFES, 2017. p. 530-544. Disponível em: <https://periodicos.ufes.br/processocivilinternacional/article/view/19863>. Acesso em: 14 jun. 2021.

MATOS, Isabella Cristina Mendes. *Audiência prévia de conciliação/ mediação no processo civil: uma análise crítica*. 2021. Monografia (Especialização em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2021.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Acesso à justiça: uma releitura da obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, a partir do Brasil, após 40 anos. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, p. 1827-1858, 2015.

MONTES NETTO, Carlos Eduardo; PAIOLA, Jonathas Celino. A mediação como instrumento de concretização do direito à saúde. *In: VADELL, Lorenzo-Mateo Bujosa; AQUINO, Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa; JAQUES, Marcelo Dias (org). Observatório do futuro: a mediação na vanguarda da composição de conflitos*. Blumenau/SC: Dom Modesto, 2021.

OLIVEIRA, Diógenes Wagner Silveiran Esteves de. *Justiça multiportas e práticas restaurativas na Polícia Militar do Estado de São Paulo à luz da hermenêutica constitucional da ordem pública*. 2021. Dissertação (Mestrado em Justiça, Empresa e Sustentabilidade) – Universidade Nove de Julho, São Paulo, 2021.

OLIVEIRA, Patrícia Roberta Leite; NUNES, Tiago. Sistema multiportas para solução adequada de conflitos de interesses: mediação, conciliação e arbitragem. *Direito & Realidade*, Monte Carmelo, v. 6, n. 6, p. 57-74, 2018.

PAULO, Alexandre Ribas de. Uma abordagem constitucional sobre a justiça restaurativa no âmbito criminal preconizada na Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 8, n. 34, p. 148-161, ago. 2016.

PAZ, Emmanuele Toderon Von Onçay; MELEU, Marcelo. CEJUSC: a efetivação cidadã do acesso à justiça. *Revista Cidadania e Acesso à Justiça*, Maranhão, v. 3, n. 2, p. 79-95, jul./dez. 2017.

PELLEGRINI, Elizabete; ALMEIDA, Frederico de. Os lírios que nascem da lei: reflexões sobre o acesso à justiça da política nacional de conciliação brasileira. *Revista Antropolítica*, Niterói, v. 6, n. 51, p. 190-213, jan./abr. 2021.

PEREIRA, Wellington Gomes. *Princípio da conciliação e mediação no NCPC*. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/62162/principio-da-conciliacao-e-mediacao-no-ncpc>. Acesso em: 14 jun. 2021.

RAMOS, Glauco Gumerato. *Mediação e conciliação no NCPC brasileiro: uma breve análise crítica*. 2017. Disponível em: <https://ceja.cl/handle/2015/5531>. Acesso em: 14 jun. 2021.

ROCHA, Lorena Gonçalves Lima. O sistema multiportas no Código Processual Civil de 2015: a mediação como alternativa de autocomposição do conflito. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*, Franca, v. 12, n. 2, p. 209-230, 2017. Disponível em: <http://revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/435/pdf>. Acesso em: 14 jun. 2021.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; GONÇALVES, Jéssica; LAHOZ, Maria Alice Trentini. Mediação na Resolução CNJ n. 125/2010 e na Lei n. 13.105/2015 (NCPC): uma análise crítica. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)*, Bebedouro, v. 6, n. 1, p. 88-114, 2018. Disponível em: <https://portal.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/329>. Acesso em: 19 jun. 2021.

SANTOS, Marcos Lincoln dos; SANTOS, Tássia Carolina Padilha dos. A efetividade da prestação jurisdicional a partir da Resolução n. 125/2010 do CNJ. *In: PEREZ, Áurea Maria Brasil Santos et al. (org). Constituição do Brasil: 30 anos 1988 – 2018*. Belo Horizonte: Escola Judicial Desembargador Edésio Fer-

mandes, 2019. p. 355-378. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/server/api/core/bitstreams/f3b-86d6d-4f97-465e-bc36-bad2fbb9e34b/content>. Acesso em: 14 jun. 2021.

SANTOS, Victória Regina Bettoni. *A mediação como solução para o conflito da alienação parental*. 2020. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Cesumar, Maringá, 2020.

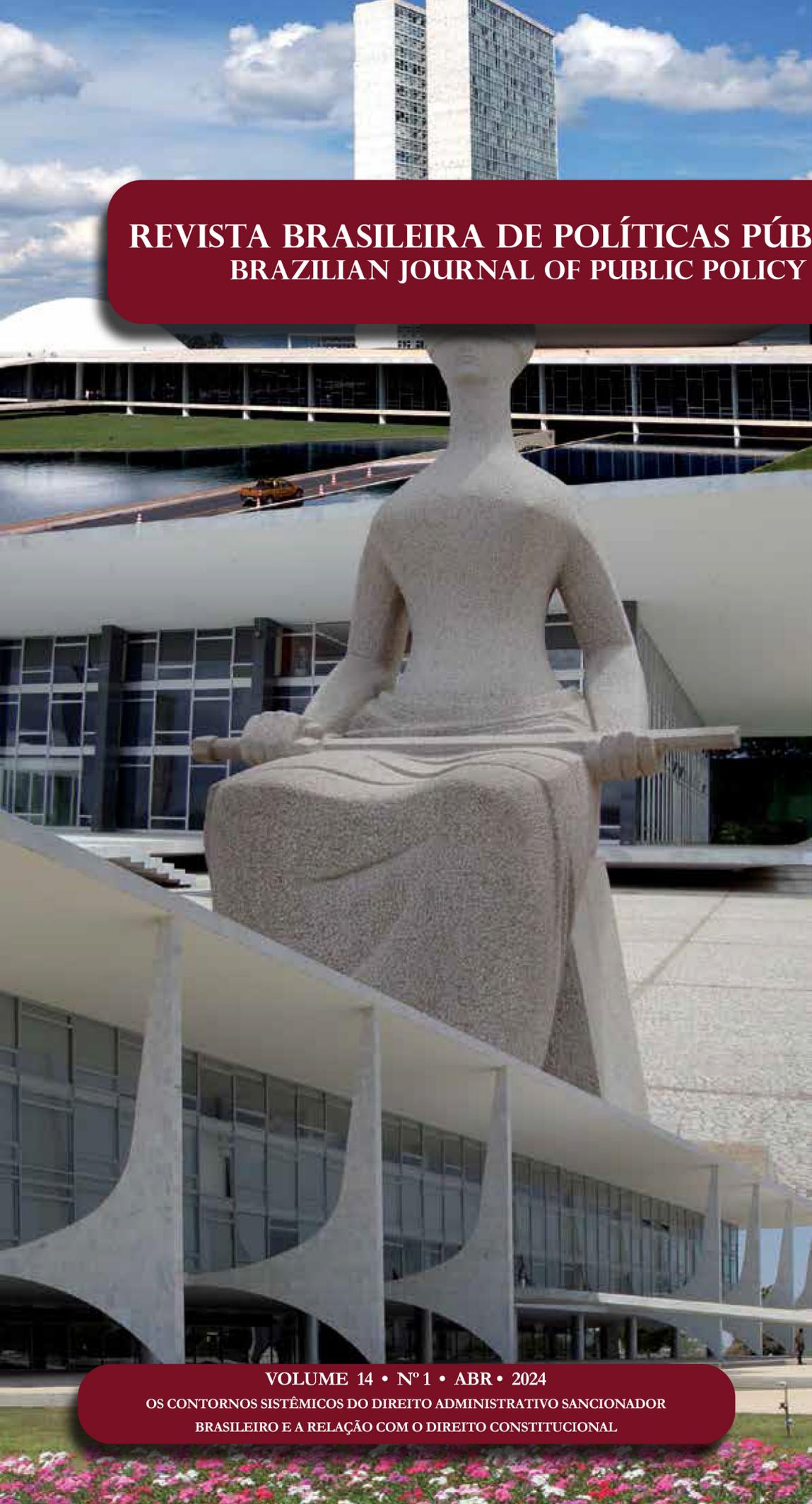
SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. *Arbitragem: mediação, conciliação e negociação*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SILVA, José Gomes da. Conciliação judicial. *Videre*, Dourados/MS, v. 1, n. 2, p. 123-134, jul./dez. 2009.

SILVA, Pahola Gyselle Carvalho. Casa da família: novo modelo multiportas para resolução de conflito no âmbito familiar. *Brazilian Journal of Development*, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 1774-1793, jan. 2019.

SILVA, Rafael Leão. *O papel da mediação e da conciliação no sistema multiportas de acesso à justiça após a vigência da lei 13.105/15*. 2018. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal do Pernambuco, Recife, 2018.

ZOQUI, Maria Clara Silveira; SILVA, Nelson Finotti. A mediação sob a luz do direito brasileiro e francês. *Revista Interciência – IMES*, Catanduva, v. 1, n. 4, p. 8-10, jul. 2020.



**CEUB**

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Policy handling to accelerate  
stunting reduction in Kupang  
Tengah District, Regency East  
Nusa Tenggara Province**

**Manejo de políticas para acelerar  
la reducción del regencia en  
el Distrito de Kupang Tengah,  
Regencia Provincia de Nusa  
Tenggara del Este**

William Djani

Jeny Jacoba Therikh

**VOLUME 14 • Nº 1 • ABR • 2024**

**OS CONTORNOS SISTÊMICOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR  
BRASILEIRO E A RELAÇÃO COM O DIREITO CONSTITUCIONAL**

# Policy handling to accelerate stunting reduction in Kupang Tengah District, Regency East Nusa Tenggara Province\*

## Manejo de políticas para acelerar la reducción del regencia en el Distrito de Kupang Tengah, Regencia Provincia de Nusa Tenggara del Este

William Djani\*\*

Jeny Jacoba Therikh\*\*\*

### Abstract

This study wants to clarify several things to realize the objectives of implementing stunting management policies. The goal is that this perspective can direct the focus of the study to an analytical framework that is appropriate, relevant, applicable, and measurable with a scientifically justifiable methodology. This study uses a qualitative descriptive research method. The study results show that the policy process for handling accelerated stunting in Central Kupang District, Kupang Regency, needs to run optimally. However, the local government and all elements involved in handling stunting have several limitations in committing to improving aspects of implementing stunting management policies to sustain national policies. The results of this study were derived as new public policy concepts based on the social context so that, in the end, they could make a concrete contribution to the achievement of the stunting management program strategy.

**Keywords:** Policy, Handling, Stunting, Social Context, Kupang Regency.

### Resumo

Este estudio quiere aclarar varias cosas para lograr los objetivos de implementar políticas de gestión del retraso del crecimiento. El objetivo es que esta perspectiva pueda dirigir el enfoque del estudio hacia un marco analítico que sea apropiado, relevante, aplicable y mensurable con una metodología científicamente justificable. Este estudio utiliza un método de investigación descriptivo cualitativo. Los resultados del estudio muestran que el proceso político para abordar el retraso en el crecimiento acelerado en el distrito central de Kupang, Kupang Regency, debe funcionar de manera óptima. Sin embargo, el gobierno local y todos los elementos involucrados en el manejo del retraso del crecimiento tienen varias limitaciones a la hora de comprometerse a mejorar aspectos de la implementación de políticas de gestión del retraso del crecimiento para sostener las políticas nacionales. Los resultados de este estudio se derivaron como nuevos conceptos de política

\* Artigo convidado

\*\* William Djani is an Associate Professor at Nusa Cenda University, a Doctor of Administrative Science specializing in Public Administration, Brawijaya University Malang in 2015. He has made reference books including (1) When Church Figures Fall into Prostitution, Overcoming HIV/AIDS in Kupang City, 2005; (2) Public Policy Analysis, 2008; (3) Public Administration in Various Perspectives, An Anthology (2012); (5) Spirit of Public Bureaucratic Reform, 2020; (6) Public Administration (Shifting theories and paradigms in the digital era), 2022; (7) Public Policy and its Implications for Regional Autonomy in 2022. In addition, several scientific journal publications are nationally and internationally accredited.  
E-mail: william.djani@staf.undana.ac.id.

\*\*\* Jeny Jacoba Therikh is an associate professor at Nusa Cendana University, Kupang, East Nusa Tenggara. She received funding for research and community service at the university in 2018 with the title E-Government Study in Supporting Public Services in Kupang City.  
E-mail: jenytherikh@gmail.com.

pública basados en el contexto social para que, al final, pudieran hacer una contribución concreta al logro de la estrategia del programa de gestión del retraso del crecimiento.

**Palabras clave:** política, manejo, retraso del crecimiento, contexto social, regencia de Kupang.

## 1 Introduction

Its population's health level strongly influences a country's human resources quality. That is reflected in millions of children worldwide who fail to achieve their linear growth potential and cause stunted growth or stunting. Childhood stunting is an indicator of children's well-being and an accurate reflection of social inequality. Stunting is a condition of failure to thrive in children under five (five years old) with a length or height below minus two standard deviations ( $<-2SD$ ). That is caused by chronic malnutrition and recurrent infections, especially during the 1,000 First Days of Life (HPK) period, so that children's height is shorter and very short compared to normal children of their age and has delays in thinking<sup>1</sup>. Stunting is the most common form of malnutrition in children in developing countries. The problem of stunting is mainly due to the coverage and quality of health services, the environment, food security, and the influence of parenting styles.

Stunting is a problem and threat to the nation's and regional generations that needs to be adequately solved. Stunting hit the world and Indonesia up to the regional level. If we look closely at the world situation released by Unicef, currently, around 162 million children under the age of 5 are stunted. If this trend continues, it does project that by 2025 there will be 127 children under the age of 5 years who will experience stunting. Based on data, more than half of stunted children, or 56%, live in Asia, and more than a third of 37% live in Africa.

Nationally in Indonesia, according to the 2019 Bappenas research results, the percentage of stunting in Indonesia is still relatively high because 28 out of 100 toddlers are stunted. This condition is at the Southeast Asian level; the Asian Development Bank (2022) reports the prevalence of children with stunting under five years old; Indonesia is the second highest in Southeast Asia, with a total of 31.8% in 2021. Data from the Indonesian Ministry of Health, in Indonesia, the prevalence of toddlers experiencing stunting in 2019 decreased compared to 2018, namely from 30.8% to 27.7%, but this figure is still high. Based on the 2021 Indonesian Nutrition Status Survey (SSGI) results of the Ministry of Health, the stunting prevalence rate in Indonesia in 2021 is 24.4% or a decrease of 6.4% from 30.8% in 2018. It does hope that by 2024, all districts/cities in Indonesia will have implemented integrated stunting reduction interventions that support the achievement of the 2020-2024 RPJMN targets.

NTT Province is the province that has the highest stunting prevalence rate in Indonesia; even the stunting prevalence rate in NTT Province is higher in Papua and West Papua Provinces, the poorest provinces in Indonesia. In Indonesia, the prevalence of stunting in the Province of NTT in 2019 was 43.82%; this figure was much higher than in 2018 at 42.6% (kemkes.go.id, 2020), while the prevalence of stunting under five in the last three years in the Province NTT continues to experience a decline. However, the figure is still high at 27.5%, with 57 deaths. Data on the number of stunting in 2018 was 30.1%, then in 2019, it decreased to 27.9%. While until the August 2020 period, it was 27.5 percent (NTT et al. Office, 2020), and the stunting rate in NTT Province in 2022 had increased from 1.1 percent to 22.0 from 2021, which was 20.9 percent (Working Group (Pokja) Handling of Stunting in NTT as of 18 March 2022).

<sup>1</sup> Hagos, S., Hailemariam, D., WoldeHanna, T., & Lindtjorn, B. (2017). Spatial heterogeneity and risk factors for stunting among children under age five in Ethiopia: A Bayesian geo-statistical model. *PLoS One*, 12(2), e0170785.

Kupang Regency has a stunting rate with a percentage of 8.42% based on the results of a study on the acceleration of stunting reduction (2022). To handle it, the Kupang Regency Government specifically presents related elements from the related Regional Apparatus Organizations, Community Health Centers, sub-district heads, village heads-BPD, and NGOs to dissect the problem of stunting. Relevant elements are involved in handling stunting in Kupang Regency, but it does realize that it has yet to do maximized; there is a commitment to reduce stunting rates in the coming years to reach 14%.

## 2 Literature review

### 2.1 Stunting Concept

Stunting (short body) is a state of a concise body that exceeds the deficit -2 S.D. below the median length or population height, which is an international reference<sup>2</sup>. Stunting is a condition where the height based on age is low, or the child's body is shorter than other children his age (MCN, 2009). Stunting is used as an indicator of chronic malnutrition, which describes a history of child malnutrition in the long term. This event shows the nutritional state before<sup>3</sup>. Stunting is a condition where a child's height is too low. Stunting or too short based on age is the height that is below minus two standard deviations (<-2SD) from the WHO child growth standard nutritional status table<sup>4</sup>.

Short Toddler (Stunting) is a nutritional status based on the PB/U or TB/U index where in the anthropometric standards for assessing the nutritional status of children, the measurement results are at the threshold (Z-Score) <-2 SD to -3 S.D. (short/stunted) and <-3 S.D. (very short/stunted) (Ministry of Health RI, 2012). Stunting is used as an indicator of chronic malnutrition which describes a history of child malnutrition in the long term so that this event shows how the state of nutrition was before.

Childhood stunting is an indicator of children's well-being and an accurate reflection of social inequality. Stunting is the most common form of child malnutrition in the world, with an estimated 161 million children worldwide in 2013, falling below the median of the World Health Organization (WHO) Child Growth Standards<sup>5</sup>. Stunting is a syndrome in which linear growth failure serves as a marker of various pathological disorders associated with increased morbidity and mortality, loss of potential for physical growth, decreased neurodevelopmental and cognitive function, and increased risk of chronic disease in adulthood<sup>6</sup>.

Stunting is also associated with increased morbidity and mortality from infections, particularly pneumonia, and diarrhea in children but also sepsis, meningitis, tuberculosis, and hepatitis, the occurrence of a generalized immune disorder in severely stunted children. The interaction between stunting and infection often causes a vicious cycle that worsens nutritional status and increases susceptibility to infection. Infection interferes with nutritional status through decreased appetite and impaired intestinal absorption. In essence, stunting increases the risk of infection with its negative impact on epithelial barrier function and altered immune response<sup>7</sup>. In the current world, around 162 million children under five do stunts. If this trend

<sup>2</sup> Gibney, M. J. (2004). *The ethics and politics of asylum: Liberal democracy and the response to refugees*. Cambridge University Press.

<sup>3</sup> Kartikawati, N.D, 2011, Buku Ajar Dasar-Dasar Keperawatan Gawat Darurat, Jakarta: Salemba Medika

<sup>4</sup> WHO. (2010). Nutrition Landscape Information System (NLIS) Country Profile Indicators: Interpretation Guide. In Nutrition landscape information system (NLIS) Country Profile. Geneva: World Health Organization. Retrieved from

<sup>5</sup> Mercedes de Onis, Francesco Branca. 2016. *Childhood stunting: a global perspective*. First published: 17 May 2016. Department of Nutrition for Health and Development, World Health Organization, Geneva, Switzerland. <https://doi.org/10.1111/mcn.12231>

<sup>6</sup> Prendergast A.J. & Humphrey J.H. .2014. *The Stunting Syndrome in Developing Countries*. Pediatrics and International Child Health 34, 250 –265

<sup>7</sup> Olofin I., McDonald C.M., EzzatiM., FlaxmanS., BlackR.E., Fawzi W.W. (2013). *Associations of Suboptimal Growth with All-Cause and Cause-Specific Mortality in Children Under five Years: Apooled Analysis Of Ten Prospective Studies*. PLoS One 8, e64636.

continues, this projected that by 2025 there will be 127 million children under the age of five who will experience stunting. According to the United Nations Children's Emergency Fund (UNICEF), more than half of stunted children, or 56%, live in Asia, and more than a third, or 37%, live in Africa. Malnutrition affects 20% of children under five in developing countries. Stunting is a form of malnutrition when children have low height for their age. The global prevalence of stunting in 2019 was 21.4%.

Indonesia is one of the various developing countries in the world that is facing the problem of stunting nutrition (short toddlers). Even though Indonesia has succeeded in reducing malnutrition and stunting rates over the past few years, these two problems must still do considered serious to prevent an increase in malnutrition and stunting rates in the future<sup>8</sup>. The Ministry of Health's Basic Health Research data from 2013 to 2018 and the Global Nutrition Report data describe urgent nutritional problems in Indonesia, and stunting is still one of the triple-doubles of the most significant nutritional problems. Even though Indonesia has succeeded in reducing malnutrition and stunting rates over the past few years, these two problems must still do considered serious to prevent an increase in malnutrition and stunting rates in the future. Even though it has decreased, the fact is that the percentage of stunting in Indonesia is still relatively high because 28 out of 100 toddlers are stunted. The 2019 Bappenas research results state that Indonesia has the fifth-highest stunting rate globally.

Stunting (dwarf) is when a toddler has a length or height that is less compared to age. This condition does measure by length or height that is more than minus two standard deviations of the WHO child growth standard median. Toddler stunting includes chronic nutritional problems caused by many factors, such as socioeconomic conditions, maternal nutrition during pregnancy, infant illness, and lack of nutritional intake. Stunted toddlers in the future will experience difficulties in achieving optimal physical and cognitive development (bulletin stunting.kemendes.go.id, 2018).

Another definition states that short and very short are nutritional statuses based on the index of body length for age (PB/U) or height for age (TB/U), which are the equivalent of the terms stunted (short) and severely stunted (very short). According to the Decree of the Minister of Health Number 95/MENKES/SK/XII/2010 concerning Anthropometric Standards for Assessment of Children's Nutritional Status, the meaning of short and very short is nutritional status based on the index of body length for age (PB/U) or height for age (T.B.) /U), which is the equivalent of the term Stunted (short) and severely stunted (very short).

The prevalence of stunting events determined by WHO in 1995 does categorize into four parts: low, medium, high, and very high prevalence. The following is the percentage category for the prevalence of stunting (World Health Organization, 2010):

<20% Low prevalence

20-29% Medium prevalence

30-39% High prevalence

>40% very high prevalence

## 2.2 Causes of Stunting

The Ministry of Health of the Republic of Indonesia states that several causes of stunting do still included in family education related to knowledge about stunting as follows (bulletin stunting.kemendes.go.id, 2018):

<sup>8</sup> Azis, N. A., & Margaretha, M. (2017). Strategi coping terhadap kecemasan pada ibu hamil dengan riwayat keguguran di kehamilan sebelumnya. *Jurnal ilmiah psikologi terapan*, 5(1), 144-157.

### 1. Mother's condition

Maternal health and nutritional conditions before and during pregnancy and after delivery affect fetal growth and the risk of stunting. Other factors that affect the mother are the mother's Posture (short), the distance between pregnancies that are too close, the mother who is still a teenager, and inadequate nutritional intake during pregnancy.

According to the Regulation of the Minister of Health Number 97 of 2014 concerning Pre-Pregnancy, Pregnancy, Childbirth, and Postpartum Health Services, Contraceptive Services, and Sexual Health Services, the factors that aggravate the condition of pregnant women are too young, too old, too young, often giving birth and too close birth spacing. The gestational age of mothers who are too young (under 20 years) is at risk of giving birth to babies with low birth weight (LBW). LBW babies affect about 20% of the occurrence of stunting.

### 2. Nutrition obtained by the baby

Nutrition obtained from birth greatly influences its growth, including the risk of stunting. Failure to carry out early initiation of breastfeeding (IMD), failure to provide exclusive breast milk (ASI), and early weaning processes can be a factor in stunting. Meanwhile, from the side of providing complementary food for ASI (MP ASI), the things that need to do considered are the quantity, quality, and safety of the food given.

According to the growth chart, nutritional intake in toddlers is essential in supporting their growth so that growth failure does not occur, which can cause stunting. There is a Supplementary Feeding program to meet the nutritional adequacy of toddlers, especially thin toddlers, in the form of local PTM and manufactured PMT, namely M.T toddler biscuits. If the weight is by the calculation of weight for height, then the M.T. for underweight toddlers can be stopped and continued with a balanced nutritional family meal.

### 3. Social, economic, and environmental conditions

Socioeconomic and sanitary conditions of residence are also related to stunting. Economic conditions are closely related to the ability to meet nutritious intake and health services for pregnant women and toddlers. At the same time, sanitation and food safety can increase the risk of infectious diseases.

Infectious diseases caused by poor hygiene and sanitation (e.g., diarrhea and intestinal worms) can interfere with the absorption of nutrients in the digestive process. Some infectious diseases that babies suffer from can cause babies to lose weight. If this condition occurs for a long time and this not accompanied by adequate intake for the healing process, it can result in stunting. According to Susenas, a household with proper sanitation is if the sanitation facility meets health requirements, including equipped with a type of gooseneck toilet or plengsengan with a lid and has a septic tank or wastewater disposal system (SPAL). Moreover, it is a defecation facility that does use alone or together.

## 2.3 Stunting Impact

The Ministry of Health of the Republic of Indonesia stated that there were impacts arising from stunting (bulletin stunting. remakes.go.id, 2018). The impacts caused by stunting can be divided into short-term and long-term impacts as follows:

#### 1. Short-Term Impact.

- a. Increased incidence of morbidity and mortality;
- b. Cognitive, motoric, and verbal development in children is not optimal;
- c. Increased health costs.

#### 2. Long-Term Impact.

- a. Posture that is not optimal as an adult (shorter than in general);
- b. Increased risk of obesity and other diseases;
- c. Declining reproductive health;
- d. Less than optimal learning capacity and performance during the school period;
- e. Productivity and work capacity could be more optimal.

## 2.4 Policy

Policy studies have become very popular in the science of public administration, and this field of study still needs to be more descriptive and very difficult to develop. The authors began to generalize and build theories about the process of making public policy (public policy making) by using models developed from other fields of study; as Simon said in Thoha (1987) that the study of public policy does see as a field of study that can integrate with the social sciences. Policy science studies the decision-making process or the process of selecting and evaluating available and relevant information to solve specific problems. The dichotomy of public administration and politics arises when the issue of the role of politics and administration does debate, which is a thesis that collides with the antithesis, and the identity of public administration has found when the dichotomy is abandoned or ends with a synthesis. Several institutional factors heavily influence academic actions regarding public policy. Government agencies, departments, and other agencies have do involved in public policy thinking. These government organizations think more about how the welfare of this community does create. These organizations think more about the interests of society than other political thoughts. There is a need for policy analysis experts who can evaluate existing programs, plan alternative programs, and think creatively about the right way to solve public problems.

In various fields of life, policies can have a positive impact, and these policies can build people's lives in a better direction. For this reason, it is necessary to have policy criteria as benchmarks in determining the success of policy implementation. These criteria are as follows: Setting the agenda; Policy formulation; Policy adoption; Policy implementation; Policy assessment<sup>9</sup>. Harold D. Laswell (1965) put forward the meaning of policy as science-oriented to contextual problems, multidisciplinary, and explicitly normative. The policy sciences do design to highlight the fundamental and often overlooked issues that arise when citizens and policymakers adapt to ongoing social changes political and policy transformations to serve democratic goals. In carrying out the policy role, policy actors need to Pay attention to the social situation to consider everything to ensure the smooth Implementation of the policy. The Implementation of this policy involves many parties to be able to carry out its functions.

According to Anderson, quoted by Abdul Wahab (1997:2), the policy is the behavior of several official actors, groups of government agencies, or a series of actors in a particular field of activity.<sup>10</sup> The same thing was also stated by Frederick in Wahab (1997: 3) that policy is an action that directs the goals proposed by a person, group, or government in a particular environment in connection with the presence of certain obstacles while looking for opportunities to achieve goals or realize the desired goals. A policy is said to be successful if the policy can achieve a common goal. Public Policy is a series of more or less related choices (including decisions not to act) by government agencies or offices. The role of policy here becomes a guide in carrying out a government activity. The policy includes two elements, namely policymakers and people who implement policies. In order to achieve the policy objectives, it is necessary to pay attention to the Implementation of the policy so that it goes according to the direction and objectives set.

<sup>9</sup> Wibawa, S. (1994). Kebijakan publik. *Proses dan Analisis, Intermedia, Jakarta*.

<sup>10</sup> Abdul Wahab solichin. (1997). *Analisis kebijaksanaan, dari Formulasi Ke implementasi kebijaksanaan Negara*, Jakarta: Edisi Kedua, Bumi Aksara.

Policies are decisions or choices of action that directly regulate the management and distribution of natural, financial, and human resources in the public interest, namely the people, residents, communities, or citizens. Regarding the process, the policy is defined as the result of synergy, compromise, or even competition between various ideas, theories, ideologies, and interests representing a country's political system. Therefore, the policy is a government instrument to take action in specific fields such as public facilities, transportation, education, health, housing, welfare, e-government, and others that do consider to impact the lives of its citizens positively. In another sense, policies are only limited to official documents such as laws and government regulations. However, some of them interpret the policy as a guideline of reference, strategy, and framework of action that is selected or determined as the outline of the government in carrying out development activities.

It realized that the variation in the policy definition is so broad and unavoidable because the term policy seeks to briefly explain various actions, from observing issues or problems, formulating and deciding, to Implementation, monitoring, and evaluation. Bridgeman and Davis (2004) state that every law and regulation is a policy, but only some policies realize in legislation or regulations. In understanding such a policy, interlocking dimensions identify between policy as a choice of legal action, Policy as a hypothesis, and Policy as a goal.

Policy is a scientific discipline that can be studied from the aspect of sciences and is helpful for practical purposes, how to apply it to solve public problems. In public policy studies, there are known policy analysis studies, implementation studies, and policy evaluation studies.

The meaning of policy as a series of activities or actions is added by Friedrich 1969 in Agustino (2016: 16) defines policy as an action that leads to goals proposed by a person, group, or government in a particular environment in connection with the presence of certain obstacles while looking for opportunities to achieve the goal or realize the desired goal so that the achievement of a goal<sup>11</sup>. Formulates an understanding of public policy, namely First, Public Policy is a policy made by state or public administrators. So, public policy is everything done and not done by the government<sup>12</sup>. Second, public policy is a policy that regulates shared life or public life, not the life of an individual or an individual. Public policies related to stunting prevention did implement by the Ministry. They coordinated across sectors, with Bappenas being the primary implementer of the policy through the Head of Bappenas to determine the focus location for integrated stunting reduction policy interventions in 2022 through Presidential Regulation Number 72 of 2021 concerning the Acceleration of Stunting Reduction, which is holistic, integrative and of good quality through coordination, synergy, and synchronization among stakeholders. This Presidential Regulation is a substitute for Presidential Regulation 42 of 2013 concerning the National Movement to Accelerate Nutrition Improvement.

Public Policy is a complex process. However, without intending to reduce this complexity, the authors can conclude that public Policy is a series of policy processes (decisions and actions) carried out by the government to solve problems that arise in society, primarily related to the problem of stunting prevention. As a form of the central government's high commitment, the Vice President of the Republic of Indonesia chaired a Ministerial Coordination Meeting for stunting reduction on 12 July 2017 to formulate policies to reduce stunting prevalence rates in Indonesia. The meeting decided that in its Implementation, it is essential to implement a stunting reduction policy using a multi-sectoral approach through synchronizing national, local, and community programs at the central and regional levels. The stunting reduction is a national priority program that must be included in the Government Work Plan (RKP).

The central government's policy has also developed a National Strategy for Accelerating Stunting Prevention through Presidential Regulation Number 72 of 2021 concerning the Acceleration of Stunting Reduction, which is holistic, integrative, and highly quality through coordination, synergy, and synchronization

<sup>11</sup> Agustino, Leo. (2016). *Dasar-Dasar Kebijakan Publik*. Bandung, Alfabeta.

<sup>12</sup> Nugroho D, Riant. (2006). *Kebijakan Publik, Formulasi, Implementasi, dan. Evaluasi*. Jakarta: Gramedia.

among stakeholders. This Presidential Regulation is a substitute for Presidential Regulation 42 of 2013 concerning the National Movement to Accelerate Nutrition Improvement.

Period 2018-2024 (Stunting Strategy). The general objective of the National Strategy for Stunting is to accelerate stunting prevention within the framework of existing policies and institutions. These objectives will be achieved through five specific objectives as follows:

- a. Ensuring stunting prevention is a priority for the government and society at all levels
- b. Increasing public awareness and changing people's behavior to prevent stunting
- c. Strengthening convergence through coordination and consolidation of central, regional, and village programs and activities
- d. Increase access to nutritious food and promote food security
- e. Improve monitoring and evaluation to ensure quality service delivery, increase accountability, and accelerate learning.

At the NTT Province level, reducing the prevalence of stunting is a macro indicator target in the NTT Province RPJMD 2018-2023. Since 2018, the Provincial Government of NTT has implemented a convergence policy to reduce stunting intensively, which involves all districts/cities and all related institutions, and the result is a sharp reduction in stunting to 20.9% (2021).

## 3 Methods

### 3.1 Research Approach

This study uses a qualitative descriptive research method. According to Usman and Akbar (2004:4), descriptive research intends to make a systematic, factual, and accurate description of the facts and characteristics of a particular population. In other words, this study describes the nature of something taking place at the time of the study. This qualitative method is based more on phenomenological philosophy, which prioritizes appreciation (*verstehen*) by trying to live up to and interpret the meaning of an interaction event of human behavior in certain situations according to the perspective of the researcher himself<sup>13</sup>.

In this study, the authors also used survey research to obtain primary data regarding policies for handling the accelerated decline in stunting in Kupang Tengah District, Kupang Regency. Based on existing data, the author attempts to describe/describe systematically, factually, and accurately the facts, characteristics, and relationships between existing phenomena.

They are determining the focus to limit study, in this case, limiting the field of inquiry, for example, limiting oneself to using specific theories appropriate to the problem under study. In contrast, theories that are not appropriate should be avoided as much as possible. The focus of the research function is to meet the criteria for inclusions, such as obtaining data that is new to the field. With the guidance and direction of a research focus, the researcher knows precisely which data needs to be collected and which data does not need to be included in the collected data. The problems and research focus are closely related. Therefore, the research problems are used as a reference in the focus, although the focus can change and develop in the field according to the development of research problems found in the field.

<sup>13</sup> Akbar, Husaini Usman, Purnomo Setiadi (2009) *Metodologi Penelitian Sosial*, Jakarta: Bumi Aksara.

Based on the policy issues for handling the acceleration of stunting reduction in the Kupang Tengah District area, Kupang Regency, this focused on research on policies for handling stunting, especially on the factors that support and hinder policies for handling the acceleration of stunting reduction studied:

1. Optimizing the Acceleration of Stunting Reduction, including:
  - a. Understanding the Team's Duties for Accelerating Stunting Reduction (TPPS).
  - b. Understanding of the Regulations governing TPPS
  - c. Having resources in carrying out the main tasks and functions
  - d. There are TPPS meetings at various levels in handling stunting
2. Implementation of the Essence of Convergence in Collaborative Work, including:
  - a. Implementation of policies related to handling stunting.
  - b. There are macro and micro rules and clarity related to stunting management
  - c. Building actor collaboration in handling stunting.
3. The observed opportunities for parents who care about stunting or foster fathers for stunted children are:
  - a. attention and intervention of related agencies.
  - b. Willingness to be a stunting father or mother
  - c. Having a foster father for stunting children

### **3.2 Research sites**

The research location is where the researcher can capture the actual state of the object to be studied. The research locations were villages in the Kupang Tengah District, Kupang Regency, which focused on villages with high stunting rates. The consideration for determining the location of this research is because Kupang Tengah Subdistrict consists of villages with a high stunting rate, namely 389 toddlers or 10.79%.

### **3.3 Types and Sources of Research Data**

Informants were selected to obtain clear and in-depth information on various matters related to the research problem. The procedure for selecting the initial informants was carried out purposively. In contrast, the subsequent informants used the snowball technique, namely taking one person to be interviewed and then moving on to other informants in sequence until the required number of informants does obtain.

The types of data that the authors obtained in this field research are primary data and secondary data that are both qualitative and quantitative, including:

- a. Primary Data, namely data obtained directly from informants in the form of information in the field, which includes the state of stunting and the influencing factors. The resource persons were the Village Head, Village Officials, Village Midwives, communities (K.K.) with stunted children, Health Workers at the Health Center, and Yandu Post as a key informant is the District Head of Central Kupang.
- b. Secondary data, namely data obtained through reports/books/records closely related to the problem under study, including data from all activities related to policies for handling the acceleration of stunting reduction and other relevant documents.

### 3.4 Data collection technique

In collecting the data for this research, literature studies, research on documents, observations, and interviews were used with the Government of Kupang Regency, Kupang Tengah District, Village Governments in the Kupang Tengah District, Village Consultative Body, Community Institutions in the Village, target group, and non-target groups that are relevant to the research problem. The types of data collected are primary data and secondary data. Data collection do carry out through techniques namely:

a. To obtain primary data through in-depth interview techniques and structured interviews to obtain a detailed and in-depth explanation of policies and factors influencing the handling of the accelerated reduction of stunting in the Kupang Tengah District area.

b. Observation is also an effort to obtain primary data, a technique of collecting information through Observation while the research process is ongoing. Observations in this study include data on stunting.

c. Documentation Techniques are used to obtain secondary data, namely by examining documents and literature collected from various documents such as laws and regulations, archives, reports, and other supporting documents that contain the opinions of policy experts concerning research.

### 3.5 Data analysis technique

Qualitative analysis in a study does use if the research data taken from the field also has qualitative characteristics. That can be seen from the research variables' morphology and structure and the objectives that should be achieved. Data analysis is arranging and organizing data sequences into a pattern, category, and basic descriptive unit.<sup>14</sup> Furthermore, qualitative data analysis relies on qualitative descriptive strategies and verification; qualitative descriptive strategies do based on inductive and deductive ways of thinking qualitative strategies<sup>15</sup>. Using a qualitative descriptive strategy begins with analyzing various data collected from a study, then moves towards forming categorical conclusions or specific general characteristics. Therefore, this strategy starts with data classification work.

The data analysis technique in this study uses a componential analysis technique which is a qualitative data analysis technique through the analysis of elements that have contrasting relationships with each other in predetermined domains to do analyzed in more detail.

## 4 Discussion

Data from the Ministry of Health of the Republic of Indonesia states that in Indonesia, the prevalence of stunting under five in 2019 has decreased compared to 2018, namely from 30.8 percent to 27.7 percent, but this figure remains high. In 2007, the stunting rate in Indonesia reached 36.8%; in 2010, it reached 34.6%; in 2013, it reached 37.2%; in 2018, it was 30.8%. For comparison, in America in 2010, the stunting rate only reached 2.1%; for Japan, it was 7.1% in 2014, while Malaysia, Thailand, and Singapore were 17%, 16%, and 4%, respectively (makes.go.id, 2020). From a micro perspective, based on the World Health Organization standards, the prevalence of stunting in the NTT Province is very high prevalence of stunting, with the number of stunting cases reaching 43.82%, while of the 22 regencies/cities in the NTT Province, TTS Regency is the district with the highest stunting cases (very high prevalence) at 48.3%.

<sup>14</sup> Patton. 1980. *Metode Penelitian Kualitatif*. Bandung: PT Remaja Rosda Karya.

<sup>15</sup> Bungin, Burhan. 2001. *Metodologi Penelitian Sosial: Format-format Kuantitatif dan Kualitatif*. Surabaya: Airlangga University Press.

The stunting case was to the results of field research that the problem faced by the Team for the Acceleration of Stunting Reduction (TPPS) in Kupang Regency was budget constraints. Nevertheless, TPPS meetings are often held and followed by field visits to track stunting cases involving the relevant regional apparatus organizations. TPPS must fully understand the main tasks, functions, and work mechanisms according to the rules. The TPK's obstacles related to the recruitment pattern could have gone better. Mini-workshops as a forum for discussing the problem of stunting should be held every month but are constrained by the budget so that it has not run optimally.

In general, according to the results of the study, the main tasks and functions of the team for handling the acceleration of stunting reduction (TPPS) are as follows:

- a. The TPPS secretariat needs to function optimally
- b. Funding support for the secretariat is minimal
- c. The convergence program needs to run adequately
- d. The stunting mini workshop (Minilok) has does carried out according to established procedures
- e. The TPPS reconciliation meeting has not yet do hold

A review of document data shows that stunting data has does published, but macro stunting data at the Kupang Regency level is 22.3%. Based on a review of documents on the acceleration of stunting reduction in Kupang Tengah District, Kupang Regency (2022) by 10.79 percent. Therefore, the policy for handling the acceleration of stunting reduction in Kupang Regency needs to pay attention to 3 essential things as follows:

#### **4.1 Optimizing the Acceleration of Stunting Reduction in Nagakeo District**

The study results show that optimizing the acceleration of stunting reduction in Kupang Regency has yet to run optimally. Regulations in the form of decrees (S.K.) related to handling the acceleration of stunting reduction, not all components have received decrees and have a good understanding of their main tasks and functions, and even meetings at the district, sub-district, and village levels have not run optimally according to regulations. Even so, the actions related to handling the acceleration of stunting at the lower levels, namely the District and Village, are running. From a regulatory perspective, efforts need to prevent village-based stunting, requiring a village-based stunting roadmap integrated with the District and District authorities. Specific and sensitive interventions are needed—intervention in handling stunting and its prevention by paying attention to environmental cleanliness and using clean water. Counseling and mentoring need to do carried out on an ongoing basis in schools.

In another aspect, the results of the study show that the handling of stunting pays attention to matters related to data collection on stunting cases, eating patterns, healthy lifestyles, clean water, a healthy environment, preventing promiscuity, assistance, medical interventions (couples of childbearing age, pregnant women, women breastfeeding, toddlers), increase in vegetable and animal food security (small livestock program: poultry, et cetera.), use of yards for food needs. Participation of various elements in the handling of stunting is essential in accelerating the reduction of stunting so that the commitment of the Kupang Regency Government is determined to solve the problem of stunting by carrying out development based on prevention and reduction of stunting, which will do followed up with the Regent's Regulation on Procedures for Handling Stunting.

The results of the TPPS research involved elements of related regional apparatus organizations, community leaders, religious leaders, elements of NGOs (Plan International), police, military, and private parties. Although the Kupang Regency Government is committed to handling the acceleration of stunting reduction, they still need to handle it, including resources and several other factors. On the other hand, the research results show that handling the acceleration of stunting decline is still influenced by local culture, meaning

that married couples have not appropriately managed the time of childbirth, which has implications for growth, neglected children, etcetera. However, they realized that if this condition is maintained, it will result in cases of stunting. Therefore, there is an effort from elements of traditional leaders together with the local government to carry out a campaign on stunting which is a joint homework.

The results showed that several elements from both TPPS and community leaders, religious leaders, TNI, Polri, and OPD within the scope of the Kupang Regency Government showed that the handling of the accelerated reduction of stunting in Kupang Regency had does carried out optimally. That is to the review of documents that the main tasks and functions of TPPS itself need to be better understood. On the other hand, meetings have yet to be held among TPPS to discuss the main tasks and functions of TPPS.

#### **4.2 Implementation of the Essence of Convergence in Collaborative Work in Central Kupang District, Kupang Regency**

From the aspect of the Implementation of the essence of convergence in collaborative work, according to the results of the research, it shows that the Implementation has not run optimally, meaning that the implementers of the stunting reduction acceleration program at the lower level carry out the stunting reduction acceleration program, but does still constrained by the lack of health facilities, conditions of food availability, patterns of empowerment and sustainability. In collaboration, it is running but not integrated into the top level; it is still more at the sub-district level. Cross-agency collaboration, handling the accelerated reduction of stunting with related institutions such as the Health Service, the Ministry of Religion, and other institutions, must be built as good cooperation partners.

The results of the study show that the aspects of implementing the essence of convergence in collaborative work in Kupang Tengah District, Kupang Regency, that although TPPS has not carried out its main tasks and functions optimally, various elements have taken actions to accelerate the reduction in stunting rates. The observations show that outreach activities have does carried out as a preventive measure against stunting by collecting data on children experiencing economic problems. Efforts to prevent stunting must be carried out in various ways, namely, strengthening children's capacity, improving parenting patterns, and healthy food.

The study results show that even though the stunting rate in Kupang Regency has decreased, efforts to prevent stunting are still being carried out so that new stunting cases do not arise. Facts on the ground show a lack of child care and having a Family Planning (K.B.) village but constrained by budgetary factors for collaboration with other elements, so even so, a convergence movement is needed to build collaboration. The study results in show that good planning does need regarding the handling of stunting, the mapping of target groups followed by outreach that is not only educative but also physical therapy further to increase public awareness about the importance of stunting prevention. Self-criticism of stunting campaigns, which so far has not been optimal in the target group, is still more in the elite group. The study results show that stunting prevention is changing people's perspectives and ways of thinking and changing patterns of healthy living behavior. He also explained that economic factors trigger stunting cases, so good financial management is needed to improve child nutrition.

The observations show that preventing stunting is done through concrete efforts, namely assisting pregnant women, nutritional intake, and changing behavior. The stunting issue is a public issue with a risk, so it needs to does solved by working together with all related elements. Stunting requires strong policies supported by exemplary Implementation. Facts on the ground show that stunting is not very popular and has yet to be known by various groups, affecting who is responsible for handling it. Moreover, various elements are responsible for handling stunting. What is the process and progress? Because stunting is a problem, it requires balanced teamwork from local government and community elements because stunting is a problem.

According to social media, stunting is a phenomenon that lives in the digital era and triggers an increase in stunting status caused by a generation that follows a diet. It is necessary to build a model for handling the acceleration of stunting reduction in the Kupang Regency. Moreover, always carry out socialization on stunting in the field. The research results show that mothers pay less attention to children because they are busy, so children are always entrusted to grandmothers, housekeepers, and neighbors. That indicates a need for knowledge of mothers in terms of parenting, nutrition, and sanitation arrangements.

#### **4.3 Opportunities for parents to care about stunting or foster fathers for stunting children**

Regarding opportunities for Implementation, parents care about stunting or foster fathers of stunted children in Kupang Regency. Research shows that parents care about stunting or foster fathers of stunted children have implemented. The study results show that the State Civil Apparatus has stunted foster children and mothers. In fact, according to the results of field observations in the Kupang Tengah District, there is already a foster mother for one stunted child.

Opportunities for parents who care about stunting or foster fathers for stunting children in Kupang Regency seem to be running. The study results show that the TNI and Polri have stunted children. Even within the TNI, a command system does implement; namely, if a superior or commander has a stunted foster child, then at the subordinate/staff level, they must also have a stunted foster child. What does implement within the Indonesian National Armed Forces (TNI) is an example of other elements as foster fathers of stunting in preventing stunting cases in Kupang Tengah District, Kupang Regency.

### **5 Conclusion**

There are several conclusions from the results of a policy study on handling the acceleration of stunting reduction in Kupang Tengah District, Kupang Regency. Locally, at the Kupang Regency level, although the prevalence of stunting has decreased, efforts to eliminate stunting are still faced with problems related to the main tasks and functions of TPPS in Central Kupang District, Kupang Regency, which have yet to run. Implementing the program to accelerate the reduction of stunting absolutely must be carried out in a convergence manner across sectors, the government, the community, and elements of stunting observers. According to the research results, Kupang Regency shows that this aspect does carry out but still needs to be more effective. Integrated coordination, harmonization, and synchronization of cross-sectoral programs and activities from every region level at the same target and locus require more intervention so that collaboration can work somewhat in handling the accelerated reduction of stunting. Adopting the stunting foster parent movement (OTPS) or stunting foster fathers (BAAS) is a concrete form of direct intervention in the plan to accelerate the stunting rate in each region. The study results indicated that stunting foster fathers (BAAS) in Kupang Tengah District, Kupang Regency, already existed, although not all elements were stunting foster fathers. In Central Kupang District, Kupang Regency, it does found that there were figures from the State Civil Apparatus who had foster children.

#### **5.1 Suggestion**

The recommendations put forward in handling stunting in Kupang Tengah District, Kupang Regency, namely the need to optimize TPPS, increase understanding, and TPPS meetings at all levels, both Regency, District, and Village regarding the main tasks and functions that must do carried out so that the handling of accelerated reduction of stunting becomes more effective. Implementation of the nature of convergence so that it does optimize interventions carried out in an organized and integrated manner. It was increasing

collaborative cooperation at the same locus and the same substance. There needs to be a behavior change so. Far culturally, in social celebrations, gentlemen always get service first in terms of enjoying food and drink, it has to do reversed for children and mothers, and pregnant women to come first. Increase in the Foster Parent's Care for Stunting Movement (OTPS) or stunting foster fathers as a concrete form of direct intervention to accelerate the reduction of stunting in each region, increasing the number of foster parents who care about stunting so that they multiplied by various elements along with an understanding regarding the intervention model of the foster father movement.

## Reference

- Abdul Wahab solichin. (1997). *Analisis kebijaksanaan, dari Formulasi Ke implementasi kebijaksanaan Negara*, Jakarta: Edisi Kedua, Bumi Aksara.
- Akbar, Husaini Usman, Purnomo Setiadi (2009) *Metodologi Penelitian Sosial*, Jakarta: Bumi Aksara.
- Agustino, Leo. (2016). *Dasar-Dasar Kebijakan Publik*. Bandung. Alfabeta.
- Bungin, Burhan. 2001. *Metodologi Penelitian Sosial: Format-format Kuantitatif dan Kualitatif*. Surabaya: Airlangga University Press.
- Dunn, W. N. (2003). *Pengantar Analisis Kebijakan Publik*. Yogyakarta: UGM. Press
- Gibney, M. J. (2004). *The ethics and politics of asylum: Liberal democracy and the response to refugees*. Cambridge University Press.
- Hagos, S. Et Al. (2017). Spatial Heterogeneity and Risk Factors for Stunting among Children Under Age Five in Ethiopia: A Bayesian Geo-Statistical Model, National Institutes of Health, Pp 1–19, doi: 10.1371 Retrieved 18 Oktober 2019 from Journal.pone.0170785.
- Kartikawati, N.D, 2011, Buku Ajar Dasar-Dasar Keperawatan Gawat Darurat, Jakarta : Salemba Medika
- Mercedes de Onis, Francesco Branca. 2016. *Childhood stunting: a global perspective*. First published: 17 May 2016. Department of Nutrition for Health and Development, World Health Organization, Geneva, Switzerland. <https://doi.org/10.1111/mcn.12231>
- Miles, M.B, Huberman, A.M, dan Saldana, J. 2014. *Qualitative Data Analysis, A Methods Sourcebook, Edition 3. USA: Sage Publications*. Terjemahan Tjetjep Rohendi Rohidi, UI-Press.
- Miles, Mattew B dan Amichael Huberman. 2007. *Analisis Data Kualitatif Buku Sumber tentang Metode-Metode Baru*. Terjemahan Tjetjep Rohendi Rohisi. Jakarta: Universitas Indonesia.
- Nugroho D, Riant. (2006). *Kebijakan Publik, Formulasi, Implementasi, dan. Evaluasi*. Jakarta: Gramedia.
- Olofin I., McDonald C.M., EzzatiM., FlaxmanS., BlackR.E., Fawzi W.W. (2013). *Associations of Suboptimal Growth With All-Cause And Cause-Specific Mortality in Children Under five Years: Apooled Analysis Of Ten Prospective Studies*. PLoS One 8, e64636.
- Patton. 1980. *Metode Penelitian Kualitatif*. Bandung: PT Remaja Rosda Karya.
- Prendergast A.J. & Humphrey J.H. .2014. *The Stunting Syndrome In Developing Countries*. Pediatrics and International Child Health 34, 250 –265
- UNICEF (2018). Undernutrition contributes to nearly half of all deaths in children under five and is widespread in Asia and Africa. <https://data.unicef.org/topic/nutrition/malnutrition/>
- Wibawa, S. (1994). *Kebijakan publik. Proses dan Analisis, Intermedia, Jakarta*.

WHO. (2010). Nutrition Landscape Information System (NLIS) Country Profile Indicators: Interpretation Guide. In Nutrition landscape information system (NLIS) Country Profile. Geneva: World Health Organization. Retrieved from

World Bank. Claudia Rokx, Ali Subandoro, Paul Gallagher. 2018. *Indonesia's Ambition to Reduce Stunting*. <https://doi.org/10.1596/30151>

World Health Organization (WHO) 2014. Global Nutrition Targets 2025 Stunting Policy Brief.

World Health Organization (WHO). 2004. *The Importance of Caregiver-Child Interactions for The Survival and Healthy Development Of Young Children A Review. Department of Child and Adolescent Health and Development*. [http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/42878/1/9241591\\_34X.pdf](http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/42878/1/9241591_34X.pdf)

## Document

Bappenas. (2018). Intervensi Penurunan Stunting. In Pedoman Pelaksanaan Intervensi Penurunan Stunting Terintegrasi di Kabupaten/Kota (Issue Juni). [http://tnp2k.go.id/filemanager/files/Rakornis\\_2018/Pedoman\\_Pelaksanaan\\_Intervensi\\_Penurunan\\_Stunting\\_Terintegrasi\\_Di\\_Kabupaten\\_Kota.pdf](http://tnp2k.go.id/filemanager/files/Rakornis_2018/Pedoman_Pelaksanaan_Intervensi_Penurunan_Stunting_Terintegrasi_Di_Kabupaten_Kota.pdf)

Instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 2017 tentang Gerakan Masyarakat Hidup Sehat

Keputusan Gubernur Nusa Tenggara Timur Nomor 324/KEP/HK/2018 tentang Komisi Percepatan Penanggulangan Stunting di Provinsi Nusa Tenggara Timur;

Keputusan Menteri Kesehatan Nomor 1995/MENKES/SK/XII/2010 tentang Standar Antropometri Penilaian Status Gizi Anak,

Peraturan Menteri Perencanaan Pembangunan Nasional/Kepala Badan Perencanaan Pembangunan Nasional Nomor 15 Tahun 2018 tentang pemutakhiran Rencana Kerja Pemerintah Tahun 2019.

Peraturan Menteri Perencanaan Pembangunan Nasional/Kepala Badan Perencanaan Pembangunan Nasional Nomor 1 Tahun 2018 tentang Rencana Aksi Pangan dan Gizi yang menetapkan RAN-PG, Pedoman Penyusunan RAD-PG, dan Pedoman Pemantauan dan Evaluasi RAN/RAD-PG, Surat Keputusan Menteri Koordinator Kesejahteraan Rakyat Nomor Tahun 2014 tentang Tim Teknis Gerakan Nasional Percepatan Perbaikan Gizi

Peraturan Presiden Nomor 2 Tahun 2015 tentang Rencana Pembangunan Jangka Menengah Nasional 2015-2019

Peraturan Presiden Nomor 42 Tahun 2013 tentang Gerakan Nasional Percepatan Perbaikan Gizi

Peraturan Presiden Nomor 59 tahun 2017 tentang Pelaksanaan Pencapaian Tujuan Pembangunan Berkelanjutan (TPB).

Peraturan Presiden Nomor 72 Tahun 2018 tentang Rencana Kerja Pemerintah Tahun 2019

Peraturan Presiden Nomor 79 Tahun 2017 tentang Rencana Kerja Pemerintah Tahun 2018

Peraturan Presiden Nomor 83 Tahun 2017 tentang Kebijakan Strategis Pangan dan Gizi

Peraturan Presiden RI Nomor 72 Tahun 2021 tentang Percepatan Penurunan Stunting.

Surat Keputusan Deputi bidang Sumber Daya Manusia Kementerian Perencanaan Pembangunan Nasional/Badan Perencanaan Pembangunan Nasional Nomor 37/D.1/06/2014 tentang Kelompok Kerja Gerakan Nasional Percepatan Perbaikan Gizi

Undang-undang Nomor 18 Tahun 2012 tentang Pangan

Undang-undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah RPJMN 2020-2024

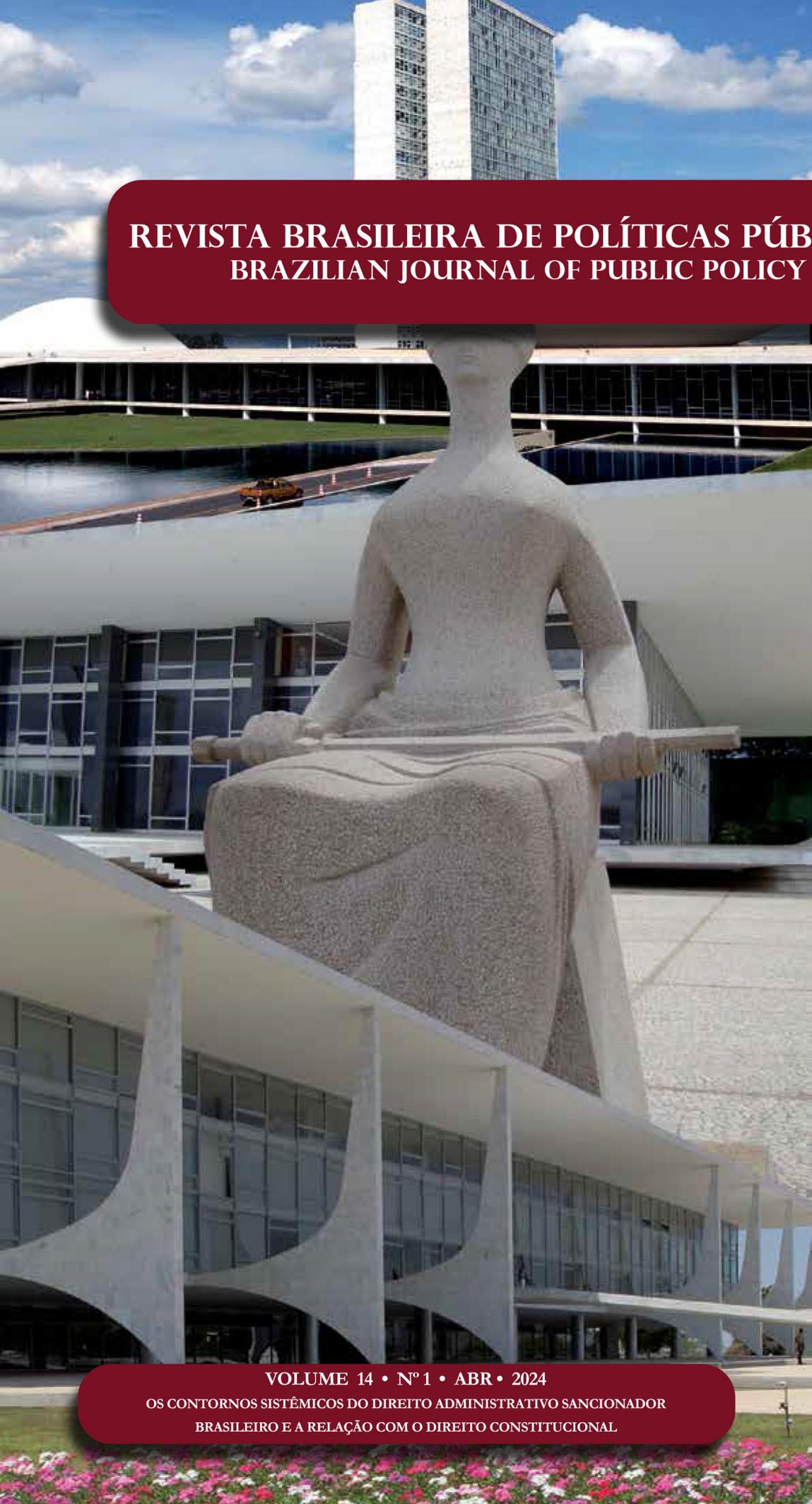
Undang-undang Nomor 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan

**OUTROS TEMAS EM POLÍTICAS PÚBLICAS**

The logo for CEUB (Centro Universitário de Brasília) features the letters 'CEUB' in a bold, white, sans-serif font. The letter 'B' is stylized with a vertical line through its center, resembling a Greek letter beta.

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

The cover image shows a large, white, modern building with a prominent, abstract, curved facade. In the foreground, a large, white, stone statue of a seated woman is visible. The statue is holding a long, thin object, possibly a scroll or a book. The background shows a clear blue sky with some clouds and a tall, modern building in the distance.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Harnessing Novel Technologies to Fortify Anti-Corruption Efforts:**

Assimilating India's Experiences into Uzbekistan's Fight against Criminality

**Aproveitando Novas Tecnologias para Fortalecer os Esforços Anticorrupção:**

Assimilando as Experiências da Índia na Luta do Uzbequistão Contra a Criminalidade

Abhishek Thommandru

Fazilov Farkhod Maratovich

VOLUME 14 • Nº 1 • ABR • 2024

OS CONTORNOS SISTÊMICOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR  
BRASILEIRO E A RELAÇÃO COM O DIREITO CONSTITUCIONAL

# Harnessing Novel Technologies to Fortify Anti-Corruption Efforts: Assimilating India's Experiences into Uzbekistan's Fight against Criminality\*

## Aproveitando Novas Tecnologias para Fortalecer os Esforços Anticorrupção: Assimilando as Experiências da Índia na Luta do Uzbequistão Contra a Criminalidade

Abhishek Thommandru\*\*

Fazilov Farkhod Maratovich\*\*\*

### Abstract

Corruption casts a long shadow over Uzbekistan's socio-political landscape, hindering economic growth and social harmony. To confront this formidable challenge, Uzbekistan seeks to draw upon India's extensive experience harnessing New Emerging Technologies (NET), such as the Digital India mission and the Unified Payments Interface (UPI), for effective anti-corruption measures. This paper conducts a comprehensive exploration of Uzbekistan's corruption landscape, unveiling the historical, cultural, and institutional factors fueling this pervasive issue. It delves into corruption's severe consequences on Uzbekistan's economy, governance, and society, underscoring the critical need for robust anti-corruption strategies. Leveraging India's proven insights, the paper meticulously dissects successful strategies tailored to the Indian context, including strengthening anti-corruption laws, empowering agencies, fostering transparency, promoting accountability, and engaging civil society. Recognizing that combating corruption demands a multi-dimensional approach, it advocates a holistic strategy encompassing legal, institutional, societal, and cultural dimensions. Through comparative analysis, the research offers recommendations for Uzbekistan's anti-corruption arsenal. These include establishing specialized agencies, enacting comprehensive anti-corruption legislation, promoting transparency and accountability via digital platforms, and nurturing a culture of integrity through education and awareness initiatives. While acknowledging disparities between Uzbekistan and India, the paper underscores adapting strategies to the local context through institutional capacity-building, international collaboration, and civil society engagement. Unwavering political commitment and leadership are stressed as pivotal. The integration of India's experiential insights and strategic utilization of NET provide Uzbekistan a unique opportunity to confront pervasive corruption. By embracing these recommendations tailored to its context, Uzbekistan can aspire to a more transparent, accountable, and corruption-free society – paving the way for sustainable development, good governance, and social justice.

\* Recebido em: 21/10/2023  
Aprovado em: 20/05/2024

\*\* Dr. Abhishek Thommandru, Assistant Professor at Alliance University, Bengaluru, India. B.A.LL.B. (Hons) from Damodaram Sanjivayya National Law University, LL.M from Andhra University and a Ph.D. in Anti Money Laundering laws from VIT AP University, Amaravati, India. A prolific writer, with many works published in various reputable journals. Diploma in Civil Law from Pantheon - Assas University Paris II (QS Ranking 26th World University Rankings 2022) and in Financial Crime, Corruption & Money Laundering from Aristotle University of Thessaloniki, Greece in 2022. E-mail: abhithommandru@gmail.com.

\*\*\* Fazilov Farkhod Maratovich is the Acting Professor of the Department of Criminal Law, Criminology, and Anti-Corruption at Tashkent State University of Law. Holding a Doctor of Law degree, he is also an Associate Professor and practicing lawyer. He is a member of the International Law Association. His research interests focus on anti-money laundering, combating corruption, and comparative law. He has published over 100 articles in leading legal journals and authored several monographs. As a member of the editorial board of the journal "Economics and Society," he actively participates in international conferences. He supervises doctoral projects and consults on legal matters nationally and internationally. E-mail: fazilov.farkhod@gmail.com

**Keywords:** Criminoverse; Uzbekistan; Anti-corruption; Governance; Transparency.

## Resumo

A corrupção projeta uma longa sombra sobre o cenário sócio-político do Uzbequistão, dificultando o crescimento econômico e a harmonia social. Para enfrentar esse desafio formidável, o Uzbequistão busca aproveitar a vasta experiência da **Índia** na utilização de Novas Tecnologias Emergentes (NET), como a missão Digital **Índia** e a Interface Unificada de Pagamentos (UPI), para medidas eficazes contra a corrupção. Este trabalho realiza uma exploração abrangente do cenário de corrupção no Uzbequistão, revelando os fatores históricos, culturais e institucionais que alimentam esse problema generalizado. Ele explora as graves consequências da corrupção na economia, governança e sociedade do Uzbequistão, ressaltando a necessidade crítica de estratégias anticorrupção robustas. Aproveitando os conhecimentos comprovados da **Índia**, o trabalho analisa minuciosamente as estratégias bem-sucedidas adaptadas ao contexto indiano, incluindo o fortalecimento das leis anticorrupção, o empoderamento de agências, o fomento da transparência, a promoção da responsabilidade e o engajamento da sociedade civil. Reconhecendo que o combate à corrupção exige uma abordagem multidimensional, defende uma estratégia holística que englobe as dimensões jurídica, institucional, social e cultural. Por meio de análise comparativa, a pesquisa oferece recomendações para o arsenal anticorrupção do Uzbequistão. Estas incluem o estabelecimento de agências especializadas, a promulgação de legislação anticorrupção abrangente, a promoção da transparência e responsabilidade por meio de plataformas digitais, e o cultivo de uma cultura de integridade através de iniciativas de educação e conscientização. Embora reconheça disparidades entre o Uzbequistão e a **Índia**, o trabalho enfatiza a adaptação de estratégias ao contexto local por meio do desenvolvimento de capacidades institucionais, colaboração internacional e engajamento da sociedade civil. O compromisso político inabalável e a liderança são enfatizados como fundamentais. A integração dos insights experienciais da **Índia** e a utilização estratégica das NETs proporcionam ao Uzbequistão uma oportunidade **única** de enfrentar a corrupção generalizada. Ao abraçar essas recomendações adaptadas ao seu contexto, o Uzbequistão pode aspirar a uma sociedade mais transparente, responsável e livre de corrupção - pavimentando o caminho para o desenvolvimento sustentável, a boa governança e a justiça social.

**Palavras-chave:** Criminoverse; Uzbequistão; Anticorrupção; Governança; Transparência.

## 1 Introduction

Corruption in Uzbekistan is a deep-rooted and multifaceted issue, intertwined with the nation's complex historical and political context. Its pervasive influence extends beyond financial misappropriation, hindering development and progress. Addressing this critical problem requires a strategic and innovative approach that fosters good governance and integrity. In this context, drawing upon the experiences and insights from India, a country renowned for its diverse anti-corruption initiatives and reform efforts, offers a promising avenue to strengthen Uzbekistan's anti-corruption strategies.

This paper explores Uzbekistan's complex criminoverse, focusing on the persistent issue of corruption that has long plagued the nation. The multifaceted nature of corruption is intricately linked to historical legacies and contemporary political dynamics, creating a challenging landscape that demands a comprehensive response. As Uzbekistan confronts the daunting task of combating corruption, it is crucial to seek inspiration and learn from successful anti-corruption experiences. This paper examines the intricate web of corruption within Uzbekistan's criminal justice system while also delving into India's achievements in

implementing anti-corruption reforms. By integrating these insights, we strive to identify potential solutions and develop a more effective approach to tackle corruption in Uzbekistan.

India's experience in fighting corruption has generated valuable qualitative data, revealing effective strategies and initiatives that can be adapted to Uzbekistan's unique context. With a focus on harnessing new emerging technologies (NET), such as blockchain-enabled Know Your Customer (KYC) systems and other practices that foster accountability and transparency in the economy and governance, India's insights offer a rich knowledge base. This research conducts a thorough analysis, including qualitative case studies, expert interviews, and meticulous data examination, to explore how India's anti-corruption insights can be applied to Uzbekistan's specific circumstances. It aims to demonstrate how these insights, despite being developed in a different socio-political environment, can be tailored and customized to address the complex nuances of corruption in Uzbekistan.

Acknowledging the diverse challenges and opportunities in Uzbekistan, this paper avoids proposing a one-size-fits-all solution. Instead, it advocates for a context-specific approach, tailored to Uzbekistan's unique needs in combating corruption. By critically examining and synthesizing India's experiences, this research seeks to provide Uzbekistan with a roadmap to strengthen its anti-corruption efforts through the promotion of transparency, accountability, and ethical governance.

This paper envisions how Uzbekistan can learn from India's experiences and integrate these New Emerging Technology insights into its own anti-corruption narrative. By embracing and adapting these lessons, Uzbekistan can take a significant step towards fostering a culture of integrity and justice, ultimately enhancing the well-being and prosperity of its citizens.

## 1.1 Uzbekistan's Landscape of Corruption and Criminality: An Overview

The term "criminoverse" encompasses the intricate tapestry of cultural, political, legal, social, and economic elements that shape the environment in which criminal activities occur and are confronted. It represents the universe of crime within a specific geographic area, whether it be a nation, region, or community. The criminoverse is a dynamic and multifaceted system, influenced by a plethora of factors, including historical legacies, geographical characteristics, demographic composition, infrastructure, institutional frameworks, societal norms, values, and belief systems. It not only includes the crimes themselves but also the approaches and mechanisms used to prevent, detect, investigate, prosecute, and punish these offenses. As societies transform, so does the criminoverse, evolving to accommodate new forms of criminal activity, emerging technologies, and changes in social, political, and economic circumstances. Consequently, understanding the criminoverse is crucial for the effective operation of law enforcement, the criminal justice system, and crime prevention initiatives.

Uzbekistan, situated in the heart of Central Asia, faces a widespread issue of corruption and crime, as highlighted by its position on the Corruption Perceptions Index. In 2020, Uzbekistan ranked 153rd out of 180 countries, and despite slight improvements in 2022, its ranking of 120th out of 180 countries remains alarming. This ranking emphasizes the significant challenge that corruption poses within the country. In Uzbekistan, corruption manifests in various forms, ranging from everyday instances of petty corruption in routine services to more severe cases of high-level corruption deeply ingrained within government institutions. Bribery, nepotism, and embezzlement are among the most common forms of corruption affecting Uzbekistan's socio-political landscape. Furthermore, the country's law enforcement agencies encounter substantial hurdles in tackling crime, particularly organized criminal activities such as drug trafficking, human trafficking, and the presence of well-established criminal networks. Although the government has made notable efforts to combat corruption and crime, these endeavors have underscored the urgent need for comprehensive and transformative reforms to establish a robust anti-corruption framework in Uzbekistan.

Organized crime poses a significant challenge within Uzbekistan's criminal justice system. Sophisticated crime syndicates wield extensive influence, operating through deeply entrenched networks nationwide. To combat this threat, the Uzbekistani government has formed specialized units focused on investigating and prosecuting organized crime. However, these efforts have faced obstacles, including administrative hurdles and external factors that have at times hindered their impact.

India's experience tackling similar issues, particularly its battle against the notorious Mumbai underworld, offers valuable insights Uzbekistan can draw upon. India has employed a comprehensive approach involving intelligence-driven operations, proactive law enforcement tactics, and tough anti-organized crime legislation to disrupt and dismantle criminal enterprises. By adopting analogous strategies, Uzbekistan could substantially bolster its ability to counter organized crime while concurrently reinforcing its overall criminal justice framework.

## 2 India's experience in anti-corruption measures

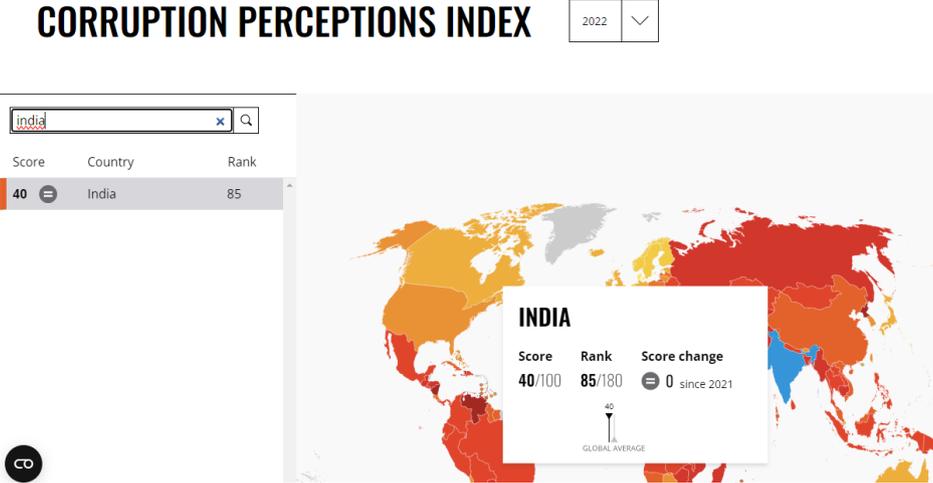
To combat its detrimental impacts, the nation has adopted a wide range of anti-corruption initiatives. Chief among these was the formation of the Central Vigilance Commission in 1964, which has played a crucial role in overseeing and investigating corruption cases within government entities. The Right to Information Act of 2005 was a landmark legislation that significantly enhanced transparency and deterred corruption by allowing citizens to access government records. Additionally, the Lokpal and Lokayuktas Act, passed in 2014, was a major step forward in creating an independent anti-corruption body responsible for investigating corruption allegations against public servants.

However, it's important to recognize that despite these laudable measures, corruption remains deeply entrenched in Indian society. Bribery and nepotism continue to be widespread in government and business dealings, highlighting the immense challenge of tackling systemic corruption that is so deeply rooted. This persistent issue underscores the need for sustained, creative approaches to effectively address and reduce corruption in India.

In recent years, the Indian government has launched several initiatives to tackle corruption, reflecting the country's shifting priorities in this area. These include legislative actions like the Prevention of Corruption Act of 1988, setting up key institutions such as the Central Vigilance Commission and the Central Bureau of Investigation, and introducing transformative programs like the Unified Payments Interface (UPI) and Digital India. UPI, an innovative digital payments platform, has substantially decreased opportunities for corruption by enabling safe and seamless online transactions. Furthermore, the Digital India program seeks to digitize all government services, reducing the scope for corruption. The government has also launched initiatives like "Jan Dhan Yojana" to provide universal access to bank accounts, enhancing financial transparency. At the same time, the "Direct Benefit Transfer" program has been implemented to transfer government subsidies straight into beneficiaries' bank accounts, eliminating middlemen and reducing corruption risks. These proactive steps offer valuable lessons and inspiration for other countries battling corruption, highlighting the potential effectiveness of similar measures, such as digitalization, in reducing corrupt practices.

However, despite the numerous anti-corruption measures, India's fight against corruption has experienced both achievements and challenges. The Lokpal and Lokayuktas Act of 2013, while a significant step towards preventing corruption, has faced hurdles in its implementation. The Right to Information Act of 2005, a crucial tool for promoting transparency and accountability in government agencies, encounters obstacles due to public officials' unwillingness to disclose information and citizens' lack of awareness about the Act's provisions. The introduction of e-governance initiatives, particularly Digital India, has

simplified government procedures but struggles with problems like insufficient cybersecurity safeguards. At the same time, the controversial demonetization in 2016 and the rollout of the Goods and Services Tax (GST) revealed shortcomings in the government’s capacity to effectively plan and implement anti-corruption initiatives. However, these experiences provide important lessons, allowing India to improve and strengthen its anti-corruption tools, with digitalization and UPI becoming key weapons in the battle against corruption.



**Figure 1** International ranking of corruption: India

**2.1 Relatability of India’s experience in Uzbekistan’s context**

India’s anti-corruption efforts provide valuable lessons for Uzbekistan, as both countries face widespread and systemic corruption. India’s anti-corruption movement, exemplified by the Lokpal bill of 2011-2012, presents a potential model for Uzbekistan to strengthen its anti-corruption framework. Like India, Uzbekistan has seen the rise of civil society organizations demanding greater transparency and accountability in government, driving support for anti-corruption legal reforms. Furthermore, India’s effective use of technological solutions, such as the Public Interest Disclosure and Protection of Persons Making the Disclosures Bill of 2010, has expanded the reach of anti-corruption efforts to remote and underserved regions. Uzbekistan, facing similar infrastructure and accessibility challenges, can also leverage such technological innovations to overcome these obstacles. By learning from India’s experiences and approaches, Uzbekistan can effectively tackle corruption and foster a culture of transparency and accountability.

Moreover, it’s crucial to acknowledge the significant role the private sector plays in reducing corruption in Uzbekistan. Companies must adopt and uphold ethical and transparent business practices to set a positive example for others to follow. This requires implementing strong internal controls, such as comprehensive anti-bribery and anti-corruption policies and procedures. Additionally, nurturing a corporate culture that values integrity and honesty is essential for maintaining ethical behavior. Furthermore, companies should recognize the wider impact of their actions on society and take responsibility for their broader influence. Collaborative efforts between the private sector and the government to promote anti-corruption initiatives and support their implementation can be highly effective. By working together, these organizations can create an environment characterized by transparency, accountability, and ethical conduct, thereby effectively fighting corruption in Uzbekistan.

Uzbekistan Corruption Rank						
The Corruption Perceptions Index ranks countries and territories based on how corrupt their public sector is perceived to be. A country or territory's rank indicates its position relative to the other countries and territories in the index.						
Actual	Previous	Highest	Lowest	Dates	Unit	Frequency
126.00	140.00	177.00	68.00	1999 - 2022		Yearly

**Figure 2**-Uzbekistan Corruption Rank

Uzbekistan has recently undergone a significant reform of its anti-corruption policies. In 2017, President Mirziyoyev announced the creation of a dedicated anti-corruption agency responsible for investigating and prosecuting corruption cases. This marks a notable shift from the previous system, which primarily relied on the Prosecutor General's office to handle corruption cases. The newly established agency is a promising development in Uzbekistan's fight against corruption, as it comprises trained investigators and prosecutors who are better equipped to tackle complex corruption cases. Moreover, the introduction of mandatory asset declarations for public officials represents a crucial step in enhancing transparency and accountability. However, there are concerns that the Uzbekistani government's current anti-corruption approach may place too much emphasis on punitive measures, potentially overshadowing the essential need to address the underlying causes of corruption, such as weak institutional frameworks and lack of transparency.



**Figure 3** The World Bank CPIA Transparency, Accountability, and Corruption in public sector

### 3 Current Policies Instituted by the Uzbekistani Government<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Staples, J. (1993). Soviet use of corruption purges as a control mechanism: the Uzbekistan case. Past Imperfect, 2.

The Uzbek Criminal Code covers several actions that are internationally recognized as corrupt practices, including embezzlement, abuse of public office, and various forms of bribery. However, there are notable gaps in the Criminal Code that require attention. For instance, there are no specific provisions for bribing foreign public officials or offering gifts to public officials. Furthermore, the code does not define offenses related to non-material gain bribery, third-party bribery, or the promise of a bribe, as distinct from the actual exchange of bribes. Moreover, Uzbekistan's legislative framework differs from OECD conventions, especially in how it distinguishes between bribery in the private and public sectors, which may raise concerns about the proportionality of criminal penalties for private sector offenses.<sup>2</sup>

Uzbekistan's approach to regulating conflicts of interest is significantly limited, with a narrow definition of the term and a lack of comprehensive regulation. There are no legal restrictions on post-public service employment, even within entities previously overseen by the respective public servant. Furthermore, the country does not mandate asset disclosure by public officials or have a systematic procedure for evaluating conflicts of interest in public procurement.

Moreover, Uzbekistan lacks legal safeguards to protect whistleblowers who report corruption allegations, highlighting a significant gap in its anti-corruption framework. Although the Uzbekistani government has implemented policies aimed at modernization, liberalization, and economic growth, along with efforts to combat corruption, challenges persist. These include limited independent media outlets and political opposition, which hinder comprehensive corruption eradication and the promotion of democratic governance. Addressing these challenges will require continued government attention and intervention to build a more transparent and accountable system.

Despite progress in Uzbekistan's efforts to combat corruption and organized crime through increased transparency and accountability, eradicating corruption entirely remains a challenging task. While the government has raised penalties for corruption and empowered law enforcement, systemic issues such as weak institutional frameworks and insufficient political will persist. The economy's reliance on extractive industries also makes it vulnerable to corruption. Addressing these foundational problems is crucial to effectively tackling corruption and associated criminal activities.

Additionally, Uzbekistan's judiciary lacks independence, often collaborating closely with prosecutors and law enforcement, and acquittals are rare. The legal system emphasizes obtaining confessions, and bribery is sometimes used to avoid conviction, particularly in politically significant cases. Unfortunately, impartial judicial forums are scarce, especially in major business disputes, further complicating the fight against corruption and organized crime.<sup>3</sup>

The Higher Economic Court, which is purportedly responsible for overseeing economic matters, is not considered a reliable venue for resolving disputes by business people. In fact, this court has been implicated in numerous contentious expropriation cases and unfavorable judgments against foreign investors, as detailed in the preceding section of this report.

Independent legal practitioners have faced persistent harassment and pressure from state authorities for a prolonged period. Securing adequate legal defense counsel is a challenging task for most individuals accused of crimes. This predicament has been exacerbated since January 2009 when a new law came into effect, effectively dismantling previously autonomous lawyers' associations and replacing them with an entity subordinate to the Ministry of Justice.

According to a Human Rights Watch report, this law has significantly weakened the criminal defense bar, effectively silencing advocates who were willing to take on politically sensitive cases and raise allegations

2 Urinboyev, R., & Svensson, M. (2018). Corruption, social norms and everyday life in Uzbekistan. *Corruption and norms: Why informal rules matter*, 187-210.

3 Lasslett, K., Kanji, F., & McGill, D. (2017). 'A Dace with a Cobra': Confronting Grand Corruption in Uzbekistan.

of torture in court. This development has further undermined the independence and effectiveness of legal representation in Uzbekistan, making it even more difficult for those accused of crimes to receive a fair trial and protect their rights.

The lack of trust in the Higher Economic Court and the erosion of the independence of legal practitioners highlight the systemic challenges faced by Uzbekistan’s legal system. These issues not only impact the business environment and foreign investment but also have far-reaching consequences for the protection of human rights and the rule of law in the country.<sup>4</sup>

In Uzbekistan, recent legal changes have diminished the autonomy of lawyers, making them dependent on the executive branch. Media reports often highlight cases of judges in both civil and criminal proceedings accepting bribes. A survey of businesses found that more than 20% confessed to paying bribes “frequently,” “usually,” or “always” during court proceedings. However, it’s crucial to differentiate these instances from cases involving prominent political or business figures. In high-profile cases, judges frequently face restricted discretion and are pressured to adhere to the decisions dictated by those wielding significant influence.<sup>5</sup>

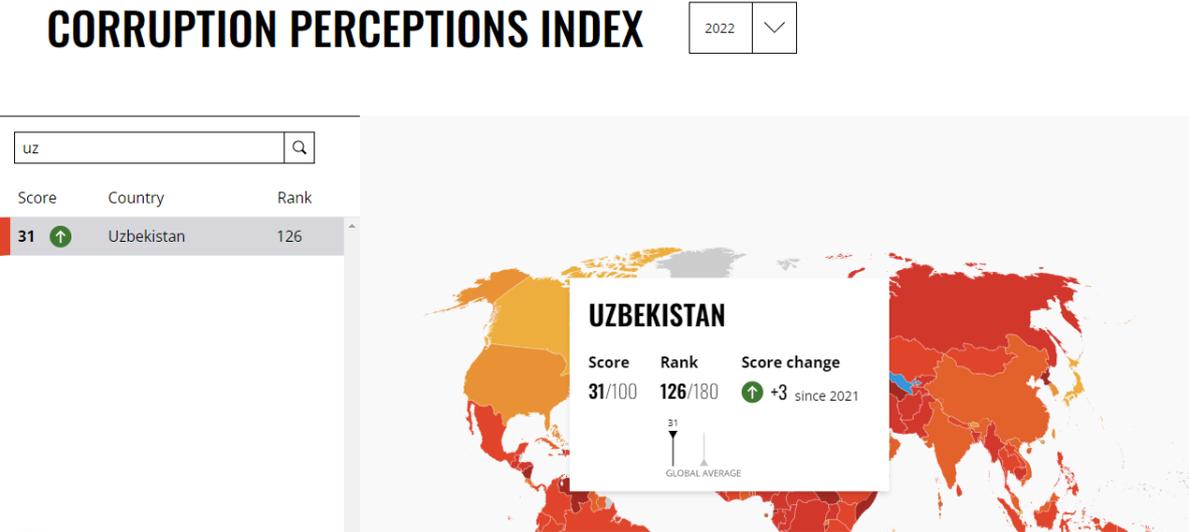


Figure 4 Corruption perceptions index Uzbekistan

### 3.1 Legal loopholes exploited by corrupt individuals or syndicates

Legal and institutional weaknesses in Uzbekistan have enabled corrupt individuals and networks to act with considerable impunity, a situation that mirrors the challenges faced by many other nations grappling with corruption.<sup>6</sup> While recognizing the initiatives undertaken to confront these challenges, it’s crucial to acknowledge that considerable hurdles still exist. Corrupt entities in Uzbekistan have exploited various legal loopholes, such as:

1. **Bureaucratic Complexity:** Intricate bureaucratic processes, combined with limited transparency, can prolong administrative procedures. This creates opportunities for corrupt officials to expedite processes in exchange for bribes.
2. **Inconsistent Application of Anti-Corruption Laws:** Despite the existence of anti-

4 Urinboyev, R., & Svensson, M. (2013). Living law, legal pluralism, and corruption in post-Soviet Uzbekistan. *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 45(3), 372-390.  
 5 Desalegn Abraha, Akmal S. Hyder. (2021). *Transformation of Strategic Alliances in Emerging Markets*. Volume I, Emerald Group Publishing.  
 6 Caiden, G. E., & Caiden, N. J. (2018). Administrative corruption. In *Classics of administrative ethics* (pp. 177-190). Routledge.

corruption laws in Uzbekistan, their enforcement has been uneven, enabling corrupt individuals to avoid legal repercussions. This inconsistency stems from political interference and a lack of judicial independence.

3. **Ambiguity in Asset Disclosure:** Incomplete or vague asset disclosure requirements for public officials can provide loopholes for concealing illicitly acquired wealth. The absence of rigorous measures to verify asset declarations has been exploited to hide corrupt gains.
4. **Insufficient Whistle-blower Safeguards:** The lack of robust protections for whistle-blowers leaves individuals who report corruption vulnerable to potential retaliation. This discourages witnesses from coming forward with crucial information.
5. **Political Favouritism:** Nepotism and political patronage have been known to influence key appointments and promotions, allowing well-connected individuals to secure positions of power and influence, often with impunity.
6. **Inadequate Oversight of Financial Institutions:** Insufficient oversight of banks and financial institutions can facilitate money laundering and the movement of illicit funds. This has been exploited by corrupt individuals and organized crime groups to legitimize their ill-gotten gains.
7. **Elaborate Tax Evasion Schemes:** Sophisticated tax evasion schemes, including underreporting of income and shell companies, have been used to evade taxes and launder money, with some individuals and entities benefiting from weak tax enforcement.
8. **Judicial Independence:** The judiciary's lack of complete independence from political influence has led to concerns about the impartiality of legal proceedings, allowing corruption cases to be manipulated or dismissed.

While it is crucial to recognize the Uzbek government's initiatives and recent reforms aimed at addressing legal loopholes that facilitate corruption, as outlined in the "Strategy of Action on Five Priority Areas of Development of the Republic of Uzbekistan for 2017-2021," these efforts have yielded tangible results, such as increased job creation and significant economic growth. The government has also taken steps to combat corruption by establishing a dedicated anti-corruption agency, promoting open government practices, and enhancing transparency in government procurement processes.

However, the persistence of corruption highlights the complex challenges involved in tackling these multifaceted issues. It emphasizes the ongoing need for sustained efforts to strengthen legal frameworks, increase transparency, and foster a culture of accountability. Addressing corruption requires a long-term, comprehensive approach that involves not only legal and institutional reforms but also a shift in societal norms and values.<sup>7</sup>

In addition to the conventional methods of bribery and manipulation of the judicial system, corrupt entities in Uzbekistan have exploited legal loopholes to their benefit. They have employed strategies such as using shell companies or intermediaries to conceal ownership of businesses and assets, hindering authorities' attempts to trace illicit activities and freeze associated assets. Furthermore, some corrupt individuals have taken advantage of legal provisions that allow for plea bargains or reduced sentences, leveraging their wealth and influential connections to secure favourable outcomes in court.

These legal loopholes not only facilitate the evasion of punitive measures but also undermine public confidence in the justice system. As a result, Uzbekistan's comprehensive anti-corruption efforts must go beyond addressing overt bribery and manipulation to include the closure of these legal gaps, preventing further exploitation by corrupt actors. This requires a multi-faceted approach that involves strengthening

7 Yuldashev, N., Nabokov, V., Nekrasov, K., & Tursunov, B. (2019, June). Innovative development of Uzbekistan agroindustrial complex. In International Scientific and Practical Conference "Digital agriculture-development strategy" (ISPC 2019) (pp. 334-337). Atlantis Press.

legal frameworks, increasing transparency, and fostering a culture of integrity and accountability across all levels of society.<sup>8</sup>

The effectiveness of anti-corruption efforts in Uzbekistan is further hindered by a lack of transparency and accountability within the legal system. Corrupt officials often exploit their influence to manipulate legal processes, undermining impartial enforcement. Furthermore, corruption within the judiciary compromises judges' ability to uphold the law impartially. This creates a sense of impunity among those engaged in corrupt practices, perpetuating a culture of corruption.

To tackle these issues, concerted efforts are necessary to enhance the independence and fairness of the judiciary. This involves comprehensive training for judges and prosecutors on the implications and consequences of corruption, as well as improvements in legal procedures and enhanced protections for whistle-blowers. Moreover, establishing an independent anti-corruption agency with the power to investigate and prosecute corruption cases could significantly bolster Uzbekistan's anti-corruption efforts.

Given the limitations of Uzbekistan's current anti-corruption measures in comprehensively eradicating corruption, a more holistic approach, informed by India's experience, is warranted. India's extensive experience and diverse range of anti-corruption strategies, along with its willingness to implement them, can serve as a valuable model for Uzbekistan. By drawing upon India's insights and adapting them to its own context, Uzbekistan can develop a more robust and effective framework for combating corruption at all levels of society.<sup>9</sup>

To maximize the benefits of India's experiences, Uzbekistan must carefully consider cultural and institutional differences and adapt these anti-corruption measures to suit its unique needs. The key lesson from India's journey is the importance of determination, political will, and collaborative efforts among stakeholders in the fight against corruption. Therefore, the Uzbek government must undertake a sincere effort to reinvigorate and recalibrate its anti-corruption initiatives, making them more comprehensive and effective in fostering a culture of transparency, accountability, and integrity.

Institutional factors pose significant challenges to Uzbekistan's efforts to eradicate corruption from its societal fabric. The country's complex institutional framework includes numerous state bodies and agencies that often operate in silos, leading to coordination gaps and a failure to identify and address instances of corruption among officials. Additionally, the extensive patronage networks embedded within Uzbekistan's political and economic elite limit the government's ability to effectively prosecute the corrupt.

Furthermore, the judiciary, operating with limited powers and lacking independence, is influenced by the executive branch of government, hindering the delivery of impartial justice, especially in high-level corruption cases. Consequently, institutional factors emerge as major obstacles to Uzbekistan's anti-corruption goals, necessitating immediate reforms to instill greater accountability, transparency, and good governance in the system.<sup>10</sup>

In addition to internal measures, external factors play a significant role in strengthening Uzbekistan's anti-corruption efforts. International organizations such as the United Nations, the World Bank, and the International Monetary Fund can provide technical assistance through capacity-building, training, and monitoring programs. Adopting and adhering to international legal frameworks, like the United Nations Convention against Corruption (UNCAC), can foster cross-border cooperation in investigating and prosecuting corruption-related offenses. Furthermore, diplomatic pressure from foreign countries can incentivize Uzbekistan to tackle corruption more effectively. International sanctions or the withholding of aid can serve

8 Abdurakhmanov, K., Zokirova, N., Shakarov, Z., & Sobirov, B. (2018). Directions of innovative development of Uzbekistan. *Вісник Національної академії керівних кадрів культури і мистецтв*, (3).

9 Chris M. Smith. (2019). *Syndicate Women Gender and Networks in Chicago Organized Crime*, University of California Press.

10 Melanie Manion. (2004). *Corruption by Design. Building Clean Government in Mainland China and Hong Kong*, Harvard University Press.

---

as powerful deterrents, signaling the consequences of engaging in corrupt practices. In essence, external support can complement domestic anti-corruption measures, reinforce Uzbekistan's anti-corruption framework, and facilitate international collaboration in the pursuit of a corruption-free society.<sup>11</sup>

Uzbekistan can draw important lessons from India's initiatives, such as the Digital India program, which aims to harness technology to improve governance, enhance citizen services, and promote digital literacy. By investing in the necessary infrastructure to develop a digital economy and strengthen its e-governance capabilities, Uzbekistan can adopt a similar approach. Furthermore, India's experience with decentralization through initiatives like the Panchayati Raj system has empowered local communities and made government processes more transparent and accessible. Uzbekistan can embrace this approach to strengthen grassroots participation and reinforce local governance structures. By studying and implementing India's initiatives, tailored to its unique needs, Uzbekistan stands to gain significantly. When combined with technological advancements, this adoption will greatly contribute to fostering a culture characterized by transparency, accountability, and integrity, thereby substantially enhancing Uzbekistan's anti-corruption efforts.<sup>12</sup>

---

11 Zurapov, A. (2019). ANTI CORRUPTION EFFORTS ON MONOPOLY RAILWAY COMPANY IN THE LIGHT OF INTERNATIONAL COOPERATION IN UZBEKISTAN. *Theoretical & Applied Science*, (7), 210-219.

12 Abduazizov, G. (2022). Anti-Corruption Measures in the Civil Service System of the Republic of Uzbekistan. *International Journal of Civil Service Reform and Practice*, 7(1).

## 4 Crucial role of ICT in Anti-Corruption Measures

The swift expansion of Information and Communication Technology (ICT) and digitalization in the 21st century holds immense potential for transforming societal dynamics and public service delivery. In the context of anti-corruption efforts, ICT has been widely recognized for its ability to revolutionize the prevention, detection, and prosecution of corrupt practices. Numerous studies confirm that ICT can serve as a catalyst for enhancing transparency, fostering accountability, and promoting citizen engagement. It also facilitates advocacy and strengthens the interaction between government entities and the public. Among the most praised ICT tools are websites, mobile applications, and emerging technologies such as Distributed Ledger Technology (DLT), big data analysis, and artificial intelligence (AI). These tools make significant contributions to the fight against corruption by improving access to public information, monitoring the activities of officials, digitizing public services, and enabling corruption reporting. By leveraging these technologies, governments and civil society organizations can create a more transparent and accountable environment, reducing opportunities for corrupt behavior and empowering citizens to actively participate in the fight against corruption.<sup>13</sup>

It is crucial to acknowledge that the mere existence and accessibility of these tools do not ensure their effective use. Their adoption depends on the quality of content provided and the characteristics of the user base. ICTs deployed in anti-corruption initiatives operate within the context of existing societal divisions and power dynamics, which are often perpetuated by corruption itself. Without careful consideration of corruption and associated power imbalances during their design and implementation, ICT interventions risk inadvertently reinforcing these issues. Therefore, the success of ICT-based anti-corruption measures relies on their alignment with local contexts, specific needs, cultural backgrounds, and levels of technological proficiency. Policymakers and implementers must engage with the communities they serve to understand their unique challenges and tailor ICT solutions accordingly. This approach involves considering factors such as digital literacy, access to technology, and existing power structures to ensure that the benefits of ICT-based anti-corruption initiatives are equitably distributed and not limited to a privileged few.<sup>14</sup>

The interplay between contextual factors, ICT capabilities, and corrupt practices remains an area that requires further exploration. For example, it is unclear how digital public services can most effectively combat low-level corruption in societies with inconsistent internet connectivity. While ICT is often viewed as a tool for fighting corruption, it is important to recognize that it can also have negative consequences when used in ways that reinforce corrupt behaviors. However, ICT has the potential to significantly improve the detection and prevention of corruption, especially at the petty level. By increasing transparency in government activities, ICT can strengthen vertical accountability and reduce corrupt practices. The case study presented in the table below provides empirical evidence of how emerging technologies can combat corruption and promote transparency and accountability in governance.

13 Kim, C. K. (2014). Anti-corruption initiatives and e-government: a cross-national study. *Public Organization Review*, 14, 385-396.

14 Abu-Shanab, E. A., Harb, Y. A., & Al-Zoubi, S. Y. (2013). E-government as an anti-corruption tool: citizens perceptions. *International Journal of Electronic Governance*, 6(3), 232-248.

**Table 1** Tech Impact on Corruption & Governance

S No.	New Emerging Technology	Impact from NET in combatting corruption	Empirical Evidences
1	E-Government Services	E-Government Services have the potential to mitigate corruption stemming from the principal-agent problem by facilitating more efficient oversight of public officials by their supervisors within the government. This is especially beneficial when newly elected administrations are committed to tackling deeply entrenched corruption. Moreover, these services enhance transparency by making government information more accessible to citizens and other interested parties, thereby promoting accountability.	There is a substantial body of literature exploring the relationship between e-government and corruption, including several empirical studies of reasonable quality. These studies generally support the idea that e-government can play a role in reducing petty corruption.
2	Crowd Funding Platforms	Crowdsourcing is a sourcing model in which individuals or organizations procure goods or services from a vast, open, and rapidly changing group of participants. When applied to anti-corruption efforts, crowdsourcing platforms collect reports from citizens on incidents of petty corruption, usually through online or telephone channels. These platforms can be initiated by governments or civil society organizations aiming to reduce petty corruption and inefficiencies in the public sector. By increasing upward transparency and collective knowledge, crowdsourcing platforms can heighten the risk of exposure and deter corrupt behavior. However, the effectiveness of these platforms relies on user participation, which can be influenced by various factors such as accessibility, skills, mutual expectations, perceptions, vision, and the external environment.	The impact of crowdsourcing platforms on corruption remains understudied, with a scarcity of rigorous, evidence-based research in this area. Existing literature is limited to a small number of case studies that primarily focus on evaluating the effectiveness of specific platforms. These studies typically assess metrics such as user engagement, the quality and quantity of data collected, and the resulting actions or interventions prompted by the platform. However, there is a lack of comprehensive research that thoroughly investigates the broader implications and potential of crowdsourcing as a tool to combat corruption.
3	Whistleblowing tools	“Digital Whistleblowing Solutions” harness the power of information and communication technology (ICT) to enable individuals to report cases of corruption involving public officials, gathering detailed information on specific instances. These platforms aim to support criminal investigations and galvanize efforts to hold corrupt individuals in positions of authority accountable. GlobaLeaks and the BKMS® compliance systems are prominent examples of such solutions. Whistleblowing tools play a crucial role in the battle against corruption by exposing vital information about cases that might otherwise remain hidden. However, their success depends on both technological and institutional factors. The technological infrastructure of these platforms must prioritize anonymity and security to protect whistleblowers while allowing for continuous communication with relevant authorities. Platform providers must navigate the challenging balance between increasing awareness and managing the influx of reports, ensuring that the system upholds high standards of quality and has the capacity to process reports efficiently and professionally.	The unique features of high-profile and often complex cases arising from whistleblowing revelations contribute to a widespread lack of comprehensive and reliable evidence regarding their efficacy. Zipparo (2001) conducted a large-scale survey of more than 800 public sector employees in New Zealand to gain broader insights into the factors that encourage whistleblowing in the workplace. The survey sought to identify the factors that deter employees from reporting incidents of workplace corruption. The main concerns identified were the perceived lack of sufficient evidence and the absence of legal protections for whistleblowers.

S No.	New Emerging Technology	Impact from NET in combatting corruption	Empirical Evidences
4	Transparency portals	Transparency portals, operated by governments or NGOs, aim to promote citizen oversight and downward transparency by providing information on government activities. However, the effectiveness of these portals depends on thorough and accurate data collection, which is often hampered by insufficient resources and logistical difficulties in many countries. Limited budgets and inadequate infrastructure can impede the gathering and dissemination of comprehensive and up-to-date information, thereby reducing the impact of these transparency initiatives.	Despite the potential benefits of transparency portals, there is a scarcity of robust empirical evidence directly linking their implementation to reduced corruption levels. Moreover, regular evaluations of open data initiatives often reveal that what is commonly labeled as “open data” is, in practice, either not entirely open or only partially accessible to the public. This discrepancy between the purported openness of data and its actual availability and usability can limit the effectiveness of transparency portals in fostering accountability and curbing corrupt practices.
5	Distributed ledger technology (DLT) and blockchain	Blockchain, a decentralized and synchronised database maintained by a peer-to-peer network, is a potential solution for managing public information and preventing fraud and corruption. It can be used by governments to store public transactions, track budget spending, and save land records. Blockchain can also establish direct links between societal actors, eliminating the need for individuals to interact with bureaucrats. This can help in international development cooperation by allowing donors to fund utility costs for schools using bitcoin cryptocurrency. However, blockchain is not a panacea and requires a well-planned policy and coordinated effort from all stakeholders. It may also pose a threat to anti-corruption efforts due to its anonymity and encryption, which could be used for embezzlement or fraudulent deals. The complexity of DLT technologies may raise suspicion in citizens, especially in countries with endemic distrust in government.	the utilization of blockchain technology in the fight against corruption is still primarily in the developmental and pilot phase, with a notable absence of substantial studies examining its impact on reducing corruption.
6	AI technologies	Artificial Intelligence (AI) technologies, such as neural networks, have the potential to predict and uncover hidden relationships from vast datasets, making them valuable tools in policy making and implementation. One such tool is the self-organizing map, which can extract patterns from large datasets to predict instances of corruption. Public authorities could employ this technology to detect collusion and corrupt practices, thereby enhancing efficiency and effectiveness in governance.	While there is a limited body of literature specifically focusing on the application of AI in the context of corruption, previous studies have successfully employed data-mining techniques and neural networks to predict patterns in related fields such as crime, credit risk assessment, and fraud detection.

## 5 Anti-Corruption Measure and Institutions

The introduction of anti-corruption initiatives in Uzbekistan has brought about profound changes in the country’s political, social, and economic landscapes. Politically, these measures have bolstered the government’s legitimacy and credibility, tackling the perennial problem of corruption eroding public trust.

This has also triggered shifts in political competition and intra-elite dynamics, leading to the dismissal of corrupt high-level officials. Socially, the anti-corruption drive has fostered greater public confidence in government institutions, promoting civic participation and societal progress. This heightened trust has played a crucial role in reinforcing Uzbekistan's social fabric. On the economic front, the battle against corruption has leveled the playing field for businesses and foreign investors, attracting increased international investments. Uzbekistan's image as a dependable and transparent trading partner has been enhanced, resulting in substantial economic gains. By taking a stand against corruption, Uzbekistan has paved the way for a stable and sustainable future, holding the promise of enduring prosperity for its people.<sup>15</sup>

A governance system free from corruption promotes economic growth by attracting foreign investments, fostering a conducive business environment, and encouraging socio-economic development. Corruption hinders economic progress by distorting the allocation of resources, perpetuating market inefficiencies, and undermining the rule of law. In corrupt systems, essential services become the exclusive domain of the wealthy, exacerbating economic inequalities. In contrast, corruption-free governance ensures the fair distribution of public resources, alleviating poverty, enhancing healthcare and education, and promoting inclusive economic growth. Efforts to combat corruption also facilitate international cooperation and domestic stability, strengthening partnerships with other countries and fostering long-term peace and prosperity. Consequently, investing in anti-corruption frameworks and promoting transparency in governance is of paramount importance for governments worldwide.

Transforming Uzbekistan's reputation from a corrupt nation necessitates sustained anti-corruption efforts involving all segments of society. The government must bolster institutional frameworks for preventing and penalizing corruption while promoting transparency and accountability. The private sector should prioritize ethics and social responsibility, particularly in combating bribery and corrupt practices that undermine fair competition. Civil society can contribute by educating and advocating for anti-corruption values, fostering cultural change. International actors should prioritize partnerships that support Uzbekistan's anti-corruption initiatives, including capacity-building, technical assistance, and financial support. By adopting a comprehensive and inclusive approach to fighting corruption, Uzbekistan can create a more equitable and prosperous future for its citizens, cementing its position as a reliable and transparent partner on the global stage.

Considering the intricacies of Uzbekistan's socio-economic and political landscape, eliminating corruption demands a comprehensive, long-term strategy that tackles the root causes and institutional structures perpetuating corrupt practices. This strategy should involve a diverse range of stakeholders and robust international engagement to facilitate the sharing of experiences and best practices. In conclusion, the battle against corruption in Uzbekistan requires a persistent and collaborative effort, informed by the experiential insights of countries like India, while being carefully adapted to the unique context of Uzbekistan. By drawing upon the successes and challenges faced by other nations in their anti-corruption endeavors, Uzbekistan can develop a tailored approach that effectively addresses the specific drivers and manifestations of corruption within its borders. Through sustained commitment, inclusive participation, and strategic international partnerships, Uzbekistan can make significant strides in creating a more transparent, accountable, and equitable society.<sup>16</sup>

## 5.1 State Anti-corruption Agencies

In India, the Central Bureau of Investigation (CBI) is the primary agency tasked with combating corruption and investigating cases involving government officials, politicians, and public servants. As the premier

15 Ismailov, B. (2020). Implementation of Corruption Prevention Measures In The Private Sector Of Uzbekistan. *The American Journal of Political Science Law and Criminology*, 2(12), 41-51.

16 Santen, E. V. (2018). Combating organised crime and terrorism in Central Asia. *Journal of Financial Crime*, 25(2), 309-319.

investigating agency in the country, the CBI operates under the jurisdiction of the Ministry of Personnel, Public Grievances, and Pensions.

In Uzbekistan, the establishment of the Anti-Corruption Agency is a result of the Decree of the President of the Republic of Uzbekistan, dated June 29, 2020, titled ‘On additional measures to enhance the anti-corruption system in the Republic of Uzbekistan.’ This Agency holds a unique position as a specially designated government entity responsible for formulating and implementing state policies aimed at preventing and addressing corruption.

The Anti-Corruption Agency operates within a framework of accountability, reporting directly to the President of the Republic of Uzbekistan while also being accountable to the chambers of the Oliy Majlis. This structural arrangement ensures a robust and transparent approach to coordinating anti-corruption efforts, aligning with the obligations outlined in the UN Convention against Corruption. It is important to note that the primary authority engaged in combating corruption in Uzbekistan is the Department for the Fight against Economic Crime and Corruption, which operates under the jurisdiction of the Office of the Prosecutor General. This department focuses on detecting, investigating, and prosecuting corruption-related offenses.<sup>17</sup>

Beyond the law enforcement sphere, two notable institutions play crucial roles in anti-corruption efforts. Firstly, the Accounts Chamber serves as an independent auditing body. Secondly, the principal Control and Revision Division (KRU) within the Ministry of Finance wields significant power, including the authority to suspend or terminate public procurement tenders and initiate financial investigations related to budgetary organizations. It is noteworthy that similar KRUs also exist within the defense and interior ministries, as well as the National Security Service (NSS).

The law enforcement system assumes a central role within the broader context of state and elite corruption in the country. On paper, both the National Security Service (NSS) and the Department for Combating Corruption, Extortion, and Racketeering within the Ministry of the Interior are responsible for addressing economic crimes and corruption. However, empirical evidence gathered from media reports and human rights accounts suggests that there have been instances where state law enforcement authorities have been used in ways that raise concerns. These instances include potential involvement in corrupt activities, actions that appear to target political and business adversaries, and the detention and prosecution of corporate executives in circumstances that may be perceived as part of extortion or expropriation mechanisms.

The NSS, recognized as the most influential agency coordinating anti-corruption efforts, has allegedly been involved in various informal business and economic networks, according to opposition activists and independent investigative reports. Furthermore, the NSS has been implicated in raids on business enterprises, particularly since it acquired the mandate to combat ‘economic crimes’. In 2012, a journalist claimed that the NSS had designated or newly constructed a series of buildings for the coercion and intimidation of business magnates, creating a facility resembling a fortress. Within its inner courtyard, luxury vehicles formerly owned by erstwhile business leaders and prominent investors were impounded, symbolizing the precariousness of any wealth accumulated within Uzbekistan. Media accounts have also highlighted anti-corruption campaigns targeting NSS officers, resulting in the dismissal or arrest of numerous high-ranking NSS personnel in 2014.

Investigations into companies accused of wrongdoing have often been accompanied by aggressive raids carried out by the NSS or other law enforcement agencies. During these operations, employees are routinely detained and subjected to interrogations designed to elicit self-incriminating statements. A report has carefully documented the behavior of law enforcement officers during a campaign against Uzdunrobita in 2012, revealing the use of intense psychological pressure to extract self-incriminating confessions. These

17 Meagher, P. (2004). *Anti-corruption agencies: A review of experience*. College Park, MD: IRIS Center.

interrogations were often conducted late at night, and legal defense representatives were not always granted access to their clients. Moreover, investigators allegedly threatened one of the company's employees, suggesting they would 'search his home and find illegal drugs'. Raids on business premises are typically carried out by masked individuals who are heavily armed and employ aggressive tactics against the staff. In one specific incident involving a German bakery company, it was reported that 'employees were physically assaulted, and company equipment was vandalized'. Remarkably, even German ambassador Wolfgang Neuen was caught up in a raid conducted at the company's Tashkent offices.<sup>18</sup>

Corruption is pervasive throughout the ranks of law enforcement agencies, although the methods employed may vary. While the NSS is often involved in business disputes, regular police officers tend to engage in simpler forms of extortion, such as demanding bribes from drivers. Additionally, police personnel are frequently accused of extorting money from criminal suspects, including those convicted of religious radicalism. Similar to other sectors of the state apparatus, it is alleged that bribes are channeled upward through the hierarchy to senior officers, forming a hierarchical structure of control and corruption. This systemic corruption within law enforcement agencies not only undermines the integrity of these institutions but also erodes public trust in their ability to uphold justice and maintain order.<sup>19</sup> Efforts to combat corruption in Uzbekistan can be summarized as follows (Akmal Burkhanov, 2021)<sup>20</sup>:

### **Legal Framework and Reforms:**

- Adoption of numerous legal documents aimed at preventing corruption.
- Establishment of laws promoting openness and public control.
- Creation of a system to rate the effectiveness of anti-corruption efforts.

### **Institutional Structures:**

- Formation of committees and agencies dedicated to combating corruption.
- Establishment of the Anti-Corruption Agency.
- Introduction of the Judicial Inspectorate to ensure judicial independence and prevent corruption.
- Focus on recruitment based on meritocracy in the public service.

### **Education and Training:**

- Introduction of specialized courses in "Combating Corruption."
- Collaboration with international organizations for training and expertise.

### **Public Engagement:**

- Conducting social surveys to gauge public perception of corruption.
- Engagement of civil society organizations in the National Anti-Corruption Council.
- Establishment of the "Openness and Transparency in Uzbekistan" Analytical Center.
- Initiatives to involve NGOs and the general public in anti-corruption efforts.

18 Meagher, P. (2005). Anti-corruption agencies: Rhetoric Versus reality. *The Journal of Policy Reform*, 8(1), 69-103.

19 Doig, A., & Norris, D. (2012). Improving anti-corruption agencies as organisations. *Journal of Financial Crime*, 19(3), 255-273.

20 Akmal Burkhanov, "On the path to the normative and institutional development of the fight against corruption". Accessible at: <https://www.un.int/uzbekistan/uzbekistan/path-normative-and-institutional-development-fight-against-corruption>

### **Information Dissemination:**

- Publication of the Uzbekistan Anti-Corruption Digest online magazine.
- Promotion of anti-corruption through contests, hackathons, and educational programs.

### **International Cooperation:**

- Collaboration with UNDP and other international organizations on anti-corruption projects.

These comprehensive efforts aim to create an environment of intolerance towards corruption, enhance transparency, and strengthen the legal and institutional framework to combat corruption effectively in Uzbekistan.

## **6 Conclusion**

Uzbekistan's intricate struggle against corruption and criminal activities within its criminoverse necessitates a multifaceted and comprehensive approach. The current government's commitment to implementing anti-corruption measures is laudable, but there is still a long way to go. Incorporating India's experiential insights, as discussed in this paper, presents a promising avenue for strengthening Uzbekistan's anti-corruption efforts. However, it is crucial to tackle corruption at both the highest echelons of government and the grassroots level, involving the public in the fight against corruption. By adopting a holistic approach that encompasses all levels of society, Uzbekistan can make significant progress in curbing widespread corruption. Furthermore, recognizing the importance of shared knowledge and experiences in combating corruption is paramount. Uzbekistan can learn valuable lessons from India's journey towards establishing a transparent and accountable governance system. This collaborative exchange between the two nations not only facilitates the sharing of best practices but also strengthens diplomatic ties. In conclusion, integrating India's experiences into Uzbekistan's anti-corruption efforts is a vital step in addressing the country's persistent corruption problem. By learning from India's successes and challenges, Uzbekistan can formulate effective strategies and policies for its own battle against corruption. To achieve this vision, Uzbekistan's authorities must demonstrate unwavering determination in combating corruption, prioritizing its eradication above personal interests and gains. At the same time, civil society must actively participate in exposing and denouncing corrupt practices while advocating for transparency and accountability. Only through collective effort and a commitment to moral and ethical principles can Uzbekistan build a sustainable, prosperous, and just society for its citizens. Uzbekistan faces both opportunities and significant challenges beyond the criminoverse. The country has initiated substantial reforms in its legal and economic systems and its fight against corruption. However, it must also address human rights issues, political freedoms, and economic diversification. The government should continue to foster a more inclusive and transparent political framework, ensure greater independence of the judiciary, and promote a vibrant private sector. Moreover, diversifying export markets and improving the quality of the education system are crucial imperatives. With unwavering commitment to reform, Uzbekistan has the potential to transform into a thriving, democratic nation that serves as a model for the region.

In conclusion, as discussed and empirically elaborated in Table 1 "Tech Impact on Corruption & Governance," emerging technologies hold the promise of being powerful tools in the ongoing battle against corruption. E-Government Services offer increased transparency and accountability, particularly in newly established governments. Crowdfunding Platforms and Whistleblowing Tools have the potential to empower citizens and expose corrupt practices, although there is a need for more comprehensive empirical research to assess their impact accurately. Transparency Portals, while promoting oversight, face challenges in data collection and accessibility. Distributed Ledger Technology (DLT) and Blockchain, despite their potential

benefits, are still in the developmental phase and require coordinated efforts and careful policy planning to mitigate risks. AI Technologies, with their data-mining capabilities, have the potential to uncover hidden patterns of corruption, but further exploration is needed. In essence, these technologies can be valuable assets in the fight against corruption, but their effectiveness depends on a range of factors, and continuous research and evaluation are essential to harness their full potential and address associated risks.

## References

- Khidirov, K. I., Berdanov, A. A., & Kayumov, A. (2021). Modern tactical methods and strategic directions of combating corruption in Uzbekistan. *Scientific progress*, 1(6), 1207-1211.
- Lewis, D. G. (2016). Tackling corruption in Uzbekistan: a "White Paper".
- Peisakhin, L., & Pinto, P. (2010). Is transparency an effective anti-corruption strategy? Evidence from a field experiment in India. *Regulation & Governance*, 4(3), 261-280.
- Ranga Reddy. (2005). *Dimensions of Crime and Corruption in India*. Serials Publication.
- Pal, J., Chandra, P., Kameswaran, V., Parameshwar, A., Joshi, S., & Johri, A. (2018, April). Digital payment and its discontents: Street shops and the Indian government's push for cashless transactions. In *Proceedings of the 2018 CHI Conference on Human Factors in Computing Systems* (pp. 1-13).
- Tummala, K. K. (2002). Corruption in India: Control measures and consequences. *Asian Journal of Political Science*, 10(2), 43-69.
- Sinha, R. P. (2011). Controlling Corruption in India. *Indian Journal of Public Administration*, 57(3), 481-490.
- Sondhi, S. (2000, July). Combating corruption in India. In *Paper for the XVIII World Congress of International Political Science Association*. Quebec City, Canada.
- Sinha, R. P. (2011). Controlling Corruption in India. *Indian Journal of Public Administration*, 57(3), 481-490.
- Carole L. Jurkiewicz. (2019). *Global Corruption and Ethics Management. Translating Theory into Action*, Rowman & Littlefield.
- Tito Cordella and Kaushik Basu. (2018). *Institutions, Governance and the Control of Corruption*. Springer Publishers.
- Staples, J. (1993). Soviet use of corruption purges as a control mechanism: the Uzbekistan case. *Past Imperfect*, 2.
- Urinboyev, R., & Svensson, M. (2018). Corruption, social norms and everyday life in Uzbekistan. *Corruption and norms: Why informal rules matter*, 187-210.
- Lasslett, K., Kanji, F., & McGill, D. (2017). 'A Dace with a Cobra': Confronting Grand Corruption in Uzbekistan.
- Urinboyev, R., & Svensson, M. (2013). Living law, legal pluralism, and corruption in post-Soviet Uzbekistan. *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 45(3), 372-390.
- Desalegn Abraha, Akmal S. Hyder. (2021). *Transformation of Strategic Alliances in Emerging Markets*. Volume I, Emerald Group Publishing.
- Caiden, G. E., & Caiden, N. J. (2018). Administrative corruption. In *Classics of administrative ethics* (pp. 177-190). Routledge.

Yuldashev, N., Nabokov, V., Nekrasov, K., & Tursunov, B. (2019, June). Innovative development of Uzbekistan agroindustrial complex. In International Scientific and Practical Conference “Digital agriculture-development strategy”(ISPC 2019) (pp. 334-337). Atlantis Press.

Abdurakhmanov, K., Zokirova, N., Shakarov, Z., & Sobirov, B. (2018). Directions of innovative development of Uzbekistan. Вісник Національної академії керівних кадрів культури і мистецтв, (3).

Chris M. Smith. (2019). *Syndicate Women Gender and Networks in Chicago Organized Crime*, University of California Press.

Melanie Manion. (2004). *Corruption by Design. Building Clean Government in Mainland China and Hong Kong*, Harvard University Press.

Zurapov, A. (2019). ANTI CORRUPTION EFFORTS ON MONOPOLY RAILWAY COMPANY IN THE LIGHT OF INTERNATIONAL COOPERATION IN UZBEKISTAN. *Theoretical & Applied Science*, (7), 210-219.

Abduazizov, G. (2022). Anti-Corruption Measures in the Civil Service System of the Republic of Uzbekistan. *International Journal of Civil Service Reform and Practice*, 7(1).

Kim, C. K. (2014). Anti-corruption initiatives and e-government: a cross-national study. *Public Organization Review*, 14, 385-396.

Abu-Shanab, E. A., Harb, Y. A., & Al-Zoubi, S. Y. (2013). E-government as an anti-corruption tool: citizens perceptions. *International Journal of Electronic Governance*, 6(3), 232-248.

Ismailov, B. (2020). Implementation of Corruption Prevention Measures In The Private Sector Of Uzbekistan. *The American Journal of Political Science Law and Criminology*, 2(12), 41-51.

Santen, E. V. (2018). Combatting organised crime and terrorism in Central Asia. *Journal of Financial Crime*, 25(2), 309-319.

Meagher, P. (2004). *Anti-corruption agencies: A review of experience*. College Park, MD: IRIS Center.

Meagher, P. (2005). Anti-corruption agencies: Rhetoric Versus reality. *The Journal of Policy Reform*, 8(1), 69-103.

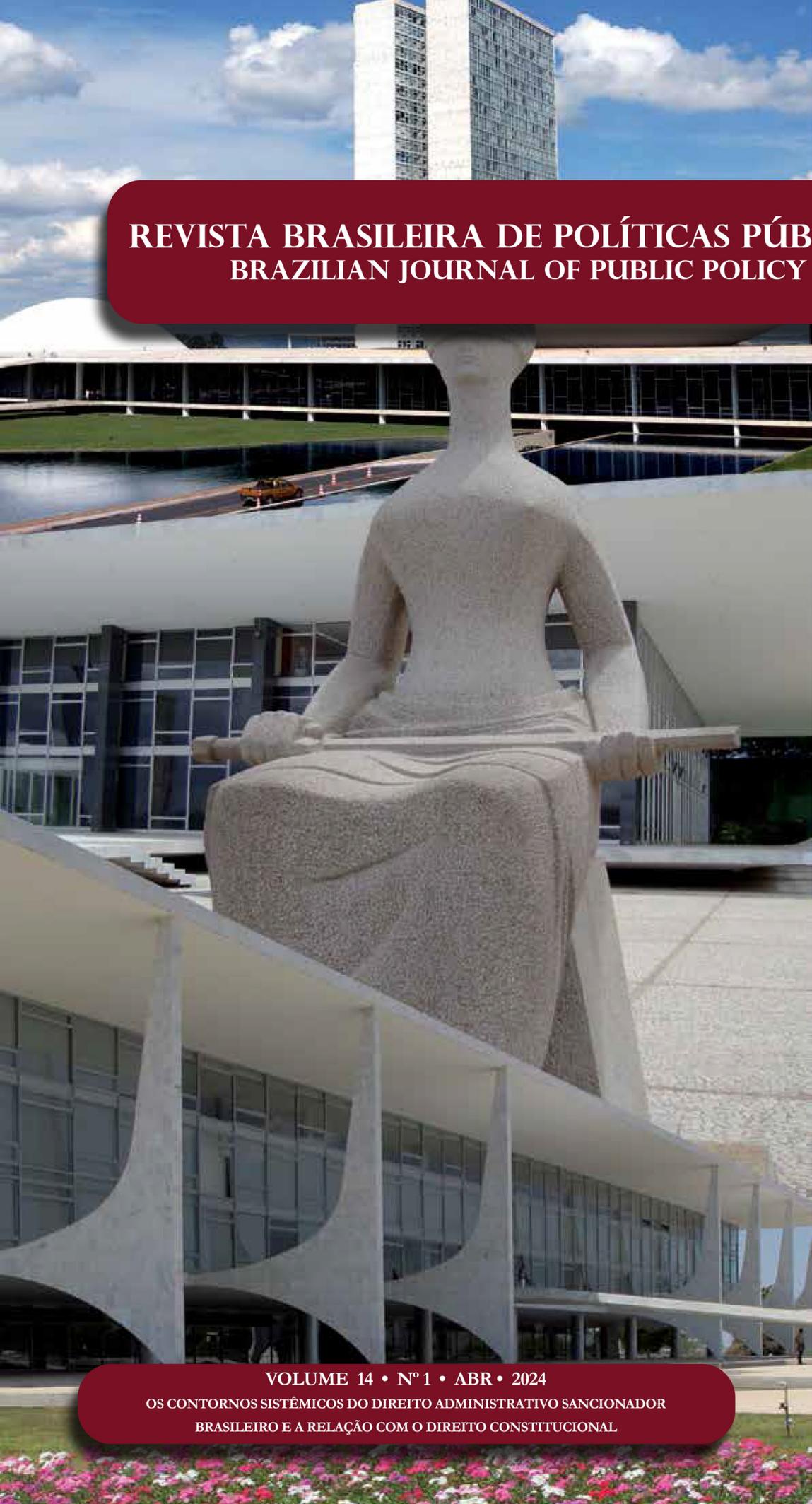
Doig, A., & Norris, D. (2012). Improving anti-corruption agencies as organisations. *Journal of Financial Crime*, 19(3), 255-273.

Akmal Burkhanov, “On the path to the normative and institutional development of the fight against corruption”. Accessible at: <https://www.un.int/uzbekistan/uzbekistan/path-normative-and-institutional-development-fight-against-corruption>

The logo for CEUB (Centro de Estudos Universitários) is displayed in a stylized, bold, white font against a dark red background.

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

The cover features a photograph of a modern, white building with a large, seated stone statue in the foreground. The building has a distinctive architectural style with a curved facade and large windows. The statue is a large, white, seated figure, possibly representing a personification of justice or a historical figure. The background shows a clear blue sky with some clouds and a tall, modern building in the distance.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Nexus of Public Service  
Interventions and Social  
Development:** Literature Synthesis

**Nexo entre intervenções  
de serviços públicos e  
desenvolvimento social:** Síntese  
da literature

Jonathan Jacob Paul Latupeirissa

Ni Luh Yulyana Dewi

VOLUME 14 • Nº 1 • ABR • 2024

OS CONTORNOS SISTÊMICOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR  
BRASILEIRO E A RELAÇÃO COM O DIREITO CONSTITUCIONAL

# Nexus of Public Service Interventions and Social Development: Literature Synthesis\*

## Nexo entre intervenções de serviços públicos e desenvolvimento social: Síntese da literature

Jonathan Jacob Paul Latupeirissa \*\*

Ni Luh Yulyana Dewi \*\*\*

### Abstract

Public service programs are important for helping communities grow socially. They handle problems people face. That said, there could be some issues with these programs. Some say using these services too much can make people depend too much on government help. This might stop them from growing in the long run. Critics of extensive public intervention argue that it can create a cycle of dependency on government support, hindering long-term sustainable growth. This Study aims to examine the nexus between public service interventions and social development by conducting a systematic literature synthesis. The Study will analyze existing research and literature to understand the impact of public service interventions on social development outcomes. This Study uses a Systematic Literature Review methodology to identify relevant studies and extract key findings. The Data is taken from the Scopus Database and identifies several country cases where public service interventions have been implemented to address social development challenges. The Study result reveals that public service interventions can have both positive and negative effects on social development. While public service interventions have been successful in addressing immediate social challenges such as poverty alleviation and access to basic services, they may also inadvertently create dependency and inhibit long-term sustainable development. The Finding implies that there is a need for careful and strategic planning of public service interventions to ensure positive social development outcomes. Furthermore, the Study highlights the importance of considering community participation and empowerment in public service interventions to foster sustainable development.

**Keyword:** Public Service; Social Development, Public Interventions

### Resumo

Os programas de serviço público são importantes para ajudar as comunidades a crescer socialmente. Eles lidam com os problemas que as pessoas enfrentam. Dito isso, pode haver alguns problemas com esses programas. Alguns dizem que o uso excessivo desses serviços pode fazer com que as pessoas dependam demais da ajuda do governo. Isso pode impedi-las de crescer em longo prazo. Os críticos da intervenção pública extensiva argu-

\* Artigo convidado

\*\* Lecturer at Universitas Pendidikan Nasional, Denpasar, Bali, Indonesia.  
E-mail: jonathanlatupeirissa@undiknas.ac.id.

\*\*\* Doctor of Public Administration from Universitas Brawijaya, Indonesia. Current Job: Lecturer at Universitas Pendidikan Nasional, Denpasar, Bali, Indonesia.  
E-mail: yulyanadewi@undiknas.ac.id.

mentam que ela pode criar um ciclo de dependência do apoio do governo, impedindo o crescimento sustentável de longo prazo. Este estudo tem como objetivo examinar o nexo entre as intervenções do serviço público e o desenvolvimento social por meio de uma síntese sistemática da literatura. O estudo analisará a pesquisa e a literatura existentes para entender o impacto das intervenções do serviço público sobre os resultados do desenvolvimento social. Este estudo usa uma metodologia de revisão sistemática da literatura para identificar estudos relevantes e extrair as principais conclusões. Os dados são extraídos do banco de dados Scopus e identificam vários casos de países onde foram implementadas intervenções de serviços públicos para enfrentar os desafios do desenvolvimento social. O resultado do estudo revela que as intervenções de serviços públicos podem ter efeitos positivos e negativos no desenvolvimento social. Embora as intervenções de serviços públicos tenham sido bem-sucedidas no enfrentamento de desafios sociais imediatos, como o alívio da pobreza e o acesso a serviços básicos, elas também podem, inadvertidamente, criar dependência e inibir o desenvolvimento sustentável de longo prazo. Essa constatação implica a necessidade de um planejamento cuidadoso e estratégico das intervenções de serviço público para garantir resultados positivos de desenvolvimento social. Além disso, o estudo destaca a importância de considerar a participação e o empoderamento da comunidade nas intervenções de serviços públicos para promover o desenvolvimento sustentável.

**Palavra-chave:** Serviço público; desenvolvimento social, intervenções públicas

## 1 Introduction

The significance of public service initiatives in fostering social development is increasingly acknowledged. Interventions encompass the diverse measures and initiatives undertaken by governmental and non-governmental entities to tackle social problems and enhance the welfare of individuals and communities. Public service interventions encompass a diverse array of endeavours, including facilitating access to education, healthcare, housing, social welfare programmes, and career prospects. Their purpose is to tackle socioeconomic inequalities, foster equal chances, and improve the general standard of living for all individuals in society.

Public sector initiatives are essential for tackling social challenges and improving the welfare of individuals and communities. These interventions involve a diverse array of actions, such as granting access to education, healthcare, housing, social welfare services, and employment prospects, with the objective of diminishing social inequalities and fostering equal chances for all individuals in society. Studies have demonstrated that community health volunteers have a substantial impact on implementing behaviour change programmes, especially in densely populated urban areas.<sup>1</sup> Additionally, organizational support and the development of self-care plans are essential in protecting against job stress and burnout among social workers, highlighting the importance of support systems in public service interventions.<sup>2</sup> Partnerships between state and non-governmental organizations (NGOs) have been recognized as valuable for improving service delivery and promoting good governance.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Rose Evalyne Aseyo et al., “Realities and Experiences of Community Health Volunteers as Agents for Behaviour Change: Evidence from an Informal Urban Settlement in Kisumu, Kenya,” *Human Resources for Health* 16, no. 1 (December 4, 2018): 53, <https://doi.org/10.1186/s12960-018-0318-4>. including for hygiene-related behaviour change. However, their role and capacity to deliver behaviour change interventions, particularly in high-density urban settlements, remain under-researched. This study examines the behaviour change-related activities of community health volunteers (CHVs)

<sup>2</sup> Gabriela Dima, Luiza Meseşan Schmitz, and Marinela Cristina Şimon, “Job Stress and Burnout among Social Workers in the Vuca World of Covid-19 Pandemic,” *Sustainability (Switzerland)* 13, no. 13 (2021), <https://doi.org/10.3390/su13137109>.

<sup>3</sup> Masooda Bano, “Partnerships and the Good-Governance Agenda: Improving Service Delivery Through State–NGO Collaborations,” *Voluntas* 30, no. 6 (2019): 1270–83, <https://doi.org/10.1007/s11266-017-9937-y>. partnerships for development, especially between state and NGOs, remain a valued goal. Partnerships are argued to improve provision of basic social services to the poor: the state is viewed as providing scale, with NGOs ensuring good governance. Close study of three leading partnership arrangements



VICES, indicating the potential for civil society involvement in driving positive change through public service interventions.<sup>10</sup> Finally, the role of the Social and Ethics Committee in driving corporate social responsibility (CSR) through legislation has been acknowledged as a cost-effective means to enhance sustainable development strategies, reflecting the evolving perspectives of governments on the role of businesses in promoting social development through public service interventions.<sup>11</sup>

They have the potential to address the root causes of social problems, alleviate poverty, reduce inequality, and promote social cohesion. The possibility of public service interventions to address the root causes of social issues, alleviate poverty, reduce disparities, and enable social cohesion is evident in the literature. Study discusses interventions that hold the potential to address disparities, provide access to essential goods and services, and advance progress toward sustainability, including income and wealth transfers, changes in the supply and demand for basic goods and services, and government provision of basic services such as education and healthcare.<sup>12</sup> This highlights the diverse strategies that can be employed through public service interventions to tackle social issues and promote equality.

Furthermore, other study explores the fusion of the Poverty-Aware Paradigm with public health approaches, suggesting potential contributions to the development of a public health approach that can be instrumental in protecting children and promoting their well-being.<sup>13</sup> This indicates the potential for interdisciplinary collaboration in public service interventions to address social issues and promote well-being. In addition, some study emphasizes the potential for utilizing social workers' problem-solving skills to improve the delivery of services and enhance social and environmental justice, indicating the broader impact of public service interventions beyond traditional domains.<sup>14</sup> Moreover, Study found that meaningful employment opportunities, coupled with holistic support, contribute to the personal and professional development of individuals in peer mentoring roles, demonstrating the potential of public service interventions to address social issues such as unemployment and reintegration of marginalized groups.<sup>15</sup>

The study also highlights the potential of public service interventions to reduce the disproportionate power of corporations and the very wealthy, emphasizing the role of interventions in addressing power differentials and promoting social equality.<sup>16</sup> Additionally, Study by Bano underscores the struggle to cultivate

<sup>10</sup> Sophie King, "Increasing the Power of the Poor? NGO-Led Social Accountability Initiatives and Political Capabilities in Rural Uganda," *European Journal of Development Research* 27, no. 5 (2015): 887–902, <https://doi.org/10.1057/ejdr.2014.74>.

<sup>11</sup> Henk J Kloppers, "Driving Corporate Social Responsibility (CSR) through the Companies Act: An Overview of the Role of the Social and Ethics Committee," *Potchefstroom Electronic Law Journal* 16, no. 1 (2017): 165–99, <https://doi.org/10.17159/1727-3781/2013/v16i1a2307>. the mobilisation of corporate role players to support the development of states, and a management trend the purpose of which is to enhance the legitimacy of a business. Government is regarded as one of the most important driving forces behind the CSR agenda and it has a particularly important role to play in the creation of an enabling CSR environment. In general, advocates of legislative involvement in framing the CSR policy highlight the failure of existing voluntary systems as one of the main reasons why the state should play a more important role in the facilitation of CSR. Although governments realise the importance of encouraging socially responsible business, it should be noted that CSR should not replace regulation or legislation concerning social rights. Furthermore CSR should not be seen as shifting (or outsourcing

<sup>12</sup> Nicholas A. Ashford et al., "Addressing Inequality: The First Step beyond COVID-19 and towards Sustainability," *Sustainability (Switzerland)* 12, no. 13 (2020): 1–37, <https://doi.org/10.3390/su12135404>. it is critical they also address the weaknesses of their economic and social systems that inhibited their ability to respond comprehensively to the pandemic. These same weaknesses have also undermined efforts to advance equality and sustainability. This paper explores over 30 interventions across the following nine categories of change that hold the potential to address inequality, provide all citizens with access to essential goods and services, and advance progress towards sustainability: (1

<sup>13</sup> Saar-Heiman, "Fusing the Poverty-Aware Paradigm with Public Health Approaches to Protect Children: A Case Study of an Israeli Social Services Department."

<sup>14</sup> Phil Arkow, "Human-Animal Relationships and Social Work: Opportunities Beyond the Veterinary Environment," *Child and Adolescent Social Work Journal* 37, no. 6 (2020): 573–88, <https://doi.org/10.1007/s10560-020-00697-x>.

<sup>15</sup> Eleanor Hodgson et al., "A Qualitative Study of an Employment Scheme for Mentors with Lived Experience of Offending Within a Multi-Agency Mental Health Project for Excluded Young People," *Journal of Behavioral Health Services and Research* 46, no. 1 (2019): 140–50, <https://doi.org/10.1007/s11414-018-9615-x>.

<sup>16</sup> Ashford et al., "Addressing Inequality: The First Step beyond COVID-19 and towards Sustainability." it is critical they also address the weaknesses of their economic and social systems that inhibited their ability to respond comprehensively to the pandemic. These same weaknesses have also undermined efforts to advance equality and sustainability. This paper explores over 30 interven-

embedded partnerships between state and non-state actors to improve the provision of basic social services to people experiencing poverty on a sustainable basis, indicating the challenges and opportunities in collaborative efforts for public service interventions.<sup>17</sup> Moreover, the study by Tianming et al. identifies factors such as poverty, urban attractions, and migration as key determinants of sustainable rural development, highlighting the potential of public service interventions to address complex social and economic challenges in rural areas.<sup>18</sup> This underscores the multifaceted nature of public service interventions in addressing social issues and promoting sustainable development.

Innovation in social services is vital for the effective implementation of public service interventions and the achievement of sustainable social development. The invention allows for the development of new approaches, strategies, and tools to address social challenges more efficiently and effectively. It enables the adaptation and improvement of existing interventions, as well as the identification of new solutions to emerging social issues. Innovation in social services is crucial for the effective implementation of public service interventions and the achievement of sustainable social development. Furthermore, the study by Zetterberg et al. provides insights into neighbourhood social sustainable development, highlighting the potential for innovative qualitative case studies to inform sustainable development strategies.<sup>19,20</sup> Moreover,

tions across the following nine categories of change that hold the potential to address inequality, provide all citizens with access to essential goods and services, and advance progress towards sustainability: (1

<sup>17</sup> Bano, “Partnerships and the Good-Governance Agenda: Improving Service Delivery Through State–NGO Collaborations.”partnerships for development, especially between state and NGOs, remain a valued goal. Partnerships are argued to improve provision of basic social services to the poor: the state is viewed as providing scale, with NGOs ensuring good governance. Close study of three leading partnership arrangements in Pakistan (privatization of basic health units, an ‘adopt a school’ program, and low-cost sanitation

<sup>18</sup> Tianming Gao, Anna Ivolga, and Vasilii Erokhin, “Sustainable Rural Development in Northern China: Caught in a Vice between Poverty, Urban Attractions, and Migration,” *Sustainability (Switzerland)* 10, no. 5 (2018): 1–20, <https://doi.org/10.3390/su10051467>.

<sup>19</sup> Liv Zetterberg et al., “Neighbourhood Social Sustainable Development and Spatial Scale: A Qualitative Case Study in Sweden,” *Local Environment* 28, no. 6 (2023): 793–810, <https://doi.org/10.1080/13549839.2023.2179610>.and for local and regional developmental strategies. Neighbourhoods are a common spatial scale for studying social sustainability and there is a growing focus on social sustainability in urban neighbourhoods for both researchers and policymakers. This paper is based on a qualitative case study of a neighbourhood defined by the municipality as at-risk of negative social development in a municipality in northern Sweden. The aim is to describe the perceived threats and promoters for social sustainable development in a neighbourhood defined as at-risk, and to analyse these in relation to a perspective of spatial scale. The study is based on data from interviews with municipal representatives, local professionals and residents, representing different experiences and perspectives in the neighbourhood. Four themes illustrating threats to socially sustainable development were identified: crime, unrest and unsafety; segregation and social exclusion; reputation and stigmatisation; and low involvement in municipal processes. The promoters for socially sustainable development identified in the respondents’ stories reflect four themes: strong community spirit; safety and low criminality; lively civic society and well-functioning public services. Our results show that neighbourhood social sustainability cannot be studied or acted upon without being put in a context of spatial scale and an understanding that processes occurring at a particular scale only can be adequately understood when considered in relation to other scales, i.e. the development in the neighbourhood can only be understood in relation to the development in the city and at national level. There is also a need for an awareness of how different aspects of socially sustainable development relate to each other, by strengthening or counteracting each other. Key policy highlights There are no “magic bullet solutions” to ensure social sustainable development at the local level. Rather, actions and interventions must embrace complexity. The risk for counteracting processes must be acknowledged in any actions to promote social sustainability. Social sustainability processes occurring at a particular scale can only be adequately understood and addressed when considered in relation to other scales.””author”:[{“dropping-particle”：“”family”：“Zetterberg”,”given”：“Liv”,”non-dropping-particle”：“”,”parse-names”：“false,”suffix”：“””},{“dropping-particle”：“”family”：“Eriksson”,”given”：“Malin”,”non-dropping-particle”：“”,”parse-names”：“false,”suffix”：“””},{“dropping-particle”：“”family”：“Ravry”,”given”：“Cecilia”,”non-dropping-particle”：“”,”parse-names”：“false,”suffix”：“””},{“dropping-particle”：“”family”：“Santosa”,”given”：“Ailiana”,”non-dropping-particle”：“”,”parse-names”：“false,”suffix”：“””},{“dropping-particle”：“”family”：“Ng”,”given”：“Nawi”,”non-dropping-particle”：“”,”parse-names”：“false,”suffix”：“””}]},”container-title”：“Local Environment”,”id”：“ITEM-1”,”issue”：“6”,”issued”：“{“date-parts”：“[[“2023”]]}”,”page”：“793-810”,”title”：“Neighbourhood social sustainable development and spatial scale: a qualitative case study in Sweden”,”type”：“article-journal”,”volume”：“28”}”,”uris”：“[“http://www.mendeley.com/documents/?uuid=2536b9c4-9921-4dc3-8508-9f9a322e9b2f”]}”,”mendeley”：“{“formatted Citation”：“Liv Zetterberg et al., “Neighbourhood Social Sustainable Development and Spatial Scale: A Qualitative Case Study in Sweden,” <i>Local Environment</i> 28, no. 6 (2023)

<sup>20</sup> Ali Mahmoudi et al., *Sustainable Multi-Channel Supply Chain Design: An Intuitive Fuzzy Game Theory Approach to Deal with Uncertain Business Environment, Environment, Development and Sustainability* (Springer Netherlands, 2022), <https://doi.org/10.1007/s10668-022-02623-w>.

other study highlights the potential of economic valuation in pursuing sustainability, indicating the importance of innovative economic approaches in sustainable development.<sup>21</sup>

To understand the nexus between public service interventions and social development, it is necessary to establish a conceptual framework. This framework should encompass the various dimensions of social development, including economic well-being, education, healthcare, social inclusion, and environmental sustainability. Based on the provided references, the conceptual framework for understanding the nexus between public service interventions and social development can be constructed by integrating various dimensions of social development, including economic well-being, education, healthcare, social inclusion, and environmental sustainability.<sup>22</sup> The selected references provide insights into different aspects of social development and interventions that contribute to these dimensions. Study discuss entrepreneurial municipalism as an intervention that sits within an assemblage of new municipalist interventions, highlighting the potential for innovative approaches to urban social development. This emphasizes the economic well-being dimension of social development and the role of local governance in driving economic initiatives.<sup>23</sup> This reference contributes to the healthcare and social inclusion dimensions of social development, emphasizing the need for tailored interventions to address stigmatization and promote inclusivity (Dima et al., 2021).<sup>24</sup> Also discuss job stress and burnout among social workers, highlighting the challenges faced in the VUCA (volatility, uncertainty, complexity, and ambiguity) world of the COVID-19 pandemic, which pertains to the healthcare and social inclusion dimensions of social development

Present a user-centered design approach for smart home sensing and monitoring in households with dementia, emphasizing the importance of patient-centered interventions in healthcare and social inclusion.<sup>25</sup> Explore social work involvement in the COVID-19 response in China, indicating the interdisciplinary nature of public health social work and its implications for disaster response and social inclusion.<sup>26</sup>

Present the Multi-Modality Practitioner (MMP) approach, indicating a technically eclectic, multimodal workforce innovation in the provision of support for individuals and families with multiple needs, emphasizing the importance of integrated interventions for social inclusion and wellbeing.<sup>27</sup> Its explores collaborative strategies, trust, and counter strategies in local crime prevention partnerships, highlighting the importance of multi-agency and cross-professional work in addressing social issues and promoting social inclusion. Also develop a neighborhood sustainability measure for preschool children based on proximity to major service amenities, indicating the importance of access to essential services for early childhood development and social inclusion. By integrating the insights from these references, a comprehensive conceptual framework for understanding the nexus between public service interventions and social development can be developed. This framework should encompass the dimensions of economic well-being, education, healthcare, social inclusion, and environmental sustainability and consider the interdisciplinary, collaborative, and holistic nature of interventions in addressing social challenges and promoting sustainable development.

<sup>21</sup> Alberto del Villar and Marcos García-López, “The Potential of Wastewater Reuse and the Role of Economic Valuation in the Pursuit of Sustainability: The Case of the Canal de Isabel II,” *Sustainability (Switzerland)* 15, no. 1 (2023), <https://doi.org/10.3390/su15010843>.

<sup>22</sup> Matthew Thompson et al., “Re-Grounding the City with Polanyi: From Urban Entrepreneurialism to Entrepreneurial Municipalism,” *Environment and Planning A* 52, no. 6 (2020): 1171–94, <https://doi.org/10.1177/0308518X19899698>.

<sup>23</sup> Abraham Mukolo et al., “Consensus on Context-Specific Strategies for Reducing the Stigma of Human Immunodeficiency Virus/Acquired Immunodeficiency Syndrome in Zambézia Province, Mozambique,” *Sabara J* 10, no. 3–4 (2013): 119–30, <https://doi.org/10.1080/17290376.2014.885847>.

<sup>24</sup> Dima, Meseşan Schmitz, and Şimon, “Job Stress and Burnout among Social Workers in the Vuca World of Covid-19 Pandemic.”

<sup>25</sup> Federico Tiersen et al., “Smart Home Sensing and Monitoring in Households with Dementia: User-Centered Design Approach,” *JMIR Aging* 4, no. 3 (2021), <https://doi.org/10.2196/27047>.

<sup>26</sup> Zhihong Yu et al., “Social Work Involvement in the COVID-19 Response in China: Interdisciplinary Remote Networking,” *Journal of Social Work* 21, no. 2 (March 17, 2021): 246–56, <https://doi.org/10.1177/1468017320980657>.

<sup>27</sup> Nicky Lidbetter et al., “The Multi-Modality Practitioner (MMP) Approach: A Technically Eclectic, Multimodal Workforce Innovation in the Provision of Support for Individuals and Families with Multiple Needs,” *Mental Health and Social Inclusion*, 2023, <https://doi.org/10.1108/MHSI-01-2023-0010>.

Based on the provided references, the challenges in implementing preventive interventions in the social service system, particularly the focus on crisis response rather than primary prevention and the lack of capacity and training among social service professionals, can be addressed through a comprehensive understanding of the complexities and dynamics involved in social interventions. The following references provide insights into the challenges and potential strategies for addressing these issues: One is highlighting the challenges faced by community health volunteers (CHVs) in delivering behavior change interventions in complex urban environments, indicating the limitations in the capacity to be involved in behaviour change interventions.<sup>28</sup> This underscores the need for capacity building and support for frontline workers to implement preventive interventions effectively. Other discuss the challenges faced by urban authorities in meeting increased demands on public services within the context of austerity urbanism, emphasizing the constraints on resources and the need for innovative approaches to address social challenges.<sup>29</sup> This highlights the systemic challenges that impact the implementation of preventive interventions and the need for resource optimization. Also present the Multi-Modality Practitioner (MMP) approach as a workforce innovation in the provision of support for individuals and families with multiple needs, emphasizing the challenges of responding to the needs of aging populations, rising costs, and workforce shortages in health, which necessitate a focus on primary healthcare services.<sup>30</sup> This underscores the need for innovative workforce strategies to address capacity and training challenges in social service interventions. And other is analyses the stewardship function in Botswana's health system, highlighting the challenges in ensuring accountability and the limited ability of the health system to benefit from its stakeholders, indicating the systemic barriers to effective preventive interventions.<sup>31</sup> This emphasizes the importance of governance and leadership in addressing capacity and training challenges in social service interventions. Lastly is explores collaborative strategies, trust, and counter strategies in local crime prevention partnerships in Sweden, highlighting the importance of multi-agency and cross-professional work in addressing social issues and promoting social inclusion, indicating the potential for collaborative approaches to address capacity and training challenges.<sup>32</sup>

In contrast to the focus on preventive interventions, crisis response should remain the primary emphasis of the social service system. They contend that investing resources in primary prevention may divert attention and funds away from addressing immediate crises and urgent needs within communities. Additionally, the shift towards preventive interventions may need to address the complex and multifaceted social issues that communities face more effectively. This perspective raises concerns that an overemphasis on primary prevention may overlook the immediate and pressing needs of vulnerable populations.

Moreover, critics argue that prioritizing primary prevention in social service systems may not align with the existing structures and practices of social work and allied professions. They highlight the potential difficulties in reconfiguring the current service delivery systems to accommodate a preventive approach, especially given the limited resources and resistance to change within these structures. Furthermore, some contend that the emphasis on primary prevention could underestimate the significance of crisis response in providing immediate relief and support to individuals and communities in distress. The argument is that crisis response plays a critical role in addressing acute needs and protecting vulnerable individuals. Reducing this focus may have detrimental effects on those in urgent need of support. While preventive interventions

<sup>28</sup> Aseyo et al., "Realities and Experiences of Community Health Volunteers as Agents for Behaviour Change: Evidence from an Informal Urban Settlement in Kisumu, Kenya." including for hygiene-related behaviour change. However, their role and capacity to deliver behaviour change interventions, particularly in high-density urban settlements, remain under-researched. This study examines the behaviour change-related activities of community health volunteers (CHVs

<sup>29</sup> Thompson et al., "Re-Grounding the City with Polanyi: From Urban Entrepreneurialism to Entrepreneurial Municipalism."

<sup>30</sup> Lidbetter et al., "The Multi-Modality Practitioner (MMP) Approach: A Technically Eclectic, Multimodal Workforce Innovation in the Provision of Support for Individuals and Families with Multiple Needs."

<sup>31</sup> Seitio-Kgokgwe et al., "Analysing the Stewardship Function in Botswana's Health System: Reflecting on the Past, Looking to the Future."

<sup>32</sup> Forkby, "Organisational Exceptions as Vehicles for Change: Collaborative Strategies, Trust, and Counter Strategies in Local Crime Prevention Partnerships in Sweden."

have their merits, it is crucial to consider the potential drawbacks and challenges associated with shifting the focus from crisis response to primary prevention in the social service system. Both perspectives warrant careful consideration to ensure that the needs of all individuals and communities are adequately met.

This Research is important because it highlights the ongoing discussion and debate surrounding the emphasis on primary prevention in social service systems. It sheds light on the different perspectives and arguments surrounding this issue, allowing for a more comprehensive understanding of the challenges and considerations involved in implementing primary prevention approaches in the social service system. This research aims to contribute to the ongoing dialogue and knowledge base regarding the nexus between public service interventions and social development. It provides insights into the potential benefits and limitations of primary prevention approaches in addressing social issues while also acknowledging the importance of crisis response and immediate support for vulnerable populations. This Research also emphasizes the need for further education and training initiatives in social work to ensure that professionals have the necessary skills and knowledge to implement primary prevention approaches effectively in their practice.

## 2 Methodology for Systematic Literature Synthesis

The methodology for this systematic literature synthesis includes searching the Scopus database using a set of specific keywords related to public service interventions and social development, which is “Public,” “Service,” “Services,” “Social,” “Socials,” “Development” “Interventions,” “Intervention” and find 3.885 Document. The search results are then screened based on specific inclusion and exclusion criteria, such as publication date from 2013 until current and finding 2.118 documents, also relevance to the research topic, and subject area like “Social Science,” “Art & Humanities” and “Business, management accounting” and get 584 documents. The exclusion criteria include literature review papers, conference abstracts without accompanying empirical studies, studies that do not meet the research topic or design requirements and 418 Articles.<sup>33</sup> The final step involves assessing the quality of the selected studies using standardized criteria, such as the relevance and rigor of the research design, data collection methods, and analysis techniques. After the screening, abstract, and full reading of 418 articles, 44 met the inclusion criteria and were included in the synthesis.

Several Countries like Israel, Finland, Australia, and the United States were examined in the synthesis to provide a diverse range of perspectives on public service interventions and their impact on social development. The findings of the literature synthesis suggest that public service interventions play a crucial role in promoting social development by addressing various social issues, such as poverty, inequality, and unemployment. These interventions have been found to be effective in improving social outcomes, such as increased access to education and healthcare, reduced crime rates, and enhanced well-being and quality of life for individuals and communities.

<sup>33</sup> Jean François Allaire et al., “Integrated Community Care Delivered by Public Health Care and Social Care Systems: Protocol for a Realist Synthesis,” *International Journal of Integrated Care* 21, no. 4 (2021): 1–10, <https://doi.org/10.5334/ijic.5629>.

## 3 Result and Discussion

### 3.1 Impact of Public Service Interventions on Social Development

The result of the systematic literature synthesis indicates that public service interventions have a significant effect on social development. These interventions have been shown to address various social issues, such as poverty, inequality, and unemployment, ultimately leading to improved social outcomes.

Based on the provided references, the impact of public service interventions on social development can be analyzed and compared across various dimensions. The selected references cover a wide range of topics, including urbanism, social work, sustainability, healthcare, and economics, providing a comprehensive view of the potential impact of public service interventions on social development. Here is a comparative analysis of the potential impact of public service interventions based on the provided

#### 1. Entrepreneurial Municipalism and Urban Regeneration

Entrepreneurial municipalism as a new municipalist intervention, emphasizing its potential impact on urban social movements and neoliberal strategies.<sup>34</sup>

An appraisal model of the economic benefits of urban regeneration programs, highlighting the utility of the model in urban regeneration interventions.<sup>35</sup>

Entrepreneurial municipalism as a new municipalist intervention, emphasizing its potential impact on urban social movements and neoliberal strategies.<sup>36</sup>

#### 2. Social Work and Healthcare Interventions

Job stress and burnout among social workers, emphasizing the importance of organizational support and self-care plans to protect against burnout.<sup>37</sup>

Social work involvement in the COVID-19 response in China, highlighting the interdisciplinary nature of public health social work and its implications for disaster response.<sup>38</sup>

Focus on violence against children and a prevention-oriented response in Malawi, emphasizing the use of a public health model for social work engagement.<sup>39</sup>

<sup>34</sup> Thompson et al., “Re-Grounding the City with Polanyi: From Urban Entrepreneurialism to Entrepreneurial Municipalism.”

<sup>35</sup> Lucia Della Spina, Francesco Calabrò, and Alessandro Rugolo, “Social Housing: An Appraisal Model of the Economic Benefits in Urban Regeneration Programs,” *Sustainability (Switzerland)* 12, no. 2 (2020), <https://doi.org/10.3390/su12020609>. urban regeneration projects, the dynamics of the real estate market and cooperation between public and private developers. Furthermore, this decision-making process must be supported by assessments relating to economic feasibility and assessments on social and environmental sustainability. The paper illustrates a decision support evaluation model for the implementation of integrated urban redevelopment programs related to Social Housing interventions to be implemented in PPP. The model is based on the search for an economic balance between the interests of the parties involved, with the aim of maximizing the share of housing in SH by minimizing the public contribution quota. The model was developed on a degraded settlement of Public Residential Construction, the subject of a wider urban regeneration program in the Municipality of Reggio Calabria (Italy)

<sup>36</sup> Bano, “Partnerships and the Good-Governance Agenda: Improving Service Delivery Through State–NGO Collaborations.” partnerships for development, especially between state and NGOs, remain a valued goal. Partnerships are argued to improve provision of basic social services to the poor: the state is viewed as providing scale, with NGOs ensuring good governance. Close study of three leading partnership arrangements in Pakistan (privatization of basic health units, an ‘adopt a school’ program, and low-cost sanitation)

<sup>37</sup> Dima, Meseñan Schmitz, and Ćimon, “Job Stress and Burnout among Social Workers in the Vuca World of Covid-19 Pandemic.”

<sup>38</sup> Yu et al., “Social Work Involvement in the COVID-19 Response in China: Interdisciplinary Remote Networking”

<sup>39</sup> Brendan Ross, Karen Smith Rotabi, and Nankali Maksud, “From the Evidence of Violence Against Children to a Prevention-Oriented Response in Malawi: Planning for Social Services with a Public Health Model for Social Work Engagement,” *Global Social Welfare* 2, no. 4 (2015): 147–58, <https://doi.org/10.1007/s40609-015-0036-y>.

Social work involvement in the COVID-19 response in China, highlighting the interdisciplinary nature of public health social work and its implications for disaster response.<sup>40</sup>

### 3. Capacity Building and Governance in Healthcare

Socioeconomic barriers to universal health coverage in Zimbabwe, emphasizing the challenges in accessing healthcare services and pathways toward progress.<sup>41</sup>

Socioeconomic barriers to universal health coverage in Zimbabwe, emphasizing the challenges in accessing healthcare services and pathways toward progress.<sup>42</sup>

### 4. Collaborative Strategies and Crime Prevention.

Collaborative strategies, trust, and counter strategies in local crime prevention partnerships in Sweden, highlighting the importance of multi-agency and cross-professional work in addressing social issues.<sup>43</sup>

The opening access to administrative data for evaluating public services, focusing on the case of the Justice Data Lab and its impact on justice interventions.<sup>44</sup>

### 5. Social Housing and Sustainable Ageing

Sustainable aging and independence among older Turkish migrants in the UK, emphasizing the importance of supporting healthy aging and independence.<sup>45</sup>

The Multi-Modality Practitioner (MMP) approach as a workforce innovation in the provision of support for individuals and families with multiple needs, highlighting its impact on psychological intervention and employability.<sup>46</sup>

Sustainable aging and independence among older Turkish migrants in the UK, emphasizing the importance of supporting healthy aging and independence.<sup>47</sup>

In summary, the selected references provide insights into the potential impact of public service interventions on social development across various domains, including urban regeneration, social work, healthcare, crime prevention, and sustainable aging. The comparative analysis highlights the diverse nature of public service interventions and their potential to address complex social challenges and promote sustainable development.

<sup>40</sup> Seitio-Kgokgwe et al., “Analysing the Stewardship Function in Botswana’s Health System: Reflecting on the Past, Looking to the Future.”

<sup>41</sup> Tatenda Goodman Nhapi, “Socioeconomic Barriers to Universal Health Coverage in Zimbabwe: Present Issues and Pathways Toward Progress,” *Journal of Developing Societies* 35, no. 1 (2019): 153–74, <https://doi.org/10.1177/0169796X19826762>.

<sup>42</sup> Seitio-Kgokgwe et al., “Analysing the Stewardship Function in Botswana’s Health System: Reflecting on the Past, Looking to the Future.”

<sup>43</sup> Forkby, “Organisational Exceptions as Vehicles for Change: Collaborative Strategies, Trust, and Counter Strategies in Local Crime Prevention Partnerships in Sweden.”

<sup>44</sup> Fergus Lyon et al., “Opening Access to Administrative Data for Evaluating Public Services: The Case of the Justice Data Lab,” *Evaluation* 21, no. 2 (2015): 232–47, <https://doi.org/10.1177/1356389015577507>.

<sup>45</sup> Melisa Yazdanpanahi and Shereen Hussein, “Sustainable Ageing: Supporting Healthy Ageing and Independence amongst Older Turkish Migrants in the UK,” *Sustainability (Switzerland)* 13, no. 18 (2021): 1–19, <https://doi.org/10.3390/su131810387>.

<sup>46</sup> Lidbetter et al., “The Multi-Modality Practitioner (MMP) Approach: A Technically Eclectic, Multimodal Workforce Innovation in the Provision of Support for Individuals and Families with Multiple Needs.”

<sup>47</sup> Della Spina, Calabrò, and Rugolo, “Social Housing: An Appraisal Model of the Economic Benefits in Urban Regeneration Programs.” Urban regeneration projects, the dynamics of the real estate market and cooperation between public and private developers. Furthermore, this decision-making process must be supported by assessments relating to economic feasibility and assessments on social and environmental sustainability. The paper illustrates a decision support evaluation model for the implementation of integrated urban redevelopment programs related to Social Housing interventions to be implemented in PPP. The model is based on the search for an economic balance between the interests of the parties involved, with the aim of maximizing the share of housing in SH by minimizing the public contribution quota. The model was developed on a degraded settlement of Public Residential Construction, the subject of a wider urban regeneration program in the Municipality of Reggio Calabria (Italy)

Additionally, the literature emphasizes the importance of collaborative strategies and multi-agency approaches in addressing social issues and crime prevention. It also underscores the need for trust-building among stakeholders, as well as the potential for resistance and counterstrategies in partnerships. Overall, the literature suggests that public service interventions have the potential to address socioeconomic barriers and promote social development. The literature synthesis sheds light on the multifaceted impact of public service interventions on social development across various domains, revealing the potential to address complex social challenges and promote sustainable development. The synthesis underscores the significance of collaborative strategies and multi-agency approaches, emphasizing the need for trust-building among stakeholders and the potential for resistance and counterstrategies in partnerships.

Furthermore, the comparative analysis delves into the diverse nature of public service interventions, incorporating insights from urban regeneration, social work, healthcare, crime prevention, and sustainable aging. Through this comprehensive approach, the synthesis highlights the pivotal role of public service interventions in not only addressing socioeconomic barriers but also fostering social development as a whole.

By examining urban regeneration, the literature presents entrepreneurial municipalism as a new municipalist intervention, accentuating its potential impact on urban social movements and neoliberal strategies. Additionally, it provides an appraisal model of the economic benefits of urban regeneration programs, emphasizing its utility in urban intervention programs. In the context of social work and healthcare, the literature addresses job stress and burnout among social workers, highlighting the importance of organizational support and self-care plans to protect against burnout. It also explores social work involvement in the COVID-19 response, emphasizing the interdisciplinary nature of public health social work and its implications for disaster response. Moreover, the focus on violence against children and a prevention-oriented reaction in Malawi underscores the use of a public health model for social work engagement.

The synthesis also addresses collaborative strategies and crime prevention, emphasizing the significance of multi-agency and cross-professional work in addressing social issues. Additionally, the importance of supporting healthy aging and independence, particularly among older Turkish migrants in the UK, is highlighted, with an emphasis on the sustainable aging and freedom of this demographic. In essence, the literature synthesis not only highlights the impact of public service interventions on social development but also advocates for a holistic and interdisciplinary approach to address multifaceted social challenges. The identified literature provides a rich understanding of the potential of public service interventions in shaping sustainable social development while emphasizing the need for comprehensive approaches that integrate various sectors and stakeholders.

## 4 Critical Analysis of Literature on Public Services and Social Development

The critical analysis of the literature on public services and social development reveals several key themes and findings. Firstly, the literature highlights the importance of public service interventions in promoting social development. These interventions have the potential to address various social issues such as urban regeneration, job stress and burnout among social workers, disaster response, violence against children, and crime prevention. Secondly, the literature emphasizes the need for collaboration and interdisciplinary approaches in public service interventions. This is evident in the discussion of the involvement of social workers in the COVID-19 response and the emphasis on multi-agency and cross-professional work in addressing social issues. Lastly, the literature underscores the importance of considering diverse populations and their specific needs within public service interventions. This is evident in the discussion of supporting healthy aging and independence among older Turkish migrants in the UK and addressing inequalities and social norms in violence prevention interventions in Malawi.

Based on the provided references, a critical analysis of the literature on public services and social development can be conducted by examining the potential impact of public service interventions across various domains. The selected references cover a wide range of topics, including urbanism, social work, healthcare, sustainability, and governance, providing insights into the potential implications of public service interventions on social development. Here is a critical analysis of the literature based on the provided:

1. Urban Entrepreneurialism and Municipalism

The potential of entrepreneurial municipalism in re-grounding the city, emphasizing the role of municipalities in developing local economies and generating alternative sources of revenue.<sup>48</sup>

Educators' understanding of bullying in the school environment, providing insights into the social dynamics within educational settings.<sup>49</sup>

2. Workforce Innovation and Healthcare Support

The Multi-Modality Practitioner (MMP) approach as a workforce innovation in providing support for individuals and families with multiple needs, highlighting its potential impact on psychological intervention and employability.<sup>50</sup>

3. Social Inclusion and Community Health

The realities and experiences of community health volunteers in an informal urban settlement in Kisumu, Kenya, providing evidence of their role as agents for behavior change and health promotion.<sup>51</sup>

Conducted a participatory action research study to optimize a complex stroke caregiver support program, emphasizing the importance of participatory approaches in developing effective interventions.<sup>52</sup>

4. Governance and Transparency

Investigates collaborative strategies, trust, and counter strategies in local crime prevention partnerships in Sweden, highlighting the importance of multi-agency and cross-professional work in addressing social issues.<sup>53</sup>

The impact of transparency on governance, emphasizing the role of community monitoring in healthcare providers and its implications for accountability.<sup>54</sup>

5. Sustainability and Social Capital

---

<sup>48</sup> Thompson et al., "Re-Grounding the City with Polanyi: From Urban Entrepreneurialism to Entrepreneurial Municipalism."

<sup>49</sup> Felipe Soares Salgado et al., "Bullying in School Environment: The Educators' Understanding," *Journal of Human Growth and Development* 30, no. 1 (2020): 58–64, <https://doi.org/10.7322/JHGD.V30.9969>. repetition and imbalance of power between victims and aggressors. The occurrence of bullying in the school context impairs students' learning and healthy development. Objective: To analyze the educators' understanding of bullying in the school environment. Methods: Cross-sectional and qualitative study carried out with 16 educators (principals, deputy principals, pedagogical coordinators and teachers

<sup>50</sup> Lidbetter et al., "The Multi-Modality Practitioner (MMP) Approach: A Technically Eclectic, Multimodal Workforce Innovation in the Provision of Support for Individuals and Families with Multiple Needs."

<sup>51</sup> Aseyo et al., "Realities and Experiences of Community Health Volunteers as Agents for Behaviour Change: Evidence from an Informal Urban Settlement in Kisumu, Kenya." including for hygiene-related behaviour change. However, their role and capacity to deliver behaviour change interventions, particularly in high-density urban settlements, remain under-researched. This study examines the behaviour change-related activities of community health volunteers (CHVs

<sup>52</sup> Theresia Krieger et al., "Optimising a Complex Stroke Caregiver Support Programme in Practice: A Participatory Action Research Study," *Educational Action Research* 29, no. 1 (2021): 37–59, <https://doi.org/10.1080/09650792.2019.1699131>.

<sup>53</sup> Forkby, "Organisational Exceptions as Vehicles for Change: Collaborative Strategies, Trust, and Counter Strategies in Local Crime Prevention Partnerships in Sweden."

<sup>54</sup> Stephen Kosack and Archon Fung, "Does Transparency Improve Governance?," *Annual Review of Political Science* 17 (2014): 65–87, <https://doi.org/10.1146/annurev-polisci-032210-144356>.

Sustainability, territorial resources, and social capital, emphasizing the importance of cooperation between citizens and public authorities for the care and regeneration of common goods.<sup>55</sup>

The potential of urban entrepreneurialism and its impact on local economies and alternative sources of revenue.<sup>56</sup>

In summary, the critical analysis of the literature on public services and social development provides insights into the potential impact of public service interventions across various domains, including urban regeneration, social work, healthcare, governance, and sustainability. The selected references offer a diverse perspective on the implications of public service interventions and their role in promoting social development. It is evident from the extensive literature review that public service interventions have a significant impact on various facets of social development. The multifaceted nature of public service interventions is highlighted, encompassing urban entrepreneurship, social work, healthcare, governance, sustainability, and more. These interventions play a crucial role in addressing complex social challenges and promoting sustainable development across diverse domains.

The literature emphasizes the importance of collaborative and interdisciplinary approaches in public service interventions, as well as the need to consider the specific needs of diverse populations within these interventions. Furthermore, the critical analysis of the provided references sheds light on the potential implications of public service interventions on urban regeneration, job stress, burnout among social workers, disaster response, violence prevention, healthy aging, and more. The selected references provide a rich understanding of the potential impact of public service interventions on social development, advocating for a holistic and comprehensive approach to address multifaceted social challenges. Additionally, the literature highlights the significance of urban entrepreneurialism, workforce innovation, social inclusion, governance, transparency, sustainability, and social capital in shaping sustainable social development.

Moving forward, it will be essential to delve further into the specific methodologies and impact evaluation studies associated with these public service interventions. Understanding the modes of participation, assessment techniques, and evaluation methodologies will enrich the analysis and provide a deeper understanding of the effectiveness and implications of these interventions on social development. This deeper analysis will allow for a more comprehensive assessment of the potential impact of public service interventions and the critical role they play in shaping sustainable social development.

The literature synthesis on public service interventions and social development presents several known ideas that have been explored and discussed in the academic literature. These known ideas contribute to our understanding of the impact of public service programs on social development outcomes and provide insights into effective strategies for addressing complex social challenges. Here are some key known ideas highlighted in the synthesis:

1. **Holistic and Interdisciplinary Approaches:** The synthesis emphasizes the importance of adopting holistic and interdisciplinary approaches to address multifaceted social challenges. By integrating various sectors and stakeholders in the design and implementation of public service interventions, a more comprehensive and effective response can be developed to promote sustainable social development.
2. **Urban Entrepreneurialism and Regeneration:** The literature discusses the potential impact of entrepreneurial municipalism and urban regeneration programs on social development. These initiatives are seen as innovative strategies to drive positive change in urban areas, addressing issues such as social inclusion, economic development, and community well-being.

<sup>55</sup> T. Cilona, "Sustainability, Territorial Resources and Social Capital," *International Journal of Sustainable Development and Planning* 12, no. 4 (2017): 819–28, <https://doi.org/10.2495/SDP-V12-N4-819-828>.

<sup>56</sup> Thompson et al., "Re-Grounding the City with Polanyi: From Urban Entrepreneurialism to Entrepreneurial Municipalism."

3. **Capacity Building in Healthcare:** The need for capacity building in healthcare systems is highlighted as a key policy implication for improving health policy development and implementation. By investing in training, resource allocation, and strategic planning, health systems can strengthen their ability to address public health challenges and promote better health outcomes.
4. **Governance and Service Delivery:** The literature underscores the importance of good governance and efficient service delivery in addressing social issues. Policy interventions aimed at improving governance, enhancing service delivery, and addressing systemic inefficiencies are crucial for promoting sustainable social development.
5. **Social Isolation and Loneliness:** The synthesis emphasizes the need for policy interventions to address social isolation and loneliness, particularly in the context of long-term care facilities during the COVID-19 pandemic. Strategies to promote social connectedness and well-being among vulnerable populations are essential for enhancing social development outcomes.
6. **Collaborative Strategies and Multi-Agency Approaches:** The literature highlights the significance of collaborative strategies and multi-agency approaches in addressing social issues and promoting social development. By fostering trust among stakeholders and promoting cross-sectoral partnerships, public service interventions can effectively address socioeconomic barriers and drive positive social change.

These known ideas provide a foundation for understanding the complexities of public service interventions and their impact on social development outcomes. By exploring these concepts and their implications for policy and practice, the literature synthesis contributes to advancing our knowledge of effective strategies for promoting sustainable social development through public service programs.

## 5 Policy Implications from the Literature Review

The literature review identifies several key policy implications regarding public service interventions and social development. It emphasizes the need for governments and policymakers to prioritize collaborative and interdisciplinary approaches in designing and implementing interventions. These approaches can address the complexity and interconnectedness of social challenges and promote sustainable development across different domains.

After reviewing the potential references, the following policy implications can be drawn from the literature review:

1. **Governance and Service Delivery:** The literature suggests that governments in the developing world may face challenges in providing basic services to all due to issues such as corruption, inefficiency, and lack of commitment. This highlights the need for policy interventions to improve governance, enhance service delivery, and address systemic inefficiencies.<sup>57</sup>
2. **Capacity Building in Healthcare:** The need for more power for health policy development identified in the literature indicates the need for investment in building the ability of health systems to develop and implement effective health policies. This includes training, resource allocation, and strategic planning to strengthen the stewardship function in healthcare.<sup>58</sup>

<sup>57</sup> Bano, "Partnerships and the Good-Governance Agenda: Improving Service Delivery Through State-NGO Collaborations." partnerships for development, especially between state and NGOs, remain a valued goal. Partnerships are argued to improve provision of basic social services to the poor: the state is viewed as providing scale, with NGOs ensuring good governance. Close study of three leading partnership arrangements in Pakistan (privatization of basic health units, an 'adopt a school' program, and low-cost sanitation

<sup>58</sup> Seitio-Kgokgwe et al., "Analysing the Stewardship Function in Botswana's Health System: Reflecting on the Past, Looking to

3. Social Isolation and Loneliness: The findings from the review of best practices in long-term care facilities during the COVID-19 pandemic emphasize the need for policy interventions to address social isolation and loneliness, particularly in the context of healthcare and long-term care facilities.<sup>59</sup>
4. Child Protection and Poverty: The fusion of the Poverty-Aware Paradigm with public health approaches to protect children highlights the importance of addressing the social and structural dimensions of child protection policy and practice. This suggests the need for policy frameworks that address the relationships between poverty, inequality, and child maltreatment.<sup>60</sup>
5. Collaborative Strategies in Crime Prevention: The literature on cooperative strategies, trust, and counter strategies in local crime prevention partnerships underscores the importance of multi-agency and cross-professional work in addressing social issues. This suggests the need for policy interventions that promote collaborative approaches to crime prevention and community safety.<sup>61</sup>
6. Wellbeing Agencies and Primary Health Care: The concept of Wellbeing Agencies in the high street and their potential impact on primary health care highlight the need for policy priorities in future health policy and management research. This suggests the importance of policy interventions that support the integration of well-being agencies into primary healthcare systems.<sup>62</sup>
7. Aging of the HIV Cohort: The literature on policymaker attitudes to the aging of the HIV cohort emphasizes the need for a better understanding of the health implications of living in older age with HIV. This suggests the need for policy interventions that address the unique healthcare needs of the aging HIV cohort.<sup>63</sup>
8. Corporate Social Responsibility (CSR) and Legislation: The overview of the role of the Social and Ethics Committee in driving CSR through legislation highlights the potential for policy interven-

the Future.”

<sup>59</sup> Beogo et al., “Promising Best Practices Implemented in Long-Term Care Facilities During the COVID-19 Pandemic to Address Social Isolation and Loneliness: A Scoping Review.”

<sup>60</sup> Saar-Heiman, “Fusing the Poverty-Aware Paradigm with Public Health Approaches to Protect Children: A Case Study of an Israeli Social Services Department.”

<sup>61</sup> Forkby, “Organisational Exceptions as Vehicles for Change: Collaborative Strategies, Trust, and Counter Strategies in Local Crime Prevention Partnerships in Sweden.”

<sup>62</sup> Geoffrey Meads, “Wellbeing Agencies in the High Street: The Rebirth of Primary Health Care?,” *The Open Public Health Journal* 9, no. 1 (2016): 31–37, <https://doi.org/10.2174/1874944501609010031>. driven by both economic and social policies closely linked to the needs for both new business development and cultural integration, the expansion in organisational practices also carries it with some risks to public health. In more market oriented health systems these include possible negative consequences for both the longitudinal care provided through general medical practices and the application of evidence based medicine. In this context the scoping review draws on indicative findings from fieldwork in two international exemplar sites in the UK and Australia, where the concept of Wellbeing is being embedded, to identify priorities for future health policy and management research. The analysis is framed by the WHO’s enduring core principles for Primary Health Care, with the data capture employing an ethnographic approach that includes key informant interviews in Melbourne over a six months period in 2015/16. The findings include an unexpected emphasis on the need for knowledge in respect of the communities of interest and practice forming around novel therapies and interventions that assert public health values.”; author: [{"dropping-particle": "", "family": "Meads", "given": "Geoffrey", "non-dropping-particle": "", "parse-names": false, "suffix": ""}], container-title: "The Open Public Health Journal", id: "ITEM-1", issue: "1", issued: {"date-parts": [{"2016}], "page": "31-37", "title": "Wellbeing Agencies in the High Street: The Rebirth of Primary Health Care?", "type": "article-journal", "volume": "9"}, uris: [{"http://www.mendeley.com/documents/?uuid=cff91420-52f2-41f6-a8fb-caf257e4017e"}], mendeley: {"formattedCitation": "Geoffrey Meads, “Wellbeing Agencies in the High Street: The Rebirth of Primary Health Care?,” <i>The Open Public Health Journal</i> 9, no. 1 (2016

<sup>63</sup> Mathlo et al., “Policy-Maker Attitudes to the Ageing of the HIV Cohort in Botswana.” as in many countries with near universal access to treatment, has transformed HIV into a complex yet manageable chronic condition and has led to the emergence of a population aging with HIV. Although there has been some realization of this development at international level, no clear defined intervention strategy has been established in many highly affected countries. Therefore we explored attitudes of policy-makers and service providers towards HIV among older adults (50 years or older

tions to enhance sustainable development strategies. This suggests the importance of policy frameworks that promote CSR and ethical business practices through legislative mechanisms.<sup>64</sup>

In conclusion, the literature review provides valuable insights into the policy implications of public service interventions across various domains, including governance, healthcare, social isolation, crime prevention, primary health care, HIV care, and corporate social responsibility. These implications can inform the development of targeted policy interventions to address social challenges and promote sustainable development. It is evident that public service interventions have a profound impact on various facets of social development, and the critical analysis of the references has shed light on the potential implications of these interventions. However, to gain a deeper understanding, it is imperative to consider the multidimensional nature of these policy implications and delve into the specific methodologies and impact evaluation studies associated with them.

While the mentioned policy implications touch upon critical areas such as governance, healthcare, social isolation, crime prevention, primary health care, HIV care, and corporate social responsibility, a deeper analysis is necessary to understand the intricacies and complexities of these aspects. This comprehensive assessment will involve exploring the specific methodologies and impact evaluation studies associated with each policy implication. To illustrate, the implications related to governance and service delivery call for a detailed evaluation of the systemic inefficiencies and the specific policy interventions needed to address them. Similarly, the policy implications regarding social isolation and loneliness in the context of healthcare and long-term care facilities warrant a comprehensive examination of the interventions and strategies required to mitigate these challenges, especially in the aftermath of the COVID-19 pandemic. Understanding the nuanced approaches to collaborative design in crime prevention is essential to formulating effective policy interventions that foster multi-agency and cross-professional work.

In addition, delving into the methodologies for building the capacity of health systems and addressing the unique healthcare needs of the aging HIV cohort will provide invaluable insights for shaping targeted policy frameworks. This in-depth exploration will enable a thorough understanding of the multifaceted nature of the policy implications and their potential impact on sustainable social development. Moreover, the examination of corporate social responsibility and legislation calls for a nuanced analysis of the role of policy frameworks in driving CSR and ethical business practices. Exploring specific methodologies for integrating CSR into legislative mechanisms will be instrumental in formulating comprehensive policy interventions that promote sustainable development strategies. By conducting a comprehensive assessment that delves into the specific methodologies and impact evaluation studies associated with each policy implication, policymakers and stakeholders can gain a holistic perspective on the implications of public service interventions. This approach will not only enrich the analysis but also contribute to the formulation of targeted and effective policy interventions that address the interconnected challenges in governance, healthcare, social welfare, and sustainable development.

The theoretical contribution of the literature synthesis on the nexus of public service interventions and social development is multifaceted and significant. By synthesizing a diverse range of studies and perspectives, the synthesis offers a comprehensive framework for understanding the complex dynamics at play when public service interventions intersect with social development outcomes.

---

<sup>64</sup> Kloppers, "Driving Corporate Social Responsibility (CSR) through the Companies Act: An Overview of the Role of the Social and Ethics Committee." the mobilisation of corporate role players to support the development of states, and a management trend the purpose of which is to enhance the legitimacy of a business. Government is regarded as one of the most important driving forces behind the CSR agenda and it has a particularly important role to play in the creation of an enabling CSR environment. \r \r In general, advocates of legislative involvement in framing the CSR policy highlight the failure of existing voluntary systems as one of the main reasons why the state should play a more important role in the facilitation of CSR. Although governments realise the importance of encouraging socially responsible business, it should be noted that CSR should not replace regulation or legislation concerning social rights. Furthermore CSR should not be seen as shifting (or outsourcing

One key theoretical contribution is the emphasis on the interconnectedness of various dimensions of social development, such as economic well-being, education, healthcare, social inclusion, and environmental sustainability. The synthesis delves into how public service programs can impact these different aspects of society and contribute to overall social progress. By highlighting the interplay between public service interventions and social development outcomes, the synthesis provides valuable insights into the mechanisms through which interventions can lead to positive changes in communities. Moreover, the synthesis underscores the importance of innovative and context-specific approaches in addressing social challenges and fostering sustainable development. By showcasing examples of tailored interventions, such as entrepreneurial municipalism and stigma reduction programs, the synthesis illustrates how targeted strategies can effectively drive social change and improve well-being within communities. This emphasis on innovation and adaptability in public service interventions adds depth to our understanding of how interventions can be designed and implemented to maximize their impact on social development.

Additionally, the synthesis advocates for a holistic and interdisciplinary approach to public service interventions, emphasizing the need to integrate various sectors and stakeholders in the design and implementation of programs. By promoting collaboration and cooperation across different domains, the synthesis highlights the potential for more effective and sustainable outcomes in social development initiatives. This theoretical perspective underscores the importance of considering the complex and interconnected nature of social challenges when designing interventions, and the role of partnerships and coordination in achieving meaningful change. In essence, the theoretical contribution of this literature synthesis lies in its ability to deepen our understanding of the intricate relationship between public service interventions and social development. By exploring the multifaceted impact of interventions on different aspects of society, advocating for innovative and context-specific approaches, and promoting a holistic and interdisciplinary perspective, the synthesis enriches our theoretical framework for analyzing and advancing social development through public service interventions.

## **6 Future Directions for Research on Public Service Interventions and Social Development**

Future directions for Research on public service interventions and social development should focus on several key areas. First, there is a need for longitudinal studies that assess the long-term impact of public service interventions on social development outcomes. Second, further Research is needed to understand the mechanisms through which public service interventions lead to social development outcomes. Third, there is a need for Research that examines the role of context and contextual factors in shaping the effectiveness of public service interventions. This Research could provide valuable insights into the factors that contribute to the successful implementation and sustainability of public service interventions in different settings. Fourth, future Research should also explore the role of technology in enhancing the effectiveness and reach of public service interventions.

Additionally, there is a need for Research that examines the cost-effectiveness and efficiency of public service interventions in promoting social development. Such analysis can inform decision-making processes and resource allocation efforts to maximize the impact of interventions. Overall, future research should deepen our understanding of the nexus between public service interventions and social development by exploring methodologies for integrating CSR into legislative mechanisms and examining the role of public-private partnerships in driving social development outcomes.

The literature review on public service interventions and social development provides a foundation for future research directions. Based on the potential references provided, the following future research directions can be considered:

1. **Urban Entrepreneurialism and Municipalism:** Future Research can explore the impact of urban entrepreneurialism and municipalism on local economic development, social justice, and future economic trajectories. This may involve examining case studies of cities where activist entrepreneurs are experimenting with endogenous approaches to local economic development.<sup>65</sup>
2. **Partnerships and Good Governance:** Research can focus on evaluating the effectiveness of partnerships between state and non-governmental organizations (NGOs) in improving service delivery and promoting good governance. This may involve assessing the outcomes of collaborative initiatives under the Millennium Development Goals and the Sustainable Development Goals to determine the impact of these partnerships on social and economic development outcomes.<sup>66</sup>
3. **Social Work and COVID-19 Response:** Future Research can investigate interdisciplinary remote networking and social work involvement in the COVID-19 response, particularly in the context of emergency social networking services. This may involve identifying the components for successful deployment of online and offline social work services during a crisis, as well as examining the acceptability and effectiveness of these interventions.<sup>67</sup>
4. **Impact of COVID-19 on Social Workers:** Further Research can explore the long-term implications of the VUCA (volatility, uncertainty, complexity, and ambiguity) world of the COVID-19 pandemic on social workers. This may involve longitudinal studies to assess the sustained effects of job stress and burnout, as well as the effectiveness of organizational support and self-care plans in mitigating these effects.<sup>68</sup>
5. **Integrated Community Care:** Future Research can focus on evaluating the outcomes of integrated community care delivered by public health care and social care systems. This may involve realist synthesis studies to understand the mechanisms that lead to successful integrated care and the contextual factors that influence its effectiveness.<sup>69</sup>
6. **Transgender Health Programming:** Research can explore the optimization of HIV programming for transgender women, particularly in different cultural and geographical contexts. This may involve comparative studies to identify best practices and culturally sensitive interventions to address HIV infections and promote empowerment among transgender populations.<sup>70</sup>
7. **Social Capital and Human-Animal Relationships:** Future Research can investigate the influence of pets in a community and their contribution to social capital. This may involve interdisciplinary studies that explore the role of human-animal relationships in social work and community well-being, as well as the potential for integrating pet therapy into social interventions.<sup>71</sup>

<sup>65</sup> Tatiana Goloshchapova et al., “E-Government as a Key to the Economic Prosperity and Sustainable Development in the Post-COVID Era,” *Economies* 11, no. 4 (April 6, 2023): 112, <https://doi.org/10.3390/economies11040112>. e-government represents the service which utilizes digital technology to create electronic pathways to improve the efficiency of public services, increase economic prosperity, and improve the standard of living. In this paper, we argue that e-government presents the only proper and viable model for public administration in the 21st century by embedding internet-based technologies to ensure smooth interactions between the government and its citizens, solving the most socially important problems, enabling internal communication between public servants, and delivering public services to the entire population regardless of age or gender. In addition, we show that stakeholders and policymakers should foster the development of an adequate and non-discriminatory environment for e-government through regulatory frameworks, policy guidelines, and government guarantees. Our study is based on the results of our own survey that was administered using a snowball and quasi-random sample of 400 respondents (aged 19–26 years; 56.2% females and 43.8% males

<sup>66</sup> Altrena G Mukuria et al., “Role of Social Support in Improving Infant Feeding Practices in Western Kenya: A Quasi-Experimental Study,” *Global Health: Science and Practice* 4, no. 1 (March 21, 2016): 55–72, <https://doi.org/10.9745/GHSP-D-15-00197>.

<sup>67</sup> Yu et al., “Social Work Involvement in the COVID-19 Response in China: Interdisciplinary Remote Networking.”

<sup>68</sup> Dima, Meseşan Schmitz, and Şimon, “Job Stress and Burnout among Social Workers in the Vuca World of Covid-19 Pandemic.”

<sup>69</sup> Allaire et al., “Integrated Community Care Delivered by Public Health Care and Social Care Systems: Protocol for a Realist Synthesis.”

<sup>70</sup> Jae Sevelius et al., “Optimising HIV Programming for Transgender Women in Brazil,” *Culture, Health and Sexuality* 21, no. 5 (2019): 543–58, <https://doi.org/10.1080/13691058.2018.1496277>.

<sup>71</sup> Arkow, “Human–Animal Relationships and Social Work: Opportunities Beyond the Veterinary Environment.”

8. Legitimacy of Child Protection Interventions: Research can focus on comparative analyses of population views on legitimate child protection interventions in different countries. This may involve cross-national studies to understand public perceptions of child protection policies and interventions, as well as the factors that contribute to the legitimacy of welfare state institutions.<sup>72</sup>
9. Public Policy and Internet Use: Future Research can explore the impact of Internet use among university students and its implications for public policy. This may involve studies that assess the prevalence and consequences of problematic internet use among students, as well as the development of policy recommendations to address this issue.<sup>73</sup>
10. Corporate Social Responsibility (CSR) Legislation: Research can investigate the role of the Social and Ethics Committee in driving CSR through legislation. This may involve policy analysis and case studies to understand the effectiveness of legislative interventions in promoting socially responsible practices among private sector organizations.<sup>74</sup>

Future Research in the field of public service interventions and social development can also benefit from an exploration of the ethical considerations and human subject research guidelines involved. Understanding the ethical implications and policies surrounding human subject Research is crucial for the successful implementation and evaluation of interventions in professional settings. Delving into the intricacies of human subject research guidelines, as highlighted by Hewson et al., can provide valuable insights for shaping future research curricula within undergraduate and graduate courses, particularly those with a strong research emphasis. By incorporating innovative research curricula into social work education, aspiring professionals can be better equipped to carry out empirically informed interventions and contribute to the advancement of the field.

Moreover, there is a need to emphasize collaborative service delivery and the integration of various sectors in addressing societal challenges. Research on coordinated service delivery between police, social welfare, mental health, and public health actors can shed light on effective strategies for addressing issues such as child maltreatment and intimate partner violence. Understanding the effectiveness of these collaborative efforts can inform the development of evidence-based interventions that promote greater societal well-being. In addition to examining the direct impact of interventions, future Research should also explore the broader societal implications of public service interventions. This includes considering the role of increased social identity and social capital in shaping community resilience and influencing social norms. By understanding the potential benefits of social norm-based interventions and the use of novel technologies to distribute such interventions, researchers can develop strategies that foster sustained positive outcomes for society and consumer wellbeing.

In parallel, Research can further explore the intersection of social work with other critical areas, such as healthcare and animal welfare. For instance, untapped opportunities in social work within the context of animal shelters, including collaborations with domestic violence shelters and programs for at-risk populations, present promising avenues for enhancing the impact of social work interventions. By delving

<sup>72</sup> Mathea Loen and Marit Skivenes, "Legitimate Child Protection Interventions and the Dimension of Confidence: A Comparative Analysis of Populations Views in Six European Countries," *Journal of Social Policy* 17, no. 4 (2023), <https://doi.org/10.1017/S004727942300003X>.

<sup>73</sup> L. S. Geyer et al., "Internet Use among University Students: A Reason for Concern?," *Perspectives in Education* 35, no. 1 (2017): 66–80, <https://doi.org/10.18820/2519593X/PIE.V35I1.6>.

<sup>74</sup> Kloppers, "Driving Corporate Social Responsibility (CSR) through the Companies Act: An Overview of the Role of the Social and Ethics Committee." the mobilisation of corporate role players to support the development of states, and a management trend the purpose of which is to enhance the legitimacy of a business. Government is regarded as one of the most important driving forces behind the CSR agenda and it has a particularly important role to play in the creation of an enabling CSR environment. In general, advocates of legislative involvement in framing the CSR policy highlight the failure of existing voluntary systems as one of the main reasons why the state should play a more important role in the facilitation of CSR. Although governments realise the importance of encouraging socially responsible business, it should be noted that CSR should not replace regulation or legislation concerning social rights. Furthermore CSR should not be seen as shifting (or outsourcing

into these areas of inquiry, future research endeavors can deepen our understanding of the complexities surrounding public service interventions and social development, ultimately contributing to more effective, ethical, and impactful interventions.

## 7 Conclusion

In conclusion, the diverse array of future research opportunities outlined signifies the intersection between public service and social development, underlining the need for ongoing exploration and evaluation of interventions. These multifaceted research paths not only highlight the evolving landscape of social work but also emphasize the imperative nature of addressing emergent challenges with innovative and ethical approaches. By delving into interdisciplinary remote networking and social work involvement in the COVID-19 response, future Research can contribute to the development of impactful and resilient strategies for managing crises. Understanding the long-term impact of the COVID-19 pandemic on social workers is paramount for informing sustained support structures and mitigating adverse effects. Additionally, exploring the potential of integrated community care and optimizing HIV programming for transgender individuals aligns with the ongoing commitment to inclusive and culturally sensitive interventions. The proposed research areas also underscore the importance of understanding societal perceptions and influences, as evidenced by comparative analyses of child protection interventions and studies on the impact of internet use on university students. Moreover, delving into collaborative service delivery and the broader societal implications of public service interventions emphasizes the need for holistic approaches and the integration of various sectors to address complex societal challenges.

As the field of social work continues to evolve, it is crucial to undertake future Research with a strong ethical foundation and be aware of the complexities and implications of human subject research guidelines. Embracing collaborative, interdisciplinary, and inclusive approaches is key to ensuring that public service interventions and social development initiatives are not only effective but also ethical and sustainable. Further research is recommended to explore the effectiveness of citizen-centric approaches in public service interventions, particularly in addressing common pain points such as information inconsistencies and bureaucratic service design.

## References

- Allaire, Jean François, Yacine Thiam, Paul Morin, Hervé Tchala Vignon Zomahoun, Nathalie Rheault, Francis Lacasse, Chantal Doré, Shelley Rose Hyppolite, and Suzanne Garon. "Integrated Community Care Delivered by Public Health Care and Social Care Systems: Protocol for a Realist Synthesis." *International Journal of Integrated Care* 21, no. 4 (2021): 1–10. <https://doi.org/10.5334/ijic.5629>.
- Arkow, Phil. "Human–Animal Relationships and Social Work: Opportunities Beyond the Veterinary Environment." *Child and Adolescent Social Work Journal* 37, no. 6 (2020): 573–88. <https://doi.org/10.1007/s10560-020-00697-x>.
- Aseyo, Rose Evalyne, Jane Mumma, Kerry Scott, Damaris Nelima, Emily Davis, Kelly K. Baker, Oliver Cumming, and Robert Dreibelbis. "Realities and Experiences of Community Health Volunteers as Agents for Behaviour Change: Evidence from an Informal Urban Settlement in Kisumu, Kenya." *Human Resources for Health* 16, no. 1 (December 4, 2018): 53. <https://doi.org/10.1186/s12960-018-0318-4>.

Ashford, Nicholas A., Ralph P. Hall, Johan Arango-Quiroga, Kyriakos A. Metaxas, and Amy L. Showalter. "Addressing Inequality: The First Step beyond COVID-19 and towards Sustainability." *Sustainability (Switzerland)* 12, no. 13 (2020): 1–37. <https://doi.org/10.3390/su12135404>.

Bano, Masooda. "Partnerships and the Good-Governance Agenda: Improving Service Delivery Through State–NGO Collaborations." *Voluntas* 30, no. 6 (2019): 1270–83. <https://doi.org/10.1007/s11266-017-9937-y>.

Beogo, Idrissa, Nebila Jean Claude Bationo, Stephanie Collin, Diane Tapp, Jean Ramdé, Marie Pierre Gagnon, Eric Nguemeleu Tchouaket, and Drissa Sia. "Promising Best Practices Implemented in Long-Term Care Facilities During the COVID-19 Pandemic to Address Social Isolation and Loneliness: A Scoping Review." *Journal of Long-Term Care* 2022 (2022): 298–311. <https://doi.org/10.31389/jltc.138>.

Biza, Adriano, Michelle Kooy, Sandra Manuel, and Margreet Zwartveen. "Sanitary Governmentalities: Producing and Naturalizing Social Differentiation in Maputo City, Mozambique (1887–2017)." *Environment and Planning E: Nature and Space* 5, no. 2 (2022): 605–24. <https://doi.org/10.1177/2514848621996583>.

Cilona, T. "Sustainability, Territorial Resources and Social Capital." *International Journal of Sustainable Development and Planning* 12, no. 4 (2017): 819–28. <https://doi.org/10.2495/SDP-V12-N4-819-828>.

Dima, Gabriela, Luiza Meseşan Schmitz, and Marinela Cristina Şimon. "Job Stress and Burnout among Social Workers in the Vuca World of Covid-19 Pandemic." *Sustainability (Switzerland)* 13, no. 13 (2021). <https://doi.org/10.3390/su13137109>.

Forkby, Torbjörn. "Organisational Exceptions as Vehicles for Change: Collaborative Strategies, Trust, and Counter Strategies in Local Crime Prevention Partnerships in Sweden." *European Journal of Social Work* 23, no. 4 (2020): 580–93. <https://doi.org/10.1080/13691457.2018.1512474>.

Gao, Tianming, Anna Ivolga, and Vasilii Erokhin. "Sustainable Rural Development in Northern China: Caught in a Vice between Poverty, Urban Attractions, and Migration." *Sustainability (Switzerland)* 10, no. 5 (2018): 1–20. <https://doi.org/10.3390/su10051467>.

Geyer, L. S., H. Hall, M. P. le Roux, and G. Crafford. "Internet Use among University Students: A Reason for Concern?" *Perspectives in Education* 35, no. 1 (2017): 66–80. <https://doi.org/10.18820/2519593X/PIE.V35I1.6>.

Goloshchapova, Tatiana, Vladimir Yamashev, Natalia Skornichenko, and Wadim Strielkowski. "E-Government as a Key to the Economic Prosperity and Sustainable Development in the Post-COVID Era." *Economies* 11, no. 4 (April 6, 2023): 112. <https://doi.org/10.3390/economies11040112>.

Hodgson, Eleanor, Jenny Ruth Stuart, Charlotte Train, Michael Foster, and Leon Lloyd. "A Qualitative Study of an Employment Scheme for Mentors with Lived Experience of Offending Within a Multi-Agency Mental Health Project for Excluded Young People." *Journal of Behavioral Health Services and Research* 46, no. 1 (2019): 140–50. <https://doi.org/10.1007/s11414-018-9615-x>.

King, Sophie. "Increasing the Power of the Poor? NGO-Led Social Accountability Initiatives and Political Capabilities in Rural Uganda." *European Journal of Development Research* 27, no. 5 (2015): 887–902. <https://doi.org/10.1057/ejdr.2014.74>.

Kloppers, Henk J. "Driving Corporate Social Responsibility (CSR) through the Companies Act: An Overview of the Role of the Social and Ethics Committee." *Potchefstroom Electronic Law Journal* 16, no. 1 (2017): 165–99. <https://doi.org/10.17159/1727-3781/2013/v16i1a2307>.

Kosack, Stephen, and Archon Fung. "Does Transparency Improve Governance?" *Annual Review of Political Science* 17 (2014): 65–87. <https://doi.org/10.1146/annurev-polisci-032210-144356>.

Krieger, Theresia, Miriam Floren, Frans Feron, and Elisabeth Dorant. "Optimising a Complex Stroke Caregiver Support Programme in Practice: A Participatory Action Research Study." *Educational Action Research* 29, no. 1 (2021): 37–59. <https://doi.org/10.1080/09650792.2019.1699131>.

Lidbetter, Nicky, Emma Eaton, Paul Cookson, and Moira Bell. "The Multi-Modality Practitioner (MMP) Approach: A Technically Eclectic, Multimodal Workforce Innovation in the Provision of Support for Individuals and Families with Multiple Needs." *Mental Health and Social Inclusion*, 2023. <https://doi.org/10.1108/MHSI-01-2023-0010>.

Loen, Mathea, and Marit Skivenes. "Legitimate Child Protection Interventions and the Dimension of Confidence: A Comparative Analysis of Populations Views in Six European Countries." *Journal of Social Policy* 17, no. 4 (2023). <https://doi.org/10.1017/S004727942300003X>.

Lyon, Fergus, Tracey Gyateng, David Pritchard, Prabhat Vaze, Ian Vickers, and Nicola Webb. "Opening Access to Administrative Data for Evaluating Public Services: The Case of the Justice Data Lab." *Evaluation* 21, no. 2 (2015): 232–47. <https://doi.org/10.1177/1356389015577507>.

Mahmoudi, Ali, Reza Mahmoudi, Ali Emrouznejad, and Ashkan Hafezalkotob. *Sustainable Multi-Channel Supply Chain Design: An Intuitive Fuzzy Game Theory Approach to Deal with Uncertain Business Environment, Development and Sustainability*. Springer Netherlands, 2022. <https://doi.org/10.1007/s10668-022-02623-w>.

Matlho, Kabo, Refelwetswe Lebelonyane, Tim Driscoll, and Joel Negin. "Policy-Maker Attitudes to the Ageing of the HIV Cohort in Botswana." *Sabara J* 14, no. 1 (2017): 31–37. <https://doi.org/10.1080/17290376.2017.1374879>.

Meads, Geoffrey. "Wellbeing Agencies in the High Street: The Rebirth of Primary Health Care?" *The Open Public Health Journal* 9, no. 1 (2016): 31–37. <https://doi.org/10.2174/1874944501609010031>.

Mukolo, Abraham, Isabel Torres, Ruth M. Bechtel, Mohsin Sidat, and Alfredo E. Vergara. "Consensus on Context-Specific Strategies for Reducing the Stigma of Human Immunodeficiency Virus/Acquired Immunodeficiency Syndrome in Zambézia Province, Mozambique." *Sabara J* 10, no. 3–4 (2013): 119–30. <https://doi.org/10.1080/17290376.2014.885847>.

Mukuria, Altrena G, Stephanie L Martin, Thaddeus Egondi, Allison Bingham, and Faith M Thuita. "Role of Social Support in Improving Infant Feeding Practices in Western Kenya: A Quasi-Experimental Study." *Global Health: Science and Practice* 4, no. 1 (March 21, 2016): 55–72. <https://doi.org/10.9745/GHSP-D-15-00197>.

Nhapi, Tatenda Goodman. "Socioeconomic Barriers to Universal Health Coverage in Zimbabwe: Present Issues and Pathways Toward Progress." *Journal of Developing Societies* 35, no. 1 (2019): 153–74. <https://doi.org/10.1177/0169796X19826762>.

Ross, Brendan, Karen Smith Rotabi, and Nankali Maksud. "From the Evidence of Violence Against Children to a Prevention-Oriented Response in Malawi: Planning for Social Services with a Public Health Model for Social Work Engagement." *Global Social Welfare* 2, no. 4 (2015): 147–58. <https://doi.org/10.1007/s40609-015-0036-y>.

Saar-Heiman, Yuval. "Fusing the Poverty-Aware Paradigm with Public Health Approaches to Protect Children: A Case Study of an Israeli Social Services Department." *International Journal on Child Maltreatment: Research, Policy and Practice* 5, no. 4 (2022): 431–51. <https://doi.org/10.1007/s42448-022-00120-1>.

Salgado, Fellipe Soares, Wanderlei Abadio de Oliveira, Jorge Luiz da Silva, Beatriz Oliveira Pereira, Marta Angélica Iossi Silva, and Lélío Moura Lourenço. "Bullying in School Environment: The Educators' Understanding." *Journal of Human Growth and Development* 30, no. 1 (2020): 58–64. <https://doi.org/10.7322/JHGD.V30.9969>.

Seitio-Kgokgwe, Onalenna, Robin D.C. Gauld, Philip C. Hill, and Pauline Barnett. "Analysing the Stewardship Function in Botswana's Health System: Reflecting on the Past, Looking to the Future." *International Journal of Health Policy and Management* 5, no. 12 (2016): 705–13. <https://doi.org/10.15171/ijhpm.2016.67>.

Sevelius, Jae, Laura Rebecca Murray, Nilo Martinez Fernandes, Maria Amelia Veras, Beatriz Grinsztejn, and Sheri A. Lippman. "Optimising HIV Programming for Transgender Women in Brazil." *Culture, Health and Sexuality* 21, no. 5 (2019): 543–58. <https://doi.org/10.1080/13691058.2018.1496277>.

Spina, Lucia Della, Francesco Calabrò, and Alessandro Rugolo. "Social Housing: An Appraisal Model of the Economic Benefits in Urban Regeneration Programs." *Sustainability (Switzerland)* 12, no. 2 (2020). <https://doi.org/10.3390/su12020609>.

Thompson, Matthew, Vicky Nowak, Alan Southern, Jackie Davies, and Peter Furmedge. "Re-Grounding the City with Polanyi: From Urban Entrepreneurialism to Entrepreneurial Municipalism." *Environment and Planning A* 52, no. 6 (2020): 1171–94. <https://doi.org/10.1177/0308518X19899698>.

Tiersen, Federico, Philippa Batey, Matthew J.C. Harrison, Lenny Naar, Alina Irina Serban, Sarah J.C. Daniels, and Rafael A. Calvo. "Smart Home Sensing and Monitoring in Households with Dementia: User-Centered Design Approach." *JMIR Aging* 4, no. 3 (2021). <https://doi.org/10.2196/27047>.

Villar, Alberto del, and Marcos García-López. "The Potential of Wastewater Reuse and the Role of Economic Valuation in the Pursuit of Sustainability: The Case of the Canal de Isabel II." *Sustainability (Switzerland)* 15, no. 1 (2023). <https://doi.org/10.3390/su15010843>.

Yazdanpanahi, Melisa, and Shereen Hussein. "Sustainable Ageing: Supporting Healthy Ageing and Independence amongst Older Turkish Migrants in the Uk." *Sustainability (Switzerland)* 13, no. 18 (2021): 1–19. <https://doi.org/10.3390/su131810387>.

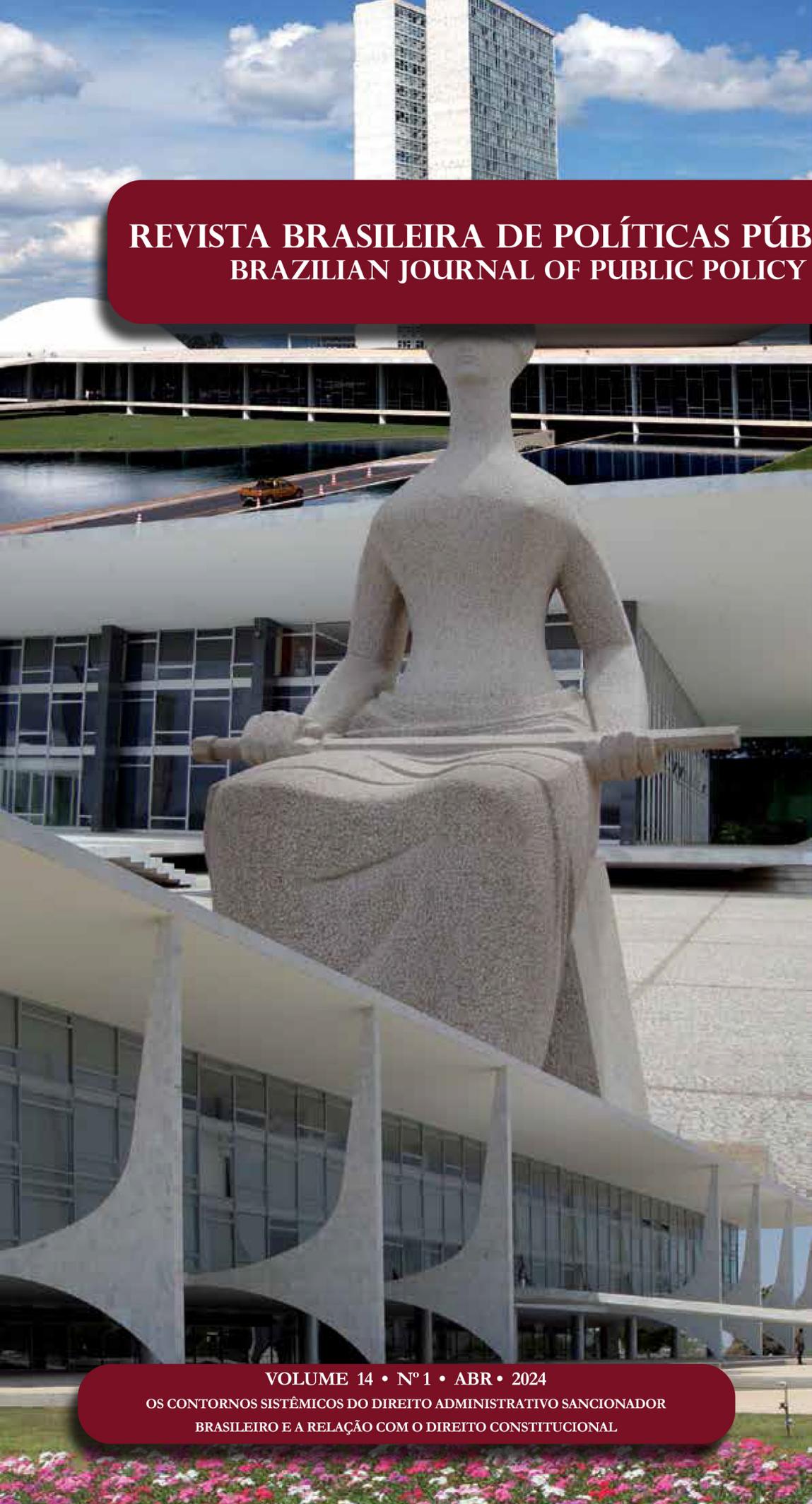
Yu, Zhihong, Qiqi Chen, Guanghuai Zheng, and Yuhong Zhu. "Social Work Involvement in the COVID-19 Response in China: Interdisciplinary Remote Networking." *Journal of Social Work* 21, no. 2 (March 17, 2021): 246–56. <https://doi.org/10.1177/1468017320980657>.

Zetterberg, Liv, Malin Eriksson, Cecilia Ravry, Ailiana Santosa, and Nawi Ng. "Neighbourhood Social Sustainable Development and Spatial Scale: A Qualitative Case Study in Sweden." *Local Environment* 28, no. 6 (2023): 793–810. <https://doi.org/10.1080/13549839.2023.2179610>.

The logo for CEUB (Centro Universitário de Brasília) is displayed in a white, stylized font against a dark red background. The letters 'C', 'E', 'U', and 'B' are interconnected, with the 'U' and 'B' sharing a vertical stem.

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

The cover features a photograph of a modern, white building with a large, seated stone statue in the foreground. The statue is a woman in a long dress, holding a book. The building has a distinctive architectural style with a curved facade and large windows. The sky is blue with some clouds. The entire cover is framed by a dark red border with a subtle floral pattern.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS  
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Investimento-anjo:** uma proposta de justiça fiscal para investimentos de alto risco

**Angel investing:** a proposal for tax justice for high-risk investments

Tarsila Ribeiro Marques Fernandes

Paola de Andrade

VOLUME 14 • Nº 1 • ABR • 2024

OS CONTORNOS SISTÊMICOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR  
BRASILEIRO E A RELAÇÃO COM O DIREITO CONSTITUCIONAL

# Investimento-anjo: uma proposta de justiça fiscal para investimentos de alto risco\*

## Angel investing: a proposal for tax justice for high-risk investments

Tarsila Ribeiro Marques Fernandes\*\*

Paola de Andrade \*\*\*

### Resumo

Neste artigo, investigam-se os aspectos jurídico-tributários do investimento-anjo<sup>1</sup> no Brasil, bem como de outras modalidades de promoção e fomento. A introdução do tema no Direito brasileiro ocorreu por meio da LC 155/16, regulamentada pela IN RFB n.º 1719, disciplinas complementadas pela LC 182/21. À luz da doutrina constitucional e tributária que estuda a intervenção do Estado na economia, propõe-se um estudo acerca da (in)adequação da estrutura tributária aplicada às atividades de fomento, em especial ao investimento-anjo. Ademais, ao final, apresentam-se no artigo propostas alternativas de justiça fiscal para essas modalidades de investimento e fomento.

**Palavras-chave:** Estado fiscal. Agentes de fomento. Investimento-anjo. Justiça fiscal.

### Abstract

This article aims to investigate the legal and tax aspects of angel investing in Brazil, as well as other modalities of promotion and development. The introduction of the theme in Brazilian Law occurred through LC 155/16, regulated by IN RFB no. 1719, disciplines complemented by the recent LC 182/21. In light of the constitutional and tax doctrine that studies the State's intervention in the economy, a study is proposed on the (in)adequacy of the tax structure applied to development activities, especially angel investing. Furthermore, at the end, the article presents alternative proposals for tax justice for these types of investment and development.

**Keywords:** fiscal state — Development agents — Angel investment — Fiscal justice.

\* Recebido em: 06/07/2022  
Aprovado em: 18/03/2024

\*\* Doutora em Direito pela Radboud University em Nijmegen (Holanda), mestre em Direito Tributário pela Universidade Católica de Brasília, Professora do Doutorado, Mestrado Profissional e da Especialização do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), Procuradora Federal, assessora de Ministro do Supremo Tribunal Federal, Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Reforma Tributária e Jurisdição Constitucional” do IDP currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/5703844981053007>; ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-6951-9951>. E-mail: [tarsila.fernandes@idp.edu.br](mailto:tarsila.fernandes@idp.edu.br).

\*\*\* Especialista em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura do Estado do Rio Grande do Sul (ESM-Ajuris) e em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), especialista em Finanças, Investimentos e Banking com MBA concluído na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) Advogada, bacharel em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS), currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/5595748333650452>. E-mail [paola.andrade270@gmail.com](mailto:paola.andrade270@gmail.com).

<sup>1</sup> Investimento-anjo é um tipo de financiamento concedido por pessoas físicas de patrimônio considerável para o desenvolvimento de *startups* consideradas de alto potencial, em que os investidores também participam como mentores para incrementar a probabilidade de sucesso do empreendimento.

# 1 Introdução

A estruturação do Estado brasileiro, para além da forma federativa de Estado e republicana de governo, do regime democrático e do sistema presidencialista, possui também como paradigma o chamado Estado Fiscal. Esse modelo pressupõe que os agentes econômicos recolham tributos sobre os proveitos obtidos, não sendo atividade típica do Estado a atuação direta nos setores da economia de mercado. Considerando o papel relevante dos atores econômicos do mercado para o financiamento das políticas de Estado, mostra-se imprescindível avaliar a repercussão das estruturas arrecadatórias a respeito da atuação dos agentes de fomento no Brasil, com base em uma pesquisa estatística e bibliográfica sobre o tema.

Para tanto, o presente artigo versa, inicialmente, sobre as atividades interventivas e indutivas do Estado na economia e sobre o manejo de ferramentas tributárias para concretizar projetos políticos de governo. Também serão apreciados os conceitos de extrafiscalidade e de Estado Fiscal, averiguando a legitimidade da intervenção estatal sobre as atividades particulares, com vistas a também identificar o respaldo constitucional para essa atuação.

Na sequência, um panorama a respeito da tributação dos agentes de fomento no Brasil será traçado, contemplando a caracterização desses atores e as externalidades geradas pela respectiva configuração tributária. O tópico tratará, especialmente, da tributação do investimento-anjo, um novo arranjo empresarial no Brasil, sumariamente regulamentado pelas Leis Complementares n.º 155 e 182, cuja disciplina tributária tem sofrido críticas da doutrina. A propósito, uma verificação do arranjo tributário desses agentes será feita, de modo a confrontar a realidade com os objetivos traçados pelo legislador, pelo constituinte e pelo gestor público.

Identificadas incongruências nessas estruturas, o terceiro tópico do presente estudo se destina a explorar soluções, pautadas na doutrina e no direito comparado, de maneira a incentivar os investimentos de alto risco e privilegiar a função social da empresa, sem prejuízo da arrecadação estatal para fazer frente às políticas de governo.

## 2 A função promocional do direito tributário: análise acerca das atividades indutivas e interventivas do estado e sua repercussão econômica

A formação do Estado atravessa diversos momentos históricos. Considerando-se como marco inicial a Idade Média (476-1453), o primeiro modelo de Estado organizado foi o chamado Estado Patrimonial, “no qual o Estado, valendo-se de seus próprios meios, obtém o de que necessita para sua subsistência”.<sup>2</sup>

Esse modelo foi substituído no início da Idade Moderna (1453-1789) pelo modelo do Estado Policial, que pregava a função do Estado não como mero agente econômico, mas como autoridade apta a dirigir a economia por meio, inclusive, da arrecadação de tributos. Emergiu, assim, a figura de um Estado interventor, com atuação forte sobre a esfera privada, poder até então desconhecido pelos indivíduos.

Mudanças sociais ao longo da Idade Moderna levaram à superação do Estado de Polícia, enfim suplantado pelo modelo ainda hoje vigente: o Estado Fiscal. A principal característica deste, segundo Schoueri<sup>3</sup>, é ser financiado, prioritariamente, por tributos, de modo que o Estado não gera suas próprias riquezas, incumbindo ao particular transferir parte de seus rendimentos para custeio da máquina pública e demais despesas e projetos. Inicialmente de viés minimalista e inspirado pelos postulados do liberalismo econômico, sua intervenção na esfera econômica era admitida, apenas, em casos excepcionais. Tal fase foi sucedida pelo

<sup>2</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. Direito tributário. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 22.

<sup>3</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. Direito tributário. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 24.

novo paradigma de um Estado Social Fiscal, que manteve a sua forma de financiamento, mas alterou o seu fundamento teórico, servindo a arrecadação para o atendimento de necessidades coletivas.

Novos nomes foram desenvolvidos pela doutrina, como “Estado Democrático e Social de Direito”, mas as bases arrecadatórias permaneceram inalteradas, observando-se, apenas, uma progressiva restrição ao intervencionismo estatal. Nesse paradigma, o modelo de Estado e a política fiscal estabeleceram algumas funções às estruturas tributárias que pautam a relação entre Estado e economia contemporaneamente. Schoueri<sup>4</sup> identifica, pelo menos, cinco: arrecadadora, indutora, distributiva, alocativa e estabilizadora. Assumo relevo a função indutora do tributo, pois, ao mesmo tempo em que a carga tributária foi concebida para ser uma incidência economicamente neutra na cadeia de consumo, ela constitui um poderoso instrumento mobilizador de comportamentos e mercados a ser manejado pelo governo em momentos oportunos. A par desse efeito indutivo dos tributos, emerge a discussão a respeito da legitimidade e do cabimento da intervenção do Estado na economia.

Desde o art. 1º da CRFB/88, que consigna os fundamentos da República Federativa do Brasil, o constituinte demonstra preocupação com a garantia da livre iniciativa, reforçando essa diretriz com o objetivo inscrito no art. 3º, consistente na promoção do desenvolvimento nacional. Além disso, o art. 170 da CRFB/88 densifica esse conteúdo ao explicitar as balizas que devem pautar a ordem econômica nacional, especialmente por meio da livre concorrência e da função social da propriedade. Portanto, em diversos trechos do diploma constitucional, a propriedade e a atividade econômica devem ser funcionalizadas, de modo a atender os ditames constitucionais, legitimando a intervenção estatal para assegurar esse postulado. É próprio do papel estatal, segundo Luís Roberto Barroso, “influir legitimamente nas condutas dos agentes econômicos, através de mecanismos de fomento - incentivos fiscais, financiamentos públicos, redução da alíquota de impostos -, sem que possa, todavia, obrigar a iniciativa privada à adesão”.<sup>5</sup>

A intervenção do Estado na economia rege-se, portanto, pelo Princípio da Subsidiariedade, plasmado no art. 173 da CRFB/88, segundo o qual, ao Poder Público, competem apenas tarefas supletivas ou subsidiárias no âmbito econômico: ressalvados os casos constitucionalmente previstos, “a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”. A intervenção não será necessariamente material, como ocorre nas empresas estatais, podendo o Estado atuar como agente regulador ou como agente fomentador da economia, papéis que assumem especial relevo no assunto em debate.

O direito público mostra-se o campo mais fértil para atuação regulatória e de fomento estatal, especialmente no direito tributário, pois permite o manejo de instrumentos abstratos que impactam diretamente a realidade econômica dos particulares, incentivando ou restringindo certas posturas, conforme seja o interesse do planejamento econômico e fiscal da cúpula de governo. Intitula-se esse fenômeno, que permite a utilização do tributo como ferramenta interventiva, de extrafiscalidade.

A extrafiscalidade é antes de tudo um fenômeno que se verifica na utilização das normas jurídicas tributárias como instrumento da promoção do bem comum ou de finalidades fundamentadas em valores do bem comum. Por meio da indução de condutas positivas ou negativas dos contribuintes realizada por intermédio dos tributos busca-se a realização e alcance pragmático dos elementos axiológicos fundantes da ordem constitucional que devem nortear as ações do Estado e de toda a sociedade, para atingir em última análise o bem social e econômico.<sup>6</sup>

É inerente à extrafiscalidade uma função modificadora do direito, podendo ser caracterizada como verdadeira função promocional, na medida em que está apta a conceder sanções premiaias com vistas a estimular

<sup>4</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. Direito tributário. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 36.

<sup>5</sup> BARROSO, Luís Roberto. A Ordem Econômica Constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 226, p. 187-212, 2001, p. 199.

<sup>6</sup> CARBONI, Mario Augusto. Regime tributário da extrafiscalidade e a função promocional do Direito. Revista de Estudos Jurídicos UNESP, Franca, ano 21, n. 33, p. 217-242. jan/jun. 2017, p. 221.

ou desestimular certas atividades particulares. Ela opera em consonância com a intensidade da atividade interventiva estatal e com as prioridades adotadas pelas políticas econômicas e constitucionais vigentes.

De acordo com a classificação de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>7</sup>, o Estado pode intervir como agente normativo e regulador, como agente fomentador ou, ainda, como agente direto no cenário econômico, sendo a atuação progressivamente mais agressiva na medida em que o Estado detém maior controle dos instrumentos, agentes e insumos. A extrafiscalidade supõe intervenção, mas identificada nas duas primeiras tipologias, de modo que se situa no plano abstrato, devendo ser operacionalizada nos ditames da Constituição e das metas estabelecidas pelo governo, inscritas na denominada “Constituição econômica” que elege diversas materialidades a serem atentadas pelo gestor público e pelo legislador na condução da máquina pública. A instituição do tratamento favorecido às micro e pequenas empresas, e a funcionalização da propriedade são apenas alguns vetores, importando desenvolver a temática relativa à tributação dos agentes de fomento, atendo-se, principalmente, a uma nova modalidade de investimento, denominada “investimento-anjo”.

### 3 Atual panorama da tributação dos agentes de fomento no Brasil

Apesar de identificada a tipologia e a legitimidade da intervenção estatal na economia, atualmente, o Estado delegou parte de suas atribuições de fomento a certos atores particulares, denominados agentes de fomento. O fomento está incluído nas formas de intervenção indireta do Estado na economia, cuja manifestação ocorre quando este “edita normas que trazem medidas de fomento ou de dissuasão, concedendo benefícios fiscais ou impondo cargas tributárias mais ou menos onerosas”.<sup>8</sup>

Não há um consenso sobre o elenco de agentes de fomento. Entretanto, é razoavelmente uniforme a convicção de que são agentes encarregados de capitalizar empreendimentos em desenvolvimento, com vistas ao seu crescimento em situação de regularidade. Há agências oficiais de fomento encarregadas de tal função, destinadas a financiar empreendimentos previstos em programas de desenvolvimento do ente federado ao qual estão vinculadas. Sua atuação consiste na abertura de linhas de crédito e até mesmo no assessoramento em programas e projetos desenvolvidos pelo assistido. Essa modalidade reflete, exatamente, uma atuação indireta do Estado sobre as atividades particulares, na posição de fomentador e indutor de condutas.

Por outro lado, embora o Estado ainda reserve para si parcela significativa do fomento, diversos agentes particulares têm assumido o encargo de fomentar determinados setores e empreendimentos, a despeito da (in)existência de política estatal prevendo tal incentivo. Portanto, ainda que não se identifique uma delegação formal das atribuições de fomento aos particulares, essa atuação se mostra cada vez mais expressiva e relevante na sociedade.

Os bancos privados foram os primeiros agentes particulares de fomento. Contudo, dada a rigurosidade da análise de crédito, muitas empresas ficaram excluídas do mercado de crédito bancário ou ineligíveis para as políticas públicas de fomento. Não houvesse outras possibilidades, essa relevante parcela de empreendedores estaria absolutamente desguarnecida. Tais alternativas existem, especialmente, no campo de empresas de pequeno e médio porte, de solvabilidade questionável, mas com um bom prognóstico pós aporte financeiro.

<sup>7</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 32. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 818.

<sup>8</sup> BENSOUSSAN, Fábio Guimarães; GOUVÊA, Marcos de Freitas. Manual de direito econômico. 4 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 172.

## 3.1 Os novos agentes de fomento

### 3.1.1 Securitizadoras

Um agente de fomento importante no contexto atual são as securitizadoras. A operação de securitização surgiu na década de 1970, nos Estados Unidos, a fim de viabilizar o mercado de financiamento imobiliário, podendo ser definida sob a ótica financeira ou sob o prisma jurídico. Para Caminha, a respeito do tema:

do ponto de vista financeiro, a securitização em sentido estrito é uma operação por meio da qual se mobilizam ativos — presentes ou futuros — que de outra matéria não teriam a possibilidade de se autofinanciar ou gerar renda presente. [...] Sob a ótica jurídica, a securitização pode ser definida com a estrutura composta de um conjunto de negócios jurídicos — ou um negócio jurídico indireto — que envolve a cessão e segregação de ativos em uma sociedade ou um fundo de investimento emissor de títulos garantidos pelos ativos segregados. Esses títulos são vendidos a investidores e os recursos coletados servem de contraprestação pela cessão de ativos.<sup>9</sup>

Ribeiro Júnior<sup>10</sup> sintetiza a operação da seguinte maneira: primeiro, identifica-se a entidade que transfere créditos (originadora), encarregada de selecionar e transferir os créditos que deseja remover do seu balanço patrimonial, formando uma “carteira de referência”; na sequência, o originador transfere a carteira de referência a um emissor, também chamado de Veículo de Propósito Exclusivo (VPE), sendo um *trust*, um fundo de investimento ou uma VPE em formato societário (securitizadoras estruturadas sob a forma de sociedade anônima), o qual propicia a segregação dos ativos do balanço patrimonial da originadora; por fim, o veículo de propósito exclusivo financia a aquisição da carteira por meio da emissão de valores mobiliários negociáveis, adquiridos por investidores no mercado de capitais e que receberão taxas de juros fixas ou flutuantes pagas com os rendimentos da carteira de referência. No Brasil, a securitização teve regulamentação tardia, iniciando no setor de exportações (Res. 1.884/1991 do CMN), o que foi estendido às operações de securitização imobiliária (Lei n. 8.668/1993), culminando no setor de agronegócio, que recebeu a derradeira disciplina normativa (Lei n. 11.076/2004).

Entretanto, o departamento mais fértil de operação das securitizadoras é, justamente, o nicho da securitização de ativos empresariais em geral, que ainda carece de regulamentação. O segmento recebeu duas tentativas de normatização, por meio das Resoluções 2.026 e 2.907 do CMN, mas nenhuma obteve êxito, de maneira que a operação permanece classificada como negócio jurídico indireto, combinando dois grandes conjuntos de negócios para sua formalização: um conjunto de contratos que formaliza a aquisição do recebível sendo, em regra, uma cessão de crédito; e na sequência um conjunto de negócios pelos quais se opera a aquisição por investidores dos títulos de créditos ou valores mobiliários emitidos pelo VPE.

Esse ramo pendente de disciplina jurídica é o principal encarregado do fomento das médias e pequenas empresas, uma vez que tem a flexibilidade de organizar os aportes a partir de uma análise não tão criteriosa de crédito, podendo estipular diferentes condições e preferências com base no panorama de risco creditício do tomador. Em síntese, essa modalidade de securitização alcança a lacuna de mercado, deixada pelos bancos, representada por tomadores que apontam riscos de inadimplência, bem como necessitam do aporte em etapa precoce do processo produtivo, sem resguardar o agente de fomento dos riscos relativos à posterior colocação do produto no mercado, uma vez que a finalização da mercadoria e a sua saída do estabelecimento comercial serão situações ainda incertas.

As securitizadoras desempenham importante função social no mercado empresarial, visto que viabilizam a continuidade do empreendimento, a manutenção de empregos, o pagamento de fornecedores, dentre

<sup>9</sup> CAMINHA, Lucas; COELHO, Gustavo Flausino. Captação de recursos por startups. São Paulo: Almedina. 2020, p. 210-211.

<sup>10</sup> RIBEIRO JÚNIOR, José Alves. Securitização de recebíveis: elementos constitutivos no direito brasileiro. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 125.

outros elementos integrantes dessa cadeia, fornecendo crédito em circunstâncias de risco e em condições mais favorecidas do que as ofertadas no âmbito das instituições financeiras. Inobstante a relevância de sua atuação, a legislação não lhes defere nenhum tratamento favorecido, especialmente no que toca à esfera tributária. Essas entidades se enquadram no regime de lucro real, sujeitas ao IRPJ, CSLL, PIS e COFINS nas alíquotas ordinárias dos demais estabelecimentos congêneres, o que negligencia o risco do investimento e a função social desses agentes, e ignora o postulado constitucional que determina o tratamento favorecido a micro e pequenas empresas (art. 170, IX CRFB/88), que deveria ser estendido, por analogia, aos colaboradores que viabilizam sua existência e regularidade.

Importa enfatizar uma modalidade de investimento relativamente nova e vinculada à função de fomento: o investimento-anjo.

### 3.1.2 Investimento-anjo

#### 3.1.2.1 Aspectos conceituais

Historicamente, o conceito de investimento-anjo surgiu durante o Renascimento por meio da figura dos mecenas, que assumiram a tarefa de financiar potenciais prodígios da arte, lucrando na proporção dos rendimentos advindos dos trabalhos artísticos.<sup>11</sup> Tal *modus operandi* foi progressivamente reproduzido em outros empreendimentos, com alguns refinamentos técnicos a fim de mitigar as chances de perda de capital. No lugar de simplesmente aportar capital, os “anjos” passaram a comprar uma participação nos empreendimentos, a fim de compartilhar resultados, e implementaram o principal traço distintivo dessa modalidade de investimento: a mentoria. Os investidores abandonaram uma postura passiva na espera por resultados, passando a atuar proativamente no sucesso da empresa. De acordo com Caminha e Coelho, os investidores-anjo podem ser assim definidos:

conceitualmente, anjos são pessoas físicas de patrimônio considerável que financiam *startups* de alto potencial, via participação societária ou de dívida conversível em participação, atuando nessas *startups* como mentores da equipe fundadora para aumentar a chance de sucesso do investimento. Majoritariamente, os próprios anjos são ex-empresendedores que desejam recapturar a emoção de dirigir uma *startup* e obter lucros exponenciais no processo, investindo sozinhos ou em grupos e associações. Esses investidores não se limitam a meramente investir seu capital, mas também agregam seu conhecimento comercial e *networking*, o que se chama *smart Money*.<sup>12</sup>

Saliente-se que os anjos podem ser pessoas físicas consideradas individualmente ou grupos, na forma de associações, que promovem o compartilhamento de experiências e treinamentos. Um estudo conduzido por Wiltbank e Boeker<sup>13</sup> apontou que, quando os empreendimentos estão relacionados ao campo de expertise de um anjo, este normalmente apresentava tempo superior a dez anos de experiência relevante na área. A análise indicou, ademais, que a *expertise* teve um impacto material nos rendimentos obtidos pelos investidores-anjo. Logo, é razoável concluir que o investimento-anjo está além de aportes financeiros, sendo também investimento profissional, compreendendo o produto imaterial de sucessos pretéritos dos investidores. Forma-se, então, “um ciclo virtuoso de empreendedores que geram investidores que geram empreendedores”.<sup>14</sup>

A *startup* é o alvo do investimento-anjo, distinguindo-se enquanto instituição estruturada para a criação de novos bens e serviços em condições de extrema incerteza, sendo a inovação sua vantagem competitiva

<sup>11</sup> CAMINHA, Lucas; COELHO, Gustavo Flausino. Captação de recursos por startups. São Paulo: Almedina. 2020, p. 117.

<sup>12</sup> CAMINHA, Lucas; COELHO, Gustavo Flausino. Captação de recursos por startups. São Paulo: Almedina. 2020, p. 120.

<sup>13</sup> WILTBANK, Robert; BOEKER, Warren. Returns to Angel Investors in Groups. SSRN Electronic Journal, November, 2007. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN\\_ID1028592\\_code861608.pdf?abstractid=1028592&mirid=1](https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID1028592_code861608.pdf?abstractid=1028592&mirid=1). Acesso em 15 jan. 2022.

<sup>14</sup> CAMINHA, Lucas; COELHO, Gustavo Flausino. Captação de recursos por startups. São Paulo: Almedina. 2020, p. 120.

no mercado.<sup>15</sup> No entanto, as *startups* padecem, em razão do grau de incerteza que paira sobre o seu produto e, sobretudo, em função da dificuldade no acesso ao crédito.

Diversos países já compreenderam que o desenvolvimento de *startups* é uma das molas propulsoras da economia contemporânea, cabendo ao Brasil também reconhecer o potencial destas instituições e a diferença que estas representaram em sua economia. A expansão de microempresas tem apresentado aumento consistente e inegável ao longo dos anos, passando de 540,6 mil em 2018 para 579,3 mil em 2019 e 579,5 mil em 2020; no que diz respeito às pequenas empresas, passou-se de 75 mil em 2018 para 94,3 mil em 2020. Em 2021, aliás, registrou-se um fenômeno, já que mais de 3,9 milhões de empreendedores realizaram a formalização de micro e pequenas empresas ou o seu registro como microempreendedores individuais (MEIs).<sup>16</sup> Portanto, é inegável sua importância no cenário econômico brasileiro, sendo um dever constitucional outorgar tratamento favorecido a tais entidades.

### 3.1.2.2 *Startups, estágios de desenvolvimento e formas de investimento*

Vencida a questão conceitual, cumpre tecer algumas considerações a respeito dos estágios de desenvolvimento das *startups* e seu financiamento. Segundo classificação de Caminha e Coelho<sup>17</sup>, as *startups* iniciam em um estágio embrionário (*seed stage*), no qual é desenvolvida a ideia ou o projeto de produto, compreendendo também alguns testes iniciais, em um cenário ainda pautado por incertezas e dificuldade de captação. Em seguida, o estágio inicial (*early stage*) supõe uma administração consolidada, um conceito estável de produto e uma estratégia de *marketing* preparada para as fases iniciais de comercialização. No estágio de expansão (*expansion stage*), verifica-se uma estrutura razoável e possibilidades para avançar sobre novos mercados, com constituição de estoque e faturamento estável. Finalmente, no estágio avançado (*later stage*) a *startup* já apresenta um conceito consolidado, aproximando-se do momento de *breakeven* (momento de equilíbrio da empresa, quando custos e despesas operacionais igualam-se às receitas), oportunidade também para os fundadores e investidores considerarem movimentos de desinvestimento (venda de quotas/ações).

Algumas fontes de investimento são correlatas a tais estágios. Por exemplo, na fase embrionária, o capital aportado é próprio e/ou familiar, o que a torna a mais árdua do empreendimento, justamente pela dificuldade de financiamento — acarretando, não raras vezes, sua quebra por insolvência, fenômeno conhecido como “vale da morte” neste segmento.

À medida que o conceito do projeto se torna mais concreto e as receitas mais estáveis, as instituições financeiras vigoram como novos agentes no mercado de crédito, oferecendo-o, entretanto, em condições bastante desfavoráveis, haja vista a falta de confiabilidade nos resultados. Enquanto os bancos representam o principal agente do mercado financeiro, o mercado de capitais aparece em outra ponta (Instrução CVM n.º 400), viabilizando a emissão de valores mobiliários para capitalização do empreendimento. O problema desse segmento é a dualidade que há entre o risco de crédito suportado pelas instituições financeiras e o risco de sócio suportado pelos acionistas, sendo este significativamente mais agravado, uma vez que sua remuneração está diretamente atrelada ao sucesso da empresa. Não obstante o mercado de capitais apresentar alguns pontos vantajosos, ainda assim não é a melhor alternativa para *startups*, pois articulam-se ao formato societário de companhia aberta, afastadas do regime unificado e favorecido de tributação para micro e pequenas empresas, o Simples Nacional, além de estarem vinculadas ao ônus regulatório que a comercialização de ações em bolsa impõe.

<sup>15</sup> CAMINHA, Lucas; COELHO, Gustavo Flausino. Captação de recursos por startups. São Paulo: Almedina. 2020, p. 24-25.

<sup>16</sup> AGÊNCIA BRASIL. **Quase 4 milhões de novos negócios foram abertos em 2021.** Levantamento do Sebrae mostra recorde de micro e pequenas empresas. Brasília, 16 fev. 2022. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2022-02/quase-4-milhoes-de-novos-negocios-foram-abertos-em-2021#:~:text=Em%202021%2C%20mais%20de%203,cheqa%20a%2053%2C9%25>. Acesso em 10 mar. 2022.

<sup>17</sup> CAMINHA, Lucas; COELHO, Gustavo Flausino. Captação de recursos por startups. São Paulo: Almedina. 2020, p. 38-40.

Outra alternativa viável pode ser encontrada nas incubadoras e aceleradoras. As primeiras acolhem pequenas *startups* dentro de sua estrutura, fornecendo-lhes ativos tangíveis e intangíveis para “sobrevivência” no mercado de consumo, estando as acolhidas, por sua vez, sujeitas à observância de rígidas cláusulas de participação. No espaço físico das incubadoras, é possível identificar laboratórios de teste, computadores, salas comerciais, mentoria estratégica, *networking*, dentre outras ferramentas para ajudar no desenvolvimento do produto, sendo comumente financiadas por universidades e políticas públicas de fomento. Já as aceleradoras pressupõem um estágio avançado do empreendimento, sendo ideal para *startups* em condições de imediata comercialização dos produtos. Além disso, o aporte de recursos financeiros tende a ser mais significativo.

As novas tecnologias ainda viabilizaram a existência de uma nova modalidade de investimento, realizada por meio de doações e aportes coletivos, aproveitando a estrutura e o ideário de arrecadações filantrópicas. Nesse sentido, o *equity crowdfunding* assemelha-se com o mercado de capitais, pois permite a diversificação da base de financiadores, sendo coordenada por uma plataforma que concilia os interesses de investidores e da própria *startup*, tal qual no mercado de valores mobiliários. O aporte é formalizado por meio de compra direta de participação ou mútuo conversível em ações (Instrução CVM n.º 588), havendo, também, a figura do investidor líder que realiza a intermediação entre as partes interessadas.

Talvez um dos instrumentos mais conhecidos e mais efetivos para financiamento de *startups* sejam os investimentos de fundos de *venture capital*. Nessa modalidade, os investidores “unem seus recursos em um único patrimônio que, por sua vez, é investido em um portfólio de *startups* por um gestor de recursos especializado na seleção e monitoramento de empreendimentos inovadores”.<sup>18</sup> Essa modalidade partiu da concepção de uma operação de *private equity*, visando apostar em empresas de potencial inexplorado, focando, todavia, em empreendimentos de pequeno porte e com risco proporcionalmente mais elevado. Segundo Craveiro<sup>19</sup>, as operações de *private equity* (PE) são caracterizadas, de um lado, “pela assunção, por parte de um fundo de investimentos, de parcela do capital de risco de determinada sociedade”; de outro, da perspectiva da sociedade beneficiária de investimento, constitui “uma forma de captação de recursos alternativa ao endividamento (*debt*)”. Essa ideia supriu uma lacuna no financiamento desses empreendimentos, agregando ao aporte o *know-how* do gestor do fundo, que colabora para o crescimento e lucratividade da *startup*.

A criação desses fundos gerou muita discordância na Receita Federal, sem acordo sobre a melhor forma de estruturá-los. No entanto, é evidente que esses investimentos devem ser feitos exclusivamente por profissionais.

O artigo 5º da Lei Complementar n.º 182 estabeleceu um rol exemplificativo de instrumentos de investimento em inovação que amplia o panorama de possibilidades já explanadas:

Art. 5º As *startups* poderão admitir aporte de capital por pessoa física ou jurídica, que poderá resultar ou não em participação no capital social da *startup*, a depender da modalidade de investimento escolhida pelas partes.

§ 1º Não será considerado como integrante do capital social da empresa o aporte realizado na *startup* por meio dos seguintes instrumentos:

- I – contrato de opção de subscrição de ações ou de quotas celebrado entre o investidor e a empresa;
- II – contrato de opção de compra de ações ou de quotas celebrado entre o investidor e os acionistas ou sócios da empresa;
- III – debênture conversível emitida pela empresa nos termos da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976;
- IV – contrato de mútuo conversível em participação societária celebrado entre o investidor e a empresa;

<sup>18</sup> CAMINHA, Lucas; COELHO, Gustavo Flausino. Captação de recursos por startups. São Paulo: Almedina. 2020, p. 88.

<sup>19</sup> CRAVEIRO, Mariana Conti. Alguns aspectos jurídicos do desinvestimento nas operações de *private equity*. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de (coord.). Direito, gestão e prática: mercado de capitais. (Série GVlaw). São Paulo: Saraiva, 2013, p. 92.

- V – estruturação de sociedade em conta de participação celebrada entre o investidor e a empresa;
  - VI – contrato de investimento-anjo na forma da Lei Complementar n° 123, de 14 de dezembro 2006;
  - VII – outros instrumentos de aporte de capital em que o investidor, pessoa física ou jurídica, não integre formalmente o quadro de sócios da *startup* e/ou não tenha subscrito qualquer participação representativa do capital social da empresa.
- § 2º Realizado o aporte por qualquer das formas previstas neste artigo, a pessoa física ou jurídica somente será considerada quotista, acionista ou sócia da *startup* após a conversão do instrumento do aporte em efetiva e formal participação societária.

As formas de investimento em *startups* são as mais diversas, considerando-se os aportes investimentos de alto risco, sujeitos às variações do mercado e com remuneração incerta, sujeita aos riscos da atividade. O investimento-anjo, por ser realizado em uma etapa tão precoce de desenvolvimento do produto e estar associado a um fator de risco exacerbado e a outros elementos de qualificação do investimento, como a mentoria, merece olhar atento da sociedade e do legislador em relação à sua disciplina, ainda que se trate de um investimento não permanente, sucedido por agentes que assumem a função de fomento e capitalização imaterial.

### 3.1.2.3 O investidor-anjo na estrutura societária das startups

A estruturação das *startups* e a participação do investidor-anjo podem assumir as mais diversas feições societárias. A sociedade pode se formar como uma Sociedade em Conta de Participação (SCP), sendo os investidores meros sócios ocultos, enquanto não intervierem diretamente nas operações; ou pode adotar qualquer outro formato societário, sendo o ingresso do investidor operacionalizado através de contrato de participação (LC n.º 155/2016), que combina elementos de participação societária e de uma operação de crédito<sup>20</sup>, limitado ao prazo de 7 (sete) anos, com vistas a incentivar empresas voltadas à inovação. Também há a possibilidade de ingresso do investidor através de contrato de mútuo conversível, de modo que “o credor não participa diretamente do risco do negócio e pode exigir o valor principal mutuado acrescido de juros, independentemente do resultado”<sup>21</sup>, podendo, ainda, cumpridas as determinações contratuais quanto a tempo e circunstâncias, converter sua dívida em participação societária.

Por outro lado, o investidor-anjo se sujeita a algumas determinações jurídicas e contratuais. É necessária a celebração de um *Non-Disclosure Agreement* (NDA), com vistas a preservar o sigilo da atividade, sobremaneira porque se trata de um empreendimento pautado pela inovação. O memorando de entendimentos (*term sheet*) também é imprescindível para definição do tipo de investimento, das condições, da estrutura do negócio e dos direitos do investidor. Parte integrante desse procedimento é a realização de uma *due diligence*, destinada a apurar passivos e contingências, além de um *valuation*, pautado pelas projeções da empresa, já antecipando os potenciais resultados do desinvestimento de alguns investidores. O contrato deve ser revestido de linguagem clara e instrumentos protetivos do investidor, a exemplo das cláusulas *tag along* e *drag along* em caso de alienação do controle societário. Por fim, basta exercer atento monitoramento da empresa para garantir bons resultados quando do alcance da etapa final, que é o desinvestimento.

Até então, noção meramente doutrinária, ilustrada a partir de casos emblemáticos extraídos do direito comparado e sem correspondente nacional, o conceito de investidor-anjo recebeu, com a edição da Lei

<sup>20</sup> MESQUITA, Júlia Leite. Investimento em Startups: uma breve análise à luz da segurança do investidor no mercado brasileiro e o risco do investimento através do mútuo conversível. Monografia (Pós-graduação lato sensu em Direito Societário – LL.M). São Paulo: Insper, 2019. Disponível em: [https://repositorio.insper.edu.br/bitstream/11224/2503/5/JULIA%20LEITE%20MESQUITA\\_trabalhoi.pdf](https://repositorio.insper.edu.br/bitstream/11224/2503/5/JULIA%20LEITE%20MESQUITA_trabalhoi.pdf). Acesso em 10 jan. 2022, p. 24.

<sup>21</sup> MESQUITA, Júlia Leite. Investimento em Startups: uma breve análise à luz da segurança do investidor no mercado brasileiro e o risco do investimento através do mútuo conversível. Monografia (Pós-graduação lato sensu em Direito Societário – LL.M). São Paulo: Insper, 2019. Disponível em: [https://repositorio.insper.edu.br/bitstream/11224/2503/5/JULIA%20LEITE%20MESQUITA\\_trabalhoi.pdf](https://repositorio.insper.edu.br/bitstream/11224/2503/5/JULIA%20LEITE%20MESQUITA_trabalhoi.pdf). Acesso em 10 jan. 2022, p. 29.

Complementar n.º 155 de 2016, não apenas reconhecimento, mas um regime próprio e específico. Segundo esse novo diploma, são características do investidor-anjo:

- (i) podem ser pessoas físicas, pessoas jurídicas ou fundos de investimento; (ii) investem seu “aporte” (como a lei chama o investimento) mediante um “contrato de participação” — um novo instituto jurídico; (iii) não são considerados sócios e não podem influenciar a gestão das *startups*; (iv) não respondem com seu patrimônio por dívidas assumidas pela *startup*, sendo inaplicável o art. 50 do Código Civil para atingi-los; (v) podem receber remuneração por seus aportes em até 5 anos, limitada a 50% dos lucros anuais da investida; (vi) só podem investir pelo prazo mínimo de 2 anos e prazo máximo de 7 anos; (vii) têm direito de preferência na hipótese de venda (total ou parcial) das quotas dos sócios; e (viii) têm direito de *tag along* se os demais sócios venderem suas quotas.<sup>22</sup>

Tais características foram apenas reafirmadas pela Lei Complementar n.º 182 de 2021, que se encarregou de trazer parâmetros gerais a respeito da estruturação de *startups* e uma definição objetiva do investidor-anjo no inciso I de seu art. 2º: “não é considerado sócio nem tem qualquer direito a gerência ou a voto na administração da empresa, não responde por qualquer obrigação da empresa e é remunerado por seus aportes”.

### 3.1.2.4 Tratamento tributário conferido ao investimento-anjo e sua inconstitucionalidade

A despeito do notável avanço que foi a conceituação do investimento-anjo pelo legislador, a normativa ainda deixou muitas lacunas, com espaço também a muitas críticas. O alcance do investidor-anjo em ações de responsabilidade é matéria relevante de análise detida em estudo autônomo. Neste artigo, discute-se a legitimidade (ou não) do silêncio eloquente do legislador quanto a eventuais incentivos fiscais ao investimento-anjo no Brasil.

O art. 61-A da Lei Complementar n.º 123, alterado pela Lei Complementar n.º 155, dispõe que o investidor-anjo não será considerado sócio, tampouco terá tais poderes, não responderá por qualquer dívida da sociedade, bem como será remunerado por seus aportes pelo prazo máximo de 5 anos, fazendo jus à participação nos resultados em montante não superior a 50% dos lucros no período. No tocante à tributação, uma vez enquadrado o empreendimento como micro ou pequena empresa, poderá utilizar-se do regime unificado de arrecadação (Simples Nacional). No que se refere ao investidor, entretanto, sua tributação submeteu-se ao regulamento do Ministério da Fazenda, nos termos do art. 61-A, §10 da lei em comento.

Portanto, lamentavelmente, a Lei Complementar n.º 155 não concedeu nenhuma espécie de incentivo fiscal ao investimento-anjo, assim como também não o fez a Lei Complementar n.º 182. De maneira a suprir o vácuo legislativo quanto à tributação desses agentes, a Receita Federal publicou, em julho de 2017, a Instrução Normativa RFB n.º 1.719, determinando a incidência de Imposto de Renda segundo parâmetros da tabela regressiva aplicável aos investimentos no mercado de capitais, ou seja, com alíquota inicial de 22,5%, chegando a 15% para aplicações que excedam o prazo de 720 dias. Tal tributação é injusta, pois desconsidera as peculiaridades desse investimento e não distingue as duas espécies de remuneração recebidas pelo investidor: o rendimento do capital e o ganho de capital pela alienação da participação, e cada uma deveria ser submetida a tratamento próprio.

A distorção decorrente desse tratamento é clara: enquanto lucros e dividendos distribuídos por empresas sujeitas ao regime de lucro real ou presumido são completamente isentos (art. 10 da Lei n. 9.249/1995), a mesma distribuição de rendimentos do investidor-anjo recebe uma tributação agravada, equivalente à de um investimento em aplicação de renda fixa. Isto por si só gera uma assimetria capaz de desestimular o aporte em empreendimentos de risco, contrariando o postulado constitucional de tratamento favorecido às micro e pequenas empresas. O ganho de capital, por outro lado, submete-se ao mesmo tratamento de investimentos ordinários, reduzindo, significativamente, a vantagem em potencial advinda do desinvestimento.

<sup>22</sup> CAMINHA, Lucas; COELHO, Gustavo Flausino. Captação de recursos por startups. São Paulo: Almedina. 2020, p. 218.

A IN RFB 1.719 não implementou significativas melhorias na estrutura tributária do investimento-anjo, prevendo, apenas, em seu art. 7º, uma dispensa de retenção de IR para fundos que aportarem capital como investidores-anjo.

O regulamento não pode criar isenção tributária sem lei subjacente, havendo previsão expressa nesse sentido (art. 150, §6º CRFB/88), à qual a administração se encontra plenamente vinculada, sob pena de responsabilidade funcional. Além disso, a incidência do IR sobre o ganho de capital é respaldada pelo art. 21 da Lei n. 8.981/95, de modo que não pode ser afastada por ato infralegal. Logo, conclui-se que o principal erro foi do legislador que, embora reconhecendo a principiologia inerente ao empreendedorismo inovador (art. 3º da LC n. 182) e deferindo tratamento favorecido em matéria de fomento e contratações públicas, permaneceu omissos em relação à órbita tributária, negligenciando os riscos dessa modalidade de investimento e o desestímulo que a falta de incentivo fiscal traz aos investidores.

As estatísticas revelam que uma parcela significativa das *startups* não alcança o estágio inicial, encerrando suas atividades logo no estágio embrionário por falta de aportes ou por problemas relativos ao desenvolvimento do produto. Dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) revelam que empresas comuns têm grandes chances de “morrer” nos cinco primeiros anos<sup>23</sup>; essa expectativa de sobrevivência cai para cinco meses quando se fala em *startups*.<sup>24</sup> Os dados disponibilizados pela *Startupbase* também revelam que o número de *startups* existentes em estágio inicial é muito inferior ao número destas em estágio avançado. Estes fatos permitem enquadrar o investimento-anjo como investimento de alto risco destinado apenas a investidores experientes e com perfil arrojado.

Destarte, para se assumir um risco de tal magnitude, podendo representar a perda de 100% do capital investido, o “prêmio” deve ser proporcionalmente alto e interessante, constituindo-se como estímulo para assunção de tal ônus. Contudo, não é o que se observa no regramento brasileiro, que sujeita o anjo ao mesmo ônus tributário de um investidor conservador de renda fixa exposto a riscos infinitamente mais reduzidos.

Ademais, importa salientar que o investimento-anjo desempenha uma importante função social na comunidade, não apenas por promover a geração de empregos, mas também por tornar-se, através da *startup*, um grande gerador de receita para o Poder Público e uma importante fonte de desenvolvimento regional. No ramo das inovações, uma estrutura inicialmente pequena tem condições de crescer exponencialmente, promovendo emprego, boas práticas e receitas, funções que não foram adequadamente observadas e tratadas pelo legislador quando estabeleceu a configuração jurídica da *startup* e de seus investidores.

Sem a figura do agente de fomento, nesse caso o investidor-anjo, a *startup* não sai do projeto e inovações não são implementadas. O aporte desse agente viabiliza a ideia, garante o pagamento de salários, implementa o processo produtivo e coloca o produto nas prateleiras. Considerando o postulado constitucional que determina o tratamento favorecido a empresas de pequeno porte (art. 170, inciso IX da CRFB/88), a situação revela, de fato, uma inconstitucionalidade circunstancial da incidência tributária, segundo a qual em uma situação em que “um enunciado normativo [é] válido em tese e na maior parte de suas incidências, ao ser confrontado com determinadas circunstâncias concretas, produz uma norma inconstitucional”.<sup>25</sup>

A tributação pela tabela regressiva do Imposto de Renda é válida e rege a maior parte das incidências em matéria de investimentos; entretanto, traduz, neste caso, situação injusta e assimétrica que deve ser considerada circunstancialmente inconstitucional, justamente porque se apresenta como um entrave

<sup>23</sup> IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Demografia das empresas e estatísticas de empreendedorismo: 2017. Rio de Janeiro: IBGE, 2019. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2101671>. Acesso em 11 fev. 2022, p. 33.

<sup>24</sup> MUNHOZ, Fernando et al. Vale da morte: estudo sobre as causas e aplicações nas startups de tecnologia, 2020. DOI: 10.13140/RG.2.2.28417.20327. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/340492097\\_VALE\\_DA\\_MORTE\\_ESTUDO\\_SOBRE\\_AS\\_CAUSAS\\_E\\_APLICACOES\\_NAS\\_STARTUPS\\_DE\\_TECNOLOGIA\\_DEATH\\_VALLEY\\_A\\_STUDY\\_OF\\_CAUSES\\_AND\\_APPLICABILITY\\_IN\\_TECH\\_STARTUPS](https://www.researchgate.net/publication/340492097_VALE_DA_MORTE_ESTUDO_SOBRE_AS_CAUSAS_E_APLICACOES_NAS_STARTUPS_DE_TECNOLOGIA_DEATH_VALLEY_A_STUDY_OF_CAUSES_AND_APPLICABILITY_IN_TECH_STARTUPS). Acesso em 03 jan. 2022, p. 5.

<sup>25</sup> LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 337.

ao reconhecimento da função social do investimento-anjo e à plena eficácia do comando constitucional de incentivo às empresas de pequeno porte. A par da regulamentação já existente a respeito do arranjo jurídico do investimento-anjo, nota-se omissão parcial por parte do legislador no tocante aos incentivos devidos a esta modalidade de investimento, já reconhecidos em outros formatos (vide discussão a respeito dos dividendos), mas incompreensivelmente negligenciados neste caso.

A omissão legislativa deve ser reputada inconstitucional quando manifestar a inobservância de um “dever constitucional de legislar, que resulta tanto de comandos explícitos da Lei Magna, como de decisões fundamentais da Constituição identificadas no processo de interpretação”.<sup>26</sup> Especificamente, fala-se em omissão parcial “quando um ato normativo atende apenas parcialmente ou de modo insuficiente a vontade constitucional”.<sup>27</sup> Ao silenciar a respeito dos incentivos devidos aos investidores-anjo, o legislador permite que haja proteção deficiente de uma nova camada social comprometida com o desenvolvimento econômico, social e tecnológico do país.

O fundamento constitucional que autoriza o reconhecimento dessa inconstitucionalidade encontra-se tanto no comando que estimula o tratamento favorecido a empresas de pequeno porte (art. 170, inciso IX da CRFB/88) quanto no dispositivo que preconiza a proteção da propriedade e de sua função social (art. 5º, incisos XXII e XXIII da CRFB/88). Ao inviabilizar a base de financiamento para micro e pequenas empresas, o legislador opõe-se ao tratamento favorecido às empresas de pequeno porte, impedindo que estas se iniciem e se desenvolvam, eis que isso pressupõe, justamente, o aporte financeiro inicial. No tocante à violação do direito de propriedade, a proteção insuficiente mostra-se ainda mais evidente, visto que o investidor se expõe a risco demasiado, sem qualquer proteção, contraprestação ou garantia concedida pelo legislador. Não tem a segurança do retorno do capital investido, não lhe é assegurada correção monetária e não tem a proteção por parte de qualquer instituição financeira, pública ou privada.

A doutrina mais moderna aponta para uma conceituação mais ampliada do direito de propriedade para fins de constatação do âmbito de proteção constitucional desse direito, abrangendo não somente a propriedade, segundo a definição civilista, como também as pretensões salariais, as participações societárias, dentre outros.<sup>28</sup> Assim, o capital investido, a rigor, como participação societária, merece tutela legal e constitucional por meio de garantias e incentivos, o que atualmente não se observa.

Estabelecida a omissão inconstitucional, resta saber como remediá-la. No âmbito da jurisdição constitucional, quando se trata de omissões, é clara a tendência pelo reconhecimento da inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, haja vista que a supressão de norma regulamentadora, ainda que insuficiente, pela pronúncia de nulidade, tem o condão unicamente agravar o quadro de inconstitucionalidade. Nesse caso, recomenda-se a adoção de técnicas de apelo ao legislador (*Appellentscheidung*), “decisão na qual se afirma que a situação jurídica em apreço ainda se afigura constitucional, devendo o legislador empreender as medidas requeridas para evitar a consolidação de um estado de inconstitucionalidade”.<sup>29</sup> Nesse caso, afirma-se o estado de mora legislativa com a finalidade de, ao final, incitar o parlamento a uma tomada de providências. A outra alternativa seria aderir à posição concretista adotada pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle das omissões inconstitucionais, de maneira a estabelecer prazo razoável para que o Congresso Nacional discipline a matéria impugnada, sob pena de tornar aplicável, definitivamente, a solução provisória estabelecida pela Corte Constitucional, no exercício de uma função normativa subsidiária. Tanto uma quanto outra alternativa podem ser adotadas no caso concreto, a fim de sanar a inconstitucionalidade do atual tratamento tributário conferido ao investimento-anjo.

<sup>26</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de direito constitucional. 15 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 1212.

<sup>27</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de direito constitucional. 15 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 1212.

<sup>28</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de direito constitucional. 15 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 331.

<sup>29</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de direito constitucional. 15 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 1379.

Superada a questão relativa à inconstitucionalidade, no tópico seguinte, pretende-se apresentar algumas soluções ao quadro de injustiça fiscal enfrentado pelos agentes de fomento no Brasil, que aportam dinheiro em situações de altíssimo risco à míngua de qualquer incentivo ou garantia. O panorama legislativo atual consubstancia verdadeiro fator de desestímulo aos investimentos em empreendimentos inovadores, contrariando a orientação constitucional e internacional de formação de um ambiente colaborativo e globalizado de negócios promissores.

Embora não seja a única variável na equação que leva à solidificação desse ambiente, a tributação desempenha grande papel ao longo de toda a cadeia de consumo e produção, merecendo cuidadosa consideração em relação à estruturação de um empreendimento. Importa analisar quais são as alternativas de justiça fiscal para viabilizar um investimento de risco rentável e dotado, na maior medida possível, de previsibilidade, favorecendo a criação de um ambiente de negócios promissor e inovador.

## 4 Soluções para alcançar a justiça fiscal em investimentos de alto risco

A respeito do panorama normativo da tributação dos agentes de fomento no Brasil, não houve racionalização acerca das variáveis envolvidas em investimentos de alto risco, uma vez que reclamariam tratamento próprio e favorecido, programa que não foi implementado pelo legislador. Com vistas a contornar essa distorção, o Estado tem a prerrogativa de valer-se de instrumentos de incentivo já largamente utilizados em outros setores, assim como no direito comparado.

A primeira possibilidade, que parece também a mais óbvia, é a isenção dos lucros auferidos em investimentos de alto risco. O direito comparado traz exemplos notáveis e que já se mostraram promissores no que se refere ao incentivo de empreendimentos inovadores. Eis o panorama jurídico desses investimentos nos Estados Unidos:

- (i) um investidor pode ganhar isenção do imposto de renda (“IR”) sobre até 100% do ganho de capital decorrente do desinvestimento de uma empresa de pequeno porte (um *small business*), desde que ele tenha mantido seu investimento por pelo menos 5 anos (26 U.S. Code, §1.202) em uma ou mais pequenas empresas (26 U.S. Code, §1.045);
- (ii) esse prazo também pode ser acumulado em mais de um investimento – se um investidor auferir ganho de capital antes do desfecho dos 5 anos, ele terá até 60 dias para alocar tal ganho em outro pequeno negócio, e, assim, aproveita a isenção (26 U.S. Code, § 1045); e
- (iii) caso haja perda no investimento, o investidor que contribuiu para o primeiro milhão aportado em um *small business* poderá deduzir o prejuízo<sup>30</sup>.

No mesmo sentido, alguns países da União Europeia adotam estratégias similares, colhendo também profícuos resultados no desenvolvimento do setor de inovação:

na França, pessoas físicas conseguem até 18% de isenção do IR sobre o total investido em pequenas empresas até o limite de € 50 mil se mantiverem o investimento por cinco anos. Na Bélgica, anjos recebem um crédito fiscal de 30% no momento do investimento de até € 100 mil em uma sociedade empresária de pequeno porte, que pode ser elevado a 45% para microempresas. Na Itália, pessoas físicas podem conseguir isenção do IR sobre ganho de capital se o investimento atingir um certo mínimo do capital social e se mantiver pelo mínimo de 3 anos; e pessoas jurídicas podem conseguir até 95% de isenção do IR sobre o ganho de capital se mantiverem o investimento pelo mínimo de 1 ano e contabilizá-lo como ativo financeiro. Por fim, na Irlanda, no contexto do programa “*Employment and Investment Incentive*”, pessoas físicas e jurídicas conseguem crédito fiscal de 30% do investimento, acrescido de mais 10% quando se comprovar que o capital contribuiu para gerar empregos ou foi usado pela investida para fins de R&D, benefício aplicável em aportes de até de € 150 mil.<sup>31</sup>

<sup>30</sup> CAMINHA, Lucas; COELHO, Gustavo Flausino. Captação de recursos por startups. São Paulo: Almedina. 2020, p. 150.

<sup>31</sup> CAMINHA, Lucas; COELHO, Gustavo Flausino. Captação de recursos por startups. São Paulo: Almedina. 2020, p. 151-152.

Essa lógica de isenção remete ao que já foi discutido em tópico anterior, concernente ao tratamento jurídico dos rendimentos auferidos pelos agentes de fomento como verdadeiros dividendos. Uma vez que, em virtude de previsão legal, os dividendos são isentos, não há razão para empregar tratamento distinto em relação aos rendimentos oriundos dos aportes realizados por agentes de fomento.

Segundo Molina<sup>32</sup>, é direito dos acionistas em sociedades anônimas a participação nos lucros sociais de dois modos: pelo pagamento de dividendos e pela participação no acervo social, em caso de dissolução da sociedade. De igual maneira, aos investidores, na condição de credores, competem os mesmos direitos. Na definição de Fran Martins, “a parte que cabe a cada sócio, proporcional às ações que possuir na sociedade, tem o nome de dividendo, por resultar da divisão do lucro líquido pelo número de ações”.<sup>33</sup> Ora, se a finalidade dos dividendos e dos resgates é a mesma, ou seja, remunerar o investidor na proporção dos lucros auferidos pela sociedade, seu tratamento jurídico-tributário deveria ser o mesmo, sendo absolutamente arbitrária a distinção implícita determinada pelo legislador.

Importa salientar outra estratégia do governo norte-americano: a concessão de empréstimos a fundos de investimentos privados cuja finalidade seja investir em negócios promissores que preencham certos critérios.<sup>34</sup> O Brasil poderia aderir ao expediente, uma vez que cria subvenções destinadas a empresas que preencham certos requisitos (*v.g.* Lei n. 14.161/2021 que estabelece o Pronampe como política permanente e oficial de crédito às micro e pequenas empresas). Parece, no entanto, que o legislador está muito mais atento ao empreendedor do que aos seus investidores, causando ao empresário um novo fator de endividamento ao invés de criar incentivos para que o particular subsidie as atividades empreendedoras, lucrando com o negócio e remunerando adequadamente o Poder Público, por meio da tributação pelos lucros auferidos. Exemplos inteligentes seriam o financiamento de incubadoras e incentivos fiscais aos investidores-anjo.

O raciocínio distorcido que aponta sempre o Poder Público como agente de fomento não tem vertido bons resultados, sobretudo porque as soluções destas subvenções são costumeiramente padronizadas, não autorizando formas alternativas de remuneração do aporte, restando apenas o pagamento direto, opção muitas vezes inviável ao empreendedor. Se o incentivo fosse destinado ao investidor, o Poder Público mitigaria seus riscos de crédito, bem como poderia destinar as receitas a outras despesas essenciais, recebendo sua parcela do êxito através de tributos e outras exações compulsórias decorrentes do exercício de atividade econômica lucrativa.

Outra alternativa seria o estabelecimento de um regime diferenciado de tributação para certos agentes particulares de fomento, criando-se um rol de alíquotas diferenciadas, além de outros incentivos como a redução de base de cálculo e a dedutibilidade de perdas em investimentos frustrados. Essa normativa específica amoldar-se-ia às características peculiares destes agentes, bem como estabeleceria maior segurança e previsibilidade nas relações jurídicas.

Finalmente, trazendo analogicamente um instituto criado em outros ramos ou segmentos do direito, é possível pensar na criação de um fundo para reposição de perdas e mitigação de riscos em investimentos de alto risco.

Visando resguardar os direitos dos correntistas e aliviar a responsabilidade do Banco Central por ocasião de insolvência de instituição financeira, em 1995, pela Resolução CMN 2.197, foi criado o Fundo Garantidor de Créditos (FGC). Trata-se de uma instituição financeira, criada na forma de associação sem fins lucrativos, que não exerce função pública, tendo por finalidade a proteção de investidores e a manutenção da

<sup>32</sup> MOLINA, Fabiana Ricardo. Da distribuição de dividendos em sociedades anônimas. Revista Síntese: Direito Empresarial, Porto Alegre, v. 12, n. 70, p. 54-77, set-out/2019, p. 62.

<sup>33</sup> MARTINS, Fran. Curso de direito comercial: empresa, empresários e sociedades. Vol. I. 42. ed. rev. atual. e ampl. por Carlos Henrique Abrão. – Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 314.

<sup>34</sup> CAMINHA, Lucas; COELHO, Gustavo Flausino. Captação de recursos por startups. São Paulo: Almedina. 2020, p. 145.

estabilidade do Sistema Financeiro Nacional. É custeado por recursos privados, na forma de contribuições das instituições financeiras associadas.

Atualmente, a regulamentação do fundo foi alterada, estando regulamentada pela Resolução CMN 4.222/2013, que estabelece os limites à atuação do FGC. Em suma, ao FGC compete realizar o pagamento da dívida de instituição associada em situação de intervenção ou liquidação extrajudicial, não lhe sendo lícito negar tal pagamento, ficando sub-rogada nos direitos do investidor. Fica claro que a função do fundo é acauteladora, ou seja, no sentido de garantir o direito dos correntistas até um dado limite de aplicação (hoje, R\$ 250.000,00), quando as instituições financeiras se encontrarem em situações de iminente risco de solvabilidade.

Possível seria cogitar a instituição de um fundo garantidor de investimentos de alto risco, com vistas a mitigar as perdas decorrentes de oscilações do mercado das *startups* e demais empresas alcançadas por estes agentes de fomento. Em um primeiro momento, o fundo seria criado a partir de uma dotação de receitas da União, seguido de contribuições mensais, módicas, por parte dos empreendimentos beneficiados pelo aporte.

Enfim, nota-se que as soluções são muitas e distintas, atentando à função social essencial desempenhada por esses novos agentes de fomento que aportam recursos em empreendimentos promissores, geradores de emprego, renda e desenvolvimento, substituindo-se ao Poder Público enquanto único agente indutor de comportamentos econômicos. Essa delegação ou, pelo menos, compartilhamento de atribuições de fomento permite mitigar o risco de crédito das contas públicas, autorizando a aplicação das receitas públicas em áreas de maior necessidade, não implicando perda nem renúncia de receita, na exata medida em que será compensado pelos meios ordinários de cobrança, sobretudo por meio do tributo. Inúmeras são as vantagens deste novo paradigma, restando ao Poder Público apenas viabilizar estas soluções, incentivando os investimentos de alto risco através de benefícios fiscais e de outras naturezas como forma de implementação de um novo modelo de justiça fiscal.

## 5 Considerações finais

A caracterização do Brasil como Estado Fiscal justifica algumas opções em relação a sua política econômica e tributária. Indiscutivelmente, no contexto brasileiro, não constitui função do Estado, como regra, intervir diretamente na economia, cabendo-lhe, apenas, a tarefa de induzir ou desestimular certos comportamentos com vistas a alcançar as metas estipuladas pelo programa de governo. Apesar de mínima e subsidiária, a intervenção do Estado na economia não é neutra, podendo valer-se de instrumentos com efeitos extrafiscais para alcançar os fins almejados. Nesse panorama, o tributo é um instrumento de fundamental relevância, ostentando forte repercussão na escolha e no desenvolvimento de atividades privadas.

Todavia, para além do regime tributário e do programa de governo, é pressuposto para o início e o regular desenvolvimento de empreendimentos, um aporte financeiro inicial para implementação da atividade, sendo este o território de atuação dos denominados agentes de fomento. Não é função precípua do Estado ser o agente que aporta, mas tão somente ser aquele que regula, incentiva ou desestimula certas atividades, cabendo o fomento, sobretudo, aos agentes particulares.

O mercado financeiro é a ferramenta mais conhecida para aporte de recursos no início das atividades do empreendimento. Entretanto, em razão de sua predominância no cenário brasileiro, os critérios de acesso costumam ser bastante seletivos e onerosos, afastando diversos promissores empreendimentos do mercado de crédito. Os empreendimentos marginalizados desse mercado são aqueles que apresentam maior fator de risco no retorno do investimento, demandando a intervenção de agentes mais arrojados que acreditam no resultado do negócio e que exigem participação proporcionalmente mais alta sobre os lucros auferidos.

Apesar da alta lucratividade potencial, trata-se de rentabilidade incerta, associada a um fator de risco significativamente mais alto do que correm as instituições do mercado financeiro, razão pela qual os agentes dispostos a correr esse risco deveriam receber um estímulo além do lucro eventual, representado por incentivos estatais no que se refere à incidência tributária e a exigências burocráticas.

Esses agentes que atuam nas lacunas deixadas pelo mercado de crédito colaboram para o desenvolvimento da economia, para a geração de emprego e para o aumento da receita tributável, benefícios dos quais o Estado se beneficia diretamente sem nenhuma contrapartida específica. Portanto, apesar de notável, a função social destes novos agentes de fomento vem sendo reiteradamente negligenciada pelo legislador.

Dentre diversos possíveis agentes que poderiam ter sido abordados neste trabalho, o enfoque deu-se no investimento-anjo. Recentemente disciplinado pelas Leis Complementares n.º 155 e 182, além de outras normativas infralegais, o investimento-anjo, realizado por pessoas físicas ou jurídicas que aportam dinheiro mediante contrato de participação ou instrumento análogo em empreendimentos iniciantes, é um revolucionário instrumento de desenvolvimento nacional, cujos resultados são conhecidos internacionalmente, sobretudo em matéria de tecnologia. Entretanto, mesmo ciente da relevância e do potencial dessa modalidade de investimento, o legislador não contemplou nenhum incentivo fiscal ao agente que aporta seus recursos e aposta no resultado do empreendimento, sendo tributado tal qual um agente que aporta seus recursos em fundos de renda fixa.

Nota-se, pois, que o panorama tributário do investimento de alto risco no Brasil está na contramão do cenário mundial, que concede incentivos fiscais e burocráticos para manutenção e estímulo ao investimento pelos agentes particulares. Esse raciocínio favorece não apenas os investidores e os empreendimentos beneficiados, como também a máquina pública, que arrecada a partir do êxito destes agentes.

Apresentaram-se algumas soluções a esse quadro iníquo a exemplo da correção do tratamento tributário conferido a tais investimentos, passando a considerá-los verdadeira participação societária, já que o investidor se sujeita aos riscos do empreendimento. Outra opção é criar um regime tributário especial para estes agentes ou, ainda, um fundo garantidor de investimentos de alto risco, tal como existe para investidores sujeitos à volatilidade do mercado de capitais.

Portanto, a injustiça e a inconstitucionalidade circunstancial do modelo tributário que alcança os agentes em comento são reversíveis, bastando que haja uma tomada de providência legislativa. Algo operacionalmente simples terá o condão de alterar o cenário de investimentos no Brasil, tornando mais atraente o aporte de capital em empreendimentos inovadores nacionais pela própria sociedade brasileira e pelo capital estrangeiro, favorecendo o desenvolvimento de um novo modelo de justiça fiscal.

## Referências

AGÊNCIA BRASIL. **Quase 4 milhões de novos negócios foram abertos em 2021.** Levantamento do Sebrae mostra recorde de micro e pequenas empresas. Brasília, 16 fev. 2022. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2022-02/quase-4-milhoes-de-novos-negocios-foram-abertos-em-2021#:~:text=Em%202021%2C%20mais%20de%203,chega%20a%2053%2C9%25>. Acesso em 10 mar. 2022.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **O que é agência de fomento?** Disponível em [https://www.bcb.gov.br/pre/composicao/agencia\\_fomento.asp?frame=1](https://www.bcb.gov.br/pre/composicao/agencia_fomento.asp?frame=1). Acesso em 11/12/2021.

BARRETO, Gileno G. A tributação dos dividendos: análise comparativa da incidência do imposto de renda das empresas no Brasil com os países membros da OCDE. **Revista Direito Tributário Atual.** ISSN: 1415-8124. Ano 2018, n.40, p. 483- 505.

BARROSO, Luís Roberto. A Ordem Econômica Constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 226, p. 187-212, 2001.

BENSOUSSAN, Fábio Guimarães; GOUVÊA, Marcos de Freitas. **Manual de direito econômico**. 4 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018.

CAMINHA, Lucas; COELHO, Gustavo Flausino. **Captação de recursos por startups**. São Paulo: Almeida. 2020..

CARBONI, Mario Augusto. Regime tributário da extrafiscalidade e a função promocional do Direito. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 21, n. 33, p. 217-242. jan/jun. 2017.

CRAVEIRO, Mariana Conti. Alguns aspectos jurídicos do desinvestimento nas operações de *private equity*. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de (coord.). **Direito, gestão e prática: mercado de capitais**. (Série GVlaw). São Paulo: Saraiva, 2013, p.89-117.

IBGE - INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Demografia das empresas e estatísticas de empreendedorismo: 2017**. Rio de Janeiro: IBGE, 2019. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2101671>. Acesso em 11 fev. 2022.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial: empresa, empresários e sociedades**. Vol. I. 42. ed. rev. atual. e ampl. por Carlos Henrique Abrão. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 15 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MESQUITA, Júlia Leite. **Investimento em Startups: uma breve análise à luz da segurança do investidor no mercado brasileiro e o risco do investimento através do mútuo conversível**. Monografia (Pós-graduação lato sensu em Direito Societário – LL.M). São Paulo: Insper, 2019. Disponível em: [https://repositorio.insper.edu.br/bitstream/11224/2503/5/JULIA%20LEITE%20MESQUITA\\_trabalhoi.pdf](https://repositorio.insper.edu.br/bitstream/11224/2503/5/JULIA%20LEITE%20MESQUITA_trabalhoi.pdf). Acesso em 10 jan. 2022.

MOLINA, Fabiana Ricardo. Da distribuição de dividendos em sociedades anônimas. **Revista Síntese: Direito Empresarial**, Porto Alegre, v. 12, n. 70, p. 54-77, set-out/2019.

Munhoz, Fernando *et al.* **Vale da morte: estudo sobre as causas e aplicações nas startups de tecnologia**, 2020. DOI: 10.13140/RG.2.2.28417.20327. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/340492097\\_VALE\\_DA\\_MORTE\\_ESTUDO\\_SOBRE\\_AS\\_CAUSAS\\_E\\_APLICACOES\\_NAS\\_STARTUPS\\_DE\\_TECNOLOGIA\\_DEATH\\_VALLEY\\_A\\_STUDY\\_OF\\_CAUSES\\_AND\\_APPLICABILITY\\_IN\\_TECH\\_STARTUPS](https://www.researchgate.net/publication/340492097_VALE_DA_MORTE_ESTUDO_SOBRE_AS_CAUSAS_E_APLICACOES_NAS_STARTUPS_DE_TECNOLOGIA_DEATH_VALLEY_A_STUDY_OF_CAUSES_AND_APPLICABILITY_IN_TECH_STARTUPS). Acesso em 03 jan. 2022.

NUNES, Frederico Augusto Cavalheiro e Carmelo; SACRAMONE, Marcelo Barbosa. Panorama jurídico dos investimentos em *startups* no Brasil. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. Ano 23, vol. 90, p. 159-181. São Paulo: Ed. RT, out-dez/2020.

RIBEIRO JÚNIOR, José Alves. **Securitização de recebíveis: elementos constitutivos no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

STARTUPBASE. **Estatísticas**. Disponível em: <https://startupbase.com.br/home/stats>. Acesso em 03 jan. 2022.

---

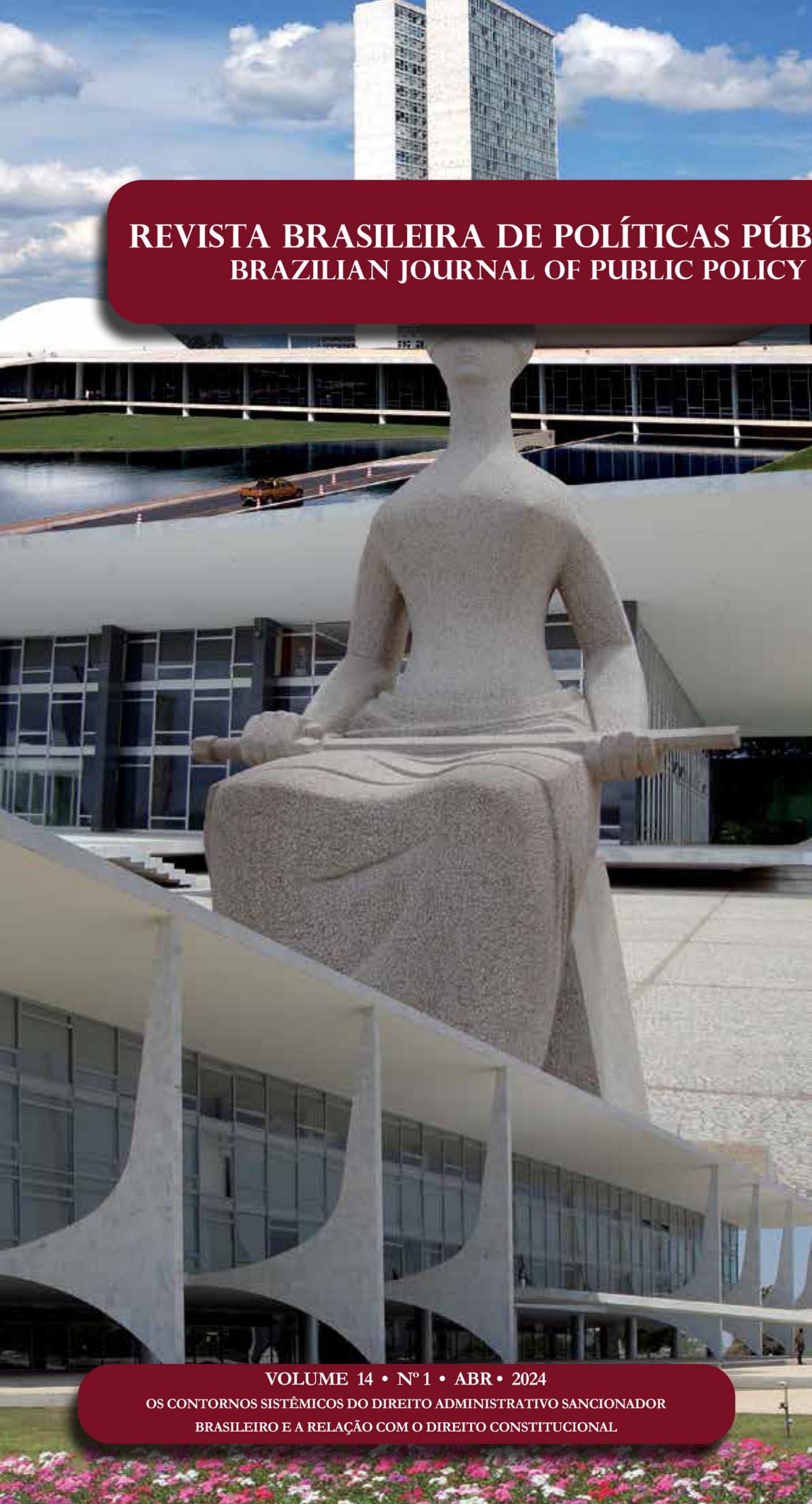
SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de (coord.). **Direito, gestão e prática:** mercado de capitais. Série GVlaw. São Paulo: Saraiva, 2013.

WILTBANK, Robert; BOEKER, Warren. Returns to Angel Investors in Groups. **SSRN Electronic Journal**, November, 2007. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN\\_ID1028592\\_code861608.pdf?abstractid=1028592&mirid=1](https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID1028592_code861608.pdf?abstractid=1028592&mirid=1). Acesso em 15 jan. 2022.

The logo for CEUB (Centro de Educação Universitária Brasileira) is displayed in a stylized white font on a dark red background.

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

The cover features a photograph of a modern, white building with a large, seated stone statue in the foreground. The statue is holding a long, thin object, possibly a scroll or a tablet. The building has a distinctive architectural style with a curved facade and large windows. The sky is blue with some clouds. The entire cover is framed by a dark red border with a subtle floral pattern.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Motivações dos Consumidores  
para Incluir o NIF nas Faturas**  
Consumers Motivations to  
Include the TIN on Invoices

Gabriel Pinto

Daniel Taborda

Pedro Cerqueira

**VOLUME 14 • Nº 1 • ABR • 2024**

**OS CONTORNOS SISTÊMICOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR  
BRASILEIRO E A RELAÇÃO COM O DIREITO CONSTITUCIONAL**

# Motivações dos Consumidores para Incluir o NIF nas Faturas\*

## Consumers Motivations to Include the TIN on Invoices

Gabriel Pinto\*\*

Daniel Taborda\*\*\*

Pedro Cerqueira\*\*\*\*

### Resumo

A inclusão do número de identificação fiscal (NIF) nas faturas é uma forma de os cidadãos cooperarem com a autoridade tributária no combate à fraude e evasão fiscal. Este estudo pretende evidenciar quais os determinantes que têm maior influência na decisão dos consumidores portugueses em pedir faturas com NIF, procurando aferir da sua natureza extrínseca ou intrínseca. Da análise efetuada chegou-se à conclusão de que apenas dois determinantes são estatisticamente significativos: a dedução de despesas em IRS e o dever cívico associado ao ato de pedir fatura com NIF. Dos outros fatores estudados é de realçar que a lotaria implementada em Portugal designada por “Fatura da Sorte” não se mostrou relevante na decisão de pedir faturas com NIF.

**Palavras-chave:** Evasão fiscal; cumprimento fiscal; motivações intrínsecas; motivações extrínsecas; “Fatura da Sorte”

### Abstract

The inclusion of the Taxpayer Identification Number (TIN) on invoices is a way to fight tax evasion through citizen cooperation. This study aims to highlight which are the main determinants of the decisions of Portuguese consumers to request invoices with TIN and, at the same time, understand the extrinsic or intrinsic nature of these determinants. The analysis led to the conclusion that only two determinants are statistically significant: deductions in Tax Income and the civic duty associated with requesting invoices with TIN. From the other determinants it's important to highlight that the Portuguese tax lottery, “Lucky Invoice”, didn't show a relevant influence on the decision of requesting invoices with TIN.

**Keywords:** Tax evasion; tax compliance; intrinsic motivations; extrinsic motivations; “Lucky Invoice”

\* Artigo convidado

\*\* MSc, Univ Coimbra, Faculty of Economics.  
Email: gabrielpinto1906@gmail.com.

\*\*\* PhD, Professor na Univ Coimbra, CeBER, Faculty of Economics.  
Email: danieltaborda@fe.uc.pt.

\*\*\*\* PhD, Professor na Univ Coimbra, CeBER, Faculty of Economics,  
Email: pacerq@fe.uc.pt.

# 1 Introdução

O IVA é um imposto geral sobre o consumo e de entre os vários deveres legais que constam do Código do IVA (CIVA) ressalta a obrigatoriedade de os agentes económicos emitirem fatura por cada transmissão de bens ou prestação de serviços realizadas, evidenciando o valor de imposto cobrado. Em cada troca comercial, com a emissão da fatura por parte do fornecedor, os sujeitos passivos têm direito à dedução do montante de imposto pago nos termos do artigo 19.º do CIVA, concretizando o chamado método do crédito de imposto subtrativo. Desta forma, um agente económico tem interesse em assegurar que os seus fornecedores faturem todas as operações que realizam, assegurando assim que o imposto suportado possa ser recuperado por via do exercício do direito à dedução.

Contudo, o exercício deste direito que induz à emissão de fatura pode apresentar falhas quando o adquirente do bem ou do serviço é um consumidor final. Ao contrário dos sujeitos passivos de IVA, que são agentes económicos, operando nas fases da produção e de distribuição, o consumidor final suporta o montante total de imposto, uma vez que se apodera de todo o valor acrescentado nas fases anteriores. Não usufruindo do direito a deduzir o imposto suportado, o consumidor final pode ser levado a evitar o seu pagamento. No entanto, tal só é possível se o vendedor ou prestador de serviço acordar em não liquidar o imposto, obviando a emissão da fatura exigida por lei. Esta prática configura fraude fiscal, uma forma de atuar *contra legem*, punível com pena de prisão ou multa.

Tendo em conta os impactos nas receitas fiscais provocados por esta prática ilícita, é importante ter um indicador que os meça. O valor de *VAT Gap* é usualmente considerado um bom indicador, na medida em que permite perceber o impacto que a evasão e fraude fiscal tem nas receitas fiscais provenientes do IVA. Este indicador refere-se ao montante de imposto que não é entregue ao Estado. Zídková<sup>1</sup> defende que o *VAT Gap*, para além de mostrar o nível de fraude e evasão fiscal, pode ser um bom indicador do desempenho das autoridades tributárias na cobrança dos impostos. Um aumento sucessivo do valor de *VAT Gap* pode ser o resultado do aumento da fraude e evasão fiscal e/ou de uma atuação menos eficaz por parte da autoridade tributária. Em Portugal para incentivar os consumidores a pedirem fatura das suas compras com o número de identificação fiscal (NIF) foi criada em 2012 uma *tax lottery* designada por “Fatura da Sorte”.

O objetivo deste estudo consiste na descrição dos fatores identificados na literatura que contribuem para o cumprimento das regras fiscais, aferindo se têm influência na opção de os consumidores em Portugal pedirem a inclusão dos seus NIF nas faturas, e na análise da eficácia da “Fatura da sorte”, enquanto indutor dessa opção. Para isto, a sua estrutura é a seguinte: após esta introdução, a secção 2 aborda brevemente o conceito de cumprimento fiscal ou *tax compliance*; a secção 3 aborda as motivações para pedir fatura com NIF; a secção 4 descreve a metodologia aplicada; a secção 5 incide na amostra utilizada; a secção 6 apresenta e analisa os resultados obtidos e a última sintetiza as conclusões principais.

## 2 Breves notas sobre *tax compliance*

O cumprimento fiscal ou *tax compliance*, como é muitas vezes referido na literatura, é um tema que tem sido alvo de diversos estudos, uma vez que o fenómeno da evasão e fraude fiscal continua a existir de forma recorrente em diversos países. Uma das primeiras teorias sobre o cumprimento fiscal foi proposta no trabalho de Allingham & Sandmo<sup>2</sup>, que considerava que o cumprimento da lei fiscal derivava unicamente de uma decisão económica, subsumindo à categoria de ato racional, ponderando os potenciais ganhos e perdas que

<sup>1</sup> ZÍDKOVÁ, Hana. Determinants of VAT gap in EU. *Prague Economic Papers*, v. 23, n. 4, p.514–530. 2014.

<sup>2</sup> ALLINGHAM, Michael G., & SANDMO, Agnar. Income Tax Evasion: a Theoretical Analysis. *Journal of Public Economics*, Philadelphia, v. 1, n. 2-3, p. 323-338, maio/ago. 1972.

o incumprimento poderia originar. Neste contexto, a decisão de um cidadão cumprir ou não cumprir seria muito influenciada pela probabilidade de ser descoberto a infringir a lei e sofrer a correspondente penalização. Segundo este modelo, quanto maior fosse a probabilidade de o incumprimento ser detetado e quanto maior fosse a penalização aplicada, menor seria a taxa de evasão fiscal verificada<sup>3</sup>.

Estudos posteriores verificaram que quer os níveis de deteção dos indivíduos incumpridores, quer as sanções associadas eram muito baixas em relação à taxa de *compliance* fiscal verificada em alguns países, sugerindo que existia algo mais que condicionava o comportamento das pessoas. Assim, começaram a surgir novas abordagens para explicar o cumprimento voluntário das obrigações fiscais<sup>4</sup>.

As novas abordagens centravam-se mais no comportamento dos indivíduos e não apenas no pensamento racional característico da abordagem anterior. Assim, introduziram-se novas variáveis para explicar o maior nível de *compliance* verificado, que vieram demonstrar que o cumprimento fiscal não é uma decisão exclusivamente económica<sup>5</sup>.

Kirchler & Wahl<sup>6</sup> distinguem duas categorias de *tax compliance*: *voluntary tax compliance* e *enforced tax compliance*. Na primeira, os contribuintes cumprem com a lei fiscal pois é algo que os motiva. Resulta de fatores intrínsecos, em que uma obrigação moral influencia de forma positiva o comportamento de um indivíduo na sociedade. Já na segunda, os contribuintes são cumpridores por serem forçados a tal, receando que o incumprimento venha a ser descoberto. Neste caso, se o sujeito passivo sentir que a probabilidade de ser inspecionado é baixa e que a penalização pelo incumprimento não é gravosa, conclui que a evasão é compensadora.

Centrando a análise no IVA, o *VAT Gap* justifica-se pela não emissão de fatura no momento da venda ou da prestação do serviço e os intervenientes na operação apoderam-se do montante de IVA que é devido ao Estado<sup>7</sup>. Para que tal aconteça, o cliente verificando que a fatura não foi emitida, também não a exige, não obrigando o sujeito passivo de IVA a declarar a transação e a entregar o imposto devido ao Estado.

O facto de a fatura não ser emitida pode indiciar um conluio entre o vendedor e o cliente, beneficiando ambos do não pagamento do imposto, repartindo entre si o respetivo montante<sup>8</sup>. Esta forma de atuar seria algo bastante comum caso o ato de pagar impostos seguisse exclusivamente um modelo de maximização dos lucros. No entanto, existem outras motivações que levam os cidadãos a cumprir com as suas obrigações fiscais.

<sup>3</sup> ALM, James. Measuring, explaining, and controlling tax evasion: Lessons from theory, experiments, and field studies. *International Tax and Public Finance*, v. 19, n. 1, p. 54–77, abril. 2012; FELD Lars P., & FREY, Bruno S. Tax Compliance as the Result of a Psychological Tax Contract: The Role of Incentives and Responsive Regulation, 2006. Disponível em: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/214356/1/2006-10.pdf>. Acesso em: 25 de nov. 2023.

<sup>4</sup> FELD Lars P., & FREY, Bruno S. Tax Compliance as the Result of a Psychological Tax Contract: The Role of Incentives and Responsive Regulation, 2006. Disponível em: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/214356/1/2006-10.pdf>. Acesso em: 25 de nov. 2023; KOSTRITSA, Maria, & SITTNER, Inken. The Impact of Social Norms, Trust, and Fairness on Voluntary Tax Compliance in Austria, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.26493/1854-4231.12.333-353>. Acesso em: 7 de dez. 2023.

<sup>5</sup> KIRCHLER, Erich, HOELZL, Erik, & WAHL, Ingrid. Enforced versus voluntary tax compliance: The “slippery slope” framework. *Journal of Economic Psychology*, v. 29, n. 2, p. 210–225, maio/jul. 2008; KOSTRITSA, Maria, & SITTNER, Inken. The Impact of Social Norms, Trust, and Fairness on Voluntary Tax Compliance in Austria, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.26493/1854-4231.12.333-353>. Acesso em: 7 de dez. 2023.

<sup>6</sup> KIRCHLER, Erich, & WAHL, Ingrid. Tax compliance inventory TAX-I: Designing an inventory for surveys of tax compliance. *Journal of Economic Psychology*, Viena, v. 31, n. 3, p. 331–346, jul./jan. 2010.

<sup>7</sup> FABBRI, Marco, & WILKS, Daniela. C. Tax Lotteries: The Crowding-out of Tax Morale and Long-run Welfare Effects 1. *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues*, v. 19, n. 2, p. 26–38. 2016; PINHEIRO, João. M., DIOGO, Tiago. A., & SAMAGAO, António. Tax Compliance: Factors that Influence Taxpayer Invoice Requests in Portugal. *Revista Brasileira de Gestão de Negócios*, v. 23, n. 4, p. 619–634, março. 2021.

<sup>8</sup> NARITOMI, Joana. Consumers as tax auditors. *American Economic Review*, v. 109, n. 9, p. 3031–3072. 2019.

### 3 Motivações para pedir fatura com NIF

A emissão de fatura por parte do vendedor ou do prestador de serviços funciona como uma prova da transação ocorrida, que determina a entrega do montante de imposto liquidado ao Estado<sup>9</sup>. Uma forma que o cliente tem de assegurar que a fatura é emitida consiste em solicitar a inclusão do seu NIF, obrigando, por um lado, o vendedor a declarar a venda e facilitando, por outro, o rastreamento da transação à autoridade tributária. Porém, sob a perspectiva estritamente legal, o consumidor final não é obrigado a pedir fatura.

Os elementos obrigatórios e os prazos a observar na emissão das faturas constam do atual artigo 36.º do CIVA que, desde a sua gênese, sofreu diversas alterações. Com a criação do CIVA, em 1986, em Portugal o agora artigo 36.º correspondia, na altura, ao artigo 35.º. Note-se que desde a publicação do CIVA que a inclusão do NIF do adquirente nas faturas é compulsória nas operações entre sujeitos passivos, pois só assim se concretiza o direito à dedução do imposto pago pelos bens ou serviços adquiridos.

O Decreto-Lei n.º 197/2012, de 24 de agosto, veio acrescentar novos números ao artigo 36.º. O n.º 15 veio alterar os elementos integrantes das faturas. A identificação (nome) e domicílio do adquirente não sujeito passivo apenas era obrigatória se a compra fosse superior a 1000 euros. O n.º 16, também introduzido por este diploma, referia que a inclusão do NIF do adquirente não sujeito passivo seria obrigatória sempre que este o solicitasse. O Decreto-Lei n.º 28/2019, de 15 de fevereiro, introduziu uma nova alteração ao artigo 36.º do CIVA, revogando o n.º 15 (aditado pelo Decreto-Lei n.º 197/2012, de 24 de agosto). Esta revogação surge na sequência da Lei n.º 92/2017, de 22 de agosto, que aditou o artigo 63.º-E à Lei Geral Tributária, proibindo o pagamento ou recebimento “em numerário em transações de qualquer natureza que envolvam montantes iguais ou superiores a (euro) 3000, ou o seu equivalente em moeda estrangeira”.

Atualmente, existem fatores que podem desincentivar (custos associados a esta ação) ou incentivar (motivações) o pedido da fatura. Ao pedir a fatura com NIF, o consumidor final terá de despende algum tempo. Ademais, ao pedido de fatura pode também estar associado um custo social e moral, gerando no vendedor um sentimento de desconfiança face ao cumprimento das suas obrigações fiscais<sup>10</sup>. Para além destes custos, existe ainda outro que pode ter implicações económicas: a recusa da possibilidade de o consumidor vir a retirar benefícios pela não emissão da fatura, caso acordasse com o vendedor ou prestador de serviços a divisão do imposto devido pela transação<sup>11</sup>.

Adicionalmente, existem fatores que motivam as pessoas a pedir fatura, nomeadamente fatores associados a motivações intrínsecas e fatores associados a motivações extrínsecas<sup>12</sup>.

#### 3.1 Motivações intrínsecas

As motivações intrínsecas estão relacionadas com comportamentos e/ou ações que uma determinada pessoa toma sem que para tal seja necessário recompensá-la, por via de um prémio ou qualquer outro tipo

<sup>9</sup> PINHEIRO, João. M., DIOGO, Tiago. A., & SAMAGAIO, António. Tax Compliance: Factors that Influence Taxpayer Invoice Requests in Portugal. *Revista Brasileira de Gestão de Negócios*, v. 23, n. 4, p. 619–634, março. 2021.

<sup>10</sup> FABBRI, Marco, & HEMELS, Sigrid. “Do you want a receipt?” Combating VAT and RST evasion with lottery tickets, 2013. Disponível em: ‘Do You Want a Receipt?’ Combating VAT and Sales Tax Evasion with Lottery Tickets by Marco Fabbri, Sigrid Hemels :: SSRN. Acesso em: 05 de dez. 2023; FOOKEN, Jonas, HEMMELGARN, Thomas, & HERRMANN, Benedikt. Improving VAT compliance-random awards for tax compliance, 2014. Disponível em: [https://taxation-customs.ec.europa.eu/system/files/2016-09/taxation\\_paper\\_51.pdf](https://taxation-customs.ec.europa.eu/system/files/2016-09/taxation_paper_51.pdf). Acesso em: 10 de dez. 2023.

<sup>11</sup> FABBRI, Marco. Shaping tax norms through lotteries. *International Review of Law and Economics*, Roterdão, v. 44, p. 8–15, jan/jul. 2015.

<sup>12</sup> PINHEIRO, João. M., DIOGO, Tiago. A., & SAMAGAIO, António. Tax Compliance: Factors that Influence Taxpayer Invoice Requests in Portugal. *Revista Brasileira de Gestão de Negócios*, v. 23, n. 4, p. 619–634, março. 2021.

de compensação<sup>13</sup>. Nestes casos, diz-se que o próprio ato é por si só compensatório para a pessoa que o executa<sup>14</sup>.

A moralidade fiscal ou *tax morale* é um fenómeno social muito associado às motivações intrínsecas dos indivíduos no cumprimento das obrigações fiscais. Este conceito vem de certo modo explicar as razões que levam as pessoas a cumprirem com as suas obrigações fiscais, recusando o incumprimento que lhes traria vantagens económicas<sup>15</sup>.

O conceito de *tax morale* permitiu associar à visão meramente económica que existia sobre o cumprimento fiscal, o efeito psicológico que pode influenciar as decisões dos indivíduos, ou seja, permitiu explicar a existência de motivações intrínsecas na decisão de cumprir com as obrigações fiscais<sup>16</sup>.

Diversos estudos têm estabelecido relações entre *tax morale* e *tax compliance*, sugerindo que uma pessoa que apresenta um fraco nível de *tax morale* tendencialmente não cumprirá com as suas obrigações fiscais<sup>17</sup>. Por outro lado, quando o nível de *tax morale* é elevado, o cumprimento fiscal será também relativamente elevado<sup>18</sup>.

São diversos os determinantes que compõem e influenciam a *tax morale* e, conseqüentemente, as motivações intrínsecas de cada pessoa, tais como: a influência de normas sociais, o dever cívico e a responsabilidade social, as percepções de justiça e ainda a satisfação e confiança nas instituições públicas<sup>19</sup>.

### 3.1.1 Influência de normas sociais

As normas sociais são regras, formais ou informais, de um determinado grupo, que influenciam tanto os valores como os comportamentos dos seus membros. Os locais onde uma pessoa reside ou onde trabalha influenciam o seu comportamento perante a sociedade. Quanto mais uma pessoa se identificar com um determinado grupo, maior a probabilidade de os seus valores e comportamentos serem influenciados pela forma de agir dos membros desse mesmo grupo em situações semelhantes<sup>20</sup>.

Ainda que implicitamente, as normas sociais condicionam os comportamentos diários das pessoas. Se o pagamento de impostos for visto como uma norma social, os indivíduos pertencentes a essa sociedade serão na generalidade mais cumpridores<sup>21</sup>. Logo, as normas sociais influenciam a decisão de pedir fatura com NIF.

Assim, sendo o pedido de fatura com NIF opcional, admite-se que as normas sociais podem ser um fator que condiciona esta decisão do contribuinte.

<sup>13</sup> CAMERON, Judy, BANKO, Katherine M., & PIERCE, W. David. Pervasive Negative Effects of Rewards on Intrinsic Motivation: The Myth Continues. *Behavior Analyst*, v. 24, n. 1, p. 1–44, março. 2001.

<sup>14</sup> DECI, Edward L., RYAN, Richard M., & KOESTNER, Richard. A Meta-Analytic Review of Experiments Examining the Effects of Extrinsic Rewards on Intrinsic Motivation. *Psychological Bulletin*, v. 125, n. 6. 1999.

<sup>15</sup> TORGLER, Benno. *Tax Compliance and Tax Morale: A Theoretical and Empirical Analysis*. Edward Elgar Publishing, 2007.

<sup>16</sup> TORGLER, Benno. *Tax Compliance and Tax Morale: A Theoretical and Empirical Analysis*. Edward Elgar Publishing, 2007.

<sup>17</sup> LUTTMER, Enzo F. P., & SINGHAL, Monica. Tax morale. *Journal of Economic Perspectives*, v. 28, n. 4, p. 149–168. 2014.

<sup>18</sup> TORGLER, Benno. *Tax Compliance and Tax Morale: A Theoretical and Empirical Analysis*. Edward Elgar Publishing, 2007.

<sup>19</sup> JIMENEZ, Peggy, & IYER, Govind S. Tax compliance in a social setting: The influence of social norms, trust in government, and perceived fairness on taxpayer compliance. *Advances in Accounting*, v. 34, p. 17–26, maio/jul. 2016.

<sup>20</sup> JIMENEZ, Peggy, & IYER, Govind S. Tax compliance in a social setting: The influence of social norms, trust in government, and perceived fairness on taxpayer compliance. *Advances in Accounting*, v. 34, p. 17–26, maio/jul. 2016; ALM, James. What motivates tax compliance? *Journal of Economic Surveys*, v. 33, n. 2, p. 353–388. 2019; WENZEL, Michael. An analysis of norm processes in tax compliance. *Journal of Economic Psychology*, Australia, v. 25, n. 2, p. 213–228. 2004.

<sup>21</sup> BOBEK, Donna D., ROBERTS, Robin W., & SWEENEY, John. T. The social norms of tax compliance: Evidence from Australia, Singapore, and the United States. *Journal of Business Ethics*, v. 74, n. 1, p. 49–64. 2007

### 3.1.2 Dever cívico e responsabilidade social

O dever cívico pode ser entendido como a obrigação que os cidadãos sentem para agir de acordo com o interesse público e com os valores da sociedade. Já a responsabilidade social está mais associada à preocupação com os outros, na procura de um bem-estar comum. Uma pessoa que cumpre com os seus deveres enquanto cidadão (como por exemplo o ato de votar) é geralmente uma pessoa com um elevado envolvimento cívico e que mostra preocupações e responsabilidades para com a sociedade. Assim, um indivíduo que cumpra com os seus deveres pode ser visto como alguém socialmente responsável.

Adicionalmente, quando se fala do combate à economia paralela, importa perceber qual o papel da cidadania neste tema. Muitos consideram que essa missão não é unicamente responsabilidade da autoridade tributária. Os cidadãos devem ter um papel ativo no combate à fraude e evasão fiscal, cooperando com a mesma<sup>22</sup>. Estudos recentes mostram que o dever cívico presente neste ato de cooperação é uma das motivações que mais influenciam o pedido de faturas com NIF<sup>23</sup>. Por sua vez, a responsabilidade social centra-se mais na concretização do bem-estar geral, pelo que a motivação de pessoas socialmente responsáveis é contribuir para um cumprimento generalizado, garantindo maiores níveis de investimento público ao serviço do bem-estar comum<sup>24</sup>.

### 3.1.3 Perceção de justiça

A perceção de justiça é, em muitos casos, um determinante do nível do cumprimento fiscal dos cidadãos, pelo que o ato de pedir fatura pode resultar do desejo de viver numa sociedade mais justa, onde os contribuintes suportam impostos de acordo com a sua real capacidade contributiva. Assim, espera-se que as pessoas com esta preocupação colaborem mais ativamente com a autoridade tributária no combate à fraude e evasão fiscal. Estudos recentes relativos à realidade portuguesa<sup>25</sup> identificam a perceção de justiça pelos cidadãos como um determinante da *compliance* fiscal. Esta relação ilustra o desejo de construção de uma sociedade mais justa, com maiores níveis de cumprimento.

### 3.1.4 Satisfação com o investimento público e confiança nas instituições públicas

A satisfação dos cidadãos em relação à aplicação da receita pública, nomeadamente no financiamento de serviços públicos, bem como a confiança nas instituições públicas, são fatores que os podem motivar a cooperar com a autoridade tributária no combate à evasão e fraude fiscal. Esta relação de reciprocidade entre os sujeitos passivos e sujeito ativo da relação tributária pode ser entendida como um contrato social, sendo o pagamento de impostos a “moeda de troca” pelos serviços que o Estado lhes disponibiliza<sup>26</sup>. A vontade

<sup>22</sup> GOVERNO DE PORTUGAL. Plano Estratégico: Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras 2015-2017, 2015. Disponível em: [https://www.historico.portugal.gov.pt/media/3322199/20150129-mf-plano-combate-fraude-fiscal-2015\\_2017.pdf](https://www.historico.portugal.gov.pt/media/3322199/20150129-mf-plano-combate-fraude-fiscal-2015_2017.pdf). Acesso em: 19 de nov. 2023..

<sup>23</sup> PINHEIRO, João. M., DIOGO, Tiago. A., & SAMAGAIO, António. Tax Compliance: Factors that Influence Taxpayer Invoice Requests in Portugal. *Revista Brasileira de Gestão de Negócios*, v. 23, n. 4, p. 619–634, março. 2021; WILKS, Daniela. C., CRUZ, José, & SOUSA, Pedro. “Please give me an invoice”: VAT evasion and the Portuguese tax lottery. *International Journal of Sociology and Social Policy*, v. 39, n. 5–6, p. 412–426. 2019.

<sup>24</sup> KIRCHLER, Erich, HOELZL, Erik, & WAHL, Ingrid. Enforced versus voluntary tax compliance: The “slippery slope” framework. *Journal of Economic Psychology*, v. 29, n. 2, p. 210–225, maio/jul. 2008.

<sup>25</sup> CRUZ, José N., WILKS, Daniela, & SOUSA, Pedro. Cumprimento das obrigações fiscais por motivações cívicas. *Revista Eletrónica de Direito*, v. 24, n. 1, p. 102–118, março. 2021; PINHEIRO, João. M., DIOGO, Tiago. A., & SAMAGAIO, António. Tax Compliance: Factors that Influence Taxpayer Invoice Requests in Portugal. *Revista Brasileira de Gestão de Negócios*, v. 23, n. 4, p. 619–634, março. 2021; WILKS, Daniela. C., CRUZ, José, & SOUSA, Pedro. “Please give me an invoice”: VAT evasion and the Portuguese tax lottery. *International Journal of Sociology and Social Policy*, v. 39, n. 5–6, p. 412–426. 2019.

<sup>26</sup> FELDT Lars P., & FREY, Bruno S. Tax Compliance as the Result of a Psychological Tax Contract: The Role of Incentives and Responsive Regulation, 2006. Disponível em: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/214356/1/2006-10.pdf>. Acesso em: 25

de cooperar com o Estado varia diretamente com o nível de satisfação com a aplicação da receita pública e com o grau de confiança nas instituições públicas<sup>27</sup>. A generalidade dos indivíduos mostra um maior nível de compromisso para pagar os seus impostos quando sente que as instituições públicas atuam de forma eficaz<sup>28</sup>. Quando existe falta de confiança dos cidadãos na aplicação da receita pública, atribuem aos impostos que suportam uma violação injusta do direito de propriedade. Inversamente, quando a confiança é elevada e há satisfação com a despesa realizada, os impostos são vistos como um pagamento necessário e justificado<sup>29</sup>.

### 3.2 Motivações Extrínsecas

As motivações extrínsecas, ao contrário das motivações intrínsecas, estão relacionadas com a criação de incentivos, que influenciam o comportamento das pessoas. São motivações muito ligadas ao interesse próprio de cada indivíduo, assentes em recompensas<sup>30</sup>.

Conscientes do montante do imposto não cobrado, os governos têm vindo a criar incentivos para que os consumidores exijam a emissão de fatura. Para além da redução da fraude e evasão fiscal, consegue-se uma poupança de recursos com inspeções e auditorias<sup>31</sup>.

Como exemplos deste tipo de motivações extrínsecas, refiram-se as *tax lotteries* e as deduções automáticas das despesas no apuramento do rendimento pessoal tributável. Estes incentivos permitem aos contribuintes, através do pedido de fatura com NIF, virem a ser recompensados com um prémio e/ou a reduzirem a sua coleta.

Em Portugal, adotou-se simultaneamente a lotaria fiscal “Fatura da Sorte” e as deduções à coleta de IRS com as despesas documentadas com fatura com NIF.

#### 3.2.1 “Fatura da Sorte”

A “Fatura da Sorte” surgiu com a aprovação do Orçamento de Estado para o ano de 2012, que criou diversas medidas de combate à fraude e evasão fiscal. Assim, o Decreto-Lei n.º 26-A/2014, de 17 de fevereiro, instituiu esta lotaria fiscal, posteriormente regulada pela Portaria n.º 44-A/2014, de 20 de fevereiro. Segundo o n.º 1 do artigo 2.º daquele Decreto-Lei, a “Fatura da Sorte” é “um sorteio com vista à atribuição de prémios, de forma aleatória”. O principal objetivo desta medida é valorizar e premiar os cidadãos que contribuam de forma ativa para o combate à economia paralela e para a prevenção da fraude e evasão fiscal<sup>32</sup>.

de nov. 2023; LUTTNER, Enzo F. P., & SINGHAL, Monica. Tax morale. *Journal of Economic Perspectives*, v. 28, n. 4, p. 149–168. 2014..

<sup>27</sup> CRUZ, José N., WILKS, Daniela, & SOUSA, Pedro. Cumprimento das obrigações fiscais por motivações cívicas. *Revista Eletrónica de Direito*, v. 24, n. 1, p. 102–118, março. 2021.

<sup>28</sup> BROCKMANN, Hilke, GENSCHEL, Philipp, & SEELKOPF, Laura. Happy taxation: Increasing tax compliance through positive rewards? *Journal of Public Policy*, v. 36, n. 3, p. 381–406. 2015.

<sup>29</sup> BURGER, Manda. Vat Lottery Incentives: an Opportunity for South Africa? 2018. 76 f. Tese (Mestrado), Faculdade de Ciências de Economia e Gestão, Universidade de Pretoria, 2018; KIRCHLER, Erich, HOELZL, Erik, & WAHL, Ingrid. Enforced versus voluntary tax compliance: The “slippery slope” framework. *Journal of Economic Psychology*, v. 29, n. 2, p. 210–225, maio/jul. 2008.

<sup>30</sup> CAMERON, Judy, BANKO, Katherine M., & PIERCE, W. David. Pervasive Negative Effects of Rewards on Intrinsic Motivation: The Myth Continues. *Behavior Analyst*, v. 24, n. 1, p. 1–44, março. 2001; FELD Lars P., & FREY, Bruno S. Tax Compliance as the Result of a Psychological Tax Contract: The Role of Incentives and Responsive Regulation, 2006. Disponível em: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/214356/1/2006-10.pdf>. Acesso em: 25 de nov. 2023.

<sup>31</sup> NARITOMI, Joana. Consumers as tax auditors. *American Economic Review*, v. 109, n. 9, p. 3031–3072. 2019.; PINHEIRO, João M., DIOGO, Tiago. A., & SAMAGAIO, António. Tax Compliance: Factors that Influence Taxpayer Invoice Requests in Portugal. *Revista Brasileira de Gestão de Negócios*, v. 23, n. 4, p. 619–634, março. 2021; WAN, Junmin. The lottery receipt. *International Review of Economics and Finance*, Japão, v. 71, n. 1, p. 733–750. 2021.

<sup>32</sup> GOVERNO DE PORTUGAL. Relatório de Atividades Desenvolvidas de Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras - 2015, 2016. Disponível em: <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c6379395953556c4a5447566e4c304e505453383151303947545545765247396a6457316c626e52766330466a-64476c32615752685a4756446232317063334c6862793879596a67795a575269595330334f544a6c4c54517a4d7a4d74596a6b774d->

As faturas podem ser de qualquer valor e respeitantes a qualquer produto ou serviço, desde que contenham todos os elementos previstos na lei, designadamente o NIF da pessoa singular adquirente. As faturas são depois convertidas em cupões, de modo a serem sorteadas, tendo cada cupão a mesma hipótese de ser premiado<sup>33</sup>. Cada fatura pode originar diversos cupões, assim como cada cupão pode conter mais do que uma fatura, uma vez que a cada um deles corresponde o valor de dez euro.

O primeiro sorteio realizou-se a 17 de abril de 2014 referente a faturas de janeiro do mesmo ano (contou com mais de 207 milhões de cupões habilitados a serem sorteados, envolvendo cerca de 7,9 milhões de consumidores e ainda 171 mil empresas emissoras de faturas<sup>34</sup>).

Os sorteios são divididos em duas categorias: os regulares que são concursos semanais e os extraordinários realizados em junho e dezembro. Nos concursos semanais, os cupões resultam de faturas emitidas “até ao final do segundo mês anterior ao da sua realização” (artigo 4º, alínea 8) do Anexo à Portaria n.º 44-A/2014, de 20 de fevereiro). Já nos concursos semestrais, são atribuídos três prémios. Os cupões em concurso no mês de junho são os que foram a concurso nos sorteios regulares ao longo do primeiro semestre do ano; para o sorteio realizado no mês de dezembro estão habilitados todos aqueles que foram a concurso nos sorteios regulares no segundo semestre do ano.

Os prémios oferecidos aos vencedores são títulos de dívida pública, os certificados do tesouro poupança crescimento (CTPC). No entanto, os valores dos prémios diferem consoante o tipo de sorteio. No concurso regular, são entregues títulos no valor de 35 000 euro e no concurso extraordinário o valor dos títulos a entregar ascende aos 50 000 euro<sup>35</sup>.

Os resultados desta medida traduziram-se no aumento do número de faturas elegíveis para o sorteio. A tendência foi crescente entre 2015 até 2021, com exceção do ano de 2020, em que se notou um ligeiro decréscimo influenciado, certamente, pela pandemia COVID-19, que forçou a paragem de muitas atividades, paralisando a faturação de muitas empresas. Esta tendência verificou-se no número médio de consumidores habilitados ao sorteio, sendo que, em 2020, a redução foi aproximadamente de 0,1%<sup>36</sup>. Em 2021, o valor voltou a aumentar de forma mais pronunciada (1,58%), atingindo um número médio de consumidores habilitados a sorteio de 9 854 713 contribuintes<sup>37</sup>.

Apesar dos valores revelados, não se pode afirmar que estes tenham sido devidos exclusivamente ao sorteio “Fatura da Sorte”. Como já se referiu, outras medidas foram adotadas em Portugal para combater a fraude e evasão fiscal, com impacto no aumento de faturas pedidas com NIF e, portanto, no número de consumidores habilitados a sorteio.

---

5330324f4446684e7a51354e6a51325a6a55756347526d&fich=2b82edba-792e-4333-b901-681a749646f5.pdf&Inline=true. Acesso em: 11 de nov. 2023.

<sup>33</sup> FABBRI, Marco, & WILKS, Daniela. C. Tax Lotteries: The Crowding-out of Tax Morale and Long-run Welfare Effects 1. *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues*, v. 19, n. 2, p. 26- 38. 2016.

<sup>34</sup> UNGUREANU, Dragos M., & DASCĂLU, Elena-Doina. Tax Lottery Receipts in Romania, a Different Approach to Fight against Tax Evasion, 2015. Disponível em: [http://icesba.eu/RePEc/icb/wpaper/ICESBA2015\\_33Ungureanu\\_p267-275.pdf](http://icesba.eu/RePEc/icb/wpaper/ICESBA2015_33Ungureanu_p267-275.pdf). Acesso em: 8 de dez. 2023

<sup>35</sup> GOVERNO DE PORTUGAL. “Relatório De Atividades Desenvolvidas De Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras, 2018.”, 2019. Disponível em: <https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=%3d%3dBAAAAB%2bLCAAAA AAAABACzMDYxwBwBjAmExBAAAAA%3d%3d>. Acesso em: 12 de nov. 2023; WILKS, Daniela. C., CRUZ, José, & SOUSA, Pedro. “Please give me an invoice”: VAT evasion and the Portuguese tax lottery. *International Journal of Sociology and Social Policy*, v. 39, n. 5–6, p. 412–426. 2019.

<sup>36</sup> GOVERNO DE PORTUGAL. “Relatório De Atividades Desenvolvidas De Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras, 2020”, 2021. Disponível em: <https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=%3d%3dBQAAAAB%2bLCAAAA AAABAAzNLQONwEAcXP9iAUAAAA%3d>. Acesso em: 14 de nov. 2023.

<sup>37</sup> GOVERNO DE PORTUGAL. Relatório sobre o Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras, 2021, 2022. Disponível em: <https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=%3d%3dBQAAAAB%2bLCAAAA AAAABAAzNDYwNgcA yxRA0AUAAAA%3d>. Acesso em: 14 de nov. 2023.

### 3.2.2 Deduções à coleta em IRS

Desde 1 de janeiro de 2015, com a reforma do IRS, os contribuintes que exijam a inclusão do NIF nas faturas podem beneficiar automaticamente de diversas deduções à coleta, enunciadas nos artigos 78.º-B e seguintes do Código do IRS (CIRS). Assim, a Lei n.º 82-E/2014, de 31 de dezembro, procedeu ao aditamento dos artigos 78.º-A a 78.º-F, onde são tratadas as diferentes deduções à coleta:

- Artigo 78.º-A- Deduções dos descendentes e ascendentes;
- Artigo 78.º-B- Dedução das despesas gerais familiares;
- Artigo 78.º-C- Dedução de despesas de saúde;
- Artigo 78.º-D- Dedução de despesas de formação e educação;
- Artigo 78.º-E- Dedução dos encargos com imóveis;
- Artigo 78.º-F- Dedução pela exigência de fatura.

As deduções à coleta previstas nos artigos 78.º e seguintes do CIRS têm como fundamento, na sua generalidade, a promoção de bens constitucionalmente protegidos, designadamente saúde, educação e habitação<sup>38</sup>.

As deduções previstas no artigo 78.º-A são de montante fixo (deduções fixas), sendo dependentes da constituição do agregado familiar do sujeito passivo e não de gastos incorridos ao longo do ano. Logo, não têm influência na decisão de pedir fatura com NIF.

A tabela 1 resume as despesas (que não sejam de montante fixo) dedutíveis em sede de IRS, bem como os limites de dedução permitidos, tendo como referência a legislação em vigor em 2023.

**Tabela 1-** Quadro-resumo das despesas dedutíveis em IRS

Despesas dedutíveis	Limite das deduções
Despesas gerais familiares (35% por sujeito passivo e 45% por famílias monoparentais)	250€ (por sujeito passivo) 335€ (famílias monoparentais)
15% das despesas de saúde	1000€
30% das despesas de educação	800€
15% das despesas com rendas de habitação	502€
15% das despesas com juros de empréstimos à habitação	296€
25% dos encargos com lares	403,75€
15% do IVA suportado em faturas relativas a despesas no setor da restauração, hotelaria e similares, manutenção e reparação de automóveis, de motociclos, suas peças e acessórios, salões de cabeleireiro e serviços de beleza, atividades veterinárias e atividades de ginásio e fitness; 35% do IVA suportado em faturas relativas a medicamentos de uso veterinário; 100% do IVA suportado em aquisições de passes mensais para transportes públicos e aquisição de assinaturas de publicações periódicas	250€

**Fonte:** Elaboração própria, baseada na redação do CIRS em vigor em 2023.

<sup>38</sup> CATARINO, João R., & TEIXEIRA, Maria A. Resiliência da progressividade, da capacidade contributiva e da redistribuição de renda na tributação das pessoas físicas em época de crise – um estudo objetivado na crise financeira portuguesa. *Revista Direito GV*, v. 12, n. 3, p. 718–747, set/dez. 2016.

Em setores específicos, previstos nos artigos 78.º-C, 78.º-D e 78.º-E, as despesas incorridas afetam a dedução prevista em cada um desses artigos. Nos casos em que o setor não se enquadra nos previstos nos artigos anteriores, as despesas incorridas podem ser utilizadas para atingir o montante de dedução consagrado no artigo 78.º-B (dedução das despesas gerais familiares).

A produção de efeitos das deduções à coleta depende, pois, da inclusão do NIF nas faturas, o que naturalmente influencia a decisão dos contribuintes.

## 4 Metodologia

Para se identificar quais os determinantes com maior influência na decisão dos contribuintes portugueses, foi elaborado um inquérito por questionário através da plataforma “Google Forms”, disponibilizado *online* entre 1 e 31 de maio de 2023. A seleção da amostra obteve-se através do método bola de neve<sup>39</sup>, ou seja, aos inquiridos era pedido que respondessem e, de seguida, que passassem o inquérito à sua rede de amigos, familiares e demais conhecidos, de maneira a atingir o maior número possível de contribuintes.

O inquérito inicia-se com a recolha de dados pessoais dos inquiridos, mais concretamente, informações sobre o género, idade, habilitações literárias, constituição do agregado familiar e rendimento mensal do agregado familiar.

De seguida são elaboradas duas questões: uma para perceber com que frequência os inquiridos pedem fatura com NIF – variável dependente (avaliada através de uma escala de *Likert* de 1 a 5, em que 1 significa que o contribuinte “nunca” pede fatura com NIF e 5 significa que o contribuinte pede “sempre” fatura com NIF) e outra para perceber se sabiam o que era a “Fatura da Sorte” (indicador que será avaliado posteriormente como uma motivação extrínseca para os contribuintes requererem faturas com NIF).

Para medir o nível de motivação que os determinantes de cariz intrínseco e extrínseco têm nos contribuintes portugueses foram avaliados sete indicadores medidos através de uma escala de sete pontos de *Likert*, seguindo estudos recentes na área da *tax compliance* (o número 1 representa uma influência nula na decisão, e o número 7 uma influência total na decisão do contribuinte)<sup>40</sup>.

Definiram-se dois determinantes como sendo motivadores extrínsecos: um que avalia a influência da dedução de despesas em IRS na decisão de pedir fatura com NIF e outro que avalia a influência da “Fatura da Sorte” nessa mesma decisão. Como determinantes de motivação intrínsecos foram selecionados cinco indicadores que pudessem ser facilmente distinguidos pelos inquiridos. São eles o dever cívico; o sentimento de justiça (todos têm de cumprir com as suas obrigações fiscais); a garantia de que o imposto pago será entregue ao Estado (responsabilidade social); a influência de normas sociais (um contribuinte pede fatura com NIF porque alguém próximo tem o hábito de pedir faturas com NIF) e o sentimento de satisfação dos contribuintes em relação à aplicação da receita fiscal.

Após a recolha dos dados estimou-se um modelo de regressão *probit ordenado*, onde se pretende explicar a influência dos diversos determinantes na frequência do pedido de faturas com NIF<sup>41</sup>. Um modelo *probit ordenado* é uma ferramenta estatística útil para analisar dados ordenados em categorias permitindo entender como as variáveis independentes afetam a probabilidade de estar em uma determinada categoria. Opta-se

<sup>39</sup> Resumidamente, trata-se de uma técnica de amostragem não probabilística onde os participantes já inquiridos convidam novos participantes (família, amigos, colegas de trabalho, conhecidos, ...) para responder ao inquérito.

<sup>40</sup> JIMENEZ, Peggy, & IYER, Govind S. Tax compliance in a social setting: The influence of social norms, trust in government, and perceived fairness on taxpayer compliance. *Advances in Accounting*, v. 34, p. 17–26, maio/jul. 2016; PINHEIRO, João. M., DI-OGO, Tiago. A., & SAMAGAI, António. Tax Compliance: Factors that Influence Taxpayer Invoice Requests in Portugal. *Revista Brasileira de Gestão de Negócios*, v. 23, n. 4, p. 619–634, março. 2021.

<sup>41</sup> VERBEEK, Marno. *A Guide to Modern Econometrics* (5ª). Wiley Custom, 2017.

por um modelo deste tipo quando a variável de interesse possui mais do que duas categorias ordenadas, como é o caso da variável dependente em estudo - frequência de NIF nas faturas -, onde os inquiridos avaliavam a frequência de faturas pedidas com NIF numa escala de 1 a 5. Como só foram observadas respostas de 2 a 5 o modelo a estimar é dado por:

$$Freq.NIF_i^* = \beta_0 + \beta_1.DedIRS_i + \beta_2.FS_i + \beta_3.Est_i + \beta_4.Just_i + \beta_5.NormSoc_i + \beta_6.Aplimp_i + \beta_7.DevCiv_i + \varepsilon,$$

$$Freq.NIF_i = 2, \text{ se } Freq.NIF_i^* \leq \mu_1;$$

$$Freq.NIF_i = 3, \text{ se } \mu_1 < Freq.NIF_i^* \leq \mu_2;$$

$$Freq.NIF_i = 4, \text{ se } \mu_2 < Freq.NIF_i^* \leq \mu_3;$$

$$Freq.NIF_i = 5, \text{ se } Freq.NIF_i^* > \mu_3$$

em que  $Freq.NIF_i^*$  é a frequência exata mas não observada de faturas pedidas;  $Freq.NIF$  representa a resposta observada sobre a frequência de faturas pedidas;  $DedIRS$ , a importância da dedução de despesas em IRS;  $FS$ , a importância da “Fatura da Sorte”;  $Est$ , a garantia de que o imposto pago será entregue ao Estado;  $Just$ , o sentimento de justiça;  $NormSoc$ , a influência de normas sociais;  $Aplimp$ , a satisfação dos contribuintes em relação à aplicação da receita fiscal e  $DevCiv$ , o dever cívico.

## 5 Análise da Amostra

O inquérito contou com a participação de um total de 198 inquiridos sendo que apenas serão contabilizadas 191 respostas, uma vez que 7 inquiridos referiram que nunca pedem fatura com NIF, logo não faz sentido que as suas respostas sejam incluídas neste estudo. Outro critério de participação estava relacionado com o facto de todos os inquiridos elegíveis para o estudo terem uma idade igual ou superior a 18 anos, algo que foi comum a todos os participantes.

Em relação ao género, verifica-se que 123 eram do sexo feminino (64,4%), 67 eram do sexo masculino (35,1%) e 1 dos inquiridos preferiu não responder a qual sexo pertencia (0,5%) (N=191). O intervalo de idades dos inquiridos é disperso sendo que 33,5% situa-se no intervalo compreendido entre os 18 e os 30 anos (n=64); 40,3% corresponde a pessoas que têm entre 30 e 45 anos (n=77); 25,1% são pessoas com idades entre os 45 anos e os 65 anos (n=48) e 1% dos inquiridos apresentam idade superior a 65 anos (n=2).

No que diz respeito às habilitações literárias, 15 inquiridos possuem o 9º ano (7,9%), 66 dos inquiridos possuem como habilitação literária o 12º ano (34,6%), 81 possuem uma licenciatura (42,4%) e 23 concluíram um mestrado (12%). Os restantes 6 inquiridos possuem outro tipo de habilitações literárias (3,1%).

Em relação à questão que tinha como objetivo avaliar se os indivíduos da amostra conheciam ou não a “Fatura da Sorte”, verificou-se que 78,53% (n=150) dos inquiridos responderam “Sim” a essa questão. Das 150 respostas positivas, 94 foram de pessoas do sexo feminino, 55 de pessoas do sexo masculino e a outra resposta pertenceu ao inquirido que preferiu não revelar o seu género. As 41 respostas negativas repartiram-se da seguinte forma: 29 e 12 entre o género feminino e masculino, respetivamente.

Importa realçar a relação entre o conhecimento da “Fatura da Sorte” e a idade dos inquiridos, uma vez que os indivíduos com idades compreendidas entre os 18 e os 30 anos (faixa etária mais jovem da amostra) são aqueles que apresentam um menor conhecimento sobre o que é a “Fatura da Sorte”, notando-se que, dos 64 inquiridos compreendidos nesta faixa etária, 25 responderam que “Não” a esta questão (39,06%).

Já entre as habilitações literárias e o conhecimento da “Fatura da Sorte” não se nota nenhuma relação que seja importante destacar, uma vez que apesar de grande parte das respostas negativas estarem mais concentradas em indivíduos cujas habilitações literárias são o “12º ano” e a “licenciatura”, estas são também as categorias que

apresentam um maior número de inquiridos pelo que, em termos percentuais, apresentam valores semelhantes aos das restantes categorias. As estatísticas descritivas relativas às variáveis explicativas estão na tabela 2:

**Tabela 2** - Estatísticas descritivas das variáveis explicativas (escala de 1 a 7)

Variável	N	Média	Mediana	Desvio-Padrão
Dedução no IRS ( <i>DedIRS</i> )	191	5,64	6,00	1,676
Imp. da Fatura da Sorte ( <i>FS</i> )*	150	2,21	1,00	1,819
Imposto entregue ao Estado ( <i>Est</i> )	189	4,12	4,00	2,080
Sentimento de Justiça ( <i>Just</i> )	191	4,53	5,00	2,013
Influência de Normas Sociais ( <i>Norm.Soc</i> )	191	2,51	1,00	1,911
Satisfação com a aplicação do valor dos impostos pagos ( <i>Aplimp</i> )	191	2,01	1,00	1,616
Dever Cívico ( <i>DevCiv</i> )	191	4,05	4,00	2,112

\* Apenas considerados os inquiridos que conhecem a lotaria fiscal “Fatura da Sorte”

**Fonte:** Elaboração Própria

Esta tabela mostra que a dedução no IRS é o motivo mais importante para pedir fatura com NIF, sendo que outros três fatores têm valores elevados: o sentimento de justiça, a garantia que o imposto é entregue ao Estado e o dever cívico. Por outro lado, a importância da “Fatura da Sorte”, a influência de normas sociais e a satisfação com a aplicação dos impostos são os menos relevantes nesta decisão.

## 6 Resultados e Discussão

A tabela 3 apresenta os resultados da estimação do modelo *probit ordenado*. Para analisar a influência da “Fatura da Sorte” na decisão dos consumidores pedirem faturas com NIF apenas foram considerados os indivíduos da amostra que responderam “Sim” à questão: “Já conhecia a lotaria fiscal “Fatura da Sorte”?” excluindo-se, portanto, aqueles que não a conheciam (n=41).

**Tabela 3**- Modelo Probit Ordenado

	Coefficiente	Erro Padrão	Z-stat	Valor p
<b><i>DedIRS</i></b>	0,138801	0,0586621	2,366	0,0180 **
<b><i>FS</i></b>	0,0757773	0,0585127	1,295	0,1953
<b><i>Est</i></b>	0,0879518	0,0774271	1,136	0,2560
<b><i>Just</i></b>	0,0989455	0,0688661	1,437	0,1508
<b><i>NormSoc</i></b>	-0,0503230	0,0554948	-0,9068	0,3645
<b><i>Aplimp</i></b>	-0,0608422	0,0576107	-1,056	0,2909
<b><i>DevCiv</i></b>	0,170257	0,0673380	2,528	0,0115 **
Cut 1	0,961761	0,401494	2,395	0,0166 **
Cut 2	2,19155	0,425097	5,155	<0,01 **
Cut 3	3,36807	0,454116	7,417	<0,01 **

**Fonte:** Elaboração própria

Relativamente à análise dos resultados verifica-se que as variáveis “Dedução de IRS” e “Dever Cívico” são as únicas que são estatisticamente significativas para o modelo, para um nível de significância igual ou inferior a 5% ( $p = 0,018$  e  $p = 0,0115$ , respetivamente).

Assim, a partir desta análise podemos verificar que o incremento de uma unidade na motivação de um contribuinte em pedir faturas com NIF, para que possa deduzir despesas em IRS, faz com que a hipótese de esse contribuinte se encontrar numa categoria mais elevada da frequência de faturas pedidas com NIF (por exemplo, passar de “Às vezes” (3) para “Quase sempre” (4)) aumente. Isto denota uma relação positiva entre a frequência de faturas pedidas com NIF e o facto de essa ação ser motivada pela possibilidade de poder deduzir despesas em IRS.

Para além disso, verifica-se que o incremento de uma unidade na motivação de um contribuinte em pedir faturas com NIF por sentir que é um dever cívico, faz com que também aumente a probabilidade desse contribuinte se encontrar numa categoria mais elevada da frequência de faturas pedidas com NIF. Daqui retira-se, igualmente, uma relação positiva entre a frequência de faturas pedidas com NIF e o facto dessa ação ser motivada pela crença tida pelos contribuintes de que pedir fatura com NIF é um dever enquanto cidadãos.

Através deste estudo foi possível verificar que a “Fatura da Sorte”, enquanto agente de motivação extrínseca para os contribuintes portugueses pedirem faturas com NIF, revelou-se pouco eficaz (no seio da amostra), Este resultado é condizente com os resultados obtidos por Wilks *et al*<sup>42</sup> e Pinheiro *et al*<sup>43</sup>, que concluíram, nos seus estudos, que esta lotaria fiscal é um fator com muito pouca relevância na decisão dos consumidores em pedir faturas com NIF.

Foram estimados os efeitos marginais da influência das variáveis para cada categoria da variável dependente. Os efeitos marginais permitem ter noção de como uma mudança em uma variável independente afeta a variável dependente, mantendo as outras variáveis constantes. No caso de se tratar de um modelo *probit ordenado*, os efeitos marginais medem a mudança na probabilidade de pertencer a uma categoria específica em relação a uma alteração na variável independente.

Desta forma obtiveram-se as seguintes tabelas (4 a 7), uma para cada categoria em estudo.

**Tabela 4-** Efeitos marginais (Freq.NIF=2, Pr=0,0967)

	dp/dx	s.e.	Z	Valor p	Xbar
<b>DedIRS</b>	-0,023766	0,010591	-2,2440	0,024834**	5,7987
<b>FS</b>	-0,012975	0,010202	-1,2718	0,20344	2,2081
<b>Est</b>	-0,015059	0,013412	-1,1229	0,26150	4,1946
<b>Just</b>	-0,016942	0,012076	-1,4029	0,16064	4,6510
<b>NormSoc</b>	-0,0086163	0,0096014	0,89740	0,36950	2,4966
<b>Aplimp</b>	0,010417	0,0099494	1,0470	0,29508	2,0940
<b>DevCiv</b>	-0,029151	0,012313	-2,3675	0,017908**	4,1946

**Fonte:** Elaboração Própria

<sup>42</sup> WILKS, Daniela. C., CRUZ, José, & SOUSA, Pedro. “Please give me an invoice”: VAT evasion and the Portuguese tax lottery. *International Journal of Sociology and Social Policy*, v. 39, n. 5–6, p. 412–426. 2019.

<sup>43</sup> PINHEIRO, João. M., DIOGO, Tiago. A., & SAMAGAIO, António. Tax Compliance: Factors that Influence Taxpayer Invoice Requests in Portugal. *Revista Brasileira de Gestão de Negócios*, v. 23, n. 4, p. 619–634, março. 2021.

**Tabela 5-** Efeitos marginais (Freq.NIF=3, Pr=0,3751)

	dp/dx	s.e.	Z	Valor p	Xbar
<b>DedIRS</b>	-0,031469	0,014497	-2,1708	0,029948**	5,7987
<b>FS</b>	-0,017180	0,013614	-1,2620	0,20695	2,2081
<b>Est</b>	-0,019941	0,017949	-1,1110	0,26658	4,1946
<b>Just</b>	-0,022433	0,016102	-1,3931	0,16358	4,6510
<b>NormSoc</b>	-0,011409	0,012728	0,89642	0,37003	2,4966
<b>Aplimp</b>	0,013794	0,013333	1,0346	0,30088	2,0940
<b>DevCiv</b>	-0,038601	0,016754	-2,3040	0,021223**	4,1946

**Fonte:** Elaboração Própria

**Tabela 6-** Efeitos marginais (Freq.NIF=4, Pr=0,3938)

	dp/dx	s.e.	Z	Valor p	Xbar
<b>DedIRS</b>	0,025184	0,011962	2,1054	0,035253**	5,7987
<b>FS</b>	0,013749	0,010961	1,2544	0,20970	2,2081
<b>Est</b>	0,015958	0,014440	1,1052	0,26908	4,1946
<b>Just</b>	0,017953	0,013102	1,3702	0,17062	4,6510
<b>NormSoc</b>	-0,0091307	0,010227	-0,89280	0,37196	2,4966
<b>Aplimp</b>	-0,011039	0,010741	-1,0278	0,30405	2,0940
<b>DevCiv</b>	0,030892	0,013861	2,2287	0,025833**	4,1946

**Fonte:** Elaboração Própria

**Tabela 7-** Efeitos marginais (Freq.NIF=5, Pr=0,1344)

	dp/dx	s.e.	Z	Valor p	Xbar
<b>DedIRS</b>	0,030050	0,013071	2,2990	0,021507**	5,7987
<b>FS</b>	0,016406	0,012843	1,2774	0,20146	2,2081
<b>Est</b>	0,019401	0,016909	1,1261	0,26011	4,1946
<b>Just</b>	0,021422	0,015056	1,4228	0,15479	4,6510
<b>NormSoc</b>	-0,010895	0,012097	-0,90064	0,36778	2,4966
<b>Aplimp</b>	-0,013172	0,012534	-1,0509	0,29329	2,0940
<b>DevCiv</b>	0,036860	0,015136	2,4352	0,014882**	4,1946

**Fonte:** Elaboração Própria

Através dos efeitos marginais foi possível perceber como é que uma mudança nas variáveis independentes pode afetar a variável dependente em estudo: Frequência de NIF nas faturas.

Analisando as tabelas 4, 5, 6 e 7, é possível verificar que as únicas variáveis independentes que são estatisticamente significativas ( $p\text{-value} \leq 0,05$ ) para o modelo são a dedução de despesas para IRS e o facto de o ato de pedir fatura com NIF ser considerado um dever cívico.

Em relação à variável dedução de despesas em IRS verifica-se que o aumento de um valor nesta variável diminui a probabilidade de o individuo se encontrar na categoria 2 e 3 da frequência de faturas pedidas com NIF (tabela 4-  $dp/dx = -0,023766$ ; tabela 5-  $dp/dx = -0,031469$ ). Pelo contrário, o aumento de uma unidade na variável dedução de despesas em IRS aumenta a probabilidade de esse individuo se encontrar na categoria 4 e 5 da frequência com que pede NIF nas faturas (tabela 6-  $dp/dx = 0,025184$  tabela 7-  $dp/dx = 0,030050$ ). Através desta análise podemos perceber que, mantendo todas as outras variáveis contantes, um aumento de uma unidade no determinante de motivação extrínseca “dedução de despesas em IRS” aumenta

a probabilidade de um indivíduo se situar nas categorias mais elevadas da frequência com que pede faturas com NIF (categoria 4 e 5).

O determinante que mede a motivação relacionada com o facto de considerarem o ato de pedir faturas com NIF um dever cívico apresenta o mesmo comportamento em relação à variável de interesse, ou seja, o aumento de um valor nesta variável diminui a probabilidade de o indivíduo se encontrar na categoria 2 e 3 da frequência de faturas pedidas com NIF (tabela 4-  $dp/dx = -0,029151$ ; tabela 5-  $dp/dx = -0,038601$ ). Em sentido inverso, o aumento de uma unidade nesta variável independente aumenta a probabilidade de um indivíduo se encontrar na categoria 4 e 5 da frequência de faturas pedidas com NIF (tabela 6-  $dp/dx = 0,030892$  tabela 7-  $dp/dx = 0,036860$ ). Com a análise aos efeitos marginais desta variável podemos perceber que, mantendo todas as outras variáveis constantes, um aumento de uma unidade na motivação intrínseca relacionada com o sentimento de cumprir um dever enquanto cidadão quando se pede uma fatura com NIF aumenta a probabilidade de um indivíduo se situar nas categorias mais elevadas da frequência com que pede faturas com NIF (categoria 4 e 5).

## 7 Conclusão

Tendo em conta que o IVA é o imposto com mais peso na receita fiscal em Portugal, é crucial garantir que este é entregue pelos agentes económicos. Assim, o governo português tem criado medidas que procuram motivar os contribuintes a cooperar com a autoridade tributária no combate à fraude e evasão fiscal.

Este estudo trata da identificação dos determinantes, quer sejam de motivação intrínseca ou extrínseca, que mais influência têm na cooperação dos contribuintes portugueses com o Estado, medido pela frequência do pedido de faturas com NIF. Assim, foi possível observar que a dedução de despesas em IRS como determinante de motivação extrínseca foi, de todos os que foram analisados, aquele que mais concordância teve entre os indivíduos da amostra. Nas motivações intrínsecas, o facto de pedir fatura com NIF ser considerado um dever cívico, o sentimento de justiça e a garantia de que o imposto pago numa transação é entregue ao Estado foram os três determinantes de motivação intrínseca que obtiveram maior concordância entre os indivíduos da amostra, como sendo os mais influenciadores da decisão de pedir fatura com NIF.

Em sentido inverso, a “Fatura da Sorte” mostrou ser um determinante com pouca influência e também uma medida que não é do conhecimento geral da população. Este resultado contrasta com o objetivo da criação da medida em reduzir a fraude e evasão fiscal, incentivando aos consumidores portugueses a pedirem fatura com NIF. Os resultados obtidos sugerem que a lotaria fiscal “Fatura da Sorte” poderá não ser uma medida eficaz no combate à evasão fiscal, pois, para além de não ter grande influência nos contribuintes portugueses, é também uma medida que acarreta custos para o governo português que poderão ser superiores aos benefícios obtidos.

A este estudo podem ser apontadas algumas limitações. A primeira está relacionada com o facto de não ser possível controlar a sinceridade dos inquiridos quando respondem ao inquérito, tornando-se impossível saber se no estudo estão a ser utilizadas apenas respostas verdadeiras. Outra limitação prende-se com o método escolhido para a recolha de respostas (método bola de neve) que restringiu, de certo modo, o grupo de pessoas que responderam ao inquérito. Por fim, se a dimensão da amostra fosse maior, os resultados poderiam ser mais fiáveis.

Em conclusão, de acordo com os resultados apresentados, existe alguma evidência de que a “Fatura da Sorte” não tem contribuído para a redução da fraude e evasão fiscal, sugerindo que os recursos despendidos com esta lotaria fiscal deveriam ser direcionados para o reforço das deduções à coleta do IRS ou para campanhas de sensibilização de dever cívico, dado que estes dois fatores surgem como que mais contribuem para a decisão de os consumidores pedirem faturas com NIF.

## Referências

- ALLINGHAM, Michael G., & SANDMO, Agnar. Income Tax Evasion: a Theoretical Analysis. *Journal of Public Economics*, Philadelphia, v. 1, n. 2-3, p. 323-338, maio/ago. 1972.
- ALM, James. Measuring, explaining, and controlling tax evasion: Lessons from theory, experiments, and field studies. *International Tax and Public Finance*, v. 19, n. 1, p. 54-77, abril. 2012.
- ALM, James. What motivates tax compliance? *Journal of Economic Surveys*, v. 33, n. 2, p. 353-388. 2019.
- BOBEK, Donna D., ROBERTS, Robin W., & SWEENEY, John. T. The social norms of tax compliance: Evidence from Australia, Singapore, and the United States. *Journal of Business Ethics*, v. 74, n. 1, p. 49-64. 2007.
- BROCKMANN, Hilke, GENSCHEL, Philipp, & SEELKOPF, Laura. Happy taxation: Increasing tax compliance through positive rewards? *Journal of Public Policy*, v. 36, n. 3, p. 381-406. 2015.
- BURGER, Manda. Vat Lottery Incentives: an Opportunity for South Africa? 2018. 76 f. Tese (Mestrado), Faculdade de Ciências de Economia e Gestão, Universidade de Pretoria, 2018.
- CAMERON, Judy, BANKO, Katherine M., & PIERCE, W. David. Pervasive Negative Effects of Rewards on Intrinsic Motivation: The Myth Continues. *Behavior Analyst*, v. 24, n. 1, p. 1-44, março. 2001.
- CATARINO, João R., & TEIXEIRA, Maria A. Resiliência da progressividade, da capacidade contributiva e da redistribuição de renda na tributação das pessoas físicas em época de crise – um estudo objetivado na crise financeira portuguesa. *Revista Direito GV*, v. 12, n. 3, p. 718-747, set/dez. 2016.
- CRUZ, José N., WILKS, Daniela, & SOUSA, Pedro. Cumprimento das obrigações fiscais por motivações cívicas. *Revista Electrónica de Direito*, v. 24, n. 1, p. 102-118, março. 2021.
- DECI, Edward L., RYAN, Richard M., & KOESTNER, Richard. A Meta-Analytic Review of Experiments Examining the Effects of Extrinsic Rewards on Intrinsic Motivation. *Psychological Bulletin*, v. 125, n. 6. 1999.
- FABBRI, Marco, & HEMELS, Sigrid. “Do you want a receipt?” Combating VAT and RST evasion with lottery tickets, 2013. Disponível em: ‘Do You Want a Receipt?’ Combating VAT and Sales Tax Evasion with Lottery Tickets by Marco Fabbri, Sigrid Hemels :: SSRN. Acesso em: 05 de dez. 2023
- FABBRI, Marco. Shaping tax norms through lotteries. *International Review of Law and Economics*, Roterdão, v. 44, p. 8-15, jan/jul. 2015.
- FABBRI, Marco, & WILKS, Daniela. C. Tax Lotteries: The Crowding-out of Tax Morale and Long-run Welfare Effects 1. *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues*, v. 19, n. 2, p. 26- 38. 2016.
- FELD Lars P., & FREY, Bruno S. Tax Compliance as the Result of a Psychological Tax Contract: The Role of Incentives and Responsive Regulation, 2006. Disponível em: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/214356/1/2006-10.pdf>. Acesso em: 25 de nov. 2023.
- FOOKEN, Jonas, HEMMELGARN, Thomas, & HERRMANN, Benedikt. Improving VAT compliance-random awards for tax compliance, 2014. Disponível em: [https://taxation-customs.ec.europa.eu/system/files/2016-09/taxation\\_paper\\_51.pdf](https://taxation-customs.ec.europa.eu/system/files/2016-09/taxation_paper_51.pdf) . Acesso em: 10 de dez. 2023.
- GOVERNO DE PORTUGAL. Plano Estratégico: Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras 2015-2017, 2015. Disponível em: [https://www.historico.portugal.gov.pt/media/3322199/20150129-mf-plano-combate-fraude-fiscal-2015\\_2017.pdf](https://www.historico.portugal.gov.pt/media/3322199/20150129-mf-plano-combate-fraude-fiscal-2015_2017.pdf). Acesso em: 19 de nov. 2023.
- GOVERNO DE PORTUGAL. Relatório de Atividades Desenvolvidas de Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras - 2015, 2016. Disponível em: <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c6379395953556c4a5447566e4c304e505453383151303947545545765247396a6457316c626e52766330466a64476c32615752685a4756446232317063334>

e6862793879596a67795a575269595330334f544a6c4c54517a4d7a4d74596a6b774d5330324f4446684e7a51354e6a51325a6a55756347526d&fich=2b82edba-792e-4333-b901-681a749646f5.pdf&Inline=true. Acesso em: 11 de nov. 2023.

GOVERNO DE PORTUGAL. “Relatório De Atividades Desenvolvidas Combate De à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras, 2018.”, 2019. Disponível em: <https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=%3d%3dBAAAAB%2bLCAAAAAAABACzMDYxBwBjAmExBAAAAA%3d%3d>. Acesso em: 12 de nov. 2023.

GOVERNO DE PORTUGAL. “Relatório De Atividades Desenvolvidas De Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras, 2020”, 2021. Disponível em: <https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=%3d%3dBQAAAAB%2bLCAAAAAAABAAzNLQ0NwEAcXP9iAUAAAA%3d>. Acesso em: 14 de nov. 2023.

GOVERNO DE PORTUGAL. Relatório sobre o Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras, 2021, 2022. Disponível em: <https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=%3d%3dBQAAAAB%2bLCAAAAAAABAAzNDYwNgcAyxRA0AUAAAA%3d>. Acesso em: 14 de nov. 2023.

JIMENEZ, Peggy, & IYER, Govind S. Tax compliance in a social setting: The influence of social norms, trust in government, and perceived fairness on taxpayer compliance. *Advances in Accounting*, v. 34, p. 17–26, maio/jul. 2016.

KIRCHLER, Erich, HOELZL, Erik, & WAHL, Ingrid. Enforced versus voluntary tax compliance: The “slippery slope” framework. *Journal of Economic Psychology*, v. 29, n. 2, p. 210–225, maio/jul. 2008.

KIRCHLER, Erich, & WAHL, Ingrid. Tax compliance inventory TAX-I: Designing an inventory for surveys of tax compliance. *Journal of Economic Psychology*, Viena, v. 31, n. 3, p. 331–346, jul/jan. 2010.

KOSTRITSA, Maria, & SITTTLER, Inken. The Impact of Social Norms, Trust, and Fairness on Voluntary Tax Compliance in Austria, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.26493/1854-4231.12.333-353>. Acesso em: 7 de dez. 2023

LUTTMER, Enzo F. P., & SINGHAL, Monica. Tax morale. *Journal of Economic Perspectives*, v. 28, n. 4, p. 149–168. 2014.

NARITOMI, Joana. Consumers as tax auditors. *American Economic Review*, v. 109, n. 9, p. 3031–3072. 2019.

PINHEIRO, João. M., DIOGO, Tiago. A., & SAMAGAIO, António. Tax Compliance: Factors that Influence Taxpayer Invoice Requests in Portugal. *Revista Brasileira de Gestão de Negócios*, v. 23, n. 4, p. 619–634, março. 2021.

TORGLER, Benno. Tax Compliance and Tax Morale: A Theoretical and Empirical Analysis. Edward Elgar Publishing, 2007.

UNGUREANU, Dragos M., & DASCĂLU, Elena-Doina. Tax Lottery Receipts in Romania, a Different Approach to Fight against Tax Evasion, 2015. Disponível em: [http://icesba.eu/RePEc/icb/wpaper/ICESBA2015\\_33Ungureanu\\_p267-275.pdf](http://icesba.eu/RePEc/icb/wpaper/ICESBA2015_33Ungureanu_p267-275.pdf). Acesso em: 8 de dez. 2023

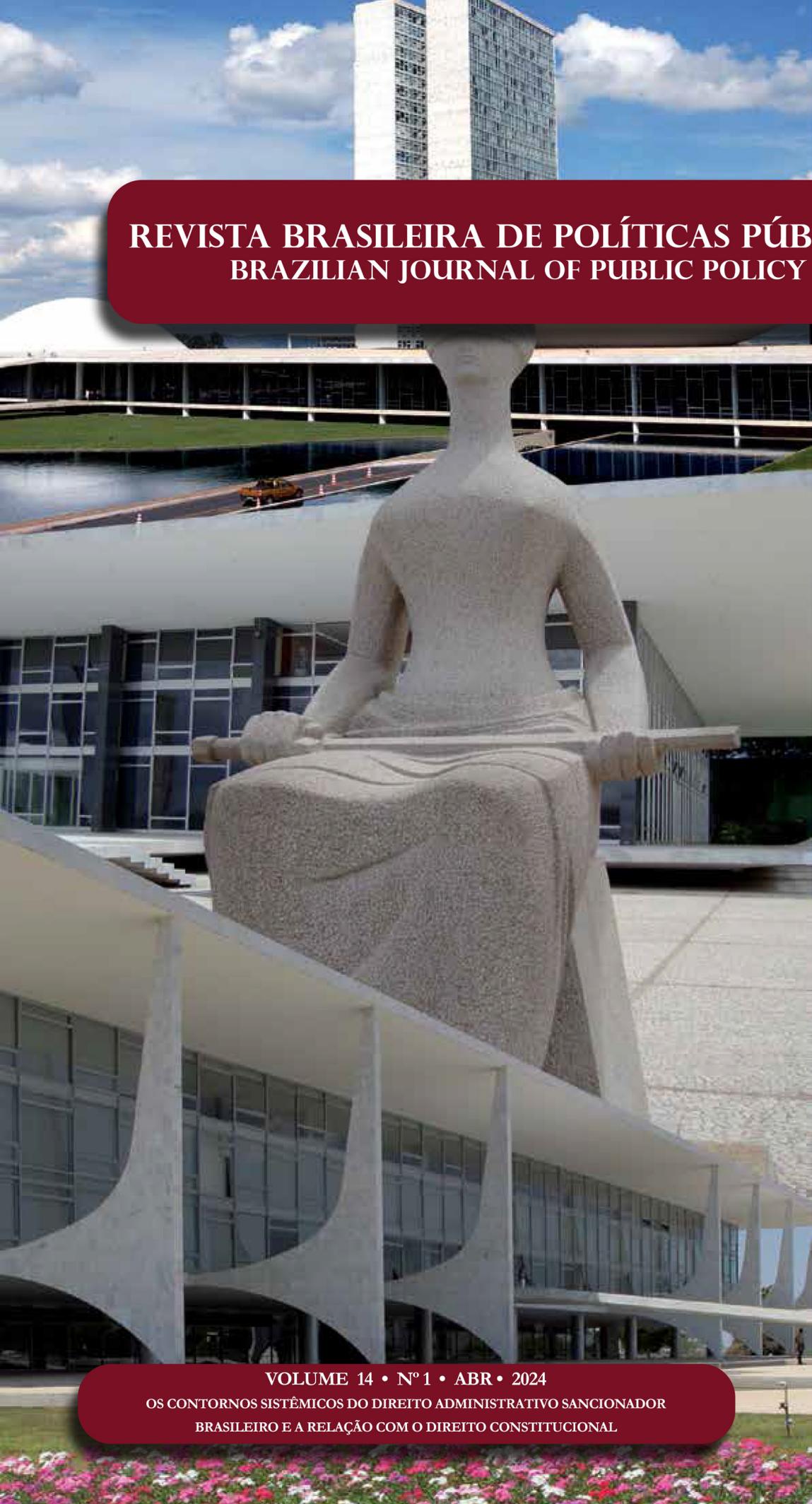
VERBEEK, Marno. A Guide to Modern Econometrics (5<sup>a</sup>). Wiley Custom, 2017.

WAN, Junmin. The lottery receipt. *International Review of Economics and Finance*, Japão, v. 71, n. 1, p. 733–750. 2021.

WENZEL, Michael. An analysis of norm processes in tax compliance. *Journal of Economic Psychology*, Australia, v. 25, n. 2, p. 213–228. 2004.

WILKS, Daniela. C., CRUZ, José, & SOUSA, Pedro. “Please give me an invoice”: VAT evasion and the Portuguese tax lottery. *International Journal of Sociology and Social Policy*, v. 39, n. 5–6, p. 412–426. 2019.

ZÍDKOVÁ, Hana. Determinants of VAT gap in EU. *Prague Economic Papers*, v. 23, n. 4, p.514–530. 2014.



**CEUB**

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Building trust in policing:**  
challenges and strategy

**Construindo confiança no polícia:**  
desafios e estratégia

Baidya Nath Mukherjee

Meera Mathew

VOLUME 14 • Nº 1 • ABR • 2024

OS CONTORNOS SISTÊMICOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR  
BRASILEIRO E A RELAÇÃO COM O DIREITO CONSTITUCIONAL

# Building trust in policing: challenges and strategy\*

## Construindo confiança no polícia: desafios e estratégia

Baidya Nath Mukherjee\*\*

Meera Mathew\*\*\*

### Abstract

In recent years, trust has gained significant importance when discussing the evolution of policing. This shift in focus has been acknowledged by scholars, policymakers, and law enforcement officials who are responsible for ensuring public safety. Unlike the traditional emphasis on crime reduction, there is now a shared recognition that building trust is a fundamental objective in the relationship between policing agencies and the communities they serve. This article discusses three commonly employed methods by policing agencies and their personnel to enhance public trust in the police: policy changes, police training, and citizen oversight boards. Further, it focuses to a less conventional avenue for change, which involves re-evaluating the laws enforced by the police. To achieve meaningful transformation within the police system, it is necessary not only to modify how officers perform their duties but also to examine and potentially revise the laws they are obligated to enforce.

**Keywords:** police reforms; trust; police training; bias police; police trust model.

### Resumo

Nos últimos anos, a confiança ganhou importância significativa quando se discute a evolução do policiamento. Esta mudança de enfoque foi reconhecida por acadêmicos, decisores políticos e responsáveis pela aplicação da lei responsáveis por garantir a segurança pública. Ao contrário da ênfase tradicional na redução da criminalidade, existe agora um reconhecimento compartilhado de que a construção de confiança é um objetivo fundamental na relação entre as agências policiais e as comunidades que servem. Este artigo discute três métodos comumente utilizados pelas agências policiais e pelo seu pessoal para aumentar a confiança do público na polícia: mudanças políticas, formação policial e conselhos de supervisão dos cidadãos. Além disso, centra-se numa via de mudança menos convencional, que envolve a reavaliação das leis aplicadas pela polícia. Para alcançar uma transformação significativa no sistema policial, é necessário não só modificar a forma como os agentes desempenham as suas funções, mas também examinar e potencialmente rever as leis que são obrigados a aplicar.

\* Recebido em 05/07/2023

Aprovado em 03/04/2024

Declaration of Conflicting Interests: The author declared no potential conflicts of interest with respect to the research, authorship, and/or publication of this article.

Funding: The author received no financial support for the research, authorship, and/or publication of this article.

\*\* Doctoral Candidate at Christ University, India.

E-mail: baidya.mukherjee@res1.christuniversity.in.

\*\*\* Associate Professor at Christ University, India. Completed PhD from Indian Law Institute, India.

E-mail: meera.mathew@christuniversity.in.

**Palavras-chave:** Reformas Policiais; Confiar; Treinamento Policial; Polícia Preconceituosa; A polícia confia no modelo.

## 1 Introduction

At one time, possibly not too long ago, the police were regarded as an unwavering institution, a cornerstone of civilised society that held a revered status<sup>1</sup>. The police institution was once believed to be a source of stability, maintaining order and upholding a collective understanding of morality<sup>2</sup>. Trust and legitimacy were granted to the police without hesitation. However, in recent decades, this seemingly steadfast organization has faced criticism for its lack of adaptability, conservatism, and inadequate response to changing societies and evolving demands. These factors have been identified as contributing to a gradual erosion of police legitimacy and a diminishing of its previously revered status. Over the last decade and certainly since 2015, it has become common for scholars, policy-makers, and those in public media outlets to highlight the importance of the public's perception of police as a legitimate authority. The Final Report of the President's Task Force on 21st Century Policing contains, perhaps, one of the most prominent statements of this idea<sup>3</sup>. In response to the deaths of Michael Brown in Ferguson, Missouri, and Eric Garner in New York City at the hands of police officers, President Barack Obama established the Task Force in 2014. The Task Force's objective was to address the issues surrounding these incidents and propose solutions. The report put forth fifty-nine recommendations that encompassed research, policy, and actionable steps. The first pillar of the report, titled "Building Trust and Legitimacy," formed the foundation of these recommendations. This pillar drew upon extensive research on empirically assessed legitimacy, highlighting its strong correlation with trust and procedural justice in the field of social psychology. Similar views were shared by Mr. Manmohan Singh, Prime Minister of India, in the "PM's address to Superintendents of Police Conference" on September 1, 2005. He emphasized on the importance of perceiving the police as a friend and a trustworthy entity for citizens. He acknowledged that historically, the neighborhood policeman held a respected role as a friend and protector in society. The Prime Minister's pragmatic statement underscored the need for police forces to regain that perception and regain the trust and faith of the common people they serve<sup>4</sup>. The field of procedural justice, pioneered by psychologist Tom Tyler, has significantly contributed to our understanding of the relationship between the police and the public. Extensive research in this area has shown that when police prioritize the process of their interactions with individuals, emphasizing fairness, respect, and transparency, rather than solely focusing on achieving specific outcomes like crime reduction, people are more likely to perceive them as legitimate and trustworthy. While closely related, legitimacy and trust are distinct concepts in the context of these studies. Trustworthiness is seen as a significant factor that influences the public's perception of legitimacy. Research in this area reveals a growing body of evidence indicating that procedural justice, which focuses on fairness in processes and interactions, is strongly associated with higher levels of trust in the police. Moreover, it is found that when people perceive the police as exhibiting procedural justice, it leads to an increase in their perceptions of the police's legitimacy. These findings highlight the crucial role of procedural justice in fostering both trust and legitimacy in the eyes of the public<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> MICHAEL, Banton. *The policeman in the community*. 1964.

<sup>2</sup> LOADER, Ian; MULCAHY, Aogan. Policing and the Condition of England: Memory, Politics and Culture. *Polic. Cond. Engl. Mem. Polit. Cult.* v. 1, 2012.

<sup>3</sup> President's Task Force on 21st Century Policing, Final Report of the President's Task Force on 21st Century Policing, 2015.

<sup>4</sup> SINGH, Manmohan. *Pm's address to Superintendents of Police Conference*. Speeches: Prime Minister of India. 2005. Available in: <https://archivepmo.nic.in/drmanmohansingh/speech-details.php?nodeid=176>. Access in: 23 Mayo 2023.

<sup>5</sup> NIX, Justin *et al.* Trust in the Police: the Influence of Procedural Justice and Perceived Collective Efficacy. *Crime & Delinq.* v. 61, p. 610, 2015. Available in: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0011128714530548>. Access in: 23 Mayo 2023.

The shift towards prioritizing the improvement of trust relationships in policing does not diminish the significance of previous goals, such as crime reduction. Instead, research indicates that law enforcement agencies can simultaneously work towards crime reduction while also adopting an approach that values treating community members with dignity and respect. Recognizing this, recent efforts have focused on addressing the widespread lack of public trust in various institutions involved in the criminal legal process, with particular attention given to distrust of the police. The aim is to restore trust and confidence in these institutions by implementing strategies that promote fairness, transparency, and respectful treatment of individuals within the communities they serve.

In present times, the field of policing in numerous countries is experiencing significant upheaval. The combination of rapid organizational, technological, and societal changes, along with a series of scandals, media scrutiny, demands for improved efficiency and effectiveness, and calls for greater transparency and accountability in relation to human rights issues, has led to a continuous cycle of reform. Policing institutions are facing the need to adapt and respond to these multifaceted challenges, as they grapple with the evolving expectations of the public and strive to regain trust and confidence. This dynamic environment necessitates ongoing efforts to reevaluate and reshape policing practices in order to address the complexities of contemporary society and ensure the protection of human rights while maintaining public safety. Under these dynamic circumstances, the police face numerous challenges in upholding or enhancing public trust and legitimacy. How do they navigate these conditions and work towards maintaining or improving trust? What approaches do they employ to achieve “re-legitimation”<sup>6</sup>? In the face of these challenges, police forces strive to uphold and enhance public trust and legitimacy. Their efforts to achieve “re-legitimation” involve implementing various strategies and initiatives. Having a police organization that is perceived as trustworthy is of utmost importance. When the police are trusted, they can carry out their duties with greater efficiency and effectiveness, leading to enhanced feelings of safety among citizens. Additionally, as the police serve as the embodiment of state authority, the level of trust placed in them also reflects the overall legitimacy of the state.

During a video conference speech to the IPS probationers of the Sardar Vallabhbhai Patel National Police Academy in Hyderabad, Prime Minister of India, Shri Narendra Modi, highlighted the concerning decline in public confidence in policing. Recognizing the significance of this issue, he urged the young officers to take proactive measures to restore and strengthen public trust in the police force. The Prime Minister’s remarks emphasized the importance of addressing this trust deficit and the responsibility of the new generation of officers in rebuilding confidence through their actions and commitment to upholding the highest standards of professionalism, integrity, and service<sup>7</sup>.

## 2 Discussion

### 2.1 Trust and Policing in India

In Independent India, the police force has inherited certain undesirable legacies, one of which is a significant disconnect from the public. The public tends to view the police with apprehension and mistrust. This can be attributed, in part, to the Police Act of 1861, which was designed to establish a police force appointed by the rulers to exert control over the populace rather than protect and uphold their rights. Unfortunately,

<sup>6</sup> REINER, Robert. The Politics of the Police. *Polic. A. J. Policy Pract.* v. 5, p. 110, 2011. Available in: <https://doi.org/10.1093/police/par007>.

<sup>7</sup> CONFIDENCE in police low, work to restore: PM to IPS probationers. 2021. Available in: <https://indianexpress.com/article/india/confidence-in-police-low-work-to-restore-pm-to-ips-probationers-7432508/>. Access in: 23 Mayo 2023.

this historical approach has persisted in modern India. Consequently, there is a growing divide between the police and the public, leading to a general aversion to engaging with the police<sup>8</sup>. According to David Bayley, a renowned police scholar, the relationship between the police and the public in India can be characterized by a significant “avoidance syndrome.” This syndrome refers to the public’s tendency to actively avoid any contact or interaction with the police<sup>9</sup>. This phenomenon is particularly pronounced in rural areas compared to urban areas. Bayley observes that the Indian public displays a considerable reluctance to voluntarily provide assistance or information to the police, as they prefer not to get involved. This observation is supported by various studies and surveys that have consistently arrived at similar conclusions regarding the public’s attitude towards engaging with the police in India.

In a comprehensive assessment of the Karnataka Police conducted by the Public Affairs Centre in Bengaluru, known as “Mirror of the Police,” a similar conclusion was reached regarding the stagnation of the Indian police system and the lack of improvement in public trust over time<sup>10</sup>. The survey involved interviews with complainants from diverse backgrounds and police personnel of various ranks. One of the significant findings highlighted in the study was that a considerable portion of the public does not feel comfortable or at ease when dealing with the police. This indicates that the psychological barriers between the police and the public have persisted unchanged over the years. Furthermore, the avoidance syndrome is particularly prevalent among socially disadvantaged groups, including those who are economically backward, illiterate, and marginalized within society. This suggests that the challenges in fostering positive police-public relationships are more pronounced among these vulnerable sections of the population. In an interview with ‘The Tribune’, Mr. Sankar Sen, the Director of the National Police Academy, shared his observations on the phenomenon of police-public relations. Drawing from his experience serving in the National Human Rights Commission, he noted that a significant number of complainants against the police belonged to the marginalized and oppressed classes<sup>11</sup>. These complaints included serious allegations of custodial violence, non-registration of cases, and instances of rude and disrespectful behaviour by the police. Such negative encounters often discourage individuals from seeking further assistance or contact with the police. Mr. Sen emphasized the urgent need for the police to be sensitized to human rights issues and to cultivate a deep respect for human dignity. This highlights the importance of integrating human rights principles within police training and practices to foster a more respectful and empathetic approach towards all members of society. Dr. Bayley’s study reinforces the notion that individuals who have had negative encounters with the police tend to hold unfavourable perceptions of law enforcement. The more people experience unfavourable interactions, the more likely they are to develop negative views<sup>12</sup>. This phenomenon can be attributed to the saying “familiarity breeds contempt,” suggesting that repeated negative experiences breed disdain and avoidance. Surveys conducted by the National Police Commission between 1978 and 1981 have also corroborated these findings, indicating that individuals who have personally witnessed police misconduct are inclined to believe that interactions with the police should be avoided due to the perception of frequent misbehaviour.

The police rarely take the initiative to update complainants on the progress of their cases. While some officers attribute this to staff shortages and workload, the underlying cause lies in a lack of police culture that prioritizes improving complainants’ satisfaction and perception of the police. It is important for police officers to understand that even small proactive gestures can greatly enhance the image of the police in the

<sup>8</sup> MUKHERJEE, Baidya; SINGH, Bhupinder. Urgent Need for Police Reforms in India: A Human Rights Concern. *NIU Int. J. Hum. Rights*, v. 8, p. 81, 2021. Available in: [https://www.researchgate.net/publication/363468411\\_Urgent\\_Need\\_for\\_Police\\_Reforms\\_in\\_India\\_A\\_Human\\_Rights\\_Concern/citation/download](https://www.researchgate.net/publication/363468411_Urgent_Need_for_Police_Reforms_in_India_A_Human_Rights_Concern/citation/download).

<sup>9</sup> BAYLEY, D. H. *Police and political development in India*. 2015.

<sup>10</sup> NAIR, Meena; PRABHAKAR, K.; RAO, Prarthana. *A mirror to the police: a bottom up assessment of the karnataka police*. 2010. Available in: <https://books.google.co.in/books?id=E8YegOEv4oYC>.

<sup>11</sup> INDIA. The Tribune India. *Why public views police with fear, suspicion*. Available in: <https://www.tribuneindia.com/news/comment/why-public-views-police-with-fear-suspicion-459997>. Access in: 23 Mayo 2023.

<sup>12</sup> BAYLEY, D. H. *Police and political development in India*. 2015.

public's eyes and are highly appreciated by community members. Under British rule, the police were discouraged from forming close relationships with the public due to the mistaken belief that it would hinder their ability to control the native population. The Police Act of 1861 outlined several duties for the police force but neglected to mention their crucial responsibility of gaining public support and cooperation, which is essential for effective policing. As a result, the absence of a focus on building public trust and cooperation has made the police's work more challenging. In present-day India, the gap between the police and the public remains evident. Political leaders' express apprehension that building closer ties could undermine the police's authority and affect law enforcement. Unfortunately, community policing endeavours have faced limited success due to the lack of meaningful public participation in overseeing police operations.

From a global standpoint, David Bayley argues that the issue of mistrust in the police is not exclusive to India. Even in countries like the United States, there is a lack of overwhelming confidence in law enforcement. In Britain, where the police have a favourable reputation, a survey conducted for the Royal Commission on the Police revealed that at least 10 percent of respondents believed that the police frequently accept bribes, employ unfair tactics to gather information, and manipulate evidence in courts<sup>13</sup>. Suspicion and avoidance of the police may be prevalent worldwide, but the extent and manifestations of these sentiments vary significantly from one country to another.

In contemporary India, numerous talented and accomplished individuals are assuming leadership roles in the police service. However, despite their presence, the Indian police system has struggled to undergo significant transformation due to various systemic factors. The traditional practices and structures persist, and there are limited indications of noticeable change taking place.

## 2.2 Theoretical Analysis

For over quarter of a century, Gallup has been monitoring public confidence in various institutions, including the police, by surveying a representative sample of adults<sup>14</sup>. An analysis of this data unveils two noteworthy observations. Firstly, there exists a significant and noticeable disparity in the levels of confidence in the police when comparing white adults to Black adults.

Since 1993, confidence levels among white adults have consistently remained at around 60 percent. In contrast, confidence rates among Black adults have been approximately half of that, around 30 percent, during the same period, reaching a record low of 19 percent in 2020<sup>15</sup>. The second notable finding is that, overall, these confidence levels have remained relatively stable over time, with the 2021 confidence rate in police among Black adults standing at 27 percent<sup>16</sup>. This observation is significant and relevant to the analytical approach of this essay, as it highlights the consistent nature of confidence rates, despite the substantial disparity between white and Black adults. In the past few decades, the police have prioritized crime reduction and positioned themselves as “warriors” in the fight against crime. This approach has led to the implementation of various proactive policing strategies, such as the controversial “stop, question, and frisk” tactic, which faced constitutional scrutiny in the 2013 case *Floyd v. City of New York*<sup>17</sup>. While actively im-

<sup>13</sup> INDIA. The Tribune India. *Why public views police with fear, suspicion*. Available in: <https://www.tribuneindia.com/news/comment/why-public-views-police-with-fear-suspicion-459997>. Access in: 23 Mayo 2023.

<sup>14</sup> JONES, Jeffrey M. *Black, White Adults' Confidence Diverges Most on Police*. 2020. Available in: <https://news.gallup.com/poll/317114/black-white-adults-confidence-diverges-police.aspx>. Access in: 23 Mayo 2023; JONES, Jeffrey M. *In U.S., Black Confidence in Police Recovers From 2020 Low*. 2021. Available in: <https://news.gallup.com/poll/352304/black-confidence-police-recovers-2020-low.aspx>. Access in: 23 Mayo 2023.

<sup>15</sup> JONES, Jeffrey M. *In U.S., Black Confidence in Police Recovers From 2020 Low*. 2021. Available in: <https://news.gallup.com/poll/352304/black-confidence-police-recovers-2020-low.aspx>. Access in: 23 Mayo 2023.

<sup>16</sup> JONES, Jeffrey M. *In U.S., Black Confidence in Police Recovers From 2020 Low*. 2021. Available in: <https://news.gallup.com/poll/352304/black-confidence-police-recovers-2020-low.aspx>. Access in: 23 Mayo 2023.

<sup>17</sup> MEARES, Tracey L. *The Law and Social Science of Stop and Frisk*, 10 *ANNU. REV. LAW SOC. SCI.* v. 335, 2014. Available in: <https://papers.ssrn.com/abstract=2519020>. Access in: 23 Mayo 2023.

plementing these strategies from 1990 to 2016, the police witnessed a significant decrease in violent crime rates, prompting scholars to speculate on the potential role of police activity as a significant contributing factor<sup>18</sup>. During this period of decline, the demographic group most vulnerable to homicides, young Black men, experienced a significant reduction in such incidents. Sociologist Patrick Sharkey likened this demographic change to the impact of eliminating obesity on the life expectancy of Black men as a whole<sup>19</sup>. However, the Gallup polls mentioned earlier raise questions and puzzle observers, as they challenge the presumed link between public confidence in the police and their effectiveness in fighting crime. If public confidence were primarily based on the police's crime-fighting effectiveness, one would expect confidence levels to increase rather than remain stagnant during this period.

Furthermore, it would be expected that the group benefiting the most from crime-fighting efforts, Black adults, would exhibit a rise in confidence ratings, even if starting from low levels. However, this is not reflected in the data, indicating that public perception of confidence and trust in the police is influenced by factors beyond their effectiveness in reducing violence. Tyler's process-based approach offers an explanation for the patterns observed in the Gallup data. Psychologists Tom Tyler and Allan Lind in their influential book, "The Social Psychology of Procedural Justice," introduce the "group value theory" of procedural justice. This theory suggests that individuals perceive the treatment they receive from legal authorities as a reflection of how those authorities perceive and value them. This perspective contrasts with the previously dominant view that emphasized the importance of outcome control as the primary factor in people's evaluations of legal authorities. Tyler and Lind's theory emphasizes the significance of procedural fairness and how it influences individuals' perceptions of authority and the justice system<sup>20</sup>. The manner in which authorities wield their power is often given greater importance by individuals than the ultimate goals they seek to achieve. Studies conducted across different institutional settings, such as courts, businesses, and schools, consistently show that public perceptions of legitimacy are primarily influenced by assessments of the fairness of actions rather than judgments about the fairness of outcomes or the effectiveness of individuals in attaining those outcomes. This highlights that the relationship between the public and authorities' decision-making processes is fundamentally based on interpersonal dynamics, emphasizing the relational aspect rather than a purely instrumental perspective.

Procedural justice turns out to be key in members of the public's determinations of whether they consider legal authorities to have behaved fairly. Their perceptions of procedural justice depend on four factors<sup>21</sup>. The first factor revolves around participation, particularly the element of "voice." Individuals express higher levels of satisfaction when they have the opportunity to express their perspective and explain their situation during interactions with authorities. This holds true even when they understand that their participation may not affect the outcome; the act of being heard and taken seriously is important to them. The second factor relates to the fairness of decision-making by authorities, specifically the elements of fair process. People pay attention to signs of a decision-maker's impartiality, objectivity, reliance on facts, consistency, and transparency. In the context of policing, it is significant whether legal authorities take the time to communicate and provide explanations to the public regarding their actions and the reasons behind them.

The third factor is closely linked to the first one. Individuals attach great importance to how they are treated by legal authorities, including police officers. They value being treated with dignity, respect for their rights, and politeness. This aspect is directly related to the desire to be listened to and taken seriously.

<sup>18</sup> REPORTED violent crime rate in the United States from 1990 to 2022. Available in: <https://www.statista.com/statistics/191219/reported-violent-crime-rate-in-the-usa-since-1990/>. Access in: 23 Mayo 2023; ZIMRING, Franklin E. *The City that Became Safe: New York's Lessons for Urban Crime and Its Control*. 2011. Available in: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199844425.001.0001>.

<sup>19</sup> SHARKEY, Patrick. *Uneasy Peace: the great crime decline, the renewal of city life, and the next war on violence*. 2018.

<sup>20</sup> LIND, E.; TYLER, Tom. The Social Psychology of Procedural Justice. *Contemp. Sociol.*, v. 18, 1988.

<sup>21</sup> BLADER, Steven; TYLER, Tom. A Four-Component Model of Procedural Justice: Defining the Meaning of a "Fair" Process. *Pers. Soc. Psychol. Bull.*, v. 29, p. 747, 2003.

The fourth and final factor pertains to people's perception of the authorities' motivations in their interactions. Individuals seek to understand why authorities are behaving in a certain way by assessing their actions. They want to trust that the authorities have genuine and benevolent intentions. Essentially, the public wants to believe that the authority they are dealing with acknowledges their significance and genuinely cares about them. In the context of law enforcement, this assessment is made based on how police officers treat them.

Research examining the connection between these concepts and policing has shown significant advantages for law enforcement agencies that incorporate them. When individuals perceive that legal authorities are treating them fairly, it leads to several positive outcomes. They are more inclined to comply with laws, cooperate with police investigations, and willingly follow directives from authorities<sup>22</sup>. This demonstrates that a focus on procedural justice and fair treatment can enhance public cooperation and engagement with the law. Importantly, implementing process-based approaches in policing does not require agencies to choose between crime reduction and fostering trust. By emphasizing fair processes and procedural justice, law enforcement agencies can simultaneously work towards reducing crime and building trust with the communities they serve. These two goals are not mutually exclusive but can be achieved through an approach that prioritizes fairness, transparency, and respectful treatment of individuals.

### 2.3 Police Trust Model

Trust in public institutions can be viewed as a reflection of citizens evaluating the effectiveness and competence of those institutions in fulfilling their governing responsibilities<sup>23</sup>. Public institutions are expected to operate in a manner that is efficient, polite, balanced, and straightforward. Citizen's desire timely and effective decision-making processes that minimize unnecessary complexities and delays. Politeness and respectful treatment by public officials are also crucial, as citizens expect to be treated with dignity and fairness. However, when public institutions become more discordant and complex, citizens' confidence tends to diminish<sup>24</sup>. Internal conflicts, convoluted procedures, and a lack of coherence can create doubts about the institution's ability to function effectively and serve the public interest.

Gallup's global Law and Order Index for 2019 revealed that people in the United States and many other countries felt secure. The index measures confidence in local police, personal safety, and incidents of theft and assault. The global average score was 82 out of 100, with 90 countries scoring lower. Singapore ranked highest at 97, while Afghanistan scored lowest at 43 for the second consecutive year. Although the US did not make the top 10, it scored 85, above the global average. The majority of people worldwide felt safe walking alone at night, but the feeling varied across regions. Confidence in local police was highest in Western Europe and lowest in Latin America and the Caribbean. In the US, confidence in the police was at 79% in 2019 and 82% shortly before George Floyd's death. However, a decline in confidence was observed in Gallup's post-Floyd survey. The results from 2019 provide a baseline for understanding the challenges related to law enforcement in 2020, emphasizing the need for change and improvement in policing<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> TYLER, Tom R.; JACKSON, Jonathan. Popular legitimacy and the exercise of legal authority: Motivating compliance, cooperation, and engagement. *Psychol. Public policy, law*, v. 20, p. 78, 2014.

<sup>23</sup> CRAIG, Stephen C. *Congress as Public Enemy*: Public Attitudes toward Political Institutions. By John R. Hibbing and Elizabeth Theiss-Morse. New York: Cambridge University Press, 1995. Available in: [https://www.cambridge.org/core/product/identifier/S0003055400209544/type/journal\\_article](https://www.cambridge.org/core/product/identifier/S0003055400209544/type/journal_article). Access in: 23 Mayo 2023

<sup>24</sup> KELLEHER, Christine A.; WOLAK, Jennifer. Explaining Public Confidence in the Branches of State Government. *Polit. Res. Q.* v. 60, p. 707, 2007. Available in: <https://doi.org/10.1177/1065912907304496>.

<sup>25</sup> RAY, Julie. *Most of the World Remains Confident in Police, Feels Safe*. 2020. Available in: <https://news.gallup.com/poll/322565/world-remains-confident-police.aspx>. Access in: 23 Mayo 2023.

Numerous studies examining public trust in the police have primarily utilized three theoretical frameworks: instrumental, expressive, and normative models<sup>26</sup>. The Models are briefly discussed:

### 2.3.1 Instrumental models

The instrumental model suggests that public trust in the police is linked to their effectiveness in carrying out their duties, particularly in reducing crime and addressing the fear of crime. This model emphasizes that the police play a crucial role in crime prevention and ensuring public safety, thus influencing the level of trust people have in them<sup>27</sup>. If the police are perceived as falling short of meeting citizens' expectations, it can be interpreted as a sign of their ineffectiveness in crime control. As a consequence, public trust in the police may diminish. Research indicates that when the police are seen as reliable institutions that enforce consequences for wrongdoing and provide a fairly distributed police service, public willingness to support and cooperate with them tends to increase<sup>28</sup>. There is some overlap between the instrumental model and the accountability model as well as the performance model in terms of public satisfaction with the police<sup>29</sup>. According to Skogan's accountability model and the performance theory, there is an expectation that the police should assume full responsibility for crime prevention and reducing fear of crime within the community. The performance theory further suggests that public trust in the police is strongly tied to their perceived effectiveness and performance. In other words, when police agencies fulfil their responsibilities effectively, people tend to express higher levels of satisfaction with the police. Some studies have found that fear of crime has a notable impact on public trust in the police<sup>30</sup>. In Kääriäinen's (2008) observation, it was noted that there is an inverse relationship between feelings of insecurity and trust in the police. This implies that when individuals experience a sense of insecurity in their neighbourhood, their level of trust in the police tends to decrease.

### 2.3.2 Expressive models

The expressive model of public trust in the police contends that individuals' perspectives on trust in law enforcement are influenced primarily by their expressive interests in community order and cohesion, rather than instrumental interests in crime prevention and personal safety. In this model, the emphasis is on the symbolic and social aspects of trust, highlighting the importance of a sense of community and the perception of the police as upholding societal values and maintaining social order<sup>31</sup>. In essence, the expressive mo-

<sup>26</sup> BRADFORD, Ben; MYHILL, Andy. Triggers of change to public confidence in the police and criminal justice system: Findings from the Crime Survey for England and Wales panel experiment, *Criminology & Criminal Justice*, v. 15, p. 23, 2014. Available in: <https://doi.org/10.1177/1748895814521825>; CHAMBERS, Darryl L.; PAYNE, Yasser Arafat; SUN, Ivan Y. Predicting trust in police: the impact of instrumental and expressive concerns in street-identified Black-American men and women. *Polic. An Int. J. Police strateg. Manag.* v. 43, p. 917, 2020; JACKSON, Jonathan; BRADFORD, Ben. Crime, policing and social order: On the expressive nature of public confidence in policing. *Br. J. Sociol.* v. 60, p. 493, 2009; JACKSON, Jonathan; SUNSHINE, Jason. Public Confidence in Policing: A Neo-Durkheimian Perspective. *Br. J. Criminol.*, v. 47, p. 214, 2007. Available in: <https://doi.org/10.1093/bjc/azl031>; SUN, Ivan Y. *et al.* One country, three populations: Trust in police among migrants, villagers, and urbanites in China. *SOC. Sci. Res.* v. 42, p. 1737, 2013.

<sup>27</sup> SUN, Ivan Y. *et al.* Public trust in the police in Taiwan: A test of instrumental and expressive models. *AUST. N. Z. J. Criminol.*, v. 47, p. 123, 2013. Available in: <https://doi.org/10.1177/0004865813489306>.

<sup>28</sup> K MURPHY, Kristina; CHERNEY, Adrian. Fostering cooperation with the police: How do ethnic minorities in Australia respond to procedural justice-based policing? *Aust. N. Z. J. Criminol.*, v. 44, p. 235, 2011. Available in: <https://doi.org/10.1177/0004865811405260>; SUNSHINE, Jason; TYLER, Tom R. The Role of Procedural Justice and Legitimacy in Shaping Public Support for Policing. *LAW & SOC. REV.*, v. 37, p. 513, 2003.

<sup>29</sup> SKOGAN, Wesley G. Concern About Crime and Confidence in the Police: Reassurance or Accountability? *Police Q.*, v. 12, p. 301, 2009. Available in: <https://doi.org/10.1177/1098611109339893>.

<sup>30</sup> KÄÄRIÄINEN, Juha. Why Do the Finns Trust the Police?, *J. Scand. Stud. Criminol. Crime Prev.*, v. 9, p. 141, 2008. Available in: <https://doi.org/10.1080/14043850802450294>.

<sup>31</sup> JACKSON, Jonathan; SUNSHINE, Jason. Public Confidence in Policing: A Neo-Durkheimian Perspective. *The British Journal of Criminology*, v. 47, p. 214-233, 2007. Available in: <https://doi.org/10.1093/bjc/azl031>.

del suggests that citizens have expectations for the police to fulfil a dual role: not just as crime fighters, but also as guardians of local morality and values. The underlying theory behind this model is closely connected to social disorganization theory<sup>32</sup> and social capital theory<sup>33</sup>.

Apart from social capital, the formation of moral and social order within a neighbourhood is closely tied to informal social control and social cohesion. Various research has indicated that expressive concerns carry more significance than instrumental concerns in shaping these dynamics<sup>34</sup>. Jackson and Bradford (2009) posited that when evaluating their local police, people tend to prioritize factors related to social cohesion and moral consensus (expressive concerns) over the risk of victimization (instrumental concerns). Similarly, Cao et al. (1996) found that contextual variables such as informal collective security and community disorder have a greater influence on trust in the police compared to crime-related factors.

### 2.3.3 Normative models

According to the procedural justice viewpoint, the normative model has proposed a link between the perceived fairness of law enforcement and the level of trust citizens place in the police<sup>35</sup>. People's trust in the police is influenced by their perception of fair treatment. The normative model suggests that citizens' support for the police is determined by procedural fairness rather than practical considerations. This means that people's compliance with the law is influenced by their judgments about the legitimacy of the police's actions in relation to the broader social context<sup>36</sup>. In Tyler's (2005) work, two primary components of procedural justice are identified: the quality of decision-making and the quality of interpersonal treatment. Numerous studies have consistently shown that procedural justice plays a crucial role in predicting the level of public trust in the police<sup>37</sup>. In a study by Tankebe (2008), it was discovered that individuals who perceived fair treatment from the police were more inclined to express higher levels of trust in them. Furthermore, recent research has consistently supported the notion that evaluations of procedural justice have a positive impact on public trust in the police<sup>38</sup>.

<sup>32</sup> REISIG, Michael D.; PARKS, Roger B. Experience, quality of life, and neighborhood context: A hierarchical analysis of satisfaction with police. *Justice Q.*, v. 17, p. 607, 2000. Available in: <https://doi.org/10.1080/07418820000094681>; SAMPSON, Robert J.; JEGLUM, Dawn. Bartusch. Legal Cynicism and (Subcultural?) Tolerance of Deviance: The Neighborhood Context of Racial Differences. *Law soc. Rev.* v. 32, p. 777, 1998.

<sup>33</sup> BREHM, John; RAHN, Wendy. Level Evidence for the Causes and Consequences of Social Capital. *AM. J. POL. SCI.*, v. 41, p. 999, 1997. Available in: <https://www.jstor.org/stable/2111684>.

<sup>34</sup> LIQUN CAO, James Frank; CULLEN, Francis T. Race, community context and confidence in the police. *AM. J. POLICE*, v. 15, p. 3, 1996. Available in: <https://doi.org/10.1108/07358549610116536>; JACKSON, Jonathan; BRADFORD, Ben. Crime, policing and social order: On the expressive nature of public confidence in policing. *Br. J. Sociol.* v. 60, p. 493, 2009; SUN, Ivan Y. et al. One country, three populations: Trust in police among migrants, villagers, and urbanites in China. *SOC. Sci. Res.* v. 42, p. 1737, 2013.

<sup>35</sup> GAU, Jacinta M. Procedural justice and police legitimacy: A test of measurement and structure. *American Journal Of Criminal Justice*, v. 39, p. 187, 2014; REISIG, Michael D.; BRATTON, Jason; GERTZ, Marc G. The construct validity and refinement of process-based policing measures. *Criminal Justice And Behavior*, v. 34, p. 1005, 2007; TANKEBE, Justice. Viewing Things Differently: The Dimensions of Public Perceptions of Police Legitimacy. *Criminology*, v. 51, p. 103, 2013. Available in: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/j.1745-9125.2012.00291.x>. Access in: 23 Mayo 2023.

<sup>36</sup> STOTT, Clifford; HOGGETT, James; PEARSON, Geoff. Keeping the peace: Social Identity, Procedural Justice and the Policing of Football Crowds. *BR. J. CRIMINOL.*, v. 52, p. 381. 2012. Available in: <http://www.jstor.org/stable/44173495>. Access in: 23 Mayo 2023.

<sup>37</sup> JACKSON, Jonathan; BRADFORD, Ben. Crime, policing and social order: On the expressive nature of public confidence in policing. *Br. J. Sociol.*, v. 60, p. 493, 2009.

<sup>38</sup> J NIX, Justin et al. Trust in the Police: The Influence of Procedural Justice and Perceived Collective Efficacy. *Crime & Delinq.*, v. 61, p. 610, 2015. Available in: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0011128714530548>. Access in: 23 Mayo 2023; VAN CRAEN, Maarten; SKOGAN, Wesley G. Achieving fairness in policing: The link between internal and external procedural justice. *Police Quarterly*, v. 20, p. 3, 2017.

## 2.4 Towards Trust Building

Law enforcement agencies need to initiate trust-building efforts by implementing policy changes that shape the behaviour of officers during interactions with civilians. For instance, recent consent decrees issued by the United States Department of Justice and the State of Illinois have placed significant emphasis on the adoption of formal policies that promote “Fair and Impartial Policing.” These policies underscore the importance of procedural justice, as explained earlier, in fostering trust between law enforcement and the community<sup>39</sup>. These policies serve as crucial foundations for officer training, with instructors emphasizing the principle of “training to policy.” While new policies related to fair and impartial policing are essential prerequisites for training, it is important to acknowledge that they also establish the framework for disciplinary actions when officers do not align their behaviour with these policies after completing their training<sup>40</sup>. Policy changes that prioritize fairness can play a significant role in strengthening trust between officers and the public. These changes not only communicate to officers the significance of fair and impartial conduct as a central aspect of their duty but also provide clear guidelines regarding legal boundaries for routine policing actions like stops, arrests, and searches. In many instances, these actions are governed by ambiguous constitutional standards that are not constrained by department policies. As recently discussed by social psychologist Jack Glaser and public policy scholar Amanda Charbonneau, when constitutional standards are vague and policies lack specificity, they create a basis for broad police discretion that can lead to biased behaviours<sup>41</sup>. Glaser and Charbonneau highlight the influence of uncertainty in amplifying individual biases and the subsequent negative outcomes stemming from such biases. They propose that restricting the range of police behaviours can help mitigate the racial disparities that can arise from police actions. They assert that policy changes are a crucial step in advancing this objective.

A series of studies examined the effects of procedural justice training on police-citizen interactions. Criminologist Emily Owens and her team conducted a procedural justice intervention, instructing supervisors to treat officers with patience, respect, and procedural fairness. The intervention had an impact on officers’ interactions with citizens, resulting in a decrease in arrest rates. The treatment group showed a 25 percent reduction in arrests in the week following the intervention, compared to a pre-intervention arrest rate of 6 percent. While the effect diminished over six weeks, officers who completed the training still demonstrated a 12 percent reduction in arrests<sup>42</sup>.

Civilian review is another recommended approach to address trust issues between civilians and policing organizations. It often arises following incidents of violence involving police officers and public dissatisfaction with perceived lack of accountability. Civilian review boards, which have increased in number to over two hundred in the United States, serve as external mechanisms for reviewing complaints against officers. They aim to enhance transparency, restore public trust, and address concerns of bias or favouritism within internal disciplinary systems. By involving community members in the review process, civilian review boards aim to provide a fair and objective evaluation of police conduct, offering a potential solution to trust-related problems<sup>43</sup>.

The idea is to shift towards using community advisory boards as a means of promoting effective policy-making. These boards, proposed by legal scholars Barry Friedman and Julian Clark, take a proactive approach

<sup>39</sup> MEARES, Tracey L. Trust & Models of Policing. *Daedalus*, v. 151, p. 165, 2022.

<sup>40</sup> UNITED STATES V. *Police Department Of Baltimore City*. 2017. Available in: <https://clearinghouse.net/case/15257/>. Access in: 23 Mayo 2023.

<sup>41</sup> CHARBONNEAU, Amanda; GLASER, Jack. Suspicion and Discretion in Policing: How Laws and Policies Contribute to Inequity. *UC Irvine Law Review*, v. 11, n. 5, 2021. Available in: <https://scholarship.law.uci.edu/ucilrhttps://scholarship.law.uci.edu/ucilr/vol11/iss5/6>. Access in: 23 Mayo 2023.

<sup>42</sup> OWENS, Emily *et al.* Can You Build a Better Cop. *Criminol. Public policy*, v. 17, p. 41, 2018.

<sup>43</sup> STEPHENS, Darrel W.; SCRIVNER, Ellen; CAMBARERI, Josie F. *Civilian Oversight of the Police in Major Cities*.

ch by engaging with the local policing agency and fostering trust between citizens and the agency. Unlike traditional civilian review boards, which tend to focus on retrospective analysis and individual cases, community advisory boards work collaboratively with the agency to address issues and find solutions. This approach aims to enhance accountability and improve relations between the community and law enforcement<sup>44</sup>.

### 3 Conclusion and Suggestions

The enumerated strategies aimed at building trust in policing have primarily focused on improving law enforcement practices and aligning them with principles of public legitimacy, as described by social psychology. However, it is crucial to recognize that normative notions of legitimacy, which we attempt to evaluate through empirical methods, are complicated by the historical influence of settlement, chattel enslavement, and the concept of race in shaping the laws that the police have historically enforced and continue to enforce today. These historical factors challenge our understanding of legitimacy and underscore the need for a deeper examination of the role played by systemic racism in law enforcement.

To foster trust between the public and the police, it is essential to consider reforming the laws that govern law enforcement. Although the Reconstruction Amendments and civil rights laws in the United States sought to remove explicit white supremacy from criminal law, the deep-rooted structure and culture of racial discrimination that had been built over centuries persisted within legislation and law enforcement practices. An example of this is the stark contrast in punishment for similar offenses between enslaved Black individuals and white individuals during the antebellum period, where the law formally differentiated between the two groups. Recognizing and addressing these historical disparities is crucial for building trust and promoting equality within policing. In the past, imprisonment was exclusively reserved for white individuals since it required the person to be recognized as a free citizen. After the Civil War, the formal racial distinctions in state criminal law were eliminated when Confederate leaders revised their state constitutions. However, despite the removal of explicit racial distinctions in the criminal code, racial disparities persisted in both hidden ways and through the enforcement of the law. One example is the practice of convict leasing, which effectively recreated slavery in many parts of the South by exploiting criminal law, as the Thirteenth Amendment allowed involuntary servitude for convicted criminals. Additionally, state constitutions played a role in formally sanctioning discrimination that was not explicitly prohibited by the U.S. Constitution. Similar to how corrections officers and prisons had significant discretion over incarcerated individuals, police officers were also granted discretion to enforce the law, often resulting in racial disparities. Until the 1960s, police officers utilized practices like “field interrogations” and broadly defined statutes on loitering and vagrancy to harass and intimidate marginalized communities, particularly people of colour. These practices allowed officers to target and discriminate against certain groups based on their subjective judgments, perpetuating inequities in law enforcement<sup>45</sup>. Despite the Supreme Court’s rulings invalidating loitering and vagrancy laws and placing limits on police discretion in cases like *Terry v. Ohio*, the focus on crime reduction led law enforcement agencies to adopt proactive policing strategies that relied on tactics like stop and frisk. While such stops and frisks are constitutionally permissible when there is a reasonable belief of criminal activity, every state and locality has managed to criminalize a wide range of low-level behaviours. This operation of the criminal justice system, while formally democratic, coexists with antidemocratic structures and culture. While specific laws targeting activities like selling loose cigarettes or maintaining long grass lawns may seem

<sup>44</sup> FRIEDMAN, Barry; CLARK, Julian. Community Advisory Boards: What Works and What Doesn’t (Lessons from a National Study). *AM. J. Crim. Law*, v. 47, 2021. Available in: <https://papers.ssrn.com/abstract=3874229>. Access in: 23 Mayo 2023.

<sup>45</sup> MACLIN, Tracey. *Terry v. Ohio’s Fourth Amendment Legacy: Black Men and Police Discretion*. *St. John’s law rev.*, v. 72, p. 25, 1998.

unrelated to advancing the democratic project, they, too, perpetuate inequality by enabling unequal treatment and expanding police discretion<sup>46</sup>.

Currently, the majority of states have legalized the possession of marijuana, and Oregon has taken a step further by decriminalizing small amounts of drugs like heroin and methamphetamine. Redirecting focus towards legislative measures that limit the initial power granted to the police is crucial in building trust in government and the state. Importantly, these efforts are likely to contribute to the goal of creating safer and healthier communities, without detracting from it. By re-evaluating and restraining the authority of law enforcement, we can work towards enhancing trust and promoting positive outcomes for society as a whole.

Establishing trust between legal authorities and the public is crucial for promoting safe communities. However, trust serves a deeper purpose beyond instrumental goals. Police officers, as state authorities, play a significant role in helping individuals understand their environment and their place in society. They serve as an interpretive lens through which people make sense of their past, assess the present, and envision potential futures. Policing is closely tied to maintaining ontological security, shaping subjectivities, and fostering collective identities. To ensure equality and a comprehensive understanding of trust dynamics, it is essential to examine how critical state actors and the public establish and maintain trust relationships. This perspective emphasizes the civic educational implications of law enforcement, highlighting the need to consider how police interactions educate citizens and their potential to cultivate trust<sup>47</sup>.

## Reference

- BAYLEY, D. H. *Police and political development in India*. 2015.
- BLADER, Steven; TYLER, Tom. A Four-Component Model of Procedural Justice: Defining the Meaning of a “Fair” Process. *Pers. Soc. Psychol. Bull.*, v. 29, p. 747, 2003.
- BRADFORD, Ben; MYHILL, Andy. Triggers of change to public confidence in the police and criminal justice system: Findings from the Crime Survey for England and Wales panel experiment. *Criminology & Criminal Justice*, v. 15, p. 23, 2014. Available in: <https://doi.org/10.1177/1748895814521825>.
- BREHM, John; RAHN, Wendy. Level Evidence for the Causes and Consequences of Social Capital. *AM. J. POL. SCI.*, v. 41, p. 999, 1997. Available in: <https://www.jstor.org/stable/2111684>.
- CHAMBERS, Darryl L.; PAYNE, Yasser Arafat; SUN, Ivan Y. Predicting trust in police: the impact of instrumental and expressive concerns in street-identified Black-American men and women. *Polic. An Int. J. Police strateg. Manag.*, v. 43, p. 917, 2020.
- CHARBONNEAU, Amanda; GLASER, Jack. Suspicion and Discretion in Policing: How Laws and Policies Contribute to Inequity. *UC Irvine Law Review*, v. 11, n. 5, 2021. Available in: <https://scholarship.law.uci.edu/ucilrhttps://scholarship.law.uci.edu/ucilr/vol11/iss5/6>. Access in: 23 Mayo 2023.
- CONFIDENCE in police low, work to restore: PM to IPS probationers. 2021. Available in: <https://india-nexpress.com/article/india/confidence-in-police-low-work-to-restore-pm-to-ips-probationers-7432508/>. Access in: 23 Mayo 2023.

<sup>46</sup> DOUGLAS, William O. Vagrancy and Arrest on Suspicion. *Yale Law J.*, v. 70, p. 1, 1960. Available in: <http://www.jstor.org/stable/794305>.

<sup>47</sup> JUSTICE, Benjamin; MEARES, Tracey L. How the Criminal Justice System Educates Citizens. *ANN. AM. ACAD. POL. SOC. SCI.* v. 651, p. 159, 2013. Available in: <https://doi.org/10.1177/0002716213502929>.

- CRAIG, Stephen C. *Congress as Public Enemy: Public Attitudes toward Political Institutions*. By John R. Hibbing and Elizabeth Theiss-Morse. New York: Cambridge University Press, 1995. Available in: [https://www.cambridge.org/core/product/identifier/S0003055400209544/type/journal\\_article](https://www.cambridge.org/core/product/identifier/S0003055400209544/type/journal_article). Access in: 23 Mayo 2023.
- DOUGLAS, William O. Vagrancy and Arrest on Suspicion. *Yale Law J.*, v. 70, p. 1, 1960. Available in: <http://www.jstor.org/stable/794305>.
- FRIEDMAN, Barry; CLARK, Julian. Community Advisory Boards: What Works and What Doesn't (Lessons from a National Study). *AM. J. Crim. Law*, v. 47, 2021. Available in: <https://papers.ssrn.com/abstract=3874229>. Access in: 23 Mayo 2023.
- GAU, Jacinta M. Procedural justice and police legitimacy: a test of measurement and structure. *American Journal Of Criminal Justice*, v. 39, p. 187, 2014.
- INDIA. The Tribune India. *Why public views police with fear, suspicion*. Available in: <https://www.tribuneindia.com/news/comment/why-public-views-police-with-fear-suspicion-459997>. Access in: 23 Mayo 2023.
- JACKSON, Jonathan; BRADFORD, Ben. Crime, policing and social order: On the expressive nature of public confidence in policing. *Br. J. Sociol.*, v. 60, p. 493, 2009.
- JACKSON, Jonathan; SUNSHINE, Jason. Public Confidence in Policing: A Neo-Durkheimian Perspective. *The British Journal of Criminology*, v. 47, p. 214-233, 2007. Available in: <https://doi.org/10.1093/bjc/azl031>.
- JONES, Jeffrey M. *Black, White Adults' Confidence Diverges Most on Police*. 2020. Available in: <https://news.gallup.com/poll/317114/black-white-adults-confidence-diverges-police.aspx>. Access in: 23 Mayo 2023.
- JONES, Jeffrey M. *In U.S., Black Confidence in Police Recovers From 2020 Low*. 2021. Available in: <https://news.gallup.com/poll/352304/black-confidence-police-recovers-2020-low.aspx>. Access in: 23 Mayo 2023.
- JUSTICE, Benjamin; MEARES, Tracey L. How the Criminal Justice System Educates Citizens. *ANN. AM. ACAD. POL. SOC. SCI.*, v. 651, p. 159, 2013. Available in: <https://doi.org/10.1177/0002716213502929>.
- KÄÄRIÄINEN, Juha. Why Do the Finns Trust the Police?, *J. Scand. Stud. Criminol. Crime Prev.*, v. 9, p. 141, 2008. Available in: <https://doi.org/10.1080/14043850802450294>.
- KELLEHER, Christine A.; WOLAK, Jennifer. Explaining Public Confidence in the Branches of State Government. *Polit. Res. Q.*, v. 60, p. 707, 2007. Available in: <https://doi.org/10.1177/1065912907304496>.
- LIND E.; TYLER, Tom. The Social Psychology of Procedural Justice. *Contemp. Sociol.*, v. 18, 1988.
- LIQUN CAO, James Frank; CULLEN, Francis T. Race, community context and confidence in the police. *AM. J. POLICE*, v. 15, p. 3, 1996. Available in: <https://doi.org/10.1108/07358549610116536>.
- LOADER, Ian; MULCAHY, Aogan. Policing and the Condition of England: Memory, Politics and Culture. *Polic. Cond. Engl. Mem. Polit. Cult.*, v. 1, 2012.
- MACLIN, Tracey. Terry v. Ohio's Fourth Amendment Legacy: Black Men and Police Discretion. *St. John's law rev.*, v. 72, p. 25, 1998.
- MEARES, Tracey L. The Law and Social Science of Stop and Frisk, 10 *ANNU. Rev. Law soc. Sci.*, v. 335, 2014. Available in: <https://papers.ssrn.com/abstract=2519020>. Access in: 23 Mayo 2023.
- MEARES, Tracey L. Trust & Models of Policing. *Daedalus*, v. 151, p. 165, 2022.
- MICHAEL, Banton. *The policeman in the community*. 1964.
- MUKHERJEE, Baidya; SINGH, Bhupinder. Urgent Need for Police Reforms in India: A Human Rights Concern. *NIU Int. J. Hum. Rights*, v. 8, p. 81, 2021. Available in: <https://www.researchgate.net/publi>

cation/363468411\_Urgent\_Need\_for\_Police\_Reforms\_in\_India\_A\_Human\_Rights\_Concern/citation/download.

MURPHY, Kristina; CHERNEY, Adrian. Fostering cooperation with the police: How do ethnic minorities in Australia respond to procedural justice-based policing? *Aust. N. Z. J. Criminol.*, v. 44, p. 235, 2011. Available in: <https://doi.org/10.1177/0004865811405260>.

NAIR, Meena; PRABHAKAR, K.; RAO, Prarthana. *A mirror to the police: a bottom up assessment of the karnataka police*. 2010. Available in: <https://books.google.co.in/books?id=E8YegOEv4oYC>.

NIX, Justin *et al.* Trust in the Police: The Influence of Procedural Justice and Perceived Collective Efficacy. *Crime & Delinq.*, v. 61, p. 610, 2015. Available in: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0011128714530548>. Access in: 23 Mayo 2023.

OWENS, Emily *et al.* Can You Build a Better Cop. *Criminol. Public policy*, v. 17, p. 41, 2018.

RAY, Julie. *Most of the World Remains Confident in Police, Feels Safe*. 2020. Available in: <https://news.gallup.com/poll/322565/world-remains-confident-police.aspx>. Access in: 23 Mayo 2023.

REINER, Robert. The Politics of the Police. *Polic. A. J. Policy Pract.*, v. 5, p. 110, 2011. Available in: <https://doi.org/10.1093/police/par007>.

REISIG, Michael D.; BRATTON, Jason; GERTZ, Marc G. The construct validity and refinement of process-based policing measures. *Criminal Justice And Behavior*, v. 34, p. 1005, 2007.

REISIG, Michael D.; PARKS, Roger B. Experience, quality of life, and neighborhood context: A hierarchical analysis of satisfaction with police. *Justice Q.*, v. 17, p. 607, 2000. Available in: <https://doi.org/10.1080/07418820000094681>.

REPORTED violent crime rate in the United States from 1990 to 2022. Available in: <https://www.statista.com/statistics/191219/reported-violent-crime-rate-in-the-usa-since-1990/>. Access in: 23 Mayo 2023.

SAMPSON, Robert J.; JEGNUM, Dawn. Bartusch. Legal Cynicism and (Subcultural?) Tolerance of Deviance: The Neighborhood Context of Racial Differences. *Law soc. Rev.*, v. 32, p. 777, 1998.

SHARKEY, Patrick. *Uneasy Peace: the great crime decline, the renewal of city life, and the next war on violence*. 2018.

SINGH, Manmohan. *Pm's address to Superintendents of Police Conference*. Speeches : Prime Minister of India. 2005. Available in: <https://archivepmo.nic.in/drmanmohansingh/speech-details.php?nodeid=176>. Access in: 23 Mayo 2023.

SKOGAN, Wesley G. Concern About Crime and Confidence in the Police: Reassurance or Accountability? *Police Q.*, v. 12, p. 301, 2009. Available in: <https://doi.org/10.1177/1098611109339893>.

STEPHENS, Darrel W.; SCRIVNER, Ellen; CAMBARERI, Josie F. *Civilian Oversight of the Police in Major Cities*.

STOTT, Clifford; HOGGETT, James; PEARSON, Geoff. Keeping the peace: Social Identity, Procedural Justice and the Policing of Football Crowds. *BR. J. CRIMINOL.*, v. 52, p. 381. 2012. Available in: <http://www.jstor.org/stable/44173495>. Access in: 23 Mayo 2023.

SUN, Ivan Y. *et al.* One country, three populations: Trust in police among migrants, villagers, and urbanites in China. *SOC. Sci. Res.*, v. 42, p. 1737, 2013.

SUN, Ivan Y. *et al.* Public trust in the police in Taiwan: A test of instrumental and expressive models. *AUST. N. Z. J. Criminol.* v. 47, p. 123, 2013. Available in: <https://doi.org/10.1177/0004865813489306>.

SUNSHINE, Jason; TYLER, Tom R. The Role of Procedural Justice and Legitimacy in Shaping Public Support for Policing. *LAW & SOC. REV.*, v. 37, p. 513, 2003.

TANKEBE, Justice. Viewing Things Differently: The Dimensions of Public Perceptions of Police Legitimacy. *Criminology*, v. 51, p. 103, 2013. Available in: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/j.1745-9125.2012.00291.x>. Access in: 23 Mayo 2023.

TYLER, Tom R.; JACKSON, Jonathan. Popular legitimacy and the exercise of legal authority: Motivating compliance, cooperation, and engagement. *Psychol. Public policy, law*, v. 20, p. 78, 2014.

UNITED STATES V. *Police Department Of Baltimore City*. 2017. Available in: <https://clearinghouse.net/case/15257/>. Access in: 23 Mayo 2023.

VAN CRAEN, Maarten; SKOGAN, Wesley G. Achieving fairness in policing: The link between internal and external procedural justice. *Police Quarterly*, v. 20, p. 3, 2017.

ZIMRING, Franklin E. *The City that Became Safe: New York's Lessons for Urban Crime and Its Control*. 2011. Available in: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199844425.001.0001>.

## Normas Editoriais

1. Serão aceitas colaborações inéditas e a publicação de um artigo está condicionada à sua adequação às normas editoriais, e seu simples recebimento desobriga a sua publicação. A revista *Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização* classificará as colaborações de acordo com as seguintes seções:

1.1 Artigos: compreende textos que contenham relatos completos de estudos ou pesquisas concluídas, matérias de caráter opinativo, revisões da literatura e colaborações assemelhadas.

1.2 Resenhas: compreende análises críticas de livros, de periódicos recentemente publicados, dissertações e teses.

2. Excepcionalmente, a equipe editorial poderá aceitar a submissão de trabalhos que já tenham sido publicados e caso isso ocorra, serão submetidos ao mesmo processo de avaliação pelos pares que aqueles inéditos. O autor deverá apresentar autorização por escrito do editor da revista na qual seu trabalho tenha sido originalmente publicado, acompanhado de cópia do mesmo.

3. O processo de avaliação dos artigos e resenhas compreende duas fases: a primeira destinada à análise da adequação do trabalho à linha editorial da revista (Equipe Editorial) e a segunda referente à avaliação do conteúdo e qualidade dos trabalhos. Esta segunda fase é realizada mediante o processo de avaliação pelos pares, ou seja, os artigos serão submetidos à aprovação de no mínimo 2 pareceristas adhoc.

4. Os trabalhos serão enviados para a avaliação sem a identificação de autoria

5. Os trabalhos devem ser enviados no seguinte padrão:

1ª Página: Começar com o título do trabalho, seguido do texto. Não inserir o nome dos autores ou outros elementos que identifiquem a autoria. A autoria do artigo e a qualificação dos autores são inseridas nos campos específicos do formulário eletrônico. O objetivo aqui é garantir uma avaliação cega por pares. Os textos deverão ser digitados em Arial 12, espaço 1,5 margem de 2,5 cm, numeração arábica das páginas no ângulo superior direito, em programa compatível com o Word para Windows.

Título do trabalho: o título deve ser breve e suficientemente específico e descritivo para representar o conteúdo do texto e deverá ter a sua tradução para o inglês.

Resumo: em todos os artigos submetidos deve ser incluído um resumo informativo com o máximo de 250 palavras e espaço entre linhas simples. O resumo deve ser estruturado com as seguintes informações:

Objetivo do artigo (obrigatório);

Metodologia (obrigatório);

Conclusões (obrigatório);

Limitações da pesquisa e suas implicações (se aplicável);

Limitações práticas (se aplicável)

Originalidade ou valor (obrigatório);

A evolução da comunicação científica e da transmissão de conhecimentos possibilitou ao UniCEUB a criação de meios para o intercâmbio de idéias entre pares e a disseminação de informações.

As novas tecnologias da informação produzem sensíveis alterações nos processos de comunicação científica. Atualmente, a editoração das publicações acadêmicas do UniCEUB é informatizada em todas as suas etapas, com a utilização da plataforma SEER, Sistema de Editoração Eletrônico de Revistas. A aplicação do SEER permitiu acrescentar, no processo editorial, a avaliação dos pareceristas ad hoc e deu aos membros dos comitês editoriais e aos editores condições para consolidar a produção científica no UniCEUB e difundi-la por meio dos periódicos acadêmicos em mídia impressa e eletrônica.

Todas as edições das publicações científicas do UniCEUB estão disponíveis no site [www.publicacoes-academicas.uniceub.br](http://www.publicacoes-academicas.uniceub.br), com infraestrutura para acesso livre.

O UniCEUB publica as seguintes revistas:

- Revista Brasileira de Políticas Públicas
- Revista de Direito Internacional
- Universitas Arquitetura e Comunicação Social
- Universitas Ciências da Saúde
- Universitas Gestão e TI
- Universitas Humanas
- Universitas JUS
- Universitas Relações Internacionais



Destacar no mínimo três e no máximo seis palavras-chave que representem o conteúdo do texto. O resumo e as palavras-chave deverão ter a sua tradução para o inglês.

Agradecimentos: agradecimentos a auxílios recebidos para a elaboração do trabalho deverão ser mencionados no final do artigo.

Notas: notas referentes ao corpo do artigo deverão vir no rodapé do texto.

Apêndices: apêndices podem ser empregados no caso de listagens extensivas, estatísticas e outros elementos de suporte.

Materiais gráficos: fotografias nítidas e gráficos (estritamente indispensáveis à clareza do texto) poderão ser aceitos e cada fotografia ou gráfico deverá vir no texto e além disso cada um deverá ser enviado em arquivo separado. Se as ilustrações enviadas já tiverem sido publicadas, mencionar a fonte e a permissão para reprodução.

Quadros: os quadros deverão ser acompanhados de cabeçalho que permita compreender o significado dos dados reunidos, sem necessidade de referência ao texto. Assinalar, no texto, pelo seu número de ordem, os locais onde os quadros devem ser intercalados.

Referências: as referências redigidas segundo a norma NBR 6023/2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), deverão ser apresentadas por ordem alfabética e constituir uma lista única no final do artigo. A exatidão e adequação das referências a trabalhos que tenham sido consultados e mencionados no texto do artigo são da responsabilidade do autor. Informações procedentes de comunicação pessoal, de trabalhos em andamento ou não publicados não devem ser incluídas na lista de referências, mas indicada em nota de rodapé.

Não utilizar o sistema Autor data para citações. O formato utilizado pela revista é o sistema numérico, onde a citação é indicada por número sobrescrito e a referência mencionada em nota de rodapé.

Recomendações: recomenda-se que se observem as

normas da ABNT referentes à apresentação de artigos em publicações periódicas (NBR 6022/2002), apresentação de citações em documentos (NBR 10520/2002), apresentação de originais (NBR 12256), norma para datar (NBR 892), numeração progressiva das seções de um documento (NBR 6024/2003) e resumos (NBR 6028/2003).

A revista se reserva o direito de efetuar nos originais alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical, com vistas a manter o padrão culto da língua, respeitando, porém, o estilo dos autores.

A partir de 2009, consideramos útil formular algumas sugestões (não obrigatórias) aos autores, com base nos principais motivos por recusa de artigos nos anos anteriores.

8. Responsabilidades e conflitos de interesse: A responsabilidade pelas informações e opiniões indicadas nos artigos é exclusiva dos autores. Eventuais conflitos de interesse serão de responsabilidade dos próprios autores e não do periódico.

### **Envio dos trabalhos:**

1. Os trabalhos deverão ser enviados para a equipe editorial da revista no endereço eletrônico [www.rdi.uni-ceub.br](http://www.rdi.uni-ceub.br)

2. Cada autor deve enviar declaração de responsabilidade nos termos abaixo:

“ Eu XXXX certifico que participei da concepção do trabalho tornar pública minha responsabilidade pelo seu conteúdo, que não omiti quaisquer ligações ou acordos de financiamento entre os autores e companhias que possam ter interesse na publicação deste artigo.”

3. Para as colaborações inéditas, cada autor deve enviar a transferência de direitos autorais nos termos abaixo:

“Eu XXXX declaro que em caso de aceitação do artigo inédito, a revista Revista Brasileira de Políticas Públicas passa a ter os direitos autorais a ele referentes.

