

ISSN 3085-6795

EMERSON AFFONSO DA COSTA MOURA
MANOEL MESSIAS PEIXINHO
JOSÉ CARLOS BUZANELLO
(Organizadores)

ANAIS DO II CONGRESSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO DO RIO DE JANEIRO

DIREITO ADMINISTRATIVO DE EMERGÊNCIA E
COVID-19

Congresso em homenagem ao
Prof. Jesse Torres Pereira Junior

02 a 04 de Setembro de 2020
VIRTUAL - RIO DE JANEIRO/RJ

institutas 

EMERSON AFFONSO DA COSTA MOURA
MANOEL MESSIAS PEIXINHO
JOSÉ CARLOS BUZANELLO
(Organizadores)

ANAIS DO II CONGRESSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO DO RIO DE JANEIRO

DIREITO ADMINISTRATIVO DE EMERGÊNCIA E
COVID-19

Congresso em homenagem ao
Prof. Jesse Torres Pereira Junior

02 a 04 de Setembro de 2020
VIRTUAL - RIO DE JANEIRO/RJ

CCopyright © 2022 by Instituto de Direito Administrativo do Rio de Janeiro

Categoria: Direito Administrativo

Produção e Diagramação: Instituto de Direito Administrativo do Rio de Janeiro

O editor não se responsabiliza pelas opiniões emitidas nesta obra por seu Autor.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 6.895, de 17/12/1980), sujeitando-se a busca e apreensão e indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Sumário

Improbidade administrativa e a lei anticorrupção: a vedação do <i>bis in idem</i>5 <i>Acacia Regina & Evandio Sales</i>	
A participação social na gestão pública como requisito para o desenvolvimento sustentável.....7 <i>Alex Cavalcante Alves</i>	
O alcance do sistema de calamidade financeira na lei de responsabilidade fiscal.....17 <i>Gabriel Garcia Rodrigues de Barros</i>	
Discrecionalidade (e proporcionalidade) no sancionamento administrativo no âmbito da lei nº 12.846 de 2013.....26 <i>Gabriel Strapasson Lazzarotto & Isabela Maria Stoco</i>	
A exigência de regularidade para com a fazenda pública para contratar no regime jurídico das estatais.....35 <i>Guilherme Carneiro Leão Farias</i>	
O reconhecimento legislativo de espécies de deficiência: um entrave à efetivação do modelo biopsicossocial.....43 <i>Guilherme Carneiro Leão Farias</i>	
LGPD e saúde pública: a proteção de dados pessoais em meio à pandemia da covid-19.....53 <i>Mariana Randon Savaris</i>	
A captura do estado por estruturas oligárquicas e a crise de representação no Brasil.....63 <i>Matheus José Vequi & Clovis Demarchi</i>	
ANVISA e INMETRO no combate à covid-19.....71 <i>Michele de Souza e Silva</i>	

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A LEI ANTICORRUPÇÃO: A VEDAÇÃO DO *BIS IN IDEM*

Acacia Regina & Evandio Sales

A proposição deste artigo é analisar se as sanções previstas na Lei n 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) e na Lei n 12.846/13 92 (Lei Anticorrupção) devem ser aplicadas simultaneamente às pessoas jurídicas ou se é possível a aplicação do princípio da especialidade ao caso. Este estudo tem o objetivo de investigar, primeiramente, as sanções aplicáveis às pessoas jurídicas na Lei n° 8.429/92 e na Lei n° 12.846/13, observando a modalidade de responsabilidade utilizada em cada um dos diplomas legais mencionados; após realizar a comparação entre as referidas sanções, verificar se deverão ser aplicadas simultaneamente ou se as sanções previstas na Lei n 12.846/13 devem prevalecer em razão da aplicação do princípio da especialidade.

Nessa direção, primeiramente foram analisadas as características gerais da corrupção do ponto de vista externo e interno, enfatizando o combate à corrupção no país após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Em um segundo momento foram analisadas as sanções às previstas na Lei n.º 8.429/93 (Improbidade administrativa) e na Lei n.º 12.846/13 (Lei anticorrupção) para as pessoas jurídicas e, em seguida, realizada uma comparação entre ambas.

Na sequência realizou-se a análise dos motivos que demonstram a especialidade da Lei n.º 12.846/13 (Lei anticorrupção) no contexto das sanções às pessoas jurídicas, de modo que acabam por justificar sua aplicação, de forma exclusiva, às pessoas jurídicas nas hipóteses que se tratar

de atos de corrupção previstos, simultaneamente, na Lei n.º 8.429/93 (Improbidade administrativa) e na Lei n.º 12.846/13 (Lei anticorrupção).

E, ao final, chegou-se à conclusão de que nas hipóteses de atos de corrupção praticados por pessoas jurídicas tipificados simultaneamente na Lei n.º 12.846/13 (Lei Anticorrupção) e na Lei n.º 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) deve prevalecer a aplicação da Lei Anticorrupção, em razão da observância do princípio da especialidade e ainda para evitar o *bis in diem*, tendo em vista que a pessoa jurídica estaria sendo duplamente punida pelo fato, em searas idênticas, pois ambos os diplomas legais se destinam ao combate à corrupção em consonância com as diretrizes mundiais constantes nos tratados ratificados pelo Brasil.

A PARTICIPAÇÃO SOCIAL NA GESTÃO PÚBLICA COMO REQUISITO PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Alex Cavalcante Alves^{1 2}

1. CONTEXTUALIZAÇÃO:

A participação social na gestão pública é prevista como instrumento da consolidação dos valores do modelo de Estado idealizado no texto da Constituição Federal de 1988, tendo ainda sido objeto de ampla regulamentação no setor público e de intensos debates acadêmicos desde a redemocratização.

Nos últimos anos, medidas governamentais nos campos do Direito Administrativo e do Direito Ambiental têm sido consideradas ora como destinadas à redução da participação social, ora como inviabilizadoras do alcance de um desenvolvimento sustentável pelo País. Um dos elementos mais emblemáticos quanto ao primeiro aspecto é a edição do Decreto nº 9.759, de 2019, que estabeleceu diretrizes, regras e limitações para colegiados da administração pública federal, e definiu a data de 28 de junho de 2019 para a extinção de diversos conselhos existentes.

¹ Bacharel em Direito e em Comunicação Social pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), onde é mestrando em Direito, área de concentração Políticas Públicas, Estado e Desenvolvimento. Superintendente de RH da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). Professor de Administração Pública do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Coordenador Nacional do Movimento Gestão Pública Eficiente (MGPE). Integrou a delegação brasileira na Conferência das Partes sobre Mudanças Climáticas realizada em Copenhague (COP-15) – Contato: alex.cavalcante@gmail.com.

² As opiniões aqui externadas são de responsabilidade do autor e não representam necessariamente as opiniões das instituições às quais esteja ou esteve vinculado.

Enquanto isso, a amplamente noticiada demanda por medidas governamentais mais firmes no combate ao desmatamento da Amazônia, dirigida por empreendedores, em carta de 6 de julho de 2020, ao Vice-Presidente da República, general Hamilton Mourão, na condição de presidente do Conselho Nacional da Amazônia Legal, é representativa da segunda percepção.

São exemplos de iniciativas voltadas à participação social e já internalizadas por esses dois ramos do Direito a realização de audiências públicas e a existência de Conselhos com participação da sociedade. Busca-se com o trabalho traçar um panorama da participação social como requisito para o desenvolvimento sustentável, bem como apontar suas fragilidades e propor melhorias no modelo, com vistas a aumentar a efetividade da participação dos cidadãos nessas instâncias.

2. JUSTIFICATIVA:

Quando se pensa em desenvolvimento sustentável, é impossível dissociá-lo de um de seus principais pilares, que é justamente a participação social. O déficit de participação, entretanto, é percebido em nossa sociedade, seja em instâncias privadas locais, como condomínios ou associações de bairro, seja nos colegiados existentes no âmbito do Estado, que definem políticas de alcance nacional.

Apesar de contarmos com um *framework* normativo de Direito Administrativo e Ambiental que prevê ampla participação social na gestão pública, especialmente nas questões ambientais, remanesce a percepção de que a sociedade não consegue trazer efetividade, por meio de seus assentos em Conselhos ou da palavra que lhe é assegurada em audiências públicas, no sentido de fazer prevalecer a preocupação com o desenvolvimento sustentável quando em conflito com interesses puramente econômicos.

Justifica-se a pesquisa, portanto, pela atualidade do tema, bem como pela inquietação que leva ao questionamento sobre quais seriam as

fragilidades do sistema de participação social que poderiam ser sanadas no sentido de assegurar efetividade e qualidade de representação.

3. PROBLEMA:

A percepção de que a participação social na gestão pública não tem sido suficiente para assegurar a defesa dos interesses da sociedade rumo ao desenvolvimento sustentável da Nação é recorrente no senso comum e na visão de estudiosos das duas temáticas (participação social e desenvolvimento sustentável). Aperfeiçoamentos do modelo são, portanto, necessários e constantemente colocados em discussão.

Nesse cenário, o problema da pesquisa é: “as garantias de participação social na gestão pública, nos moldes atualmente previstos, são suficientes para assegurar sua efetividade?”, ao qual se pretende responder com análise da legislação administrativa e ambiental brasileira e estudos doutrinários sobre participação social e sobre desenvolvimento sustentável.

4. OBJETIVOS:

O objetivo geral da pesquisa é demonstrar a previsão normativa acerca da participação social na gestão pública, com enfoque no Direito Administrativo e no Direito Ambiental, demonstrando os instrumentos à sua disposição, em especial as audiências públicas e os conselhos com assentos destinados a representantes da sociedade, bem como as lacunas existentes no tocante às garantias de efetividade da participação prevista.

Os objetivos específicos do trabalho são: 1) propor alternativas para sanar as lacunas encontradas, com vistas a conferir maior efetividade à participação na gestão pública; e 2) demonstrar a necessidade de construção de capital social ambiental, para que a representação da sociedade nas instâncias participativas tenha acúmulo de conhecimento apto a fazer prevalecer, nas deliberações, a perspectiva do desenvolvimento sustentável.

5. HIPÓTESES:

A participação pública em temas sociais ganhou expressão a partir da década de 1970, com as naturais pressões pela reabertura política, ampliando seu alcance com a nova Constituição Federal e a redemocratização. Nos dias atuais, a consolidação dos conselhos permite que o debate e, eventualmente, a tomada de decisões em torno das políticas setoriais sejam realizados “não apenas no Legislativo, mas também num terreno múltiplo no qual diversos atores sociais organizados estejam representados” (SILVA, JACCOUD, BEGHIN, 2005, p. 381).

Nesse sentido, as hipóteses a serem testadas ao longo da pesquisa são: 1) a participação social na gestão pública voltada ao desenvolvimento sustentável carece de reforço normativo; 2) a participação social na gestão pública encontra previsão normativa suficiente no Direito Administrativo e no Direito Ambiental, mas não é plenamente efetiva, apresentando lacunas que devem ser sanadas com vistas a garantir sua efetividade e seu direcionamento ao desenvolvimento sustentável.

6. REFERENCIAL TEÓRICO:

A doutrina aponta que o déficit de participação da sociedade, ou sua baixa efetividade, nas discussões sobre as políticas públicas ambientais acabam por impedir que se alcance o desenvolvimento sustentável. O relatório da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento produzido em 1987, capitaneado pela então primeira-ministra da Noruega, Gro Brundtland, apontou que seria mais fácil alcançar o desenvolvimento sustentável se contássemos com “sistemas políticos que assegurassem a participação efetiva dos cidadãos na tomada de decisões” e “processos mais democráticos na tomada de decisões em âmbito internacional” (ONU, 1991, p. 10). O relatório aponta ainda que a manifestação da preocupação com o meio ambiente pela população é ferramenta essencial para a determinação de

prioridades que levem em conta a atual situação da degradação ambiental (ONU, 1991).

Jared Diamond, na obra *Colapso*, afirma que, a longo prazo, é a sociedade, “diretamente ou através de seus políticos, que tem o poder de tornar não lucrativas e ilegais as políticas ambientais destrutivas e fazer as políticas ambientais sustentáveis lucrativas” (DIAMOND, 2007, p. 322). Ainda para Diamond, observando-se a história, percebe-se que as empresas mudaram de atitude quando a sociedade passou a exigir atitude diferente, “e a recompensar empresas pelo comportamento que esperava delas, e tornar as coisas difíceis para empresas que tivessem comportamentos avessos à vontade pública” (DIAMOND, 2007, p. 322).

Sérgio Buarque afirma que, para ser considerado sustentável, o desenvolvimento local deve contribuir para ampliar a viabilidade e competitividade da economia, assegurando simultaneamente a conservação dos recursos naturais locais. Afirma ainda que isso costuma demandar “um movimento de organização e mobilização da sociedade local, explorando suas capacidades e potencialidades próprias, de modo a criar raízes efetivas na matriz socioeconômica e cultural da localidade” (BUARQUE, 2006, p. 25).

Quanto à participação social no âmbito do Estado brasileiro, Maria Sylvia Zanella Di Pietro aponta que o princípio da participação popular na gestão pública é próprio do ideal de Estado Democrático de Direito e está inscrito no preâmbulo da Constituição Federal de 1988, além de decorrer de diversas normas garantidoras da participação popular em diversos setores da Administração Pública (DI PIETRO, 2006, p. 611).

Em reconhecido artigo sobre o papel da sociedade civil na governança ambiental, Barbara Gemmill e Abimbola Bamidele-Izu apontam cinco papéis principais da sociedade civil na governança ambiental: 1) coletar, difundir e analisar informação; 2) fornecer dados para a fixação de agenda e para os mecanismos de desenvolvimento de políticas; 3) desempenhar funções operacionais; 4) avaliar as condições do meio ambiente

e monitorar o cumprimento de acordos ambientais; e 5) pleitear justiça ambiental (GEMMIL, BAMIDELE-IZU, 2005). Na visão das autoras, apesar de ter havido aumento na participação das ONGs na governança global a partir da década de 1990, as atuais estruturas não permitem que a sociedade civil desempenhe esses cinco papéis de forma eficiente.

Em artigo que trata da participação e da gestão de áreas ambientais protegidas, Marcia Dieguez Leuzinger e Solange Teles da Silva apontam três variáveis que conduzem a níveis fortes ou fracos de participação. A primeira variável diz respeito ao nível e à qualidade da informação disponibilizada, devendo o Poder Público fornecer todas as informações que possui, com a melhor qualidade possível. A segunda variável está relacionada à velocidade com a qual as informações são disponibilizadas e por meio de quais mecanismos; enquanto a terceira variável diz respeito aos próprios mecanismos de participação, que podem conduzir à efetiva participação na tomada de decisão ou apenas a uma participação secundária, que se presta tão somente a fornecer uma legitimação artificial ao Poder Público (LEUZINGER, SILVA, 2017). Em síntese, a participação social na questão ambiental possui dois pontos-chave: a adequada informação da sociedade e a garantia da efetividade dos mecanismos de participação.

Quanto à informação da sociedade, a própria Constituição Federal brasileira traz em seu texto o imperativo da promoção da educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente (art. 225, VI). A Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que trata da Política Nacional do Meio Ambiente, estabelece que esta atenderá ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana (BRASIL, 1981), tendo como um de seus princípios a educação ambiental a todos os níveis de ensino, inclusive a educação da comunidade, objetivando capacitá-la para participação ativa na defesa do meio ambiente (art. 2º, inciso X). Verifica-se, assim, que a construção de capacidades para a participação social nas questões ambientais é claramente prevista em nosso ordenamento.

A formação de capacidades também faz parte dos objetivos definidos por José Rubens Morato Leite, Heline Sivini Ferreira e Matheus Almeida Caetano para o Estado de Direito Ambiental, por meio do estímulo à formação da consciência ambiental, essencial para o exercício da responsabilidade compartilhada e a participação pública nos processos ambientais (LEITE, FERREIRA, CAETANO, 2012). Seja pela participação de comunidades tradicionais na gestão de áreas protegidas, seja pela disponibilização de áreas particulares como reservas, Nurit Bensusan ressalta a importância da participação da sociedade civil na governança e na promoção de mudanças na estrutura da proteção ambiental. Nesse cenário, assinala a importância do papel a ser desempenhado por quem possui conhecimento e experiência que possam ser benéficas à conservação da biodiversidade (BENSUSAN, 2006). Os saberes já adquiridos por quem possui acúmulo de conhecimento na seara ambiental são, pois, importante instrumento para a construção de capacidades para participação.

Paulo Bonavides afirma que a participação social se destina às forças sociais que “vitalizam a democracia e lhe assinam o grau de eficácia e legitimidade no quadro social das relações de poder”, assim como delimitam o alcance desse instituto numa sociedade dividida entre diferentes esferas de interesses (BONAVIDES, 2001, p. 51).

O cientista político Robert Putnam, ao defender sua teoria sobre sistemas de participação cívica, aponta que esses são forma essencial de capital social, e que quanto mais desenvolvidos forem tais sistemas em uma comunidade, maior a propensão de seus cidadãos a agir de modo cooperativo (PUTNAM, 2006, p. 183). Putnam considera que a cidadania é caracterizada primordialmente pela participação nos negócios públicos. Capital social seria, em síntese, o conjunto de arranjos cooperativos responsáveis pela evolução social e pelo desenvolvimento econômico de uma dada comunidade (PUTNAM, 2006). Sustenta-se no presente trabalho que a criação de um ativo que possamos chamar “capital social ambiental”, com massa crítica e sentimento de pertencimento aptos a valorizar substantivamente a participação dos cidadãos, exige a construção de capacidades.

O referencial teórico aqui mencionado, o qual aborda tanto a doutrina de participação social quanto a de desenvolvimento sustentável será relevante para a pesquisa ampliada, que analisará, especialmente à luz do Direito Administrativo e do Direito Ambiental brasileiro, os instrumentos de participação social na gestão pública previstos pela legislação para assegurar o desenvolvimento de forma sustentável, assim como suas fragilidades.

7. METODOLOGIA DE TRABALHO:

Pretende-se investigar a previsão de participação social no Direito Administrativo e no Direito Ambiental brasileiro, bem como as fragilidades demonstradas na sua implementação.

Para tanto, inicia-se o trabalho com revisão bibliográfica sobre a participação social no Direito Administrativo brasileiro, examinando-se exemplos de participação na gestão pública, por meio de seus diversos instrumentos, como Conselhos, Consultas e Audiências Públicas, Ouvidorias e Orçamento Participativo.

Em seguida, passa-se ao estudo da participação social no Direito Ambiental brasileiro, notadamente estruturada tendo por base a previsão de Conselhos com representantes da sociedade civil, em especial das comunidades afetadas, e a previsão da realização de audiências públicas, nos principais regramentos que dizem respeito ao tema.

Por fim, são analisadas as lacunas existentes no modelo atual, tendo como proposta a construção de capacidades rumo à fixação de capital social ambiental, apto a participar de forma qualificada das discussões na seara ambiental em maior escala do que se verifica no presente, e com maiores condições de trazer efetividade aos posicionamentos apresentados em prol do desenvolvimento sustentável.

8. REFERÊNCIAS:

BENSUSAN, Nurit. Conservação da biodiversidade em áreas protegidas. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 17 jan. 2020.

_____. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em 18 jan. 2020.

BUARQUE, Sérgio. Construindo o desenvolvimento local sustentável: metodologia de planejamento. Rio de Janeiro: Garamond, 2006, 3 ed.

DIAMOND, Jared. Colapso: como as sociedades escolhem o fracasso ou o sucesso. Rio de Janeiro: Record, 2007, 5 ed.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

GEMMILL, Barbara, BAMIDELE-IZU, Abimbola. O papel das ONGs e da sociedade civil na governança ambiental global. In: ESTY, Daniel C., IVANOVA, Maria H. Governança Ambiental Global: opções & oportunidades. Editora Senac: São Paulo, 2005.

LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Helene Sivini; CAETANO, Matheus Almeida. Repensando o Estado de Direito Ambiental. Florianópolis: Editora Boiteaux, 2012.

LEUZINGER, Márcia Dieguez, SILVA, Solange Teles da. O princípio da participação e a criação e gestão das áreas protegidas na perspectiva do direito ambiental global. Revista de Direito Internacional Uniceub, Brasília, v. 14, n. 3, 2017, p. 134-146.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. *Nosso Futuro Comum*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1991.

PUTNAM, Robert D. *Comunidade e democracia: a experiência da Itália moderna* (c/ Robert Leonardi e Raffaella Y. Nanetti; tradução Luiz Alberto Monjardim). 5 ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SILVA, Frederico Barbosa da, JACCOUD, Luciana, BEGHIN, Nathalie. *Políticas sociais no Brasil: participação social, conselhos e parcerias*. In: JACCOUD, Luciana (org.) *Questão Social e Políticas Sociais no Brasil Contemporâneo*. Brasília: Ipea, 2005.

PALAVRAS-CHAVE: Administração Pública. Direito Administrativo. Direito Ambiental. Desenvolvimento Sustentável. Participação Social.

O ALCANCE DO SISTEMA DE CALAMIDADE FINANCEIRA NA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

Gabriel Garcia Rodrigues de Barros³

O incontestado interesse a respeito do sistema excepcional de regulação das finanças públicas previsto na (e supostamente delimitado pela) moldura normativa dos artigos 65 e 66 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF - Lei Complementar nº 101/2000) – sistema que neste estudo será chamado de sistema de calamidade financeira – cresceu na segunda década deste século XXI e culminou, em 2020, com as modificações introduzidas no artigo 65 da LRF pela Lei Complementar nº 173/2020.

As alterações sobrevieram após um contínuo cenário de crise econômica e política deflagrada em escala global desde 2008 e revitalizada, agora, sob imenso véu de incerteza quanto à sua duração e às suas consequências, em função dos problemas trazidos pela pandemia da Covid-19.

Se os dispositivos pouco chamaram a atenção quando da sua entrada em vigor – servindo, talvez, àquele tempo, como norma de eficácia muito mais simbólica, por assegurar a ideia de uma espécie de válvula de escape, para episódicos momentos de crise, das imposições e limites trazidos pelo novel paradigma de responsabilização fiscal (a Lei Complementar nº 101/2000) –, ao final da segunda década do século, após diversas modificações constitucionais relacionadas diretamente ao orçamento público

³ Bacharel em Direito (UFF) e advogado. Mestrando em Direito Constitucional (UFF). Assessor Jurídico da Secretaria Municipal de Direitos Humanos de Niterói/RJ.

(Emendas Constitucionais números 86/2015, 95/2016, 100/2019, 102/2019, 105/2019 e 106/2020), não parece razoável duvidar da sua pertinência e necessidade.

A expectativa, aliás, transcende a bitola da regulação da Lei de Responsabilidade Fiscal, caminhando em direção à construção de um efetivo sistema normativo de finanças públicas de crise. Pelo que se tem delineado, este sistema normativo vem coordenando a atuação episódica de socorro e cooperação interfederativa para problemas de menor extensão espacial e temporal e intervenções em situações de maior abrangência regional e nacional.

Por ora, contudo, o presente estudo se limita ao quadro regulatório dos artigos 65 e 66 da Lei de Responsabilidade Fiscal. Recorrendo-se à bibliografia especializada, à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e aos debates parlamentares em torno da Lei Complementar nº 101/2000 e da Lei Complementar nº 173/2020, a pesquisa busca entender qual é o alcance do termo “calamidade pública” para os fins de flexibilização das regras fiscais e como este sistema de calamidade financeira previsto na LRF vem sendo operado, já que a lei não delimita as hipóteses em que este instituto poderá ser invocado, deixando à apreciação legislativa, caso a caso, o seu reconhecimento e delimitação.

A questão central deste estudo, portanto, é se o sistema excepcional previsto na LRF admite a sua aplicação em Estados e Municípios que passam por crises econômicas, como tem acontecido, à exemplo dos Estados do Rio de Janeiro⁴ e do Rio Grande do Sul⁵, ou se a ideia de calamidade pública da

⁴ Como alternativa ao colapso fiscal, o Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, em 17/06/2016 decretou o estado de calamidade pública (Decreto nº 45.692/2016) para ter acesso a transferências da União, já que, por força dos artigos 23, 31 e 70 da Lei Complementar nº 101/2000, o Estado estaria impedido de receber esses recursos. O próprio decreto, em suas considerações iniciais, deixa evidente que as razões que levaram à decretação da calamidade foram “a grave crise econômica que assola o Estado do Rio de Janeiro” e o fato de “que a referida crise vem impedindo o Estado do Rio de Janeiro de honrar com os seus compromissos para a realização dos Jogos Olímpicos e Paralímpicos Rio 2016”.

lei está vinculada a um abalo social comparável somente a estado de sítio, estado de defesa, guerra ou grave comoção interna.

A metodologia de pesquisa consiste na análise empírica dos debates parlamentares acerca da LRF e da Lei Complementar nº 173/2020, combinada com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, com a revisão bibliográfica dos principais conceitos em questão e com a sistematização das interpretações jurídicas que vêm sendo feitas das inovações da LC nº 173/2020.

O debate legislativo à época da edição da LRF, a literatura especializada e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sugerem que o termo “calamidade pública”, na redação original da Lei Complementar nº 101/2000, se restringia ao fato natural imprevisível e urgente, que causasse grave instabilidade social. Dessa forma, estariam excluídos da abrangência desse sistema excepcional de calamidade financeira as crises econômicas em Estados e Municípios que não fossem causadas por eventos comparáveis ao estado de defesa, estado de sítio, guerra e grave comoção interna.

No entanto, a promulgação da Lei Complementar nº 173/2020, em decorrência da pandemia da COVID-19, parece ter alterado o alcance da norma, para tornar mais plausível a interpretação que considere viável a aplicação do sistema de calamidade financeira da LRF às crises econômicas causadas por fatores não necessariamente associados a eventos imprevisíveis, urgentes e de grande instabilidade social. Em outras palavras, a LC nº 173/2020 parece aceitar que Estados e Municípios invoquem o artigo 65 da LRF quando estiverem passando por crises econômicas de qualquer natureza. Vejam-se os sinais que levaram a essa hipótese.

⁵ De maneira semelhante ao Rio de Janeiro, o Estado do Rio Grande do Sul decretou estado de calamidade financeira no dia 21/11/2016 (Decreto nº 53.303/2016), em razão da crise fiscal que atingia o Estado. O texto introdutório do decreto deixa claro que as razões para a instituição formal da calamidade foram a crise econômica brasileira, a queda estimada do Produto Interno Bruto – PIB, o aumento dos gastos públicos estaduais e a necessidade de ações para conter a crise. Aliás, é interessante notar a terminologia empregada pela Administração gaúcha – estado de calamidade financeira -, que restringiu o estado de calamidade ao âmbito financeiro.

Em primeiro lugar, a redação original do artigo 65 da LRF previa que “aplica-se o disposto no caput [do artigo 65] no caso de estado de defesa ou de sítio, decretado na forma da Constituição”. Ou seja, ao que parece, o legislador optou por equiparar a ideia de calamidade pública à de estado de defesa ou de sítio, que, para renomada literatura do Direito Constitucional, têm origem em situações de grave instabilidade, tais como guerra, calamidades da natureza, comoção nacional e agressão armada, conforme José Afonso da Silva (SILVA, 2005, p. 764), Guilherme Peña de Moraes (MORAES, 2020b, p. 644-645) e Alexandre de Moraes (MORAES, 2020a, p. 879-882).

Outro sinal desse primeiro sentido atribuído à calamidade na LRF são as incorrências do termo “calamidade” na Constituição de 1988. Na CFRB, a expressão “calamidade pública” aparece cinco vezes, em quatro artigos (21, XVIII; 136, *caput* e inciso II; 148, I, e 167, §3º). Dessas cinco ocorrências, duas são relativas ao estado de defesa, duas são relativas à tributação e às finanças públicas e uma última é relativa às competências genéricas da União. Em todas, porém, o sentido predominante parece ser o de fato natural imprevisível e urgente, que cause grave instabilidade social

Um terceiro sinal é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Na ocasião do julgamento da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.048-1/DF, julgada em 14/05/2008, o relator Ministro Gilmar Mendes equipara explicitamente a calamidade pública aos institutos do estado de defesa, estado de sítio, guerra e grave comoção interna.

Um quarto e último sinal é composto pelo projeto de lei original e o substitutivo que deram origem à LRF. Trata-se do PLP nº 18/1999 e seu substitutivo, o PLP nº 18-A/1999. ambos os projetos separam em artigos diferentes os dispositivos referentes à calamidade pública dos relativos ao baixo crescimento, apontando para a conclusão de que o conceito de “calamidade pública” não abrange crises econômicas, já que estas seriam melhor explicadas pela outra categoria (baixo crescimento do PIB). O

projeto original da LRF, aliás, fazia essa distinção no próprio título da Seção VIII (“Das situações excepcionais ou de baixo crescimento econômico”), deixando ainda mais clara a intenção do legislador de diferenciar as duas situações.

Com o advento da LC nº 173/2020, porém, parece haver um movimento contrário, que não se concretiza na alteração trazida pela LC nº 173/2020, mas que talvez nela comece a se delinear. A hipótese é a de que, com a nova redação, o legislador esteja sinalizando que é plausível a inclusão das crises econômicas estaduais e municipais no rol de fatos aptos a ensejar o sistema excepcional de calamidade financeira, possivelmente transpondo para a via legislativa o movimento que na prática já vinha se observando, como demonstrado pelos decretos dos Estados do Rio de Janeiro e do Rio Grande do Sul.

O primeiro sinal disso é a supressão do que dispunha o parágrafo único do artigo 65, na redação original, referenciado anteriormente. Após as alterações, não restou nenhum dispositivo em teor semelhante.

O segundo sinal é o trecho do parecer proferido pelo relator do Projeto de Lei Complementar nº 39/2020 (que deu origem à LC nº 173/2020) na Câmara dos Deputados, em que ele explicita que um dos objetivos da nova lei é reformar o sistema de calamidade pública (BRASIL, 2020a, P. 1-2).

Um terceiro sinal, ainda relacionado aos objetivos da LC nº 173/2020, é o pretense abrandamento da situação fiscal dos Estados e Municípios, que teria na nova lei um mecanismo formal de socorro. Conforme o professor José Maurício Conti, um dos objetivos da LC nº 173/2020 é “dar um alívio financeiro aos entes subnacionais” (CONTI, 2020).

Um quarto sinal é a introdução no artigo 65 da LRF do inciso I do §1º, que, ao usar termos genéricos para designar o tipo de normas que serão suspensas durante a calamidade, parece ter o objetivo de ampliar as

flexibilizações da legislação financeira. Se, antes da modificação, a flexibilização se limitava aos dispositivos expressamente indicados pelo artigo 65, agora é possível compreender uma vasta gama de normas do Direito Administrativo no escopo de aplicação do sistema de calamidade financeira que se delineia.

Prova disso é a forma pela qual o legislador indicou as normas que serão suspensas: em vez de se referir a dispositivos específicos, como na redação original, a LRF passou a indicar as normas que serão flexibilizadas pelo tipo de seu conteúdo, de modo que a quantidade de normas suspensas durante a calamidade pública passa a ser muito maior do que era antes da edição da LC nº 173/2020. A Nota Técnica 36/2020 da CNM explicita entendimento similar (BRASIL, 2020b, p. 12).

Um quinto sinal é a introdução do inciso II do §1º, cujo objetivo parece ser proteger com mais rigor e segurança o administrador público das sanções decorrentes da violação aos artigos 8º, parágrafo único, 35, 37 e 42, favorecendo, assim, o empreendimento vigoroso de esforços para sanar as consequências da calamidade. Esse talvez seja o motivo que justifique a escolha por uma terminologia mais objetiva especificamente nos incisos II e III, que se contradiz com a redação empregada no inciso I.

Um sexto sinal é a preocupação do legislador em manter vigentes os mecanismos de controle popular das contas públicas durante a calamidade, previsto no novo §2º, inciso II, que pode ter sido introduzido como contrapeso à ampliação do sistema de calamidade financeira. Nesse sentido, é necessário considerar o esforço do Ministério da Economia para aprimorar as ferramentas de controle, em razão da omissão da LRF. Na Nota Técnica SEI nº 21231/2020/ME, há um detalhamento maior dos instrumentos de transparência e controle que deverão ser mantidos ou implementados durante a calamidade (BRASIL, 2020c, p. 8-9).

Um último sinal é a previsão do novo §3º do artigo 65. A nova norma parece ter por objetivo complementar o que dispõe o artigo 40 da LRF, que disciplina a prestação de garantia e contragarantia pelos entes

públicos em operações de crédito, atribuindo certo rigor a esse tipo de operação. Coube à LC nº 173/2020, então, suspender a eficácia desse procedimento ordinário de aditamento das operações de crédito, garantindo-lhe maiores condições de celeridade para a obtenção de recursos financeiros. Nessa perspectiva, o objetivo da inovação parece ser o de facilitar a contenção dos danos decorrentes da calamidade, contribuindo para a ampliação do sistema de calamidade financeira.

Em síntese, a hipótese sobre a qual se funda o presente trabalho é a de que a LC nº 173/2020 reformou o sistema de calamidade financeira da LRF, ao ampliar seu escopo de aplicação. Se, à edição da LRF, optou-se por desenvolver um sistema excepcional de incidência em momentos de graves perturbações sociais causadas por eventos equiparáveis a estado de defesa, de sítio, guerra ou comoção interna, agora a preocupação parece ser outra. O movimento feito pelo Congresso Nacional durante a pandemia talvez sinalize uma maior preocupação do Poder Legislativo não só com as calamidades no sentido anteriormente atribuído, mas também com a saúde fiscal dos entes federados, sejam quais forem os motivos que geraram as respectivas crises econômicas.

PALAVRAS-CHAVE: responsabilidade fiscal; calamidade pública; crise; economia

REFERÊNCIAS:

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 9ª ed. São Paulo, Saraiva, 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Parecer ao Projeto de Lei Complementar nº 39, de 2020.** Brasília, 2020. Disponível em

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=FB6F40851C0103F0E6E9C1777247277C.proposicoes

WebExterno2?codteor=1890092&filename=Tramitacao-PLP+39/2020>. Acesso em 03/07/2020.

BRASIL. Confederação Nacional de Municípios. **Nota Técnica nº 36/2020**. Brasília, 2020. Disponível em <https://www.cnm.org.br/cms/biblioteca/NT_36_2020_Orientacoes-aos-Municipios-sobre-o-Programa-Federativo-de-Enfrentamento-ao-Coronavirus_.pdf>. Acesso em 22/07/2020.

BRASIL. Secretaria do Tesouro Nacional. **Nota Técnica SEI nº 21231/2020/ME**. Brasília, 2020. Disponível em <<https://siconfi.tesouro.gov.br/siconfi/pages/public/conteudo/conteudo.jsf?id=24703>>. Acesso em 22/07/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.048-1/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes. **Pesquisa de jurisprudência**, Acórdãos. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=542881>>. Acesso em 22/07/2020.

CONTI, José Maurício. **Estados e municípios pedem socorro**. Portal Jota, 2020. Disponível em <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-fiscal/estados-e-municipios-pedem-socorro-23072020>. Acesso em 24/07/2020.

MALUF, André Luiz. **Novo Regime de Exceção Fiscal da LC 173/2020 surge em boa hora**. Revista Consultor Jurídico, 2020. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2020-jun-12/andre-maluf-regime-excecao-fiscal-lc-1732020>>. Acesso em 24/07/2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 2008, *apud* ALVES, Izabela Fernanda Luz. **Análise do Princípio Federativo como limitação constitucional ao poder de tributar**. Trabalho de Conclusão de Curso, Universidade de Brasília, Brasília, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo, Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 36ª ed. São Paulo, Atlas, 2020.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed. São Paulo, Atlas, 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. São Paulo, Malheiros, 2005.

**DISCRICIONARIEDADE (E PROPORCIONALIDADE) NO
SANCIONAMENTO ADMINISTRATIVO NO ÂMBITO DA LEI Nº
12.846 DE 2013**

Gabriel Strapasson Lazzarotto & Isabela Maria Stoco

1. CONTEXTUALIZAÇÃO:

A Lei 12.846 de 2013, também denominada como Lei Anticorrupção Empresarial, entrou em vigor em 29 de janeiro de 2014, aprovada com o objetivo de colocar em prática as convenções internacionais firmadas pelo Brasil que dizem respeito ao fenômeno corruptivo, sobretudo a Convenção Internacional sobre o combate à Corrupção de Funcionários Públicos estrangeiros em Transações internacionais, da Organização para a Cooperação Econômica e o Desenvolvimento (OCDE). Pode-se afirmar que que essa lei é fruto do movimento conhecido pela doutrina como “administrativização do Direito Penal”, cujo objetivo é o de valorizar o campo administrativo como instrumento punitivo (LIVIANU, 2014, p. 182).

Logo no seu art. 1º, a lei revela sua principal contribuição, qual seja, a possibilidade da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Acontece que o direito penal, com exceção dos crimes ambientais (art. 225, §3º da CF) não permite a responsabilização de pessoas jurídicas, de modo que o propósito do legislador com a Lei Anticorrupção Empresarial foi inovar, no sentido de dar uma maior efetividade ao combate à corrupção, tendo em vista a dificuldade que se tinha ao impor sanções em face de pessoas jurídicas até então. Segundo Clóvis Bertolini, a opção da lei pela responsabilização objetiva decorre do fato de o Direito Penal não oferecer mecanismos efetivos e céleres para punir as sociedades empresariais, que são

as principais interessadas pelos atos de corrupção (BERTOLINI, 2020, p. 180).

É preciso mencionar, contudo, que o contexto histórico e político de elaboração da lei foi de grande efervescência política, marcado por um processo de *impeachment* e grandes movimentos populares. Ocorre que, após uma série de protestos realizados pela população no mês de junho, o Congresso Nacional vislumbrou que o Projeto de Lei nº 6.826/2010 poderia ser uma solução adequada aos clamores sociais (BERTOLINI, 2020, p. 183). Aponta-se que, justamente por conta disso, o Projeto de Lei teve uma tramitação super acelerada, uma vez que estava desde 2010 arquivado na Câmara dos Deputados, e foi aprovado ainda no mês de junho pela casa legislativa, em 11/06/2013, tramitando no Senado Federal por apenas 15 dias (tempo recorde), e após a sua aprovação nesta casa, foi publicado no Diário Oficial da União em questão de 20 dias.

Em virtude dessa tramitação apressada, situada em um contexto de tensão política e institucional, muitos pontos da Lei 12.846 de 2013 acabaram gerando críticas duras por parte da doutrina e da jurisprudência. Cita-se, por exemplo, a questão da responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas (art. 2º da Lei 12.846 de 2013) - um dos pontos mais controvertidos da lei -, ponto este que tem sido considerado por parte da doutrina como inconstitucional, ou, ainda, a questão da proporcionalidade das sanções administrativas e judiciais previstas na referida lei - objeto de estudo deste trabalho - apontando-se para eventuais excessos por parte das comissões processantes. Para Leonardo Bellini de Castro, a nova legislação poderá sofrer dificuldades estruturais a ser aplicada, uma vez que sofre de mazelas brutais (CASTRO, 2019, p. 118).

Esses vários problemas decorrem, provavelmente, da falta de técnica legislativa quando do processo de elaboração da lei, que como já foi dito, teve uma tramitação super acelerada. Por conta disso, a Lei Anticorrupção gerou, em seus 7 anos de vigência, um contexto de verdadeira insegurança jurídica, de modo que cabe a doutrina e a jurisprudência definirem os

ditames hermenêuticos desta lei, inclusive sobre sua constitucionalidade e adequação ao restante do ordenamento jurídico brasileiro.

2. JUSTIFICATIVA:

A discricionariedade administrativa, ao olhar de Bacellar (2012, p. 172) representa um conceito jurídico que decorre da própria legalidade. Citando Badura, Bacellar destaca que a discricionariedade é uma possibilidade de *escolha* ou *liberdade de conformação* pela Administração Pública frente ao agir - ou não agir - em determinada situação. Mello (2013, p. 975) pontua, ainda, que a discricionariedade se refere à hipótese em que a disciplina legal confere ao administrador certa esfera de liberdade, a fim de satisfazer a finalidade da lei.

Ela se justifica, portanto, para permitir à Administração Pública adotar providências ao caso em concreto, de forma a atuar de forma a realizar o interesse público. Não é, ao contrário do que se pode pensar, expressão equivalente à arbitrariedade ou plena liberdade. É, em verdade, dever conferido pela lei e por ela regulado (ROMAN, 2009).

Realizada a digressão acima, é importante destacar que a Lei Anticorrupção confere notável discricionariedade ao administrador do sancionamento no referido âmbito. Em razão de tal fato, o administrador deve observar o princípio da *proporcionalidade*⁶. Referido princípio está relacionado com o atendimento da finalidade do ato administrativo e deve observar os subprincípios da adequação - atendimento à finalidade da lei -, necessidade - exercício do ato da forma menos gravosa possível - e

⁶ Conforme destaca Celso Antônio Bandeira de Mello, princípio é “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico (MELLO, 2013, p. 975)

proporcionalidade em sentido estrito – deve haver equilíbrio entre a intensidade da restrição ao direito do administrado e a importância da realização da finalidade pública (ROMAN, 2009).

Caso a Administração Pública aplique sanção desproporcional à empresa que praticou ato lesivo, o Poder Judiciário poderá anular o ato administrativo sancionador, assegurando-se a inafastabilidade da jurisdição e o controle de legalidade dos atos administrativos. Importa destacar que, quando há anulação pelo Poder Judiciário, este não poderá substituir a decisão do administrador, de modo que deverá o próprio fazê-lo (CAMPOS, 2015, p. 171-172).

Traçado este panorama, é importante destacar que a Lei nº 12.846 de 2013, popularmente conhecida como “lei anticorrupção”, foi inserida na legislação brasileira após os conhecidos protestos ocorridos no referido ano - o fenômeno ficou conhecido como Jornadas de Junho - que tinham como principal bandeira a redução dos custos das tarifas do transporte público, mas que acabaram tornando-se o estopim para irrisignação acerca da corrupção no Brasil.

Em virtude do contexto que deu azo à promulgação da lei, o legislador, visando atender os anseios aclamados nas ruas, inseriu em seu texto duras sanções àquelas pessoas jurídicas que pratiquem atos lesivos em desfavor da Administração Pública: multas gravosas, desconsideração da personalidade jurídica, suspensão ou interdição das atividades e dissolução compulsória da pessoa jurídica são exemplos de penalidades que, se aplicadas sem observância do princípio da proporcionalidade, podem levar ao encerramento das atividades da pessoa jurídica.

É neste espectro que justifica-se o tema que pretende-se desenvolver ao longo da presente pesquisa: isto porque, por conferir amplo grau de discricionariedade ao administrador, a lei em vertente pode deixar de atender aos fins sociais aos quais se destina, de modo que o debate acerca da dualidade entre discricionariedade e proporcionalidade – especialmente no âmbito desta lei - é necessário.

3. PROBLEMA:

Partindo desta explanação, este trabalho levanta o seguinte problema: como a discricionariedade administrativa no âmbito do sancionamento administrativo fundamentado na Lei nº 12.846 de 2013 pode violar o princípio da proporcionalidade?

4. HIPÓTESE:

Ante o exposto, pretende-se no presente trabalho observar em que medida a discricionariedade administrativa pode ser limitada à lume do princípio da proporcionalidade, de tal modo que as gravosas sanções cominadas na Lei Anticorrupção sejam devidamente aplicadas aos casos em concreto.

5. METODOLOGIA

A metodologia empregada para a elaboração do trabalho deve ser a analítica- documental e teórico-bibliográfica. Para tanto, a fonte básica de pesquisa deve ser a doutrina brasileira, sobretudo de Direito Administrativo e Direito Penal, bem como artigos, revistas e periódicos científicos, além de jurisprudências, tanto no âmbito administrativo quanto judicial, destacando-se, aqui, processos julgados com base na Lei Anticorrupção Empresarial (Lei 12.846/2013).

6. REFERENCIAL TEÓRICO:

Embora a Lei Anticorrupção tenha completado 7 anos no ano de 2020, o tema da proporcionalidade das sanções administrativas e judiciais continua sendo pouco explorado, tendo em vista que, no contexto prático, foram instaurados pouquíssimos processos de responsabilização com base na lei, porquanto o número de sanções aplicadas ainda é muito ínfimo. Desse

modo, a questão da discricionariedade e proporcionalidade das sanções é um tema que tem tomado a atenção da doutrina, sobretudo no que diz respeito a eventuais excessos por parte das comissões de responsabilização.

O advogado Clóvis Bertolini discorre sobre o tema, em sua obra “Corrupção e Administração Pública no Brasil”, dissertando sobre cada uma das sanções administrativas e judiciais previstas na Lei Anticorrupção Empresarial, apontando eventuais pontos controvertidos, sob o ponto de vista jurídico. Bertolini alerta, por exemplo, sobre a possibilidade de excessos da comissão processante na aplicação de multa, uma vez que o valor pode chegar até 20% do faturamento bruto da empresa processada. (BERTOLINI, 2020, p. 229-247)

Nessa esteira, o promotor de justiça do estado de São Paulo, Roberto Livianu, assevera que a Lei 12.846 de 2013 tem imposições “expressivas”, dado que prevê a imposição aplicação de sanções isoladas e cumulativas, com expressa previsão à indisponibilidades de bens e destinação de valores à pessoa lesada. (LIVIANU, 2014, p. 186)

Seguindo nessa linha, é essencial mencionar o ponto de vista de Mellilo Dinis do Nascimento, que afirma que os aplicadores da Lei 12.846 de 2013 devem sempre observar atentamente os critérios interpretativos previstos no art. 7º, como um meio de avaliar e graduar a sanção, sempre de maneira coordenada e sistemática (NASCIMENTO, p.101)

Além do artigo 7º, é preciso observar o que dispõe o Decreto nº 8.420 de 2015, decreto este criado para regular a aplicação da Lei 12.846 de 2013, que nos artigos 15 a 24 estabelece critérios matemáticos para aplicação das referidas sanções administrativas, com o fito de conferir ao administrador parâmetros concretos para aplicação das mesmas, bem como limitar sua discricionariedade no referido âmbito.

É importante destacar, ainda, que além da responsabilidade administrativa, a pessoa jurídica que incide na prática de ilícitos em desfavor do Poder Público pode, ainda, ser civilmente responsabilizada pelos mesmos,

a qual pode se dar, inclusive, de forma cumulativa com a já citada responsabilização administrativa⁷. Em virtude da natureza jurídica distintas das sanções, não há o que se falar em *bis in idem* nestas hipóteses (OLIVEIRA; NEVES, 2014, p. 15): eis (mais) uma razão pela qual a proporcionalidade deve ser piamente observada pelo administrador, para que, na cumulação das referidas sanções não haja excesso inviabilizador da atividade empresarial.

Por estas razões é que o debate acerca da discricionariedade – e principalmente proporcionalidade – devem ser trazidas à tona no âmbito do sancionamento da Lei nº 12.846 de 2013, eis que referido sancionamento aflige a esfera da pessoa jurídica sancionada de maneira sobremaneira grave, de tal modo que, para a que a lei tenha a efetividade pretendida pelo legislador e não confira mais prejuízos que benefícios a sociedade como um todo, imprescindível a realização do debate ora acendido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

⁷ Nos termos do artigo 19 da lei em vertente, as sanções que podem ser aplicadas são: a) perdimento de bens, direitos ou valores decorrentes do proveito da infração; b) suspensão ou interdição das atividades; c) dissolução compulsória da pessoa jurídica; d) proibição de receber incentivos do Poder Público (BERTOLINI, 2020, p. 229- 247). Referidas sanções podem ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa, tal como ocorre na improbidade administrativa (NEVES; OLIVEIRA, 2014, p. 12). Veja-se que referidas sanções – assim como as administrativas - pressupõem certo grau de discricionariedade ao aplicador da sanção: quanto maior a discricionariedade conferida pela lei, maior é a possibilidade de ocorrência de arbitrariedades: por esta razão é que o jurista deve observar ao devido processo legal (LUCON, 2014), o qual pressupõe - de forma não exaustiva - o respeito a “acusação válida e consistente, contraditório e ampla defesa integral com recursos inerentes” (GIPP; CASTILHO, 2016, p. 96).

CAMPOS, Patrícia Toledo de. Comentários à Lei nº. 12.846/2013 – Lei anticorrupção. **Revista Digital de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 160-185, 5 out. 2014.

CASTRO, Leonardo Bellini de. **Lei Anticorrupção: Impactos sistêmicos e transversais**. 1ª ed. São Paulo: J.H Mizuno, 2019.

FERRAZ, Sérgio. A responsabilização na Lei Anticorrupção. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, São Paulo, vol. 18/2015, p. 33 - 47, Maio - Jun/2015.

GIPP, Gilson; CASTILHO, Manoel L. Volkmer. **Comentários sobre a Lei Anticorrupção**. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. **Corrupção: combate transnacional, compliance e investigação criminal**. 3º ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

LIVIANU, Roberto. **Corrupção – Incluindo a Lei Anticorrupção**. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Procedimento e sanções na Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 947/2014, p. 267 - 279, Set/2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

NASCIMENTO, Mellilo Dinis do (Org.). **Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013**. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. O sistema brasileiro de combate à corrupção e a Lei nº 12.846/2013 (Lei anticorrupção). **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte**, ano 12, n. 44, p. 9-21, jan./mar. 2014.

PINHO, Clóvis Alberto Bertolini de. **Corrupção de Administração Pública no Brasil: combate administrativo e a Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção)**. 1ª ed. São Paulo: Alamedina Brasil, 2020.

A EXIGÊNCIA DE REGULARIDADE PARA COM A FAZENDA PÚBLICA PARA CONTRATAR NO REGIME JURÍDICO DAS ESTATAIS

*Guilherme Carneiro Leão Farias*⁸

A Reforma Administrativa do final do primeiro mandato do Presidente Fernando Henrique Cardoso tornou clara a distinção entre o regime de licitação e contratação aplicável às administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e o regime de licitação e contratação aplicável às empresas públicas, às sociedades de economia mista e a suas subsidiárias (artigo 22, inciso XXVII, da Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB, de 5 de outubro de 1988, com a redação dada pelo artigo 1º da Emenda Constitucional - EC n. 19, de 4 de junho de 1998). Além disso, determinou que o estatuto jurídico das estatais que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços dispusesse sobre licitação e contratação de bens, serviços, compras e alienações, observando os princípios da administração pública (artigo 173, parágrafo 1º, inciso III, da CRFB, inciso acrescentado pelo artigo 2º da EC n. 19/1998).

O referido estatuto jurídico, aprovado mais de dezoito anos após a referida reforma constitucional, não elenca a regularidade fiscal entre os parâmetros a partir dos quais a habilitação dos licitantes seria exclusivamente

⁸ Mestre em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado empregado público da Petróleo Brasileiro S.A. (PETROBRAS). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3420590089086732>. Contato: guileao@uol.com.br.

apreciada (artigo 58 da Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016). E nesse ponto, difere-se não só da lei geral de licitação e contratação para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais (artigo 27, inciso IV, e 29, inciso III, da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993) e do regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil (artigo 34, inciso II, da Lei n. 13.019, de 31 de julho de 2014), mas também de outras nas quais buscou inspiração em diversos aspectos, como a do pregão (artigo 4º, inciso XIII, da Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002) e a do Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC (artigo 14, inciso IV, da Lei n. 12.462, de 4 de agosto de 2011).

Apesar disso, 22 das 46 estatais diretamente controladas pela União preveem a comprovação de regularidade para com a Fazenda Nacional como requisito de habilitação em seus regulamentos internos de licitações e contratos, o que corresponde a um percentual de 47,83%: 1) Agência Brasileira Gestora de Fundos Garantidores e Garantias - ABGF (item 3.17.14, alínea *a*); 2) Banco do Nordeste do Brasil S.A. - BNB (artigo 84, inciso IV); 3) Centrais Elétricas Brasileiras S.A. - ELETROBRAS (artigo 65, número 2); 4) Companhia Brasileira de Trens Urbanos - CBTU (artigos 41, 42, 45, inciso III, 93, parágrafo 3º, 138, inciso II, e 140, inciso I); 5) Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba - CODEVASF (artigo 72, parágrafo 1º, inciso VI); 6) Companhia de Entrepostos e Armazéns Gerais de São Paulo - CEAGESP (item 2.11.1, número 3, alínea *n*); 7) Companhia de Pesquisa de Recursos Minerais - CPRM (artigo 53, inciso IV); 8) Companhia Docas do Ceará - CDC (artigo 72, inciso II); 9) Companhia Docas do Espírito Santo - CODESA (artigo 67, parágrafo único, inciso II); 10) Companhia das Docas do Estado da Bahia - CODEBA (artigos 96, inciso II, e 99, inciso IV); 11) Companhia Docas do Rio de Janeiro - CODERJ (itens 3.63.1, alíneas *c* e *d*, 5.9.1.1 e 5.9.2.2, inciso II); 12) Companhia Docas do Rio Grande do Norte - CODERN (artigo 97, incisos II, IV e V); 13) Companhia Nacional de Abastecimento - CONAB (artigo 413, inciso XVII); 14) Empresa Brasil de Comunicação S/A - EBC (artigo 70, IV); 15) Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás

Natural S.A. - Pré-Sal Petróleo S.A. - PPSA (artigo 56, inciso II); 16) Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - INFRAERO (artigos 19, parágrafo 1º, alínea *d*, e 27, parágrafo 3º); 17) Empresa Gestora de Ativos - EMGEA (item 3.2.11.14, alínea *c*); 18) Empresa de Trens Urbanos de Porto Alegre S.A. - TRENSURB (artigos 61, parágrafo 4º, 96, inciso VII, e 99); 19) Financiadora de Estudos e Projetos - FINEP (artigo 124, alínea *e*); 20) Hospital Nossa Senhora da Conceição S.A. - GHC (artigo 234, inciso I, alínea *a*, número 13); 21) Indústria de Material Bélico do Brasil - INBEL (artigo 87); e 22) Indústrias Nucleares do Brasil S.A. - NUCLEP (item 3.1, inciso IV, alínea *c*).

O fundamento legal para tal exigência pode estar no artigo 4º, *caput*, do Decreto-Lei n. 1.715, de 22 de novembro de 1979, que, sem ter sido expressamente revogado, faculta às empresas públicas e às sociedades de economia mista criadas, instituídas ou mantidas pela União, deixarem de contratar com pessoas que se encontrem em débito com a Fazenda Nacional.

Nesse sentido, o presente artigo tem por objetivo geral analisar a legitimidade da exigência de comprovação de regularidade para com a Fazenda Pública na habilitação de interessados em contratar com as empresas públicas, as sociedades de economia mista e suas subsidiárias. E por objetivo específico analisar se o preceito do artigo 4º, *caput*, do Decreto-Lei n. 1.715/1979 continua vigente.

Para isso, adotar-se-ão como hipóteses as de que o artigo 4º, *caput*, do Decreto-Lei n. 1.715/1979: a) não foi revogado tacitamente pelo artigo 86 do Decreto-Lei n. 2.300, de 21 de novembro de 1986; b) foi recepcionado pelos artigos 21, inciso XVII, em sua redação originária, e pelo artigo 37, inciso XXI, ambos da CRFB; c) não foi revogado tacitamente pelos artigos 1º, parágrafo único, 27, inciso IV, e 29, inciso III, da Lei n. 8.666/1993; e d) não foi revogado tacitamente pelo artigo 58 da Lei n. 13.303/2016.

A metodologia será descritiva e qualitativa, eminentemente baseada em revisão de literatura de ramos do conhecimento como o Direito Administrativo, o Direito Constitucional e o Direito Econômico. As posições

doutrinárias e jurisprudenciais serão pesquisadas tanto em meios físicos (livros) quanto em meios eletrônicos (artigos científicos, acórdãos).

No que tange ao referencial teórico da reflexão, a análise jurídica nortear-se-á, fundamentalmente, pelo princípio da especialidade como técnica de resolução de conflitos aparentes de normas, bem como pelo pragmatismo da Escola da Análise Econômica do Direito (POSNER, 2014), enquadrando-se na taxonomia jurídica mais contemporânea em áreas do Direito Público como o Direito Administrativo Econômico (CARDOZO *et al.*, 2006; STOBER, 2012; SUNDFELD, 2006), o Direito Administrativo Empresarial (SOUTO, 2006) e o Direito Constitucional Econômico (MENDONÇA, 2018).

Como resultados, são esperadas as confirmações das quatro hipóteses levantadas, em razão da aparente compatibilidade da faculdade conferida pelo artigo 4º, *caput*, do Decreto-Lei n. 1.715/1979 com a diversidade das sociedades estatais (dependentes *versus* não dependentes; empresas públicas *versus* sociedades de economia mista; prestadoras de serviço público *versus* exploradoras de atividade econômica em sentido estrito; monopolísticas *versus* concorrenciais) e com a peculiaridade de serem, por um lado, pessoas jurídicas de direito privado que exploram atividade econômica organizada e, por outro, entidades integrantes da Administração Pública indireta e instrumentos de política pública de intervenção autorizada no Estado no domínio econômico.

Caso tais resultados sejam obtidos, a conclusão tende a ser no sentido da legitimidade da exigência, pelas empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, de regularidade exclusivamente perante a Fazenda do ente ao qual estão vinculadas, desde que esse requisito de habilitação venha expressamente previsto no regulamento interno de licitações e contratos ou nos editais de procedimentos excludentes ou não (como o credenciamento).

Palavras-chaves: Licitação; habilitação; certidão negativa; tributos.

REFERÊNCIAS:

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Empresas estatais:** o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista. 2. ed. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BARCELOS, Dawison; TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Licitações e contratos nas empresas estatais:** regime licitatório e contratual da Lei 13.303/2016. Salvador: Juspodivm, 2018.

BITTENCOURT, Sidney. **A nova Lei das Estatais:** novo regime de licitações e contratos nas empresas estatais. Leme: JH Mizuno, 2017.

BRASIL. [Constituição de 1988]. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.** Brasília, DF: Diário Oficial da União, 5 out. 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

Acesso em: 23 ago. 2020.

_____. **Decreto-Lei nº 1.715, de 22 de novembro de 1979.** Regula a expedição de certidão de quitação de tributos federais e extingue a declaração de devedor remisso. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 23 nov. 1979. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1715.htm. Acesso em: 23 ago.

2020.

_____. **Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986.** Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 25 nov. 1986. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2300-86imprensa.htm. Acesso em: 23 ago. 2020.

_____. **Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998.** Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do

Distrito Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 5 jun. 1998. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm.

Acesso em: 23 ago. 2020.

_____. **Lei nº 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. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 27 out. 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em: 23 ago. 2020.

_____. **Lei nº 8.666, de 21 de julho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 23 ago. 2020.

_____. **Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002.** Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 18 jul. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10520.htm. Acesso em: 23 ago. 2020.

_____. **Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.** Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de

maio de 1998. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 5 ago. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm. Acesso em: 23 ago. 2020.

_____. **Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014.** Estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação; define diretrizes para a política de fomento, de colaboração e de cooperação com organizações da sociedade civil; e altera as Leis nºs 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.790, de 23 de março de 1999. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1º ago. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13019.htm. Acesso em: 23 ago. 2020.

CARDOZO, José Eduardo Martins et al (coord.). **Curso de Direito Administrativo Econômico.** vol. III. São Paulo: Malheiros, 2006.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel et al. **Comentários à Lei das Estatais – Lei nº 13.303/2016.** Belo Horizonte: Fórum, 2019.

GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Lei das Estatais: comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016 - Lei das Estatais.** Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo.** 2. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

NIEBUHR, Joel Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. **Licitação e contratos das estatais.** Belo Horizonte: Fórum, 2018.

POSNER, Richard A. **Economic analysis of Law.** 9. ed. Chicago: Wolters Kluwer Law & Business, 2014.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Empresarial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

STOBER, Rolf. **Direito Administrativo Econômico Geral**. Tradução de Antonio Francisco de Sousa. São Paulo: Saraiva, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006.

O RECONHECIMENTO LEGISLATIVO DE ESPÉCIES DE DEFICIÊNCIA: UM ENTRAVE À EFETIVAÇÃO DO MODELO BIOPSISSOCIAL

Guilherme Carneiro Leão Farias⁹

O presente artigo tem por objeto investigar o reconhecimento legislativo de categorias, subcategorias e espécies de deficiência na República Federativa do Brasil. Esse Estado Federal de dimensões continentais tem a peculiaridade de ser composto por quatro classes de entes dotados de autonomia diretamente decorrente do Poder Constituinte: a União (ente central), vinte e seis Estados, o Distrito Federal e 5.570 Municípios (em 2020) (entes periféricos).

A Constituição da República, promulgada em 5 de outubro de 1988 (CRFB), atribui competência para legislar sobre proteção e integração social das pessoas com deficiência concorrentemente à União, aos Estados e ao Distrito Federal (artigo 24, inciso XIV, da CRFB), mas reserva aos Municípios competência para “suplementar a legislação federal e estadual no que couber” (artigo 30, inciso II, da CRFB). Além disso, atribui competência material comum a todos os entes federativos para cuidar da proteção e da garantia das pessoas com deficiência (artigo 23, inciso II, da CRFB).

Em 1º de agosto de 2008, o País ratificou a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPcD) e seu

⁹ Mestre em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado empregado público da Petróleo Brasileiro S.A. (PETROBRAS). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3420590089086732>. Contato: guileao@uol.com.br.

Protocolo Facultativo, assinados em Nova York em 30 de março de 2007. Em 26 de agosto de 2009, esses dois tratados internacionais sobre direitos humanos foram os primeiros formalmente internalizados ao ordenamento jurídico brasileiro com **status** equiparado ao de emendas à Constituição da República (artigo 5º, parágrafo 3º, da CRFB combinado com Decreto Legislativo n. 186, de 9 de julho de 2008, e Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009). Essa internalização normatizou no topo da pirâmide normativa brasileira o chamado modelo biopsicossocial de deficiência, segundo o qual pessoas com deficiência incluem “aquelas que têm impedimentos de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas” (Artigo 1, segundo parágrafo, da CDPcD).

A efetivação dessa nova definição de um grupo vulnerável, intencionalmente aberta e incompatível com enumeração exaustiva, depende da eliminação de resquícios do modelo individual ou médico na legislação infraconstitucional, mas, por outro lado, em razão da cláusula geral de interpretação **pro homine** dos tratados sobre direitos humanos (Artigo 4.4 da CDPcD), a inovação não pode negar direitos afirmados à luz da visão superada.

A delimitação desse público-alvo é especialmente relevante para a reserva de percentual de cargos e empregos públicos do artigo 37, inciso VIII, da CRFB. Essa ação afirmativa, uma das poucas criadas diretamente pelo Constituinte Originário, consagra autêntico princípio implícito de não-discriminação e de promoção da diversidade na composição dos quadros da Administração Pública.

Nesse sentido, os objetivos específicos deste trabalho são identificar as condições inequivocamente reconhecidas como categorias, subcategorias e espécies de deficiência nas legislações da União, dos Estados (26), do Distrito Federal e dos Municípios-sede de Capitais dos Estados (26); e classificar esse reconhecimento legislativo quanto ao âmbito de eficácia

(nacional e subnacional, este dividido em estadual, distrital e municipal), quanto à literalidade (explícito ou implícito) e quanto à extensão (irrestrito ou restrito).

A metodologia adotada foi descritiva e quantitativo-qualitativa, eminentemente baseada em coleta de dados legislativos e em revisão de literatura nacional e estrangeira especializada em Direito Administrativo (CARVALHO FILHO, 2018), Direito Constitucional (CANOTILHO, 2003; MAZZUOLI, 2018; MENDES *et al.*, 2009), Direito da Pessoa com Deficiência (BARBOZA; ALMEIDA, 2018; DANTAS, 2016; MADRUGA, 2018; ROSTELATO, 2009), Direito do Trabalho (LORENTZ, 2016; SILVA, 2013), Direitos Humanos (RAMOS, 2013 e 2018), Direito Internacional Público (BANTEKAS *et al.*, 2018) e Políticas Públicas (ALABALADEJO, 2014; DIGIOVANI; NOGUEIRA, 2018; DUNN, 2018; HARGUINDÉGUY, 2015). Os dados legislativos foram coletados em sítios oficiais na **Internet**, mantidos pela Presidência da República, pela Câmara dos Deputados, pelo Senado Federal, pelas Assembleias Legislativas, pela Câmara Legislativa do Distrito Federal, pelas Câmaras Municipais e pelas Prefeituras dos Municípios sedes das Capitais dos Estados. Já os dados bibliográficos foram coletados em artigos científicos, cursos, manuais e compêndios.

O marco teórico da reflexão baseou-se nas ideias de justiça distributiva (ARISTÓTELES, 2017; BARROSO; OSÓRIO, 2017), luta por reconhecimento (HONNETH, 2009), discriminação positiva (BRITO FILHO, 2016; FERES JÚNIOR *et al.*, 2018; ROSTELATO, 2009; SZUPSZYNSKI, 2014), supremacia constitucional (KELSEN, 2009), força normativa da Constituição (HESSE, 1991), proibição de proteção deficiente (GAVIÃO, 2008; GERVASONI; LEAL, 2014) e estado de coisas inconstitucional (CAMPOS, 2019). Numa taxonomia contemporânea, o trabalho enquadra-se no domínio dos Estudos sobre Deficiência (**Disability Studies**) (BARNES; MERCER, 2010; DINIZ, 2007; SHAKESPEARE, 2017 e 2018).

A hipótese testada é a de que a legislação infraconstitucional brasileira ainda reflete o modelo médico (**medical model**) ao definir o público-alvo da Política Nacional para a Inclusão das Pessoas com Deficiência (Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989, regulamentada pelo Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999).

Os resultados obtidos confirmam essa hipótese, identificando um total de 49 impedimentos (**impairments**), incluindo os de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, com pelo menos um tipo de reconhecimento legislativo inequívoco como deficiência (**disability**), baseado em critérios exclusivamente médicos, majoritariamente extraídos da nona e da décima revisões da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde (CID), da Organização Mundial da Saúde (OMS).

Com pelo menos um tipo de reconhecimento legislativo inequívoco em âmbito nacional e/ou federal, foram identificadas oito categorias, seis subcategorias e quinze espécies: 1) deficiência física (em sentido estrito) [categoria]; 2) deficiência motora [subcategoria]; 3) paralisia cerebral (PC) [espécie]; 4) -plegias e paresias [espécies]; 5) amputação ou ausência de membro [espécies]; 6) deformidade congênita ou adquirida em membro [espécies]; 7) ostomia [espécie]; 8) nanismo [espécie]; 9) deficiência psicossocial [categoria]; 10) Transtorno do Espectro Autista (TEA) [espécie]; 11) deficiência intelectual [categoria]; 12) deficiência sensorial [categoria]; 13) deficiência visual [subcategoria]; 14) cegueira [espécie]; 15) baixa visão [espécie]; 16) visão monocular [espécie]; 17) deficiência auditiva [subcategoria]; 18) surdez bilateral [espécie]; 19) surdocegueira [espécie]; 20) deficiência de fala [categoria]; 21) deficiência decorrente de causa patológica [categoria]; 22) deficiência decorrente de doença crônica [subcategoria]; 23) deficiência decorrente de doença rara [subcategoria]; 24) deficiência decorrente de doença genética [subcategoria]; 25) deficiência decorrente de síndrome [categoria]; 26) “Síndrome de Talidomida” [espécie]; 27) Síndrome Congênita do Zika Vírus [espécie]; 28) Síndrome do X Frágil [espécie]; e 29) deficiência múltipla [categoria].

Com pelo menos um tipo de reconhecimento legislativo inequívoco em âmbito exclusivamente subnacional (estadual, distrital e/ou municipal), foram identificadas duas categorias, uma subcategoria e dezessete espécies: 30) deformidade congênita ou adquirida na face [espécie] (no Distrito Federal – 1,89%); 31) fissura palatina [espécie] (em sete Estados, no Distrito Federal e em uma Capital – 16,98%); 32) fissura labiopalatina [espécie] (em sete Estados, no Distrito Federal e em uma Capital – 16,98%); 33) lesão cerebral traumática (LCT) [espécie] (em três Estados e no Distrito Federal – 7,55%); 34) Transtornos Globais do Desenvolvimento (TGD) [subcategoria] (em quatro Estados e em quatro Capitais – 15,09%); 35) Transtorno de Déficit de Atenção/Hiperatividade (TDAH) [espécie] (em um Estado – 1,89%); 36) surdez unilateral [espécie] (em nove Estados, no Distrito Federal e em nove Capitais – 35,85%); 37) deficiência orgânica [categoria] (em três Estados, no Distrito Federal e em uma Capital – 9,43%); 38) impedimento decorrente de doença renal crônica [espécie] (em dez Estados, no Distrito Federal e quatro Capitais – 16,98%); 39) impedimento decorrente da condição de transplantado [espécie] (em cinco Estados, no Distrito Federal e em três Capitais – 16,98%); 40) deficiência imunológica [categoria] (no Distrito Federal e em duas Capitais); 41) impedimento decorrente de doença do sistema nervoso central ou periférico que prejudique a capacidade de ambulação ativa, a apreensão ou a sustentabilidade [espécie] (em um Estado – 1,89%); 42) impedimento decorrente do diabetes [espécie] (em dois Estados – 3,77%); 43) impedimento decorrente da Doença de Parkinson [espécie] (em um Estado e em uma Capital – 3,77%); 44) impedimento decorrente da hanseníase [espécie] (em seis Estados e em duas Capitais – 15,09%); 45) impedimento decorrente da artrose grave [espécie] (em dois Estados – 3,77%); 46) impedimento decorrente da fibromialgia [espécie] (em três Estados e em quatro Capitais – 13,21%); 47) impedimento decorrente da obesidade mórbida [espécie] em um Estado – 1,89%); 48) Síndrome de Von Recklinghausen (neurofibromatose) [espécie] (em dez Estados e em uma Capital – 20,75%); e 49) Síndrome de Down [espécie] (em dez Estados, no Distrito Federal e em oito Capitais – 35,85%).

Ao final, conclui-se que passados dez anos da internalização formal da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência com **status** de ato constitucional por equiparação, a efetivação do modelo biopsicossocial de deficiência é comprometida por uma legislação infraconstitucional que continua a enumerar taxativamente e com base em critérios exclusivamente médicos os destinatários das políticas públicas inclusivas. A aposta em reconhecimentos legislativos pontuais – como se necessários fossem – gera um inaceitável estado de insegurança jurídica e em nada contribui para a identificação e a remoção das barreiras erguidas pela sociedade. É urgente a regulamentação do artigo 2º, parágrafo 2º, da Lei 13.146, de 6 de julho de 2015 (Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência - Estatuto da Pessoa com Deficiência), que determina a criação, pelo Poder Executivo, de instrumentos e modelo único de avaliação biopsicossocial da deficiência. Além disso, é fundamental que se deflagre o controle concentrado e em abstrato de convencionalidade, a fim de se afastar da disciplina da Política Nacional para a Inclusão das Pessoas com Deficiência as interpretações incompatíveis com a definição do Artigo 1, segundo parágrafo, da CDPcD.

Palavras-chave: Deficiente; Modelo Médico; Modelo Social; Necessidades especiais; Minorias.

REFERÊNCIAS

ALBALADEJO, Gema Pastor (ed.). **Teoría y práctica de las políticas públicas**. Valência: Tirant Lo Blach, 2014.

ARISTÓTELES. **Ethica Nichomachea V 1-15**: tratado da justiça. São Paulo: Odisseus, 2017.

BANTEKAS, Ilias *et al.* (ed.). **The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities**: a commentary. Londres: Oxford, 2018.

BARBOZA, Heloísa Helena; ALMEIDA, Vítor (coord.). **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência à luz da Constituição da República**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BARNES, Colin; MERCER, Geof. **Exploring disability: a sociological introduction**. 2. ed. Malden: Polity, 2010.

BARROSO, Luís Roberto; OSÓRIO, Aline Rezende Peres. **Sabe com quem está falando?** Algumas notas sobre o princípio da igualdade no Brasil contemporâneo. Disponível em http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/SELA_Yale_palestra_igualdade_versao_fina.pdf. Acesso em: 31 jul. 2020.

BRASIL. [Constituição de 1988] **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 31 jul. 2020.

_____. **Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999**. Regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 21. dez. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm. Acesso em: 31 jul. 2020.

_____. **Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 26 ago. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 31 jul. 2020.

_____. **Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989**. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação

do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 25 out. 1989. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7853.htm. Acesso em: 31 jul. 2020.

_____. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF: Diário Oficial da União, 7 jul. 2015. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em: 31 jul. 2020.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Ações afirmativas**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azeredo. **Estado de coisas inconstitucional**. 2. ed. rev. atual. ampl. Salvador: Juspodivm, 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

DANTAS, Lucas Emanuel Ricci. **Políticas públicas e Direito: a inclusão da pessoa com deficiência**. Curitiba: Juruá, 2016.

DI GIOVANNI, Geraldo; NOGUEIRA, Marco Aurélio (org.). **Dicionário de políticas públicas**. 3. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2018.

DINIZ, Débora. **O que é deficiência?** Brasília: Brasiliense, 2007.

DUNN, William N. **Public policy analysis: an integrated approach**. 6. ed. Nova York e Londres: Routledge, 2018.

FERES JÚNIOR, João *et al.* **Ação afirmativa: conceito, história e debates**. Rio de Janeiro: EdUERj, 2018.

GAVIÃO, Juliana Venturella Nahas. A proibição de proteção deficiente. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 61, mai./out. 2008, p. 93-111.

Disponível em:

https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1246460827.pdf.

Acesso em: 31 jul. 2020.

GERVASONI, Tamiris Alessandra; LEAL, Mônica Clarissa Hennig. O controle de políticas públicas pelo Judiciário com fundamento no princípio da proibição de proteção insuficiente. **Revista Jovens Pesquisadores**, Santa Cruz do Sul, v. 4, n. 3, p. 125-137, 2014.

HARGUINDÉGUY, Jean-Baptiste. **Análisis de políticas públicas**. 2. ed. Madri: Tecnos, 2015.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. 2. ed. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 8. ed. Tradução de J. Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LORENTZ, Lutiana Nacur. **A norma da igualdade e o trabalho das pessoas com deficiência: à luz da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, de 2006, e do Estatuto das Pessoas com Deficiência – Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015**. São Paulo: LTr, 2016.

MADRUGA, Sidney. **Pessoa com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. Linguagem dos direitos e a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Direitos humanos e direitos fundamentais: diálogos contemporâneos**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 11-37.

ROSTELATO, Telma Aparecida. **Portadores de deficiência e prestação jurisdicional**. Curitiba: Juruá, 2009.

SHAKESPEARE, Tom. **Disability: the basics**. Londres e Nova York: Routledge, 2018.

_____. The social model of disability. In: DAVIS, Lennard J. (ed.). **The disability studies reader**. 5. ed. Londres e Nova York: Routledge, 2017, p. 195-203.

SILVA, Diego Nassif da. **Inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho: o conceito de pessoa com deficiência e sua aplicação jurídica**. Curitiba: Juruá, 2013.

SZUPSZYNSKI, Vanessa del Río. **Direito à ação afirmativa: conceito, validade e condições necessárias para realização em matéria de emprego e ocupação**. São Paulo: LTr, 2014.

LGPD E SAÚDE PÚBLICA: A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS EM MEIO À PANDEMIA DA COVID-19

Mariana Randon Savaris¹⁰

Palavras-chave: Covid-19; LGPD; proteção de dados; dados sensíveis; saúde pública.

CONTEXTUALIZAÇÃO:

O emprego utilitarista de tecnologias de informática e de telecomunicação – outrora frequentemente associado às distopias de Aldous Huxley e George Orwell – já é aspecto elementar da atual sociedade da informação. Tal realidade é mais sutil e menos amedrontadora que as ficções distópicas, porém, não menos preocupante (GEDIEL; CORRÊA, 2008, p. 142).

A sociedade da informação é caracterizada por alterações na percepção do tempo e da distância, pela ubiquidade, pela diluição de barreiras e pelo acentuado aumento no fluxo de dados e informações (EFING, 2015, p. 193). Devido à amplificação de processamentos eletrônicos, não há mais dados juridicamente irrelevantes (MENDES; DONEDA, 2018, p. 24).

¹⁰ Pós-graduanda em Licitações e Contratos Administrativos pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Integrante do Núcleo Discente de Direito Administrativo da UFPR (NUDDA/UFPR). Advogada. Contato: marianarandonsavaris@gmail.com.

Nesse contexto, foi sancionada a Lei nº 13.709/2018, Lei Geral de Produção de Dados (LGPD), um grande avanço para a proteção de dados pessoais no Brasil.

A Lei entrou em vigor em 18 de setembro de 2020, em meio à emergência de saúde pública decorrente da pandemia da Covid-19, que tem sido uma verdadeira lente de aumento (VALGAS, 2020). A excepcionalidade das atuais circunstâncias evidenciou o grande número de dados pessoais que circulam pelas mais diversas instâncias sociais, com destaque para o manuseio de dados em prontuários médicos (em especial, na telemedicina); em órgãos de pesquisa; e no monitoramento de pacientes infectados.

Portanto, as discussões da literatura jurídica sobre a LGPD ascendem em um momento crucial, em que se torna indispensável e urgente a consolidação de um cenário mais incisivo na proteção de dados pessoais.

JUSTIFICATIVA:

A exposição ilegal de dados de prontuários médicos não é uma realidade meramente hipotética. A título ilustrativo, cita-se o caso do aplicativo “E-Saúde”, do Ministério da Saúde, que, em 2018, devido a uma brecha no mecanismo de segurança, expôs informações pessoais de inúmeros brasileiros durante mais de sete meses (FELITTI, 2020).

Os aplicativos desenvolvidos para o auxílio no controle da Covid-19 também não estão imunes a brechas de segurança. No Brasil, atenção mais acentuada deve ser direcionada ao aplicativo “Coronavírus – SUS”, desenvolvido pelo Ministério da Saúde para, a partir de dados fornecidos pelos próprios usuários e sem identificá-los, via *Bluetooth*, alertar usuários que tiveram contato com pessoas que testaram positivo para Covid-19 (GONÇALVES, 2020).

Vários casos internacionais também evidenciam a importância do estudo da proteção de dados, tendo em vista a implementação de tecnologias de rastreamento populacional para monitoramento de infectados. Ao sistema chinês “*Sesame Credit*”, por exemplo, foi adicionado um aplicativo cuja tecnologia exibe um código QR, que altera sua cor conforme o nível de liberdade e o risco de contágio dos cidadãos. Em Hong Kong, utilizou-se o aplicativo “*StayHomeSafe*”, operacionalizado por meio de um sensor, colocado no pulso de pessoas em quarentena, que monitora a localização do indivíduo (VIANA; SALGADO, 2020).

Ademais, a utilização de dados pessoais para pesquisas científicas e estatísticas também passou a ser discutida. Nesse sentido, cite-se a Medida Provisória nº 954/2020 que, muito embora já tenha encerrado seu prazo de vigência e, outrora, tido seus efeitos suspensos pelo Supremo Tribunal Federal, foi editada para permitir o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) – para fins de suporte a estudos estatísticos oficiais durante a pandemia da Covid-19.

É notório, portanto, que a discussão acerca da proteção de dados pessoais não poderia ser mais imprescindível, e a LGPD tende a acelerar o processo de adequação do cenário jurídico brasileiro à atual realidade tecnológica e pandêmica (bem como à realidade pós-pandêmica, preparando o ordenamento jurídico para eventuais futuras emergências).

PROBLEMA:

Em uma sociedade eminentemente tecnológica, a tutela da intimidade pressupõe o controle, pelo indivíduo, do acesso e do uso de todos os dados que compõem sua identidade pessoal e possibilitam o livre desenvolvimento de sua personalidade (GEDIEL; CORRÊA, 2008, p. 143). Nessa lógica, os dados pessoais podem ser considerados projeções diretas da personalidade e, por conseguinte, qualquer tratamento inadequado de dados é

um risco em potencial aos direitos constitucionais fundamentais (MENDES; DONEDA, 2018, p. 24) – especialmente, os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem (art. 5º, inc. X, CF/88).

Na sociedade da informação, ampliou-se consideravelmente o leque de tecnologias disponíveis para o tratamento de dados pessoais. Ao mesmo tempo, o atual contexto de pandemia exige respostas rápidas e carrega um aumento expressivo no compartilhamento de informações. Sendo assim, naturalmente, o cenário é favorável à utilização de mecanismos tecnológicos excepcionais. Contudo, justamente pela sensibilidade do momento, ainda maior deve ser a atenção dedicada à averiguação das decisões políticas e jurídicas adotadas, para que sejam assegurados seu caráter democrático, sua coerência e sua proporcionalidade.

OBJETIVOS:

O objetivo geral do presente trabalho está na averiguação e na sistematização das principais consequências que a LGPD trará ao regime jurídico de tratamento de dados pessoais de saúde no Brasil, em um cenário pandêmico e pós-pandêmico. Para tanto, visa-se à sistematização do que a literatura jurídica tem discutido acerca da proteção de dados pessoais sensíveis, dando-se destaque às colaborações da LGPD para o setor de saúde pública.

Com isso, busca-se fundamentar, de forma consistente, que as sensibilidades e as peculiaridades antes já relevantes para o tratamento de dados de saúde – devido às inovações tecnológicas da sociedade da informação – devem ser objeto de cuidado ainda maior frente ao hiperdimensionamento proporcionado pela emergência de saúde pública da Covid-19.

HIPÓTESE:

Entende-se que a LGPD entrou em vigor em um momento de pandemia no qual será de extrema importância para o estímulo a um tratamento de dados pessoais seguro e adequado. O atual cenário intensifica a relevância de um diploma normativo destinado ao tratamento de dados, já tão essencial à saúde pública em tempos de normalidade.

A observância às determinações da LGPD, por parte das autoridades do setor público que têm acesso e/ou realizam tratamento de dados pessoais de saúde – com a devida implementação de planos de boas práticas e governança – colaborará com a adequação, legalidade e constitucionalidade da gestão de dados sensíveis no Brasil. A normativa traz à tona elementos que poderão facilitar o tratamento de dados pessoais voltados às políticas públicas e aos estudos científicos (ALMEIDA et al., 2020, p. 2489).

METODOLOGIA:

Trata-se de pesquisa documental, de caráter exploratório e natureza qualitativa. Parte-se da revisão bibliográfica, cotejada com a análise dos diplomas legais relacionados (com foco na LGPD), a fim de compilar posicionamentos acerca (i) do contexto da promulgação e do início da vigência da LGPD; (ii) das contribuições da LGPD para a proteção de dados pessoais de saúde no setor público; (iii) da proteção de dados de prontuários médicos no contexto de pandemia; (iv) da proteção de dados pessoais utilizados por órgãos de pesquisas para estudos científicos e estatísticos; e (v) do tratamento de dados pessoais para o monitoramento de pacientes infectados na atual emergência de saúde pública da Covid-19.

A partir das informações reunidas, o tema será explorado concomitantemente à sistematização das conclusões necessárias a uma análise mais precisa do objeto de estudo, qual seja: as principais consequências da LGPD na proteção de dados pessoais de saúde, no setor público, em meio à pandemia e em um cenário imediatamente posterior.

O método empregado é dedutivo. Inicia-se na hipótese geral de que a LGPD alterará substancialmente o cenário de proteção de dados de saúde tratados por órgãos e entidades do Poder Público, ao mesmo tempo em que as sensibilidades desses dados serão intensificadas pela pandemia da Covid-19. Após a análise da revisão bibliográfica realizada, verificar-se-á, a partir de exemplos concretos, se a tendência pode ser constatada na prática jurídica atual.

REFERENCIAL TEÓRICO:

Entende-se por “tratamento de dados” as análises e as aplicações de tecnologias da informática e da telecomunicação aos dados e informações, de modo a atribuí-los valor político e econômico (GEDIEL; CORRÊA, 2008, p. 144). Como a LGPD apresenta um conceito amplo de dados pessoais (utilizados no setor público e privado), o sistema de proteção de dados deve ser atribuído à Administração Pública direta e indireta, em todas as suas esferas, independentemente das atividades desempenhadas (BUCAR; OLIVEIRA, 2020, p. 904).

A LGPD classifica dados pessoais de saúde como dados pessoais sensíveis (art. 5º, inc. II). Segundo Bruno Ricardo Bioni (2020, p. 84), os dados sensíveis são assim categorizados por carregarem conteúdo dotado de uma vulnerabilidade específica: a possibilidade de discriminação. Por esse motivo, as leis de proteção de dados pessoais, mundialmente, costumam atribuir um regime jurídico mais protetivo a esse elenco de dados.

Em vista disso, a LGPD permite o tratamento de dados pessoais sensíveis, independentemente do consentimento do titular, apenas quando indispensável para (i) o cumprimento de obrigação legal ou regulatória por parte do controlador; (ii) a execução de políticas públicas pela Administração Pública; (iii) a realização de estudos por órgãos de pesquisa, garantindo-se, quando possível, a anonimização; (iv) o exercício regular de direitos; (v) a proteção da vida, da incolumidade física do titular ou de terceiro; (vi) a tutela

da saúde em procedimentos executados por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; ou (vii) a prevenção à fraude e à segurança do titular (art. 11, inc. II, LGPD).

Para Daniel Bucar e Rafael C. R. Oliveira (2020, p. 908-909) a aplicação das permissões concedidas pelas alíneas ‘b’, ‘e’ e ‘f’, inc. II, da LGPD, ganha ainda mais força em meio à crise sanitária. Tais permissões poderiam auxiliar, por exemplo, na constituição de provas para embasar pedidos de quarentena ou de isolamento compulsório de pessoas contaminadas (com base no art. 3º, incs. I e II, da Lei nº 13.979/2020), em casos de eventual descumprimento de isolamento voluntário. Em uma circunstância assim, a Administração Pública poderia exigir o resultado do exame do cidadão insurgente ao estabelecimento que o realizou, para utilizá-lo como prova de que o paciente está infectado. Ademais, a mesma previsão legal poderia ensejar a utilização de mecanismos de localização a partir do tratamento de dados pessoais armazenados por *smartphones*, bem como para mapeamento de áreas com eventuais aglomerações.

Se de um lado é fato que as tecnologias digitais têm possibilitado formas de produção de conhecimento cada vez mais sofisticadas (ALMEIDA et al., 2020, p. 2488), por outro, há necessidade de respostas rápidas diante dos desafios decorrentes da pandemia de Covid-19. O resultado disso é o agigantamento da utilização de dados pessoais, de diferentes fontes. Ganha ênfase, então, o número expressivo de dados pessoais sensíveis reunidos em prontuários médicos, tanto em unidades do Sistema Único de Saúde (SUS) quanto na rede privada.

Dá-se especial relevo ao dever de privacidade e sigilo do prontuário médico no contexto atual, pois o aumento exponencial de infectados e a determinação de medidas de distanciamento social e quarentena domiciliar tornaram possível o atendimento de saúde à distância (FALEIROS JÚNIOR et al., 2020, p. 7). A telemedicina foi autorizada, em caráter excepcional e temporário, enquanto durar a pandemia, pela Portaria nº 467/2020, do Ministério da Saúde.

As peculiaridades da pandemia ainda evidenciam a sensibilidade do tratamento de dados pessoais utilizados por órgãos de pesquisas científicas e estatísticas, que correm contra o tempo para emitir relatórios capazes de colaborar com o combate à propagação da doença. Nesse ponto, o art. 13 da LGPD regulamenta a possibilidade de realização de estudos na área de saúde pública, com garantia de acesso a bases de dados pessoais por órgãos de pesquisa, desde que sejam (i) exclusivamente tratados dentro do órgão; (ii) utilizados estritamente para a finalidade da pesquisa proposta; (iii) armazenados em local seguro e controlado, conforme as práticas de segurança previstas em regulamento específico e os padrões éticos que orientam os estudos; e (iv) anonimizados ou pseudoanonimizados, sempre que possível.

A anonimização consiste na utilização de meios técnicos a fim de retirar a possibilidade de associação, direta ou indireta, dos dados a um indivíduo (art. 5º, inc. XI). A pseudoanonimização, por sua vez, pressupõe a retirada de determinada informação, que será mantida separadamente pelo controlador (em ambiente seguro e controlado), e sem a qual não é possível fazer associações diretas ou indiretas do dado a um indivíduo (art. 13, § 4º). Pode funcionar a partir da remoção de identificadores e da sua substituição por um código-chave único (ALMEIDA et al., 2020, p. 2489).

Não bastando, também ganha a atenção das “lentes de aumento” pandêmicas a tutela da intimidade ante o monitoramento de pacientes infectados pelas autoridades públicas. Brasil afora, são diversos os relatos de aplicações de sistemas de rastreamento dos cidadãos, de registro de interações pessoais e de identificação da rede de pessoas com quem determinado contaminado teve contato. As tecnologias empregadas variam do GPS ao *Bluetooth*, e até reconhecimento facial (VIANA; SALGADO, 2020).

Frise-se que, em um cenário de emergência de saúde pública, todas as decisões que envolvem o tratamento de dados pessoais devem estar de acordo com os princípios da finalidade e da necessidade (art. 6º, incs. I e III,

LGPD), de tal modo que sejam utilizadas tão somente para o cumprimento das medidas sanitárias emergenciais, com o menor ônus possível aos titulares dos dados tratados (BUCAR; OLIVEIRA, 2020, p. 909). Uma vez findo o período de exceção, medidas excepcionais e de urgência, temporariamente permitidas, podem vir a se tornar abusivas ou mesmo violar normas constitucionais.

O tratamento de dados sensíveis, não mais havendo emergência sanitária, só poderá ocorrer mediante consentimento do titular – ou caso, supervenientemente, passe a se enquadrar nas outras hipóteses do art. 11 da LGPD. Do contrário, encerrado o tratamento fundamentado na situação emergencial, se não se enquadrarem nas exceções legais (art. 16 da LGPD), os dados pessoais deverão ser eliminados (BUCAR; OLIVEIRA, 2020, p. 910).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALMEIDA, Bethania de Araujo (et al.). Preservação da privacidade no enfrentamento da COVID-19: dados pessoais e a pandemia global. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 25, jan./jun. 2020.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BUCAR, Daniel; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A Lei Geral de Proteção de Dados e a Administração Pública: por uma convergência da privacidade com o interesse público. *In*: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes (Coord.). **LGPD e administração pública**: uma análise ampla dos impactos. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

EFING, Antônio Carlos. Banco de dados, proteção da privacidade e da dignidade humana. *In*: GOLÇALVES, Oksandro; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Coord.). **Desenvolvimento e sustentabilidade**: desafios e perspectivas. Curitiba: Ithala, 2015.

FALEIROS JUNIOR, José Luiz de Moura; NOGAROLI, Rafaella; CAVET, Caroline Amadori. Telemedicina e proteção de dados: reflexões sobre a pandemia da Covid-19 e os impactos jurídicos da tecnologia aplicada à saúde. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1016/2020, p. 327-362, jun. 2020.

FELITTI, Chico. Brecha em aplicativo do SUS expôs informações de saúde até de Temer. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 26 jan. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/01/1953472-brecha-em-aplicativo-do-sus-expos-informacoes-de-saude-ate-de-temer.shtml>>. Acesso em: 20 ago. 2020.

GEDIEL, José Antônio Peres; CORRÊA, Adriana Espíndola. Proteção jurídica de dados pessoais: a intimidade sitiada entre o Estado e o mercado. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, n. 47, p. 141-153, 2008.

GONÇALVES, Siumara. Aplicativo de celular avisa se usuário teve contato com coronavírus. **A Gazeta**, Vitória, 18 ago. 2020. Disponível em: <<https://www.agazeta.com.br/es/economia/aplicativo-de-celular-avisa-se-usuario-teve-contato-com-coronavirus-0820>>. Acesso em: 21 ago. 2020.

MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Comentário à nova Lei de proteção de dados (Lei 13.709/2018): o novo paradigma da proteção de dados no Brasil. **RDC – Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 120, p. 555-587, nov./dez. 2018.

VALGAS, Rodrigo. Palestra proferida no evento “MP 966 e a responsabilização dos gestores públicos: entre o salvo conduto e a segurança”, promovido pelo Núcleo Discente de Direito Administrativo da Universidade Federal do Paraná. 16 jun. 2020. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=GZwWfdBHcY4&t=1063s>>. Acesso em: 16 jun. 2020.

VIANA, Ana Cristina Aguiar; SALGADO, Eneida Desiree. Vigilância digital em tempos de pandemia. **Jota**, 04 jun. 2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/vigilancia-digital-em-tempos-de-pandemia-04062020>>. Acesso em 11 ago. 2020.

A CAPTURA DO ESTADO POR ESTRUTURAS OLIGÁRQUICAS E A CRISE DE REPRESENTAÇÃO NO BRASIL

Matheus José Vequi¹¹ & Clovis Demarchi¹²

RESUMO: A presente pesquisa tem o objetivo de analisar as relações entre as elites políticas e econômicas destinadas a perpetuação no poder, e seu efeito sobre a democracia representativa brasileira. A problemática da pesquisa está relacionada a identificação do modo utilizado pela classe política, associada a elite econômica, para manter o poder concentrado entre seus agentes. Concluiu-se que, o principal meio de reprodução deste poder binário é o incentivo fornecido pela legislação eleitoral, que permite enorme influência dos recursos nas campanhas, proporcionando brechas para que a classe política negocie o acesso as benesses do Estado em troca de apoio financeiro nas eleições, desequilibrando a justa competição pela capacidade de alocação de recursos. Para o desenvolvimento da pesquisa, a metodologia empregada na Fase de Investigação foi a indutiva, na Fase de Tratamento de

¹¹ Mestrando do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica - PPCJ da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI (Brasil), em regime de dupla-titulação com o Mestrado em Estudos Políticos da Universidad de Caldas (Colômbia). Graduado em Direito pela Univali. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6818914510971558>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2552-1497>. Endereço eletrônico: matheusvequi@edu.univali.br.

¹² Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Professor na graduação em Direito e no Curso de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica da UNIVALI/Brasil. Líder do grupo de pesquisa em Direito Educacional e Normas Técnicas e membro do grupo de pesquisa em Direito, Constituição e Jurisdição. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9819761828844957>. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-0853-0818>. Endereço eletrônico: demarchi@univali.br.

Dados o Método Cartesiano, sendo os resultados expressados conforme a base lógica indutiva.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia; Oligarquia; Financiamento Eleitoral.

INTRODUÇÃO:

Examina-se neste estudo, o processo de manutenção do poder engendrado pelas oligarquias, a partir de uma abordagem histórica e prática dos métodos pelos quais estes se perpetuam nos postos de comando da sociedade, averiguando, da mesma forma, seus efeitos sobre a crise de representação que reverbera em todos os espaços de convívio social. Neste sentido, o objetivo geral é analisar as relações entre as elites políticas e econômicas que visam a perpetuação no poder e seus efeitos sobre a democracia representativa brasileira. A partir disto se coloca o seguinte problema: qual o modo utilizado pela classe política, associada a elite econômica, para manter o poder concentrado entre estes agentes?

Tendo em vista a problemática, apresenta-se como hipótese que o poder binário é mantido pela facilitação, por parte dos que comandam a máquina pública, do acesso da elite econômica aos negócios do Estado, estes, por sua vez, atuam para que grupos políticos favoráveis aos seus interesses se mantenham nos postos de comando. Para o desenvolvimento da pesquisa, a metodologia empregada na Fase de Investigação foi a indutiva, na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano, sendo os resultados expressados conforme a base lógica indutiva.

1. CONSIDERAÇÕES SOBRE AS OLIGARQUIAS NO BRASIL:

O poder político exercido pelas oligarquias é fisiológico no Brasil. A voz de comando nestas terras, como elucida Comparato (2017, p. 63), sempre pertenceu a classe detentora do capital privado e a classe dos agentes públicos,

exercendo juntas um poder contínuo que se retroalimenta. Ascendeu uma cultura marcada vigorosamente pelo privatismo, que pode ser notado desde a chegada dos portugueses a “Ilha de Vera Cruz, dado que os colonizadores buscaram apenas fazer valer os interesses individuais/familiares. Da mesma forma, os detentores do poder utilizam dos cargos públicos para satisfação pessoal”.

Para Faoro (2012, p. 63-87), o personalismo e o patrimonialismo são comportamentos enraizados nos costumes do brasileiro. O autor explica que nos últimos seis séculos o Brasil manteve a mesma estrutura política e social, resistente a todas as grandes alterações regimentais atravessadas. O capitalismo político não só sobreviveu como se adequou ao novo capitalismo moderno, comandando, ainda hoje, os negócios públicos. Neste sentido, o patrimonialismo deve ser entendido como a organização primária e elementar da classe política brasileira, tendo consigo um caráter burocrático, entendendo burocracia não em seu sentido moderno, mas como a apropriação do cargo público. Em um ambiente patrimonialista, como explica Holanda (1995, p. 145-146) é dificultoso distinguir a coisa pública da coisa privada. O funcionário “patrimonial” vê a gestão política como interesse particular, enxerga o cargo público como meio para obtenção de benefícios, caminho para satisfazer interesses particulares. Por sua vez, os indivíduos que ocupam as funções públicas, longe de serem escolhidos em observância aos deveres da Administração Pública, são indicados com base na confiança pessoal e nos laços sanguíneos.

Na obra “Dinheiro, eleições e poder”, Carazza (2018, p. 15) demonstra como o financiamento das campanhas eleitorais influencia as leis e as políticas adotadas no país, buscando revelar a forma de atuação dos grandes grupos de interesses no acesso aos parlamentares eleitos. O tema do financiamento eleitoral, como revela Speck (2006, p. 154), ganha cada vez mais atenção nas modernas democracias. A arrecadação para as campanhas no Brasil apresentou uma escalada vertiginosa, saltando de 994 milhões em 1994 para 4,6 bilhões em 2014, isto em valores atualizados e excluídas as doações via caixa dois, crescimento de 460% (CARAZZA, 2018, p. 25). No entanto, o número de doadores não acompanhou a mesma lógica. O maior número de realizadas por pessoas físicas foi registrado nas eleições de 2010, quando doaram 0,15% do

eleitorado nacional, aproximadamente 209 mil pessoas. Foi também neste pleito que se observou o maior número de pessoas jurídicas como doadoras, menos de 22 mil, 0,4% do total de CNPJ's registrados no país (CARAZZA, 2018, p. 43-44).

Tal realidade demonstra que o financiamento eleitoral no Brasil está concentrado em um grupo reduzido de agentes. Como efeito, há uma dependência entre os eleitos e seus financiadores, o que, segundo Speck (2006), poderá acarretar em futuras concessões de favores e vantagens aos financiadores de campanhas, garantindo privilégios aos interesses privados na máquina pública e violando os deveres de representação para com a sociedade. “Estas doações, que compram acesso ao poder ou outras vantagens, se aproximam da definição da corrupção na área administrativa” (SPECK, 2006, p. 155). No período compreendido entre as eleições de 2002 e 2014, as cinco maiores financiadoras de campanhas eleitorais juntas, ultrapassaram a marca de 1,2 bilhões reais em contribuições. São elas: a empresa do ramo alimentício, JBS S.A, e quatro empreiteiras, a OAS, a Queiroz Galvão S.A, a Camargo Corrêa e a Andrade Gutierrez (CARAZZA, 2018, p. 50). Todas as citadas foram e permanecem sendo investigadas nas operações anticorrupção. Ainda, chama mais atenção o fato de que as maiores doadoras eram justamente as empresas que mais beneficiavam-se com a manutenção das políticas governamentais de alto investimento em obras de infraestrutura, manutenção da política industrial e incentivos tributários.

A adoção do modelo de financiamento público, a instituição do Fundo Especial de Financiamento de Campanha não parece surtir efeito na diminuição da influência dos recursos sobre a política, nem nas relações perniciosas formadas entre a classe política dirigente e a elite econômica. Isto pois, a nova legislação não estabeleceu instrumentos que possibilitam a maior difusão do poder político, já que permitiu, novamente, a concentração da fonte de financiamento. A partir disto, assumiu o lugar do incerto volume de doações das grandes empresas, como fonte principal de recursos, o seguro e confiável cofre do Estado, além da figura do acionista doador. Distante da busca pela igualdade

e da diversificação das fontes de financiamento, o modelo permite a manutenção de um sistema que concentra doações de alto valor, oriundas de poucos agentes, distorcendo a competição eleitoral e permitindo a formação de laços estreitos entre político e doador, que. As regras eleitorais criam incentivos para o surgimento de laços corruptos entre a classe política e o capital privado, mesmo quando proibidas as doações de pessoas jurídicas. O conluio se mantém de modo dissimulado, geralmente por meio de propinas em grandes esquemas de corrupção que envolvem o comando de empresas estatais. A regra é que os grandes grupos de interesses sempre encontram diferentes formas de atuar e influenciar as decisões políticas

2. AGRAVAMENTO DA CRISE REPRESENTATIVA PELA CAPTURA DO ESTADO:

Diante de uma classe política que, associada a uma elite econômica, impõe uma ordem jurídica que visa a criação de mecanismos que facilitem a manutenção do próprio poder, irrompe, por consequência, uma cisão entre povo e política. Esta crise, na visão de Touraine (1996, p. 18), se deve ao fato de que “os eleitores deixaram de se sentir representados” pelos políticos, que frequentemente buscam na vida pública apenas a perpetuação no poder e o enriquecimento pessoal.

Bonavides (2001, p. 33) afirma que o descrédito da representação, se deve ao fato do seu “divórcio” dos anseios populares, estabelecido em virtude da persistência no poder de uma classe política sem ética, e do surgimento, em suas entranhas, de lideranças políticas corruptas, “sem nenhuma afinidade com os sentimentos generalizados das camadas sociais esmagadas pela pobreza”. O efeito, de modo geral, é o enfraquecimento da consciência de cidadania individual, excluindo-se diversas parcelas da sociedade que não encontram amparo nas instituições nominalmente democráticas, seja “por razões econômicas, políticas, étnicas ou culturais” (TOURAINÉ, 1996, p. 18).

Os números demonstram a insatisfação do brasileiro com o sistema representativo. Na Pesquisa “A Cara da Democracia no Brasil”, realizada em 2018 pelo Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia (INCT, 2018), apenas 19,4% dos entrevistados considerou estar satisfeito ou muito satisfeito com a democracia, menor índice desde 2002 e que já esteve em 44,4% em 2010. A mesma pesquisa revelou ainda que 53,2% dos entrevistados acreditam que um golpe militar se justificaria na hipótese de alta criminalidade. Nas urnas, de acordo com os dados emitidos pelo Tribunal Superior Eleitoral – TSE nas eleições presidenciais de 2014, somente no primeiro turno foram registradas mais de 27 milhões de abstenções, número que chegou a 30 milhões no mesmo turno do pleito de 2018. Nas disputas de segundo turno a soma subiu para 30 milhões em 2014 e 31 milhões no ano de 2018 (BRASIL, 2014). Na pesquisa “Desconfiança dos Cidadãos nas Instituições Democráticas”, elaborada pelo CESOP (2006), Centro de Estudos de Opinião Pública, 80,8% dos entrevistados afirmaram não acreditar na igualdade perante a lei, outros 49,2% acreditam que os brasileiros quase nunca conseguem ter seus direitos efetivados no campo prático.

As práticas adotadas no Brasil são o retrato do ciclo vicioso promovido por políticas extrativistas, qual tratam Acemoglu e Robinson (2012, p. 308), pois ao beneficiar determinadas empresas em certames irregulares, promove-se crescimento econômico de poucos as custas de muitos. Os beneficiados, por sua vez, possuem recursos suficientes para influenciar nas eleições, perpetuando-se no poder ou manipulando quem o possua, buscando manter as políticas extrativistas que operam em seu benefício.

CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Historicamente, as relações mantidas entre a classe política dominante e a elite econômica estabeleceram um compromisso visando a manutenção e a concentração de poder nas mãos de poucos agentes. Desta forma se garantiu o comando da máquina pública e o acesso direto da elite econômica aos negócios do Estado. Tendo em vista o problema proposto,

restou confirmada a hipótese inicial de que a concentração do poder entre as elites é mantida pela troca de favores. De modo mais específico, a classe política favorece a elite econômica em licitações públicas, contratos superfaturados nas empresas estatais, créditos subsidiados nos bancos públicos, manutenção de incentivos tributários, leis que dificultem a livre-concorrência e isenções fiscais. Por sua vez, os empresários assumem o compromisso de, mais tarde, no pleito eleitoral, financiar as campanhas políticas de seus colaboradores, para que assim mantenham o acesso as benesses oferecidas pelo Estado. A existência das oligarquias, bem como a corrupção estruturada em suas relações, impacta negativamente sobre a democracia, de modo que a captura do Estado pelas elites é também responsável pelo sentimento generalizado de não representação. Há uma necessidade de se identificar todos os elementos geradores da crise de representação, pois somente a partir disto poderá ser elaborado um prognóstico capaz de renovar a representação política, com a implementação de mecanismos de controle e transparência.

REFERÊNCIAS:

ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. **Por que as Nações Fracassam: As origens do poder, da prosperidade e da pobreza.** Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Os poderes desarmados: À margem da ciência política, do direito constitucional e da história.** Figuras do passado e do presente. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral – TSE. **Estatísticas eleitorais 2014.** Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/eleicoes/eleicoes-antteriores/estatisticas-candidaturas-2014/estatisticas-eleitorais-2014-resultados>> . Acesso em: 18 set. 2019.

CARAZZA, Bruno. **Dinheiro Eleições e Poder: As engrenagens do sistema político brasileiro.** São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

COMPARATO, Fabio Konder. **A oligarquia brasileira**: Visão histórica. São Paulo: Contracorrente, 2017.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: Formação do patronato político brasileiro. 5 ed. São Paulo: Globo, 2012.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

INSTITUTO NACIONAL DE CIÊNCIA E TECNOLOGIA – INCT. **A cara da democracia Brasil**: Satisfação com a democracia e conjuntura política no Brasil. 2018. Disponível em:

<https://docs.wixstatic.com/ugd/a46f9a_3e0985df7c7f48b7979c81f76abcdf38.pdf>.

Acesso em 25 de setembro de 2018. Acesso em 25 set. 2018.

SPECK, Bruno Wilhelm. O Financiamento de Campanhas Eleitorais. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima (Org.). **Reforma Política no Brasil**. Belo Horizonte: Editora Ufmg, 2006. TOURAINE, Alain. **O que é a democracia?** 2 ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

ANVISA E INMETRO NO COMBATE À COVID-19

*Michele de Souza e Silva*¹³

1. PROBLEMA:

A introdução de um novo vírus na população humana, causado por origem animal, cujo primeiro grupo de casos de pneumonia atípica foi detectado em Wuhan, na China, no final de 2019, virou o mundo de cabeça para baixo em 2020. A doença causada pelo novo coronavírus foi chamada pela Organização Mundial da Saúde (OMS) de Covid-19 (*Corona Virus Disease – Doença do Corona Vírus*), enquanto “19” refere-se ao ano em que os primeiros casos foram publicamente divulgados pelo governo Chinês. O objetivo das instituições envolvidas com o tema no mundo todo era conferir uma rápida e eficiente resposta ao enfrentamento do problema. Parte da solução envolveu a disponibilidade de aparelhos médicos. Assim, será que as instituições brasileiras teriam uma resposta célere e suficiente para suprir o abastecimento de ventiladores pulmonares em âmbito nacional?

2. HIPÓTESE:

Tendo a pesquisa analisado algumas iniciativas promovidas no Brasil, em especial, a política pública consubstanciada na atuação conjunta entre a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e o Instituto

¹³ Graduada pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas) em Direito, possui extensão em *Writing and the Law* pela *Harvard University*, é pós-graduada em Direito do Estado pelo Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino do Direito da UERJ. Além disso, é mestranda em Direito pela Universidade Federal Estadual do Rio de Janeiro (UNIRIO) e servidora pública federal atuando na Procuradoria Federal junto ao Inmetro (PFE/Inmetro). E-mail: mssilva@inmetro.gov.br.

Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (INMETRO) para o abastecimento de ventiladores pulmonares em âmbito nacional por meio da flexibilização de Resoluções e Portarias, a hipótese levantada por esta pesquisa é que: A cooperação do INMETRO com a ANVISA, ao simplificar os requisitos regulatórios, poderiam diminuir o cenário de crise causado pelo novo coronavírus (Covid-19).

3. MARCO TEÓRICO:

Há sempre uma preocupação singular quando se trata de tema envolvendo a área da saúde. Com a política pública adotada pela ANVISA em parceria com o INMETRO não foi diferente. A partir da necessidade do Ministério da Saúde e considerando que nem todas as empresas fabricantes de ventiladores pulmonares possuíam registros junto à ANVISA, como forma de apoiar iniciativas nacionais ao desenvolvimento de produtos e tecnologias voltadas ao combate da pandemia de Covid-19, garantindo ainda a qualidade dos equipamentos, foram editadas algumas Resoluções (RDCs) que flexibilizaram em caráter extraordinário e temporário os procedimentos para certificação compulsória dos equipamentos sob regime de Vigilância Sanitária: RDC 349/2020, RDC 356/2020 e RDC 379/2020. Cumpre-se por bem esclarecer que o processo de certificação compulsória originário (RDC 27/2011) da ANVISA não foi extinto.

Aliado às publicações da ANVISA, o INMETRO adotou algumas iniciativas no sentido de que todo o processo de demonstração da conformidade não fosse um entrave para o adequado abastecimento da rede de saúde nacional. Nesse sentido, o Inmetro publicou, inicialmente, a Portaria nº 79/2020 e, em seguida, a Portaria nº 111/2020, que aprovaram condições extraordinárias para realização das atividades de avaliação da conformidade em países afetados pela epidemia do coronavírus (Covid-19). As atividades que foram realizadas de forma remota, a depender da análise crítica de uma avaliação de risco por parte dos organismos de certificação, poderão ser repetidas de forma presencial. Assim, o Inmetro atuou de forma

complementar às determinações da ANVISA e atento às necessidades do momento em um esforço coletivo criou as flexibilizações necessárias para o momento.

No Brasil, o primeiro caso de Coronavírus (Covid-19) foi identificado em 26 de fevereiro de 2020. A primeira Resolução RDC - ANVISA acerca da flexibilização no registro de respiradores pulmonares foi editada em 19 de março de 2020 (RDC nº 349/2020) e a primeira Portaria Inmetro nesse sentido é datada de 04 de março de 2020.

Sobre o processo regulatório adequado, não são propícias as respostas imediatas, principalmente nos setores caracterizados por alta especificidade técnica. O processo de exercício do poder normativo pode ser precedido de coletas de dados, relatórios, análises de impacto regulatório e toda uma cadeia de possíveis atos que visam a informação do processo decisório. Por mais robusta que seja a capacidade institucional de um agente regulador, a condução destes processos não se dá de forma imediata, e a supressão de algumas dessas etapas pode acarretar prejuízos para o resultado final (BAPTISTA; KELLER, 2016).

Em um cenário de regularidade, a elaboração de uma Resolução ou Portaria pode levar em média 01 (um) ano, passando, por exemplo, por estudo de impacto regulatório e consulta pública. Ocorre que, o panorama trazido pela Covid-19 foi emergencial, trazendo ao gestor público o desafio de adaptar o cenário regulatório à nova realidade (escassez de ventilador pulmonar). Percebe-se, portanto, que houve uma resposta bastante célere da administração pública no enfrentamento do problema.

5. METODOLOGIA:

O objetivo dessa pesquisa foi a análise das medidas regulatórias inéditas adotadas pela ANVISA e pelo INMETRO no sentido de minorar os efeitos da maior pandemia sanitária da história universal. O estudo está relacionado com análise literária e normativa sobre o tema pertinente.

Também foi utilizada informação constante na palestra da Sociedade Brasileira de Engenharia Biomédica (SBEB, 2021).

A busca para se chegar ao objetivo indicado foi voltada para demonstração da inovadora e importante cooperação entre a ANVISA e o INMETRO envolvendo os ventiladores pulmonares, instrumentos importantes na cura da Covid-19.

6. CONCLUSÃO:

A ANVISA e o INMETRO buscaram simplificar os requisitos regulatórios, ou seja, flexibilizá-los por um período de tempo para que as empresas pudessem suprir as necessidades da sociedade.

Qualquer que seja o nível de governo, os proponentes de ações políticas tendem a buscar uma multidão de metas que afetam todos os membros da sociedade (KRAFT E FURLONG, 2019). Mas, a atuação da ANVISA e do INMETRO foi cirúrgica.

Essa rápida resposta regulatória poderia até encaixar-se na terminologia “lealdade regulatória” cunhada por BUCCI (2013), pois a regulação foi convergida às necessidades prioritárias da sociedade. A professora pontua que a “lealdade regulatória” é imprescindível para a legitimidade das decisões estatais, fundamental para a estruturação do Estado em bases democráticas.

A política pública analisada permitiu verificar que é possível uma rápida e eficaz atuação de instituições nacionais coordenada no âmbito do governo, nesse caso, Ministério da Saúde, ANVISA e INMETRO.

PALAVRAS-CHAVE: COVID-19. Saúde Pública. Política Pública. Ventiladores Pulmonares.

REFERÊNCIAS:

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA - ANVISA. Resolução da Diretoria Colegiada – **RDC nº 27/2011; RDC nº 49/2019; RDC 379/2020; RDC nº 349/2020; RDC 356/2020**. Disponível em:

<http://antigo.anvisa.gov.br/legislacao/#/>. Acesso em: nov. 2020.

BAPTISTA, P.; KELLER, C. I. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 273, p. 123-163, set./dez. 2016. p. 145.

Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/66659>. Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Resposta nacional e internacional de enfrentamento ao novo coronavírus. **Coronavirus.saude**, 2020. Disponível em:

<https://coronavirus.saude.gov.br/linha-do-tempo/>. Acesso em: 03 nov. 2020.

BUCCI, M. P. D. Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas. São Paulo: Editora Saraiva. 2013. 319 p.

IMPACTOS da RDC 349/2020, RDC 356/2020 e RDC 379/2020 na avaliação da conformidade. **PUCRS**, Porto Alegre, 30 abr. 2020. Disponível em:

<https://www.pucrs.br/labelo/impactos-da-rdc-3492020-e-rdc-3562020-na-avaliacao-da-conformidade-para-ventiladores-pulmonares/>. Acesso em: 03 nov. 2020.

INNES, J. E.; BOOHER, D. E. **Planning with complexity**: An Introduction to Collaborative Rationality for Public Policy. 2. ed. Nova Iorque: Routledge, 2018.

INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA, QUALIDADE E TECNOLOGIA - INMETRO. **Portaria 118/2015; Portaria 54/2016; Portaria 79/2020; Portaria 111/2020**. Disponível em: <http://www.inmetro.gov.br/legislacao/>. Acesso em: 13 nov. 2020.

KRAFT, M. E.; FURLONG, S. R. **Public policy**: Politics Analysis and Alternatives. 7. ed. Londres: Sage, 2019.

NASCIMENTO, J. L. G.; COSTA-FELIX, R. P. B. **Post-market evaluation of medical electrical equipment**. Suíça: Springer, 2020.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE ENGENHARIA BIOMÉDICA - SBEB. **Webinar do canal SBEB - Ao vivo. Inmetro e Anvisa no combate ao COVID-19.**

(45m46s). 09 abr. 2020. Disponível em:

<https://www.youtube.com/watch?v=nfHtTwMq3mo&feature=youtu.be>. Acesso em: 01 nov. 2021.