

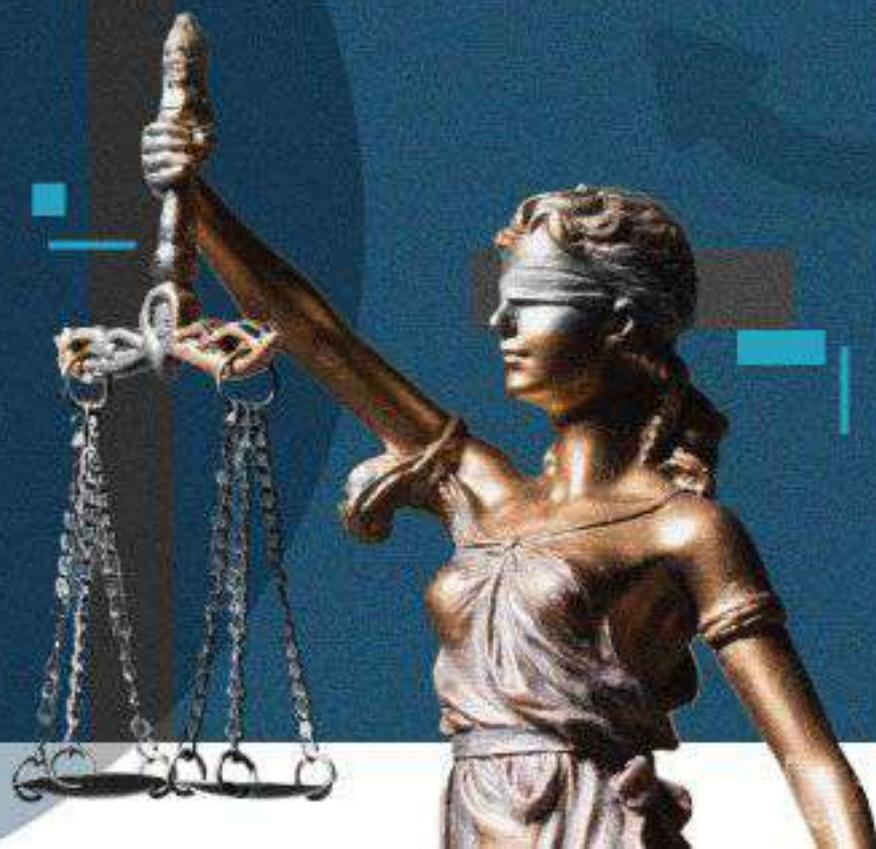


REVISTA DE  
**DIREITO E  
ATUALIDADES**

JANEIRO/MARÇO 2021

VOLUME 1. NÚMERO 1

# LIBERDADES EM TEMPOS CONTROVERSOS



idp



**CORPO EDITORIAL**

**EDITORES-CHEFE:**

Janete Ricken e João Paulo Branco

**CONSELHO EDITOR:**

Carol Bello, Davi Galletti, João Pedro Fonseca, João Pedro Pacheco, Laura Granja, Rafael Branco

**CONSELHO CONSULTIVO:**

Carlos Eduardo Elias de Oliveira

Carlos Vinícius Alves Ribeiro

Daniel Camurça Correia

Danilo Porfírio de Castro Vieira

Jailma Dantas de Souza

Flávio José Roman

Gilmar Ferreira Mendes

Janete Barros

João Trindade

João Paulo Bachur

João Paulo Branco

Prof. Marcelo do Val

Dr Marcos Dias de Oliveira

Ney de Barros Bello Filho

Paulo Gustavo Gonet Branco

Raphael Carneiro Arnaud Neto

Renata Renata Cherubim

Rodrigo Mudrovitsch

Ronaldo Silva

Ulisses Schwarz Viana



## LIBERDADES EM TEMPOS CONTROVERSOS

### SUMÁRIO

#### Artigos Acadêmicos

O DIREITO DE REUNIÃO NA ALEMANHA EM TEMPOS DE PANDEMIA  
Freedom of Assembly in Germany in Times of the Coronavirus Pandemic

*Renata Cherubim*

---

INSTRUMENTOS DE RECONHECIMENTO FACIAL E OS CONTORNOS DA LEI  
GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS ANTE A PRIVACIDADE NAS CIDADES  
(IN)INTELIGENTES.

*Guilherme Ornelas Monteiro*

---

UM ESTUDO SOBRE OS REFLEXOS DA PANDEMIA NO PACTO FEDERATIVO  
BRASILEIRO

*Victoria Bittencourt Paiva Fernandes*  
*Luciana Silva Garcia*

---

BREVES CONSIDERAÇÕES À LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LGPD)  
E SUA CONSONÂNCIA COM O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE EM  
TEMPOS DA PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS.



*Jarli Cardoso Alves*

---

SUSSIDIARIETÀ E MERCATO NELLE PRESTAZIONI DI ASSISTENZA  
SOCIALE IN ITALIA

*Rocco Junior Flacco*

---

APLICAÇÃO DAS O JUIZ CRIMINAL: UTOPIA, DISTOPIA E PROVA ILÍCITA

*Ney Barros Bello Filho*

*Luiza Borges Terra*

---

A CRIMINALIZAÇÃO DAS ATIVIDADES FINANCEIRAS E A LEI N.º 7.492/1986:  
DE UMA SOCIEDADE DE RISCO SURGE UM DIREITO PENAL DE  
INCERTEZAS

*Yuri Coelho Dias*

*Leandro Barbosa da Cunha*

*Iuri do Lago Nogueira Cavalcante Reis*

---

APLICAÇÃO DAS DECISÕES DEFINITIVAS DO SUPREMO TRIBUNAL  
FEDERAL NO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS - CARF

*Paulo Gustavo Gonet Branco*

---



PLATAFORMAS MULTILATERAIS E A NOVA ABORDAGEM ANTITRUSTE:  
COMO O CADE PODE SE REINVENTAR À LUZ DA SUA PRÓPRIA  
JURISPRUDÊNCIA?

*Gabriel Araújo Souto*

---

A ATUALIZAÇÃO DOS DÉBITOS JUDICIAIS TRABALHISTAS NA VISÃO DO  
STF

*Ives Gandra Martins Filho*

---

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E TRANSAÇÃO

*Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch*  
*Guilherme Pupe da Nóbrega*



## Carta Editorial

A edição de lançamento da Revista de Direito e Atualidades (RDA), projeto de extensão do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), tem como conteúdo um conjunto de artigos acadêmicos, científicos e culturais, que visam a proporcionar aos leitores um qualificado debate nos mais variados temas relacionados ao Direito.

A revista, idealizada por alunos da graduação do IDP, preza por promover a aproximação de integrantes do meio jurídico, dos mais variados níveis acadêmicos, com temas da maior importância no âmbito jurídico. Deseja, deste modo, estimular a pesquisa, o pensamento crítico e a produção acadêmica.

Os artigos trarão discussões sobre temas relevantes em âmbito nacional, como também em âmbito internacional.

Uma seção da revista será composta por artigos escritos por juristas convidados. A outra seção trará ao leitor artigos submetidos por autores diversos, que tiveram seus textos aprovados pelo sistema do *double blind peer review*.

Os artigos abordaram teses das mais variadas searas jurídicas, visando sempre à difusão e à atualização sobre temas de relevância para o direito.

Diante de todo o material qualificado reunido na presente edição, esperamos que a revista contribua para promover discussões, debates e divulgação de conhecimento científico qualificado.

Assim, é com grande alegria que apresentamos a edição inaugural da RDA com o tema: “LIBERDADES EM TEMPOS CONTROVERSOS”.

Janete Ricken e João Paulo Branco  
**Editores-chefe**



## O DIREITO DE REUNIÃO NA ALEMANHA EM TEMPOS DE PANDEMIA

### Freedom of Assembly in Germany in Times of the Coronavirus Pandemic

*Renata Rocha de Mello Martins Cherubim<sup>1</sup>*

In Germany, freedom of assembly is considered one of the fundamental pillars of democracy. It is due to the right to assembly that individuals can get together in order to communicate, to express their ideas, and to participate in the formation of public discourse and opinion. Specially during the pandemic, during which the German government has been taking several restrictive measures of fundamental rights in order to control the spread of the coronavirus, the right of assembly became central to certain groups of civil society, which are particularly unsatisfied with such restrictions. Since the beginning of the sanitary crisis, different judicial decisions confirmed the validity of this crucial fundamental right also in pandemic times. However, assemblies can represent a health risk, exponentiating virus transmission and jeopardizing the very measures of restriction of the virus. In a recent decision, the German Federal Constitutional Court approached the conflict between the freedom of assembly and the fundamental right of health. This article aims to describe the content of article 8 of the German Constitution and to analyze its meaning in times of the coronavirus pandemic.

Na Alemanha, a liberdade de reunião é considerada um dos pilares da democracia. É graças a essa garantia fundamental que indivíduos podem se reunir para se comunicar e tornar pública suas ideias, participando na formação do discurso e opinião públicos. Especialmente durante a pandemia, durante a qual o governo alemão vem tomando várias medidas restritivas de direitos fundamentais a fim de controlar a propagação do vírus, o direito de reunião tornou-se central para certos grupos da sociedade civil particularmente insatisfeitos com tais restrições. Ao longo da crise sanitária, diferentes decisões judiciais vem confirmando a validade deste direito fundamental, crucial também em tempos de pandemia. No entanto, as reuniões podem representar um risco sanitário, exponenciando a transmissão e comprometendo as próprias medidas de contenção do vírus. Numa decisão recente, o Tribunal Constitucional Federal alemão abordou o conflito entre a liberdade de reunião e o direito fundamental à saúde. O

---

<sup>1</sup> Orcid: <<https://orcid.org/0000-0003-1406-5924>>



objetivo do presente artigo é descrever o conteúdo do artigo 8º da Constituição alemã e analisar seu significado em tempos de pandemia.

Palavras-chave: direito de reunião; direito constitucional alemão; direitos fundamentais; coronavírus; direito à saúde; Lei federal alemã de Proteção contra Infecções; Tribunal Constitucional Federal alemão; princípio democrático; interpretação sistemática da Constituição; ponderação de princípios constitucionais.

## 1. Introdução

O direito de reunião é uma garantia constitucional considerada na Alemanha um dos pilares do regime democrático, elemento essencial para o diálogo social e a formação da opinião pública. Mesmo assim, ele não é ilimitado, e a própria constituição prevê a possibilidade de sua restrição. Com a crise do coronavírus, que assola o continente europeu desde março de 2020<sup>2</sup>, esta garantia constitucional ganhou muita relevância, principalmente para certos grupos contrários às medidas do governo de combate à pandemia, que organizam frequentemente manifestações públicas para demonstrar sua insatisfação.

No entanto, essas manifestações tem ganho uma dimensão de início inesperada, reunindo em geral milhares de pessoas em diversas cidades da Alemanha.<sup>3</sup> E como esses grupos são contrários às medidas sanitárias, o desrespeito ostensivo às regras de contato social previstas para esses eventos faz parte da encenação dos manifestantes, os quais por isso não usam a máscara obrigatória nem mantêm o distanciamento mínimo de 1,5 metro uns dos outros. Devido ao risco de contaminação, críticos vem clamando por mais limitações a essas manifestações.<sup>4</sup> Mas, diante do texto do constitucional e da importância do direito de reunião para o processo democrático, seria possível proibí-las?

---

<sup>2</sup> Para dados relativos à pandemia do coronavírus na Alemanha, conf. as informações do Robert Koch Institut. Disponível em:

<[https://www.rki.de/EN/Home/homepage\\_node.html;jsessionid=6020EEAC4D21A402BB23128261075584.internet091](https://www.rki.de/EN/Home/homepage_node.html;jsessionid=6020EEAC4D21A402BB23128261075584.internet091)> (acesso em: 6 dez. 2020.).

<sup>3</sup> Conf. Deutschlandfunk. Wer marschiert da zusammen. Disponível em:

<[https://www.deutschlandfunk.de/corona-demonstrationen-wer-marschiert-da-zusammen.2897.de.html?dram:article\\_id=483465](https://www.deutschlandfunk.de/corona-demonstrationen-wer-marschiert-da-zusammen.2897.de.html?dram:article_id=483465)> (acesso em: 6 dez. 2020). Conf. também Neumeier, disponível em: <<https://verfassungsblog.de/versammlungen-im-herzen-der-demokratie/>> (acesso em: 7 dez. 2020)

<sup>4</sup> Conf. ARD. Kritik an Corona-Demos. "Aber nicht so". Disponível em:

<<https://www.tagesschau.de/inland/reaktionen-corona-proteste-101.html>> (acesso em: 6 dez. 2020).



## 2. Âmbito de proteção do artigo 8º da Constituição alemã

O direito de reunião é uma das garantias constitucionais mais essenciais a uma democracia.<sup>5</sup> Intimamente relacionado à liberdade de expressão, através do direito de reunião indivíduos expressam sua opinião e participam do diálogo democrático entre os diversos grupos sociais, contribuindo para a formação do que se chama opinião pública (Michael/Morlok, p. 161). É por meio de manifestações que grupos minoritários tentam convencer indivíduos da importância de suas causas, na intenção de, aumentando o seu número de adeptos, tornarem-se um dia maioria (Hong, 2015, p. 31).

Na Alemanha, o direito de reunião está previsto no artigo 8º da Constituição, que estabelece no parágrafo primeiro que todos “os alemães têm o direito de se reunirem pacificamente e sem armas, sem notificação ou autorização prévia.”<sup>6</sup> No entendimento do Tribunal Constitucional Federal, devido à importância desta garantia para o processo democrático, o dispositivo abrange, principalmente, reuniões de cunho político que tem por objetivo a formação de opinião.<sup>7</sup> No entanto, essa interpretação não representa entendimento pacífico, e há autores na doutrina alemã que aceitam uma definição mais ampla (Michael/Morlok, p. 165; Pieroth/Schlink, p. 177). Para estes, todo encontro de pessoas com um propósito comum e sentimento de grupo configura reunião e goza da proteção constitucional. Por isso, assembleias, reuniões de condomínio, congressos científicos ou mesmo um sarau literário entre amigos configuram, para esses autores, reuniões tuteladas constitucionalmente, pois em todos os casos há um propósito a ser alcançado em grupo.

Ademais, o conceito amplo de reunião resulta da própria interpretação literal e sistemática no artigo 8º da Constituição. Por um lado, a redução do termo “reunião” a um sentido político não encontra amparo no texto constitucional, que prevê apenas o direito de se reunir “pacificamente e sem armas, sem notificação ou autorização prévia”, não exigindo uma motivação de participação democrática. Por outro lado, apesar da extrema importância desta

---

<sup>5</sup> Bundesverfassungsgericht, Entscheidungen, v. 69, p. 315. Histórico desta garantia fundamental na Alemanha e no direito europeu em Janz, p. 1 s. Conf. também a análise do direito brasileiro em Araújo de Gusmão/Fernandes Guimarães, p. 100, bem como a análise do direito internacional público de Ripke, p. 87.

<sup>6</sup> Deutscher Bundestag, Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (p. 19). Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>> (acesso em: 6 dez. 2020).

<sup>7</sup> Bundesverfassungsgericht, Entscheidungen, v. 104, p. 92, 104.



garantia para o processo democrático e da conexão significativa que há entre o direito de reunião (artigo 8º) e a liberdade de expressão (por sua vez prevista no artigo 5º da Constituição alemã), a reunião tem de ser entendida no contexto do artigo 9º da Lei Fundamental, o qual trata do direito de associação, abordando o cidadão, assim como o artigo 8º, no seu contexto social. Em outras palavras, o artigo 8º e o artigo 9º levam em consideração o indivíduo enquanto ser social (Sachs, p. 1178), num contexto que extrapola os fins de participação democrática.

Por outro lado, é pacífico o entendimento de que nem todo aglomerado de pessoas se inclui no conceito constitucional de reunião. Para que a proteção do artigo 8º seja acionada, é necessário que as pessoas reunidas persigam uma finalidade comum e que necessitem da união de suas forças para o alcance desse fim. Portanto, uma multidão que se junta após um acidente de trânsito não é reunião no sentido constitucional, pois não há o intento de se alcançar um objetivo, não há um elemento de união entre os espectadores, não há o desejo de se vivenciar um evento na companhia do grupo (Michael/Morlok, p. 162). O mesmo vale para a audiência num cinema, pois ali não há sentimento de grupo, sendo os participantes apenas consumidores isolados que se encontram no mesmo ambiente por acaso (Michael/Morlok, p. 164).

### 3. Limitações ao direito de reunião

Apesar de sua notória importância, seja enquanto garante da vida em sociedade, seja enquanto reflexo do princípio democrático, o direito de reunião não é ilimitado. A própria redação do parágrafo primeiro do artigo 8º da Lei Fundamental alemã exclui de antemão da tutela constitucional tanto as reuniões não-pacíficas quanto as promovidas mediante porte de arma.<sup>8</sup> Armas são, além das previstas na legislação sobre armas<sup>9</sup>, também aqueles objetos considerados perigosos, como por exemplo um taco de beisebol ou uma corrente de ferro, desde que transportados com intenção de uso agressivo (Hong, 2015, p. 37-38).<sup>10</sup> Por outro lado, reunião não-pacífica é toda aquela que apresenta características de rebelião, ou cujo desenrolar

<sup>8</sup> Bundesverfassungsgericht, Entscheidungen, v. 73, p. 206, 248; v. 104, p. 106.

<sup>9</sup> Lei federal de Armas de 2002; disponível na página do Ministério do Interior alemão, em: <<https://www.bmi.bund.de/DE/themen/sicherheit/waffen/waffenrecht/waffenrecht-node.html>> (acesso em 7 dez. 2020).

<sup>10</sup> No caso de manifestações em que os participantes se acorrentaram uns aos outros e isso faz parte da encenação, da forma de protesto, as correntes não foram consideradas armas pelo Tribunal Constitucional (v. 104, p. 106); Para que um objeto seja considerado arma, é necessário que de fato seja utilizado como tal, contra terceiros ou contra o patrimônio alheio. Da mesma forma, as chamadas armas de defesa não são armas no sentido do art. 8º; conf., Hong, 2015, p. 37-38. Objetos como ovos, garrafas d'água ou tomates não são armas no sentido do art. 8º; conf. Michael/Morlok, p. 169.



ocorre de forma violenta, mediante a prática de atos violentos contra pessoas ou contra coisas, sendo que esses atos são praticados de forma generalizada e não apenas por alguns manifestantes isolados.<sup>11</sup>

Além do mais, o texto constitucional prevê, no artigo 8º, parágrafo segundo, que, para “reuniões ao ar livre, este direito pode ser restringido por lei ou em virtude de lei.”<sup>12</sup> De fato, há diversas leis de direito administrativo federal e estadual que regulamentam o exercício dessa liberdade fundamental. Assim, dentre outras, a lei federal e as leis estaduais específicas sobre reuniões<sup>13</sup>, a legislação que regulamenta a atividade policial<sup>14</sup> e a legislação sobre domingos e feriados<sup>15</sup> preveem limitações a reuniões ao ar livre, principalmente na forma de manifestações. Dentre outras regras, a legislação infraconstitucional prevê a necessidade de que a manifestação seja previamente comunicada à autoridade competente, para fins de organização da Administração Pública.<sup>16</sup> Além disso, a identificação dos manifestantes não pode ser ocultada, por exemplo por meio de lenços ou máscaras que tapem o rosto (Peters, p. 215). Por fim, para o caso de desobediência às regras, uma manifestação pode vir a ser dispersa por força policial. Excepcionalmente, se houver ameaça imediata à segurança ou à ordem pública, a manifestação também pode, de antemão, vir a ser proibida (Groscurth, p. 220).

#### 4. Medidas de combate à pandemia

As medidas de combate à pandemia do coronavírus na Alemanha tem como base a Lei federal de Proteção contra Infecções do ano de 2000.<sup>17</sup> Esta lei prevê, na cláusula geral do artigo

<sup>11</sup> A violência pode ser também iminente; conf. Hong, 2015, p. 37.

<sup>12</sup> Deutscher Bundestag. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, p. 19. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 6 dez. 2020.

<sup>13</sup> A Lei federal sobre Reuniões Públicas pode ser consultada através do site do Ministério da Justiça alemão: <<http://www.gesetze-im-internet.de/versammlg/VersammlG.pdf>> (acesso em: 7 dez. 2020).

<sup>14</sup> O direito de polícia é competência dos estados federados, na Alemanha. Conf., por exemplo, a Lei sobre a Polícia do Estado da Renânia do Norte-Vestfália, disponível em: <[https://recht.nrw.de/lmi/owa/br\\_text\\_anzeigen?v\\_id=3120071121100036031](https://recht.nrw.de/lmi/owa/br_text_anzeigen?v_id=3120071121100036031)> (acesso em: 7 dez. 2020).

<sup>15</sup> Nestes casos, a legislação também é estadual. Conf. a Lei sobre Domingos e Feriados do Estado da Renânia do Norte-Vestfália, disponível em: <[https://recht.nrw.de/lmi/owa/br\\_bes\\_text?sg=0&menu=1&bes\\_id=3367&aufgehoben=N&anw\\_nr=2#:~:text=A n%20Sonn%2D%20und%20Feiertagen%20sind,%2D%2C%20Lapp%2D%20und%20Hetzjagden](https://recht.nrw.de/lmi/owa/br_bes_text?sg=0&menu=1&bes_id=3367&aufgehoben=N&anw_nr=2#:~:text=A n%20Sonn%2D%20und%20Feiertagen%20sind,%2D%2C%20Lapp%2D%20und%20Hetzjagden)> (acesso em: 7 dez. 2020).

<sup>16</sup> Por vezes, é possível haver manifestações ditas espontâneas, que são permitidas se a sua finalidade assim o exigir (artigo 14 da Lei federal sobre Reuniões Públicas, conf. nota 12). Essa comunicação não pode ter por fim a autorização da manifestação, o que é expressamente proibido pelo artigo 8º, que prevê, como se viu, o direito de se reunir “pacificamente e sem armas, sem notificação ou autorização prévia”.

<sup>17</sup> Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/ifsg/IfSG.pdf>>; acesso em: 7 dez. 2020).



28, que as autoridades competentes – em geral nos estados federados – podem tomar medidas necessárias para prevenir o alastramento de doenças contagiosas. Assim, desde o primeiro surto do vírus, em março de 2020, por meio de medidas estaduais, fecharam-se estabelecimentos comerciais, hoteleiros, gastronômicos, culturais, de ensino, esportivos e religiosos.

No decorrer da pandemia, as medidas não foram igualmente severas em todos os estados o tempo todo. Assim, em regiões mais turísticas, durante as férias, houve mais restrições à hospedagem de habitantes provenientes de regiões da federação alemã consideradas de mais risco, enquanto que outros estados, de menor fluxo de turistas, não estabeleceram restrição rigorosa quanto ao seu acolhimento. Além disso, enquanto que durante a primeira onda as escolas foram fechadas e o ensino ocorreu à distância, desde o princípio do ano letivo 2020/21, em agosto de 2020, as aulas tem sido presenciais, devendo alunos e professores, em alguns estados, permanecerem de máscara. Os estabelecimentos gastronômicos, esportivos e culturais estiveram abertos durante muitos meses, antes de fecharem novamente em outubro, com o advento da segunda onda da pandemia.<sup>18</sup>

O direito de reunião em ambiente público também sofreu limitações. Proibiu-se o contato em grupos em ambientes públicos, ou este ficou reduzido a um número máximo de pessoas, e a obrigação da máscara na esfera pública foi introduzida. Essa restrição de encontros foi afrouxada durante o verão, ocasião em que o nível de infecções estava baixo, mas em novembro de 2020 a possibilidade de encontro foi limitada ao número máximo de cinco pessoas provenientes de, no máximo, duas residências.

Em novembro de 2020, a Lei federal de Proteção contra Infecções foi reformada. Desde o primeiro surto do vírus, todas essas medidas vinham sendo tomadas com base numa cláusula geral da lei (o artigo 28). No entanto, como as medidas envolvem restrições, por vezes graves (Michl, p. 507; Schmitt, p. 1626), a direitos fundamentais (como, por exemplo, ao direito de ir e vir, ao direito ao ensino, à liberdade de exercício da profissão ou à liberdade de culto), seu embasamento em regra geral passou a ser motivo de severas críticas (Kießling, p. 3 s.). No

---

<sup>18</sup> Informações gerais sobre as diversas medidas, Informationen rund um das Coronavirus, disponível em: <<https://www.infektionsschutz.de/coronavirus/#:~:text=Au%C3%9Ferdem%20gilt%20es%2C%20weiterhin%20die,sollten%20Sie%20besonders%20umsichtig%20handeln>> (acesso em: 7 dez. 2020). Para o estado da Renânia Norte-Vestfália conf. informações oficiais, Coronavirus in Nordrhein-Westfalen, disponível em: <<https://www.land.nrw/corona>> (acesso em: 7 dez. 2020).



princípio da pandemia, em vista de se tratar de situação inédita e grave, a exigir medidas urgentes, o Judiciário comportou-se de forma permissiva, geralmente exigindo apenas que a validade das medidas fosse limitada. Isso obrigou o Executivo a constantemente reavaliar a necessidade da medida. Mas o princípio da legalidade exige que a base legal de restrição a direito fundamental seja o mais específica possível (Hesse, p. 90), e, com o decorrer dos meses, tornou-se insustentável a adoção de restrições com base em cláusula geral. Agora, a lei prevê, de forma expressa, quais medidas podem ser tomadas especificamente no combate ao COVID-19, no novo artigo 28a. A lista abrange as já conhecidas medidas, como, por exemplo, a obrigação do uso da máscara em ambientes públicos, limitações a hospedagem em hotéis ou o fechamento de estabelecimentos de lazer, gastronômicos e comerciais.<sup>19</sup>

## 5. Pandemia e manifestações

No princípio da pandemia, algumas autoridades locais, como medida de contenção do vírus, restringiram manifestações. Por vezes, a proibição chegou a ser expressa, como no caso de Hamburgo.<sup>20</sup> Outras vezes, os contatos permitidos em ambiente público foram estipulados para um número máximo de duas pessoas, o que foi considerado uma proibição indireta.<sup>21</sup> Algumas medidas foram cassadas em ações judiciais, nas quais se decidiu que a proibição generalizada de manifestações viola o princípio da proporcionalidade. De fato, a proibição de manifestações a priori, como se viu, somente pode ocorrer excepcionalmente, nos caso em que há ameaça imediata à segurança ou à ordem pública (Groscurth, p. 220).

Por isso, no caso das medidas de combate à pandemia, a proibição geral é por demasiado severa, uma vez haver medidas mais brandas que podem ser adotadas para contenção da pandemia durante manifestações sem que seja necessária sua proibição. Principalmente após uma decisão do Tribunal Constitucional Federal que fortaleceu o direito de reunião<sup>22</sup>, os estados passaram a permitir manifestações, por vezes restringindo o número de manifestantes, e em geral exigindo um distanciamento mínimo de 1,5 metro entre participantes e o uso da máscara.

---

<sup>19</sup> Conf. a Lei de Proteção contra Infecções, p. 37. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/ifsg/IfSG.pdf>> (acesso em: 7 dez. 2020).

<sup>20</sup> Conf. Ernst, disponível em: <<https://verfassungsblog.de/zwei-schritte-vor-einer-zurueck/>> (acesso em: 7 dez. 2020).

<sup>21</sup> Conf. Gutmann/Kohlmeier, disponível em: <<https://verfassungsblog.de/versammlungsfreiheit-corona-konform/>> (acesso em: 7 dez. 2020).

<sup>22</sup> Conf. Hong, 2020, disponível em: <<https://verfassungsblog.de/coronaresistenz-der-versammlungsfreiheit/>> (acesso em: 7 dez. 2020).



Além disso, na citada reforma da Lei federal de Proteção contra Infecções, o direito de reunião ganhou especial atenção do legislador. Pela nova regra do art. 28a, manifestações somente podem ser proibidas se medidas anteriores consideradas menos graves se mostrarem ineficazes no combate ao vírus e a proibição for a única forma possível para se evitarem infecções.<sup>23</sup>

Nos últimos meses, parte da população alemã vem protestando fortemente contra as medidas de combate à pandemia, reunindo-se frequentemente um grande número de pessoas, em diversas cidades alemãs. O grupo de manifestantes é muito heterogêneo, havendo adeptos de teorias da conspiração, indivíduos da extrema-direita, manifestantes contrários à vacinação, assim como demais membros insatisfeitos da sociedade civil.<sup>24</sup> Além do número de participantes, um grande problema dessas manifestações reside na forma de protesto: faz parte da própria performance o não-uso ostensivo da máscara obrigatória e a não-observância da distância entre os manifestantes.<sup>25</sup> Algumas dessas manifestações tornaram-se inclusive violentas, havendo ataques à propriedade alheia e a policiais, e por diversas vezes houve dispersão sob uso de força policial.<sup>26</sup>

Em dezembro de 2020, o Tribunal Constitucional Federal manifestou-se mais uma vez sobre este tema, no entanto, desta vez, confirmando decisão que proibira uma manifestação na cidade de Bremen.<sup>27</sup> Organizada por cidadãos contrários às medidas contra a pandemia, a manifestação deveria ocorrer mediante a participação de 20 mil pessoas, provenientes de várias regiões da Alemanha. O Tribunal considerou que havia um perigo grave de infecções tanto para os participantes, como para policiais que acompanhariam o protesto, bem como para passantes em geral. Ademais, desta vez, o Tribunal não considerou a proibição desproporcional, pois aqui, ao contrário de decisões anteriores, não há falar em medidas mais brandas que a proibição a serem consideradas pela Administração Pública, uma vez que a esta de nada adiantaria ordenar o uso da máscara e a observância do distanciamento entre os manifestantes, já que a obediência

---

<sup>23</sup> Conf. a Lei de Proteção contra Infecções, artigo 28 (2), n° 1, p. 36-37. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/ifsg/ifsg.pdf>> (acesso em: 7 dez. 2020).

<sup>24</sup> Veja acima, nota 2, os artigos de Deutschlandfunk e Neumeier.

<sup>25</sup> Conf. Gusy, disponível em: <<https://verfassungsblog.de/die-corona-der-coronaleugner-und-das-versammlungsrecht/>> (acesso em: 7 dez. 2020).

<sup>26</sup> Conf. Hensel, disponível em: <<https://verfassungsblog.de/justiz-bankrott/>> (acesso em: 7 dez. 2020).

<sup>27</sup> Conf. Deutschlandfunk, disponível em: <[https://www.deutschlandfunk.de/bundesverfassungsgericht-querdenker-demonstration-in-bremen.1939.de.html?drn:news\\_id=1202049](https://www.deutschlandfunk.de/bundesverfassungsgericht-querdenker-demonstration-in-bremen.1939.de.html?drn:news_id=1202049)> (acesso em: 7 dez. 2020).



a essas regras, no caso do grupo em questão, não é de se esperar. Desta vez, prevaleceu o direito à saúde e a prevenção de infecções.

## 6. Conclusão

A crise do coronavírus não dá ao Executivo poderes ilimitados, e as medidas de combate a infecções tem de estar sempre em conformidade com a constituição, as regras infraconstitucionais e o princípio da proporcionalidade. Não há, portanto, um “estado de exceção sanitária” na Alemanha, e esse entendimento tem sido defendido tanto pela doutrina como pelo Poder Judiciário. Ademais, como se viu, a nova regra (art. 28a) sobre medidas de combate ao COVID-19 da Lei de Proteção contra Infecções prevê que manifestações somente podem sofrer restrições quando medidas mais brandas não tiverem logrado efeito.

Por outro lado, este direito democrático não é ilimitado, tendo de ceder em prol do direito à saúde, principalmente no caso de manifestações com imenso número de pessoas que se recusam a utilizar a máscara e a manter o distanciamento necessário. Nesses casos, há perigo grave de infecções que emana da própria manifestação, conforme demonstrou o Tribunal Constitucional em sua última decisão sobre o tema, devendo prevalecer aqui o direito à saúde.

## Referências

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht, Entscheidungen, v. 69, p. 315.

\_\_\_\_\_, v. 73, p. 206.

\_\_\_\_\_, v. 104, p. 92.

\_\_\_\_\_. Coronavirus in Nordrhein-Westfalen, disponível em: <<https://www.land.nrw/corona>> (acesso em: 7 dez. 2020).

\_\_\_\_\_. Deutscher Bundestag. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>> (acesso em: 6 dez. 2020).



\_\_\_\_\_. Lei federal de Armas; disponível em: <https://www.bmi.bund.de/DE/themen/sicherheit/waffen/waffenrecht/waffenrecht-node.html> (acesso em: 7 dez. 2020).

\_\_\_\_\_. Lei federal de Proteção contra Infecções; disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/ifsg/IfSG.pdf>; (acesso em: 7 dez. 2020).

\_\_\_\_\_. Lei federal sobre Reuniões Públicas; disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/versammlg/VersammlG.pdf> (acesso em: 7 dez. 2020).

\_\_\_\_\_. Lei sobre a Polícia do Estado da Renânia do Norte-Vestfália; disponível em: [https://recht.nrw.de/lmi/owa/br\\_text\\_anzeigen?v\\_id=3120071121100036031](https://recht.nrw.de/lmi/owa/br_text_anzeigen?v_id=3120071121100036031) (acesso em: 7 dez. 2020).

\_\_\_\_\_. Lei sobre Domingos e Feriados do Estado da Renânia do Norte-Vestfália; disponível em: [https://recht.nrw.de/lmi/owa/br\\_bes\\_text?sg=0&menu=1&bes\\_id=3367&aufgehoben=N&anw\\_nr=2#:~:text=An%20Sonn%2D%20und%20Feiertagen%20sind,%2D%2C%20Lapp%2D%20und%20Hetzjagden](https://recht.nrw.de/lmi/owa/br_bes_text?sg=0&menu=1&bes_id=3367&aufgehoben=N&anw_nr=2#:~:text=An%20Sonn%2D%20und%20Feiertagen%20sind,%2D%2C%20Lapp%2D%20und%20Hetzjagden) (acesso em: 7 dez. 2020).

\_\_\_\_\_. Informationen rund um das Coronavirus, disponível em: <https://www.infektionsschutz.de/coronavirus/#:~:text=Au%C3%9Ferdem%20gilt%20es%2C%20weiterhin%20die,sollten%20Sie%20besonders%20umsichtig%20handeln> (acesso em: 7 dez. 2020).

ARAÚJO DE GUSMÃO, Hugo César/ FERNANDES GUIMARÃES, Diego. A Liberdade de Reunião sob Cuidados Intensivos. *Revista de Direito Público*, vol. 17, n. 94, p. 100-118, jul./ago. 2020.

ARD. Kritik an Corona-Demos. "Aber nicht so". Disponível em: <https://www.tagesschau.de/inland/reaktionen-corona-proteste-101.html> (acesso em: 6 dez. 2020).



DEUTSCHLANDFUNK. Wer marschiert da zusammen. Disponível em: <[https://www.deutschlandfunk.de/corona-demonstrationen-wer-marschiert-da-zusammen.2897.de.html?dram:article\\_id=483465](https://www.deutschlandfunk.de/corona-demonstrationen-wer-marschiert-da-zusammen.2897.de.html?dram:article_id=483465)> (acesso em: 6 dez. 2020).

\_\_\_\_\_. „Querdenker“-Demonstration in Bremen bleibt verboten. Disponível em: <[https://www.deutschlandfunk.de/bundesverfassungsgericht-querdenker-demonstration-in-bremen.1939.de.html?drn:news\\_id=1202049](https://www.deutschlandfunk.de/bundesverfassungsgericht-querdenker-demonstration-in-bremen.1939.de.html?drn:news_id=1202049)> (acesso em: 7 dez. 2020).

ERNST, Christian. Zwei Schritte vor, einer zurück: Der lange Weg zur Versammlungsfreiheit in Corona-Zeiten, VerfBlog, 2020/4/21, disponível em: <<https://verfassungsblog.de/zwei-schritte-vor-einer-zurueck/>> (acesso em: 7 dez. 2020).

GROSCURTH, Stephan. Eingriffsbefugnisse. In: PETERS, Wilfried/ JANZ, Norbert (org.). Handbuch des Versammlungsrechts. München: C. H. Beck, 2015, p. 217-298.

GUSY, Christoph: Die Corona der Coronaleugner und das Versammlungsrecht, VerfBlog, 2020/8/27. Disponível em: <<https://verfassungsblog.de/die-corona-der-coronaleugner-und-das-versammlungsrecht/>> (acesso em: 7 dez. 2020).

GUTMANN, Andreas/KOHLMEIER. Versammlungsfreiheit Corona-konform, VerfBlog, 2020/4/08, disponível em: <<https://verfassungsblog.de/versammlungsfreiheit-corona-konform/>> (acesso em: 7 dez. 2020).

HENSEL, Roman. Justiz-Bankrott? Zwischenruf zur übereilten Kritik am Sächsischen Oberverwaltungsgericht, VerfBlog, 2020/11/11, disponível em: <<https://verfassungsblog.de/justiz-bankrott/>> (acesso em: 7 dez. 2020).

HESSE, Konrad. Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. 20. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 1999.

HONG, Mathias. Die Versammlungsfreiheit. In: PETERS, Wilfried/ JANZ, Norbert (org.). Handbuch des Versammlungsrechts. München: C. H. Beck, 2015, p. 27-76.



\_\_\_\_\_. Coronaresistenz der Versammlungsfreiheit? Das Bundesverfassungsgericht ermöglicht eine Versammlung in Gießen, VerfBlog, 2020/4/17, disponível em: <<https://verfassungsblog.de/coronaresistenz-der-versammlungsfreiheit/>> (acesso em: 7 dez. 2020).

JANZ, Norbert. Überblick über die Entwicklung der Versammlungsfreiheit. In: PETERS, Wilfried/ \_\_\_\_\_ (org.). Handbuch des Versammlungsrechts. München: C. H. Beck, 2015, p. 1-16.

KIEßLING, Andrea. Stellungnahme als geladene Einzelsachverständige für die öffentliche Anhörung im Gesundheitsausschuss des Deutschen Bundestages am 12.11.2020; disponível em:

<[https://www.bundestag.de/resource/blob/805488/949a9f10230bb6b7a445ea5d2cdad74c/19\\_14\\_0246-7-\\_ESV-Kiessling-3-BevSchG-data.pdf](https://www.bundestag.de/resource/blob/805488/949a9f10230bb6b7a445ea5d2cdad74c/19_14_0246-7-_ESV-Kiessling-3-BevSchG-data.pdf)> (acesso em: 7 dez. 2020).

MICHAEL, Lothar/ MORLOK, Martin. Grundrechte. 7. ed. Baden-Baden: Nomos, 2020.

MICHL, Fabian. Der demokratische Rechtsstaat in Krisenzeiten. *Juristische Schulung*, 2020, p. 507-510.

NEUMEIER, Christian. Versammlungen im Herzen der Demokratie, VerfBlog, 2020/11/18, disponível em: <<https://verfassungsblog.de/versammlungen-im-herzen-der-demokratie/>> (acesso em: 7 dez. 2020).

PETERS, Wilfried. Versammlungsrechtliche Pflichten und Verbote. In: \_\_\_\_\_/ JANZ, Norbert (org.). Handbuch des Versammlungsrechts. München: C. H. Beck, 2015, p. 197-216.

PIEROTH, Bodo/ SCHLINK, Bernhard. Grundrechte. Staatsrecht II. 20. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2004.

RIPKE, Stefan. Internationale und Europäische Gewährleistungen. In: PETERS, Wilfried/ JANZ, Norbert (org.). Handbuch des Versammlungsrechts. München: C. H. Beck, 2015, p. 87-130.



ROBERT KOCH INSTITUT. COVID-19 in Germany, disponível em: <[https://www.rki.de/EN/Home/homepage\\_node.html;jsessionid=6020EEAC4D21A402BB23128261075584.internet091](https://www.rki.de/EN/Home/homepage_node.html;jsessionid=6020EEAC4D21A402BB23128261075584.internet091)> (acesso em: 6 dez. 2020.).

SACHS, Michael. Die Freiheit der Versammlung und der Vereinigung. In: STERN, Klaus (org.). Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. München: C. H. Beck, 2006, p. 1170-1370.

SCHMITT, Felix. Die Verfassungswidrigkeit der landesweiten Ausgangsverbote. *Neue Juristische Wochenschrift*, 2020, P. 1626-1631.



## INSTRUMENTOS DE RECONHECIMENTO FACIAL E OS CONTORNOS DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS ANTE A PRIVACIDADE NAS CIDADES (IN)INTELIGENTES.

*Guilherme Ornelas Monteiro<sup>1</sup>*

**Resumo:** O presente artigo analisou se a implementação de sistemas de reconhecimento facial em cidades pode significar abandono ao direito de proteção de dados. Desse modo, o artigo apresenta uma síntese da literatura acadêmica acerca das cidades inteligentes, destacando como tecnologias de reconhecimento de dados biométricos faciais são comumente utilizados pelo poder público. O artigo cobriu as fragilidades do uso desse sistema, analisando pesquisas e estudos que evidenciam a imprecisão dessas soluções e seu potencial efeito discriminatório aos grupos vulneráveis quando adotados pelo Estado. Norteando esses desafios, o presente artigo investigou como a Lei Geral de Proteção de Dados recepciona a utilização dessas soluções e garante legitimidade para que o Poder Público possa implementá-las. Além disso, investigou-se como a Autoridade Nacional de Proteção de Dados pode se espelhar em experiências de autoridades internacionais de proteção de dados para garantir o usufruto dessas soluções no Brasil. Do ponto de vista teórico, o estudo entende que a não priorização do direito de proteção de dados ante a utilização dessas tecnologias pelo poder público pode ter efeitos discriminatórios em sociedade, ao passo que deslegitima sua utilização e torna a cidade ininteligente. Na conclusão, o estudo demonstra possíveis cenários em que a adoção de tecnologias de reconhecimento facial pelo Poder Público possa ocorrer em conformidade com a lei de proteção de dados pessoais.

**Palavras-chave:** Lei Geral de Proteção de Dados; Reconhecimento facial; Cidade inteligente; RGPD; dados pessoais sensíveis.

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Membro do grupo de Direito e Ciência Comportamental (IDP/CNPq). Integrante da Clínica de Direitos Humanos IDP.



***FACIAL RECOGNITION SYSTEMS AND THE LEGAL IMPLICATIONS OF THE BRAZILIAN GENERAL DATA PROTECTION LAW IN SMART CITIES.***

**Abstract:** *The purpose of this article is to analyze whether the implementation of facial recognition systems in cities could mean abandoning personal data protection rights. This article attempts to provide an overview of the academic literature about smart cities, highlighting how facial recognition technologies are commonly and widely used by the government. This article covers the weaknesses of using facial recognition systems by analyzing studies that show the low level of facial recognition accuracy and its potential to involve discriminatory bias, particularly against vulnerable groups. In this context, this article investigates how the Brazilian General Data Protection Law guarantees legitimacy for the government to implement these facial recognition systems. In addition, this article addresses how The Brazilian National Data Protection Authority can adopt and follow the legal parameters of international data protection authorities to guarantee the proper application of facial recognition systems in Brazil. From a theoretical point of view, this article concludes that not prioritizing the right to privacy when adopting facial recognition technologies to be used in the public sphere may have harmful effects on society, particularly against civil liberties, meaning that smart cities do not work in our best interests. The study concludes by demonstrating possible scenarios for the adoption of facial recognition technologies in accordance with the Brazilian General Data Protection Law.*

**Keywords:** *Brazilian General Data Protection Law; Facial Recognition; smart city; GDPR; Sensitive Personal Data.*



## 1. INTRODUÇÃO

A rápida urbanização e novos desafios de promoção e alocação de bens e serviços podem tornar ineficiente a gestão pública. Novas tecnologias de informação e comunicação (TICs) surgem como instrumentos alternativos e promissores para tornar a administração de serviços urbanos mais célere e sustentável (JOH, 2019).

A integração desses sistemas é aplicável na esfera de vigilância estatal para fins de tutela da saúde e incolumidade física dos cidadãos. Em âmbito nacional, por exemplo, o município de Vitória, no Espírito Santo, desenvolveu o Dispositivo de Segurança Preventiva (DSP) conhecido como “botão do pânico”, com a finalidade de oferecer instrumento de segurança para proteger mulheres vítimas de violência doméstica. Mulheres sob medida protetiva que observavam o agressor não respeitando o distanciamento legal, situação indicativa de grave ameaça, podiam notificar a patrulha policial mais próxima<sup>2</sup> por meio de acionamento desse mecanismo eletrônico. Em Santa Catarina, o Laboratório de Inovação do Governo (NIDUS) desenvolve instrumentos de realidade aumentada para a atuação das ocorrências policiais<sup>3</sup>.

As soluções podem ser integradas, ainda, para variados setores: (i) situações de emergência como pedidos de socorro podem ser detectados por sensores de áudio espalhados pela cidade (IM CHO, 2012); (ii) sensores sonoros são aptos a detectar barulho de disparos de armas de fogo (WELSH; ROY, 2017); (iii) *machine learning* e *big data* viabilizam o rastreamento de crimes financeiros (SADGALI; SAEL; BENABBOU, 2018); e (iv) técnicas de reconhecimento

---

<sup>2</sup> Botão do pânico, dispositivo de segurança que ajuda a proteger mulheres vítimas de violência doméstica, completa 6 anos. **Imprensa e Comunicação Social do Tribunal de Justiça do Espírito Santo**. 17 abr. 2019. disponível em: <http://www.tjes.jus.br/botao-do-panico-dispositivo-de-seguranca-que-ajuda-a-protoger-mulheres-vitimas-de-violencia-domestica-completa-6-anos/>. acesso em: 21 nov. 2020.

<sup>3</sup> Laboratório Nidus auxilia órgãos do Governo a solucionarem desafios com uso de tecnologia e inovação. 04 ago. 2020. Disponível em: <https://www.sc.gov.br/noticias/temas/institucional/laboratorio-nidus-auxilia-orgaos-do-governo-a-solucionarem-desafios-com-uso-de-tecnologia-e-inovacao?highlight=WyJyZWNVbmlY2ltZW50byIsImZhY2lhbCIsInJlY29uaGVjaW1lbnRvIGZhY2lhbCJd>. Acesso em: 22 nov. 2020.



de gestos, falas, expressões faciais e corporais podem detectar e prevenir tentativas de suicídio em metrô, de modo a avaliar a propensão de uma pessoa se suicidar (THODORIS ANAGNOSTOPOULOS, 2014).

Diante desse cenário, a adoção de soluções integradas de TICs vocacionados a tornar setores urbanos mais inteligentes pelos atores urbanos (governo, cidadãos, órgãos públicos, instituições privadas e públicas) acentua-se. Driblar problemas que obstaculizam o fornecimento mais eficiente de bens e serviços, seja pela alocação inteligente de carros em ruas, digitalização de serviços governamentais ou mesmo pela atividade policial, torna-se uma tendência: é a resposta da cidade para a urbanização e a revolução digital (CUNHA et al., 2016). Essas tecnologias, no entanto, são vulneráveis à ataques cibernéticos que podem comprometer o funcionamento das cidades. Por vezes, esses sistemas carecem de mecanismos sólidos de segurança o que torna necessário a produção de novos estudos que se debrucem sobre essas tecnologias que em primeiro momento externalizam benesses, mas serão cada vez mais vulneráveis à ataques (CUI et al., 2018).

A partir desse cenário, em que as cidades se tornam inteligentes, instrumentos de reconhecimento facial também servem como alternativas para tornar factível a tutela da saúde e proteção dos cidadãos. A adoção desses sistemas aumenta a capacidade de vigilância em setores urbanos e oportuniza um poder de polícia mais efetivo.

Essa adoção de mecanismos de reconhecimento facial, contudo, merecem notada atenção, pois ao passo que mais câmeras de reconhecimento facial aumentam, a privacidade diminui. A partir dessa perspectiva, a utilização dessas técnicas pressupõe o tratamento massivo de dados pessoais sensíveis que, como será visto, merecem notada atenção posto seu potencial poder discriminatório. É nesse sentido que as leis e regulamentos sobre proteção de dados são dispositivos legais essenciais para contornar a aplicação desses sistemas.

O presente artigo discutiu se a adoção de instrumentos de reconhecimento facial é compatível com a Lei Geral de Proteção de Dados. Noutras palavras, o objetivo principal do artigo foi analisar e questionar a resignificação do direito de proteção de dados em cidades inteligentes. A partir do objetivo principal, o artigo delineou três áreas de estudo: (i) apresentou-se algumas ponderações sobre *smart cities* e os fatores que influenciam na adoção de instrumentos de TICs para soluções inteligentes de gestão urbana; (ii) analisou-se como a Lei



Geral de Proteção de Dados pode recepcionar instrumentos de reconhecimento facial, quais são os dispositivos jurídicos que legitimam seu uso e os desafios inerentes que podem resultar em efeitos disruptivos sobre a sociedade; e (iii) observou-se, a partir de uma perspectiva comparada, a recepção das tecnologias de reconhecimento facial.

A metodologia adotada compreendeu uma revisão bibliográfica sobre a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), o Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia (GDPR), sobre a literatura acerca de *smart city*, investigações e estudos empíricos sobre a eficiência de modelos de TICs integrados em setores urbanos e sobre a discriminação algorítmica (*machine bias*). Além disso, a partir de um panorama exploratório, estudou-se o posicionamento de autoridades internacionais de proteção de dados sobre o uso de sistemas de reconhecimento facial pelo poder público.

Dessa forma, o estudo se divide em quatro partes. Primeiramente, apresentou-se o que pode ser considerado uma cidade inteligente, os fatores que tornam a aceitação de conjuntos de TICs uma necessidade e o potencial crescimento de seu uso.

Na segunda parte, o artigo destacou como a LGPD recepciona os instrumentos de reconhecimento facial, evidenciando o que são os dados sensíveis, as hipóteses em que pode ocorrer o tratamento de dados biométricos e as salvaguardas indispensáveis para seu uso. Ainda na segunda parte, o artigo destacou os desafios para o usufruto eficiente do sistema de reconhecimento facial, evidenciando a possibilidade que essa ferramenta tem de discriminar grupos vulneráveis e aumentar a assimetria informacional entre cidadão e Estado.

Na terceira parte, a partir de um panorama exploratório em uma perspectiva comparada, mostrou-se como a GDPR também recepciona o tema, as recomendações e decisões de autoridades de proteção de dados estrangeiras e o que a Agência Nacional de Proteção de Dados (ANPD) pode se espelhar nessas instruções. Por fim, a conclusão.

## **2. SMART CITIES: UMA TENDÊNCIA INEVITÁVEL**

O avanço estrutural de novos mecanismos de tratamento de dados nas cidades inteligentes, que a literatura inglesa se refere como *smart cities*, acentua-se na medida em que o crescimento populacional também aumenta.

O que difere uma cidade ordinária para uma inteligente se amostra ao passo que soluções tecnológicas são integradas à administração pública para a superação de desafios



administrativos. Métodos criativos para resolver dificuldade de gestão surgem em consonância com a urbanização e tendências digitais, mas se defrontam com a perspectiva do cidadão e seus direitos de privacidade e proteção de dados pessoais.

Em estudo coordenado pelo Centro de Estudos em Administração Pública e Governo da Fundação Getúlio Vargas<sup>4</sup>, os pesquisadores delinearam o que chamam de estágios de evolução para uma efetiva implementação de uma cidade inteligente: fase vertical, fase horizontal, fase conectado e fase inteligente.

A fase vertical é o estágio em que a administração pública adota, com vistas a manter serviços de infraestrutura (energia, abastecimento, água, iluminação), mecanismos de tecnologia; a fase horizontal é a integração dos serviços urbanos em uma plataforma transversal; a fase conectada ocorre quando a gestão dos serviços verticais se concentra e se correlaciona em uma plataforma de gestão; e o estágio inteligente é a possibilidade de todos esses serviços serem conduzidos simultaneamente, de modo que o cidadão, o estado e as empresas se tornam partes interessadas nas soluções advindas da aplicação de tecnologia em âmbito de gestão<sup>5</sup> (CUNHA et al., 2016).

Esses estágios de desenvolvimento se alicerçam em um conceito de cidade inteligente que agregue fatores de “visão holística ou global”, “meio para melhorar a qualidade de vida”, “a tecnologia como fator disruptivo” e “um novo modelo de relações”<sup>6</sup> (CUNHA et al., 2016).

A visão holística se caracteriza por considerar a cidade inteligente como a que aplica inteligência em todos os setores e assuntos urbanos, de forma a não priorizar setores em detrimento de outros. A cidade também deve buscar enriquecer a qualidade de vida dos indivíduos a partir de adoção de práticas sustentáveis, de um setor produtivo moderno e concorrente que seja atrativo para a captação de capital (CUNHA et al., 2016).

A tecnologia como fator disruptivo é o elemento em que a cidade utiliza mecanismos para coletar massivamente dados com vistas a permitir interoperabilidade na cidade com serviços e setores urbanos, tais como de energia, de saúde, de transporte, por exemplo. A tecnologia

---

<sup>4</sup> ALEXANDRA CUNHA, Maria; PRZEYBILOVICZ, Erico; FERNANDA MEDINA MACAYA, Javiera; BURGOS, Fernando. SMART CITIES: Transformação digital de cidades. **Fundação Getúlio Vargas, FGV-EAESP**, ano 2016, ed. 1ª edição, p. 1-164, 4 jan. 2016. Disponível em: [https://ceapg.fgv.br/sites/ceapg.fgv.br/files/u60/smart\\_cities\\_bra\\_versao\\_final.pdf](https://ceapg.fgv.br/sites/ceapg.fgv.br/files/u60/smart_cities_bra_versao_final.pdf). Acesso em: 20 nov. 2020.

<sup>5</sup> Ibidem p.10

<sup>6</sup> Ibidem p.29



assume papel de facilitador, promove a digitalização como componente essencial para o tratamento de dados pessoais (CUNHA et al., 2016).

Por fim, a cidade, na medida em que adota tais critérios, modifica as relações sociais – os atores urbanos (cidadãos, órgãos públicos, empresas, governo, turistas, investidores) passam a integrar uma economia colaborativa: a gestão e o oferecimento de bens e serviços são construídos com a participação de todos os atores urbanos com a contribuição das TICs (CUNHA et al., 2016).

Esses ciclos de desenvolvimento, no entanto, não se expressam de modo homogêneo, uma vez que os fatores que potencializam essas fases (urbanização e desenvolvimento tecnológico, por exemplo) tendem a crescer em conformidade com as especificidades de desenvolvimento social de cada cidade. A título de exemplo, em âmbito internacional, na França, a cidade de Paris atém em média 30% da economia do país e, no Brasil, a cidade de São Paulo se evidencia com quase 11,4% da economia do país<sup>7</sup> (CUNHA et al., 2016). É nesse sentido que, nessas cidades, os estágios de desenvolvimento tendem a se concretizar de modo mais célere do que outras.

Em termos de crescimento populacional, ainda que não seja determinante, também influencia na passagem para uma cidade inteligente, mas demonstra ser um fator irregular. Em relatório de 2019 do *United Nations Department of Economic and Social Affairs*<sup>8</sup>, a China e a Índia ocupam a categoria dos países mais populosos do mundo, com 1.43 bilhão e 1.37 bilhão de cidadãos, respectivamente.

A irregularidade se revela quando a projeção de aumento populacional para 2050 posiciona a Índia como o país mais populoso do mundo. Essa inconstância, ainda, concentrará mais da metade da população em somente nove países: Índia, Nigéria, Paquistão, República Democrática do Congo, Etiópia, Tanzânia, Indonésia, Egito e Estados Unidos<sup>9</sup>.

O crescimento populacional, econômico e a urbanização<sup>10</sup> aceleraram o processo de

---

<sup>7</sup> Ibidem p.21

<sup>8</sup> DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS POPULATION DIVISION. World Population Prospects 2019. **United Nations**, [S. l.], p. 1-46, 7 jan. 2019. Disponível em: [https://population.un.org/wpp/Publications/Files/WPP2019\\_Highlights.pdf](https://population.un.org/wpp/Publications/Files/WPP2019_Highlights.pdf). Acesso em: 20 nov. 2020.

<sup>9</sup> Ibidem p.12; “India is expected to add nearly 273 million people between 2019 and 2050, while the population of Nigeria is projected to grow by 200 million. Together, these two countries could account for 23 per cent of the global population increase to 2050”



adoção de mecanismos tecnológicos para cuidar dos serviços urbanos, afinal, quanto maior a população em cidades, maior será a necessidade de gerir os serviços de infraestrutura. No entanto, como mencionado, esse crescimento se relaciona com as características de cada país e não podem ser interpretados como fenômenos homogêneos.

No Brasil, pesquisa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) evidenciou que a população dos municípios brasileiros teve crescimento de 0,77% em comparação com o ano de 2019<sup>11</sup>. Com efeito, o crescimento populacional evidente propulsiona a hiperconectividade: as cidades se tornam polos de inovação, pois a tecnologia assume papel disruptivo na gestão administrativa para contornar problemas de gestão e de oferecimento de bens e serviços (CUNHA et al., 2016).

Problemas de infraestrutura e organização social obstaculizam uma completa reunião dos estágios de desenvolvimento de uma cidade inteligente, de maneira que a aplicabilidade de tecnologias emergentes nesses problemas reflete um novo modelo de cidade.

A definição proposta pela União Europeia de cidade inteligente é a que busca solucionar problemas estruturais com a adoção de tecnologias da informação e comunicação (TICs) sobre o viés de colaboração e participação plural de áreas municipais (EUROPEAN UNION, 2014). Essa definição aponta para a adoção de tecnologias em seis setores: *smart governance*, *smart economy*, *smart mobility*, *smart environment*, *smart people* e *smart living*.

O primeiro ângulo exige que o governo promova serviços de integração com organizações públicas e privadas, serviços estes baseados em infraestruturas de TICs. Economia inteligente é agregar valor para os atores urbanos, recepcionando novos modelos de negócios (*e-business* e *e-commerce*) a fim de que haja maior interconexão de bens e serviços. A mobilidade inteligente busca aumentar serviços logísticos e de transporte em uma abordagem sustentável e que se comunique com serviços de tecnologia. O ângulo do meio ambiente, analogamente, é a

---

<sup>10</sup> Relação entre o aumento e progresso das cidades ante fatores como dimensão territorial, industrialização, população e migração.

<sup>11</sup> IBGE. IBGE divulga estimativa da população dos municípios para 2020. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística**, Agência IBGE, p. S.I, 27 ago. 2020. Disponível em: [https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/28668-ibge-divulga-estimativa-da-populacao-dos-municipios-para-2020#:~:text=IBGE%20divulga%20estimativa%20da%20popula%C3%A7%C3%A3o%20dos%20munic%C3%ADpios%20para%202020,-Editoria%3A%20Estat%C3%ADsticas%20Sociais&text=O%20IBGE%20divulga%20hoje%20as,77%25%20em%20rela%C3%A7%C3%A3o%20a%202019](https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/28668-ibge-divulga-estimativa-da-populacao-dos-municipios-para-2020#:~:text=IBGE%20divulga%20estimativa%20da%20popula%C3%A7%C3%A3o%20dos%20munic%C3%ADpios%20para%202020,-Editoria%3A%20Estat%C3%ADsticas%20Sociais&text=O%20IBGE%20divulga%20hoje%20as,77%25%20em%20rela%C3%A7%C3%A3o%20a%202019.). Acesso em: 20 nov. 2020.



construção de uma cidade baseada em consumo de energia, bens e serviços sustentáveis. *Smart people* é o engajamento dos cidadãos com os mecanismos de tecnologia, é dizer que a educação se debruça sobre a possibilidade de os indivíduos adquirirem educação digital. A última tecnologia – o *smart living* – inclui oportunizar estilos de vida, comportamentos e espaços seguros para o exercício da cidadania em coadjuvação com as TICs.

Partindo dessas características, em 2011, na União Europeia, constatou-se que o maior número de cidades inteligentes se concentrava no Reino Unido, Itália e Espanha. As cidades não contemplavam os seis pilares propostos pela União Europeia de o que seria uma cidade inteligente, mas continham pelo menos uma delas.

Das 480 cidades da União Europeia com pelo menos 100.000 habitantes, 240 cidades possuíam uma das características elencadas (EUROPEAN UNION, 2014, p.32). As características mais comuns entre elas são o meio ambiente e mobilidade inteligentes - 33% e 21% das cidades respectivamente.

As outras quatro características se encontram em somente 10% das outras cidades. Esses dados evidenciam que não há como valorar uma cidade inteligente partindo do pretexto de que a cidade oportunizará que todos os setores urbanos adotem sistemas de TICs. Em outros termos, as iniciativas ocorrem em ângulos isolados, por vezes adotando as TICs em somente um setor, o que já oportuniza a criação de ponte necessária para uma cidade transitar rumo ao conceito de cidade inteligente.

Essas implicações conceituais que visam categorizar uma cidade em inteligente carecem de se debruçar sobre os perfis de políticas públicas de segurança que podem ser adotadas em coadjuvação com as TICs (LAUFS; BORRION; BRADFORD, 2020). Uma abordagem digital à procura de soluções maximizadoras de bem-estar social em que o governo assume papel atuante na promoção de setores urbanos tecnológicos não poderia ignorar o desenvolvimento inteligente do poder de polícia (JOH, 2019).

### **3. CÂMERAS DE RECONHECIMENTO FACIAL**

Uma das várias aplicações que viabilizam um rendimento maior da vigilância é por meio da adoção de instrumentos de reconhecimento facial. Em Santa Catarina, o uso dessa técnica já é usado no aeroporto de Florianópolis<sup>12</sup>, também estudado para ser aplicado na gestão



de cadastro de aposentados e pensionistas em sistema de previdência, de modo que não precisariam se deslocar aos órgãos públicos para realizar seu recadastramento, bastaria o reconhecimento facial<sup>13</sup> e, ademais, aplicado em vigilância policial, inclusive com uma eficácia que resultou em prisões de criminosos foragidos<sup>14</sup>. São exemplos, também, o Estado da Bahia, que a cobertura do reconhecimento facial resultou na captura de quarenta e dois foragidos<sup>15</sup>, a cidade do Rio de Janeiro<sup>16</sup> também trabalha na adoção do sistema para segurança pública e o Governo do Distrito Federal<sup>17</sup> idem.

No entanto, essas novas perspectivas de adoção de instrumentos de TICs realizam o tratamento de dados pessoais (coleta, armazenamento, distribuição, avaliação, processamento, entre outros) que devem ser compreendidos à luz da LGPD.

Não é dizer que as leis de privacidade surgem como fatores inibidores do desenvolvimento urbano, mas é pensar na adoção desses sistemas em uma perspectiva que os dados pessoais que serão tratados por esses mecanismos estejam resguardados e socorridos ante práticas arbitrárias e deletérias que possam surgir a partir de uma má gestão desses recursos. Necessário, portanto, entender como as leis de proteção de dados pessoais recepcionam essas tendências e quais são os desafios inerentes a elas.

---

<sup>12</sup> Governo Federal realiza teste de embarque por reconhecimento facial no aeroporto de Florianópolis. **Globo**. 8 out. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2020/10/08/governo-federal-realiza-teste-de-embarque-por-reconhecimento-facial-no-aeroporto-de-florianopolis.ghtml>. Acesso em: 22 nov. 2020.

<sup>13</sup> Prova de vida de inativos e pensionistas de Santa Catarina será com reconhecimento facial. 12 ago. 2020. Disponível em: <https://www.sc.gov.br/noticias/temas/ciencia-e-tecnologia/prova-de-vida-de-inativos-e-pensionistas-de-santa-catarina-sera-com-reconhecimento-facial?highlight=WyJyZWVmbmhlY2ltZW50byIsImZhY2lhbCIIsInJlY29uaGVjaW1lbnRvIGZhY2lhbCJd>. Acesso em: 22 nov. 2020.

Ver também a utilização da técnica em âmbito federal: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/agosto/reconhecimento-facial-pelo-aplicativo-meu-gov-br-e-a-primeira-etapa-da-prova-de-vida-dos-aposentados>. Acesso em 25 nov 2020.

<sup>14</sup> SC tem primeiras prisões indicadas por sistema de câmeras de monitoramento. **Governo de Santa Catarina**. 12 jun. 2019. Disponível em: <https://www.sc.gov.br/index.php/noticias/temas/seguranca-publica/sc-tem-as-primeiras-prisoas-indicadas-por-sistema-utilizado-em-cameras-de-monitoramento-da-secretaria-de-estado-da-seguranca-publica>. Acesso em: 22 nov. 2020.

<sup>15</sup> Reconhecimento Facial captura 42 foragidos na folia. **Governo do Estado da Bahia**. 26 fev. 2020. Disponível em: <http://www.ssp.ba.gov.br/2020/02/7296/Reconhecimento-Facial-captura-42-foragidos-na-folia.html>. Acesso em: 22 nov. 2020.

<sup>16</sup> Município estende Rio+Seguro à Zona Oeste com câmeras de reconhecimento facial. **Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro**. 22 jan. 2020. Disponível em: <https://prefeitura.rio/cidade/municipio-estende-rioseguro-a-zona-oeste-com-cameras-de-reconhecimento-facial>. Acesso em: 22 nov. 2020.

<sup>17</sup> Segurança Pública usará reconhecimento facial e drones no Carnaval. **Governo do Distrito Federal**. 12 fev. 2020. Disponível em: <http://www.ssp.df.gov.br/seguranca-publica-usara-reconhecimento-facial-e-drones-no-carnaval/>. Acesso em: 22 nov. 2020.



#### 4. CONTORNOS DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E DESAFIOS

Os dados pessoais são fragmentos de informações que possibilitam a identificação de uma pessoa. A identificação pode ser direta ou indireta, pois os fragmentos podem ser disciplinados e correlacionados para autenticar a identidade de um indivíduo.

O dado, como unidade básica da informação, deve ser relacionado com outros fatores para se tornar pessoal. A partir de uma interpretação extensiva, em que o dado pessoal é o dado que direta ou indiretamente se relaciona a uma pessoa natural abarca nome, dados bancários, fotos, orientação sexual, religião, endereço de e-mail, dados médicos e histórico de compras, por exemplo.

À vista de uma interpretação extensiva, a LGPD considera dado pessoal como a informação “relacionada a pessoa natural identificada ou identificável” (art. 5, I, LGPD).

Para além dos dados pessoais, a LGPD disciplina o conceito de dados pessoais sensíveis que são os dados que potencializam discriminação (DONEDA, 2019). Os dados pessoais sensíveis estão intrinsecamente relacionados às características da personalidade e honra de uma pessoa: dado genético, dado biométrico, opinião política, origem racial ou étnica, dados de caráter religioso ou filosófico (art. 5º, II, LGPD). Esse dispositivo legal busca conferir proteção privilegiada aos dados pessoais sensíveis, uma vez que o tratamento errôneo desses fragmentos pode se tornar um instrumento discriminatório.

O especial zelo para o tratamento dos dados sensíveis deve partir de uma interpretação expansiva do art. 11 §1º da LGPD, cuja essência é a de evitar que o manuseio desses dados que, numa análise rasa, poderiam ser considerados não sensíveis, mas, se relacionados com outros fragmentos puderem expor informações sensíveis sobre um indivíduo, deverão ser tratados com as mesmas salvaguardas que o tratamento de dados pessoais sensíveis requer desde o início.

Mecanismos de reconhecimento facial realizam o tratamento<sup>18</sup> de dados sensíveis, pois coletam, armazenam, acessam, transmitem, processam, avaliam dado biométrico (dado referente às características fisiológicas de uma pessoa). Nesse sentido, o consentimento do titular dos dados, que deve ser uma manifestação livre, informada e inequívoca, deve também ser sempre

---

<sup>18</sup> Nos termos da LGPD, art. 5º, X, tratamento de dados é “toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração.”



solicitado à vista de uma finalidade específica (art.5, XII, LGPD). O titular dos dados, assim, necessita ter conhecimento sobre o motivo, finalidade e quais os procedimentos que estão sendo aplicados aos seus dados, isto é, há de se ter transparência acerca dos tratamentos (art. 9 e 6 LGPD).

O ato do consentimento deve ser exercido de modo substancial, ao passo que o titular possa gozar da autodeterminação informativa (posto como fundamento da lei), que concede o direito de o titular requisitar informações, a exclusão de seus dados, ou seja, decidir sobre os limites pelos quais os seus dados serão tratados (art. 2, II).

O consentimento se torna um ato em que o titular confere às instituições privadas e públicas a possibilidade de realizarem o tratamento de seus dados para uma finalidade específica e não significa, portanto, que o titular renunciou sua custódia sobre suas informações. O consentimento é um ato que representa a autonomia individual e não seu abandono (MENDES, 2014).

O consentimento, porém, é relativizado quando o tratamento dos dados pessoais sensíveis corresponde às hipóteses do inciso II, do art. 11 da LGPD. O consentimento elencado pela lei, que obriga as instituições requisitarem a anuência do titular para o tratamento de seus dados, pode ser desnecessário em certas circunstâncias, mas somente quando se trata de interesse público. Para ilustrar essa assertiva, quando o tratamento de dados pessoais sensíveis for necessário para a proteção da vida física do titular e terceiro, aplicação de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos (inclusive quando necessário o compartilhamento pela administração pública), prevenir fraudes em sistemas eletrônicos, cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador, o Estado está legitimado a dispensar o instituto do consentimento (art. 11, II, LGPD).

Para além do consentimento (salvo as hipóteses explicadas), o controlador e operador de dados (art. 5, VI e VII, LGPD) deverá, sempre que possível, aplicar procedimento de anonimização aos dados pessoais sensíveis, em vista de seu potencial poder discriminatório. Os dados anonimizados não viabilizam a identificação direta ou indireta do seu titular, como são, a título de exemplo, os dados estatístico e agregado.

Para um dado perder sua capacidade de associação ao seu titular, deve ser submetido a um processo que retire seu poder identificador: processo de anonimização (art., 5, III, LGPD).



Ainda que nenhum processo de anonimização seja completamente invulnerável, deve-se buscar aplicar técnicas e procedimentos que não permitam que com esforços razoáveis o processo de anonimização possa ser revertido e identificar seu titular, ou seja, o processo não pode ser incipiente.

A LGPD, nesse sentido, dispõe que se o processo de anonimização for obsoleto, as instituições não poderão afirmar que o dado é anônimo, pelo contrário, o dado será considerado pessoal desde o início de seu tratamento (art. 12, LGPD).

Desse modo, mesmo que nas hipóteses do artigo 11 o consentimento seja desnecessário, os princípios e fundamentos da lei ainda são imprescindíveis para a legalidade do tratamento de dados em âmbito governamental, de modo que a sua não observação acarretaria uma violação à lei.

O tratamento de dado biométrico deve se valer do princípio da não discriminação, é dizer, o seu tratamento não pode ser utilizado para objetivos ilícitos, discriminatórios ou abusivos (art. 9, IX, LGPD). Esse parece ser um dispositivo que ameaça a efetividade de muitos experimentos de reconhecimento facial.

Sistemas de reconhecimento facial utilizam decisões automatizadas realizados por mecanismos de *machine-learning system*. Essas soluções, por vezes, não necessitam de uma interpretação humana para sua execução, o próprio programa é apto a realizar sua função detectando, agindo e eventualmente replicando padrões da sociedade. A problemática surge quando diversos padrões sociais são discriminatórios e podem ser internalizados por instrumentos tecnológicos. Decisões automatizadas podem prejudicar os grupos mais vulneráveis e, portanto, uma interpretação humana na valoração dessas decisões, sobretudo quando adotada pelo Estado, pode ser uma alternativa para mitigar possíveis externalidades negativas (EUBANKS, 2018). Não é dizer que o programa é propositalmente construído para se tornar um meio discriminatório, mas ele passa a aprender e parodiar o que se analisa.

A rede social *Twitter*, por exemplo, foi acusada de adotar um conjunto de algoritmo discriminatório, em que postagens de fotos de pessoas negras tendiam a ser minimizadas no *feed* da rede social. Melhor explicando: em uma foto de várias pessoas, brancas e negras, postada na rede social, a foto quando exposta no *feed* de notícias dos usuários somente expunha as pessoas



brancas, de modo que a foto minimizada desprivilegiava a exposição das pessoas negras, tornando sua visibilidade somente possível quando o usuário clicasse na foto para expandi-la.

Conquanto a empresa alegue que não encontrou indícios discriminatórios nos algoritmos de reconhecimento facial, dezenas de usuários relataram o mesmo problema<sup>19</sup>. As decisões automatizadas de tecnologias refletem potenciais perigos discriminatórios: algoritmos alicerçados em métricas que excluem o estudo de demografia, estarão propensos a produzir falsas conclusões em suas decisões automatizadas.

Nos Estados Unidos, departamentos de polícia utilizam, sem o consentimento, fotos de metade dos adultos estadunidenses para a identificação de suspeitos em sistemas de reconhecimento facial. A precisão desses instrumentos é irregular e tende a apresentar piores resultados em análise de grupos demográficos de indivíduos do sexo feminino, negros e jovens (NAJIBI, 2020).

Alex Najibi, em publicação em portal da universidade de Harvard, destaca o estudo *Gender Shades: Intersectional Accuracy Disparities in Commercial Gender Classification* das pesquisadoras Timnit Gebru e Joy Buolamwini que analisaram três conjuntos de algoritmos de classificação de gênero. As pesquisadoras trabalharam com os algoritmos categorizando o grupo de indivíduos em quatro classificações: “mulheres de pele mais escura”, “homens de pele mais escura”, “mulheres de pele mais clara” e “homens de pele mais clara”.

As pesquisadoras observaram que a tecnologia de reconhecimento facial demonstrou piores resultados de precisão na categoria de “mulheres de pele mais escura” – os três conjuntos de algoritmos priorizavam os outros grupos de pessoas (BUOLAMWINI; GEBRU, 2018). O sistema, que apresentou erro de 34,7% de precisão em identificar mulheres negras, deixava de as detectar. A partir disso, uma instituição (pública ou privada) não poderia delegar a avaliação de um serviço para um sistema de reconhecimento facial que exclui mulheres negras por sua imprecisão. Embora as pesquisadoras não identificassem o motivo pelo qual os sistemas de reconhecimento facial não detectavam mulheres de pele mais escura, há sugestões que podem estar intrínsecas à construção do próprio sistema. Um sistema de reconhecimento facial que foi treinado a partir de um banco de dados somente com fotos de homens de pele clara em

---

<sup>19</sup> Twitter investigates racial bias in image previews. **BBC NEWS**. 21 set. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/technology-54234822>. Acesso em: 22 nov. 2020.



detrimento de homens e mulheres de pele mais escura, não estará apto a identificar a biometria destes indivíduos. Como as autoras apontam, são necessários mais estudos que revelem de fato as causas dessas imprecisões, ao passo que é necessário o comprometimento das empresas em revelar as métricas e parâmetros que subsidiaram a construção das tecnologias, isto é, que haja transparência.

A *Microsoft*<sup>20</sup>, *Amazon*<sup>21</sup> e *Ibm*<sup>22</sup> já alertaram que esses sistemas têm potencial impacto deletério para a sociedade, ressaltando a necessidade de os modelos de reconhecimento facial, que articulam com a inteligência artificial, serem alicerçados em uma perspectiva não discriminatória, que incluam revisões periódicas de riscos e potenciais abusos.

Desse modo, não há como valorar, ainda, um sistema eficaz e invulnerável às projeções discriminatórias (*machine bias*) e aos falsos positivos. No Brasil, para ilustrar, o reconhecimento facial utilizado no Rio de Janeiro pela Polícia Militar errou na identificação correta e implicou que uma mulher fosse detida por policiais<sup>23</sup>.

Para além de distorções que podem ser automatizadas, deve-se pensar que a adoção dos modelos de reconhecimento facial, por parte do governo, carece de notada atenção, posto que o uso arbitrário dessas tecnologias pode dificultar garantias individuais. Uma interpretação deformada de que o uso desses instrumentos serve unicamente para preservar a segurança pública pode justificar uma maior vigilância e repressão para grupos vulneráveis que reivindicam seus direitos por meio de protestos civis: ao passo que essa visão prejudica grupos vulneráveis, a privacidade as empodera – esses sistemas não podem ser utilizados para inibir a privacidade como direito fundamental.

Os fundamentos da LGPD, notadamente o respeito à privacidade, à liberdade de expressão, de informação e opinião, aos direitos humanos e quanto ao exercício da cidadania (art. 2º), obstam o uso abusivo de instrumentos de reconhecimento facial. Ao garantir o direito à

---

<sup>20</sup> Facial recognition: It's time for action. **Microsoft**. 06 oct. 2018. Disponível em: <https://blogs.microsoft.com/on-the-issues/2018/12/06/facial-recognition-its-time-for-action>. Acesso em: 22 nov. 2020.

<sup>21</sup> Some Thoughts on Facial Recognition Legislation. **Amazon**, 07 fev. 2019. Disponível em: <https://aws.amazon.com/pt/blogs/machine-learning/some-thoughts-on-facial-recognition-legislation/>. Acesso em: 22 nov. 2020.

<sup>22</sup> Mitigating Bias in AI Models. **IBM** 06 oct. 2018. Disponível em: <https://www.ibm.com/blogs/research/2018/02/mitigating-bias-ai-models/>. Acesso em: 22 nov. 2020.

<sup>23</sup> Sistema de reconhecimento facial da PM do RJ falha, e mulher é detida por engano. **Globo**. 11 jul. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/07/11/sistema-de-reconhecimento-facial-da-pm-do-rj-falha-e-mulher-e-detida-por-engano.ghtml>. Acesso em: 22 nov. 2019



autodeterminação informativa, a transparência surge como um elemento que possibilita o titular dos dados, além de requisitar a exclusão, saber como ocorre o tratamento de suas informações. O artigo 20 da lei espelha a autodeterminação informativa: o titular dos dados usufrui do direito de solicitar a revisão de decisões automatizadas feitas por esses instrumentos de *machine-learning system*, é dizer, o controlador deverá fornecer informações suficientes para que o titular dos dados possa saber como essa decisão automatizada afeta seus interesses.

Esses dispositivos legais implicam em inibir vieses discriminatórios na construção desses sistemas, além de expor como estão sendo aplicados, seja por instituições privadas ou públicas. É evitar, assim, que os novos mecanismos de tecnologia adotados se tornem indecifráveis e intrincados, em que não se sabe como se dão suas construções, aplicações, critérios de decisão e os efeitos de seu uso (PASQUALE, 2015).

Quando adotadas pelo Poder Público, no Brasil, para além da LGPD, o Estado deve observar os princípios constitucionais que norteiam sua atuação, principalmente a impessoalidade, a publicidade, a eficiência, a razoabilidade, a igualdade, a supremacia do interesse público, a proporcionalidade, com vistas a resguardar os fundamentos e princípios da LGPD.

##### 5. PERSPECTIVA COMPARADA: O QUE O BRASIL PODE APRENDER?

Em âmbito internacional, não há regulamentos específicos que abordam o tratamento de dados biométricos faciais por parte de instituições públicas e privadas. O Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados, da Europa, assim como a LGPD, garante especial proteção aos dados pessoais sensíveis, de modo que os dados biométricos representam risco para os direitos e liberdades fundamentais GDPR, (51).

Na Suécia, a agência governamental de proteção de dados, “*Datainspektionen*”, aplicou multa administrativa de 20.000 euros a um município por violação à lei de dados europeia<sup>24</sup>. Uma escola pública, em Skelleftea, decidiu utilizar um sistema de reconhecimento facial como uma forma de contabilizar a presença e assiduidade dos estudantes na escola. O sistema, que ainda se encontrava em fase de teste, foi utilizado em uma das classes durante três semanas, realizando o

---

<sup>24</sup> Facial recognition in school renders Sweden’s first GDPR fine. **Datainspektionen**. 21 ago. 2019. Disponível em: <https://www.datainspektionen.se/nyheter/2019/facial-recognition-in-school-renders-swedens-first-gdpr-fine/>. Acesso em: 22 nov. 2019



tratamento de dados biométricos faciais de 22 alunos. A escola requereu o consentimento explícito dos pais das crianças, ao passo que estes concederam.

No entanto, a agência entendeu que embora a escola tenha requisitado aos responsáveis pelas crianças a anuência para que pudesse manusear os dados, não houve preenchido os requisitos necessários para o gozo do instituto jurídico de modo substancial (consentimento como um ato informado, inequívoco, livre e para uma finalidade específica. art. 6º, §1, a; e art. 4º, §11, GDPR). Além disso, dado a assimetria informacional entre o controlador dos dados (poder público, haja vista se tratar de escola pública municipal) e o titular dos dados, o aludido consentimento não exerceu sua função de decisão informada, nos termos da GDPR (43). O consentimento não se pode valer como condição formal para que instituições públicas se projetem para realizar o tratamento indiscriminado dos dados, na verdade o consentimento deve ser exercido de modo substancial a fim de que essa assimetria de poder entre indivíduo e Estado seja mitigada.

O que tornou a ação da escola ilegal e incoerente com a lei europeia se encontra também na falta de conformidade com os princípios da lei. O princípio da adequação que circunscreve o tratamento de dados para uma finalidade pertinente e limitada ao que seja necessário para cumprir sua função, isto é, que haja minimização dos dados, não foi comprovado pela escola (art. 5º, §1º, c e §2º GDPR). Pelo contrário, instalar um sistema de reconhecimento facial que resultara no tratamento de dados sensíveis unicamente para garantir a assiduidade dos alunos é uma medida desproporcional que não obedeceu ao princípio. Melhor explicando: outros meios menos invasivos podem ser cogitados para garantir a presença dos alunos na escola.

A autoridade de proteção de dados francesa, *Commission nationale de l'informatique et des libertés*, publicou relatório em que traça alguns parâmetros para que agentes públicos possam utilizar o reconhecimento facial paralelamente assegurando a proteção de dados. Por exemplo, a autoridade indica que se o sistema for utilizado de modo experimental, só se justifica o uso se houver importante necessidade e comprovação de que as técnicas utilizadas pelo referido sistema guardam precisão para identificar dados biométricos faciais. Além disso, o controlador dos dados deve respeitar estritamente a lei europeia, requisitando o consentimento para cada tratamento de dado a ser usado; e o tratamento deve propender a minimizar os dados sob uma metodologia rigorosa<sup>25</sup>.



A assimetria de poder que é apta a surgir na utilização de instrumentos de tratamento de dados pelo poder público pode prejudicar liberdades civis. O correto uso do sistema de reconhecimento facial deve estar alicerçado em uma construção que incida em aplicações éticas, *privacy by design*<sup>26</sup>, que compreenda que o tratamento de dados deve estar à vista do princípio da minimização dos dados (em grosso modo, utilizar a menor quantidade possível e garantir a anonimização dos dados), além de oferecer medidas de *accountability*, de modo que a prestação de contas e a transparência quanto à aplicação dessas tecnologias se torne factível.

Dispositivos legais, medidas técnicas e valores éticos surgem como norteadores das futuras cidades inteligentes. O papel do Direito é valorar novos sistemas que possam produzir externalidades em sociedade, positivos ou negativos, mas sempre de modo a respeitar novos entendimentos e visões.

Essa perspectiva é fundamental para evitar ações precipitadas que possam causar efeitos deletérios ao mercado como ocorreu nos Estados Unidos. As cidades de São Francisco, Somerville e Oakland baniram o uso de sistemas de reconhecimento facial por parte do poder público<sup>27</sup>, Boston<sup>28</sup> e Portland (que inclusive estendeu a proibição para empresas privadas que utilizam em espaços públicos<sup>29</sup>) também decidiram no mesmo sentido.

Essas ações súbitas, cuja consequência a longo prazo não foi substancialmente considerada, podem impedir frutíferos resultados do uso dessas aplicações para os setores urbanos, na medida que novas pesquisas e resultados surgem. Tecnologias emergentes devem ser reguladas e balizadas pelo Poder Legislativo e pelas agências reguladoras, isto é, o Direito deve se empenhar em obstaculizar as externalidades negativas e não inibir as novas tecnologias de tal forma que as externalidades positivas não consigam se projetar.

---

<sup>25</sup> *Facial Recognition: for a debate living up to the stakes*. CNIL. 15 nov 2019. Disponível em: <https://www.cnil.fr/en/facial-recognition-debate-living-challenges>. Versão em Francês: [https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/reconnaissance\\_faciale.pdf](https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/reconnaissance_faciale.pdf). Acesso em: 25 nov 2020

<sup>26</sup> Entendimento de que a privacidade deve ser aplicada desde o início da formulação de aplicativos. Medidas de transparência devem estar intrínsecas à engenharia do programa. (CAVOUKIAN, 2012)

<sup>27</sup> Oakland Becomes Third U.S. City to Ban Facial Recognition. VICE. 17 jul. 2019. Disponível em: <https://www.vice.com/en/article/zmpaex/oakland-becomes-third-us-city-to-ban-facial-recognition-xz>. Acesso em: 22 nov. 2019

<sup>28</sup> Boston City Council votes to ban facial-recognition technology. 24 jun. 2020. Disponível em: <https://www.bostonherald.com/2020/06/24/boston-city-council-votes-to-ban-facial-recognition-technology/>. Acesso em 25 nov. 2020

<sup>29</sup> Portland passes broadest facial recognition ban in the US. Disponível em: <https://edition.cnn.com/2020/09/09/tech/portland-facial-recognition-ban/index.html>. Acesso em 25 nov 2020.



O Brasil, como previamente mencionado, já utiliza instrumentos de reconhecimento facial com vistas a desenvolver o poder de polícia. Esses instrumentos projetaram externalidades positivas (como a captura de dezenas de criminosos e um melhor oferecimento de cadastro de previdência aos aposentados, por exemplo), ao passo que também são passíveis de projetar externalidades negativas (como o caso do Rio de Janeiro que uma mulher foi detida por erro do sistema).

A LGPD, contudo, garante que essas aplicações sejam observadas, de modo a preservar a autonomia do indivíduo. A utilização do reconhecimento facial pode ser efetiva respeitando os princípios da lei, em especial a não discriminação, adequação e necessidade. Embora a lei não se debruce estritamente sobre a utilização dessas técnicas, já dispõe sobre o tratamento de dados pessoais sensíveis que, com observado, são os dados em que sistemas de reconhecimento facial realizam tratamento (dados biométricos). Esse tratamento deverá adotar técnicas de anonimização que, embora não sejam completamente seguras, devem servir a fim de que não deixam que com esforços razoáveis possam se detectar seus titulares

A Agência Nacional de Proteção de Dados (ANPD), em suas prerrogativas, pode dispor sobre quais os melhores parâmetros e técnicas que podem ser adotados no processo de anonimização dos dados (art.12, § 3º, LGPD), assim como promover ações sobre a publicidade das operações que envolvam o tratamento de dados pessoais sensíveis (art. 55-J, X, LGPD), editando relatórios de impacto sobre o risco do tratamento dos dados biométricos – recomendando a avaliação humana após decisão automatizada, por exemplo – (art. 55-J, XII, LGPD) e inclusive fiscalizando o poder público sobre o uso das técnicas de reconhecimento facial (art. 55-J, XI, LGPD).

O art. 4º da LGPD necessita de notada atenção, pois preconiza que, em algumas hipóteses, a lei não resguardará o tratamento de dados, como naquela em que o tratamento de dados pessoais ocorra para fins exclusivos de segurança pública, defesa nacional ou segurança do Estado. A vigência da ANPD (que ainda não está oficialmente implementada) é de extrema importância para garantir melhor entendimento sobre o dispositivo legal, isto é, se o uso de reconhecimento facial por agentes públicos poderia se valer desse artigo para estar além do alcance da LGPD.



Não significa, porém, que, se o uso do sistema estiver compatível com o artigo 4º da lei, o poder público poderá realizar o tratamento indiscriminado dos dados pessoais sensíveis dos cidadãos: a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, honra e imagem dos indivíduos é prerrogativa constitucional (art. 5º, X, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

## 6. CONCLUSÃO

A discussão iniciada buscou traçar os fatores pelos quais potencializam a transição de uma cidade ordinária para uma cidade inteligente. A despeito disso, a literatura aponta uma série de fatores que fomentam essa característica, de modo que o presente artigo não buscou esgotá-la, mas objetivou adotar a posição da União Europeia que preconiza que uma cidade inteligente busca recepcionar, em uma relação plural com todos os atores urbanos, sistemas de TICs para a solução de gestão.

Depreende-se, desse primeiro objetivo, que uma cidade não pode ser considerada inteligente somente quando todos os setores urbanos estão integrados em uma utilização de serviços de tecnologia da informação e comunicação. Do contrário, os serviços de TICs podem ser aplicados somente a um setor específico.

Diante desse panorama exploratório, observou-se que esses instrumentos são aplicados pelo setor público desempenhando função de polícia, isto é, a partir de sistemas de reconhecimento facial, a vigilância estatal resulta em fatores positivos, mas têm potencialidade de causar lesões sociais.

A utilização desses mecanismos requer necessariamente o tratamento de dados biométricos que são dados sensíveis, cujo manuseio tem capacidade de servir como meio discriminatório com grupos vulneráveis da sociedade, pois podem parodiar padrões sociais discriminatórios e não há comprovação de que são totalmente eficazes.

As bases normativas da LGPD não obstam o uso dessas soluções pelo setor público ou privado, pelo contrário, o Estado poderá inclusive realizar o tratamento de dados biométricos sem o consentimento de seu titular para fins de proteção da vida dos cidadãos ou para o exercício de políticas públicas, por exemplo.

Argumentar-se-ia, a partir do artigo 4º do dispositivo legal, que a utilização de sistemas de reconhecimento facial se enquadraria na hipótese do inciso II, alínea b, da lei, de modo que não se aplicaria a LGPD nesses casos. Tal diploma deve ser compreendido à luz dos direitos



fundamentais estabelecidos na Constituição Federal, de forma que a aplicação do sistema não poderá violar direitos e garantias fundamentais.

A viabilidade de tal proposta, a fim de que se garanta maior relevância à privacidade dos cidadãos, deve dar prioridade para a anonimização e menor utilização dos dados pessoais em consonância com os princípios da adequação e necessidade.

Por fim, a ANPD deve indicar quais as melhores técnicas de anonimização dos dados que os governos estaduais e federal podem se valer para garantir, sempre que possível, o anonimato dos dados biométricos, ao passo que a ANPD poderá fiscalizar sua utilização. Nesse sentido, o Brasil pode se espelhar nas autoridades de dados sueca e francesa para dispor como o governo brasileiro pode adotar os mecanismos de reconhecimento facial com vistas a evitar utilizações desnecessárias e abusivas da técnica, que, inclusive, a depender do uso equivocado, leva uma cidade a transitar de um potencial em desenvolvimento para uma condição de ininteligência.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRA CUNHA, Maria; PRZEYBILOVICZ, Erico; FERNANDA MEDINA MACAYA, Javiera; BURGOS, Fernando. SMART CITIES: Transformação digital de cidades. **Fundação Getúlio Vargas, FGV-EAESP**, ano 2016, ed. 1ª edição, p. 1-164, 4 jan. 2016.

Disponível em: [https://ceapg.fgv.br/sites/ceapg.fgv.br/files/u60/smart\\_cities\\_bra\\_versao\\_final.pdf](https://ceapg.fgv.br/sites/ceapg.fgv.br/files/u60/smart_cities_bra_versao_final.pdf). Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Constituição Federal de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 25 nov. 2020

BRASIL. Lei no 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm). Acesso em: 22 nov. 2020.

BUOLAMWINI, Joy; GEBRU, Timnit. Gender Shades: Intersectional Accuracy Disparities in Commercial Gender Classification. Gender Shades, Conference on Fairness, Accountability, and



- Transparency, p. 1-15, 2018. Disponível em: <http://proceedings.mlr.press/v81/buolamwini18a/buolamwini18a.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2020.
- Cavoukian, Ann "Privacy by Design [Leading Edge]," in IEEE Technology and Society Magazine, vol. 31, no. 4, pp. 18-19, winter 2012, doi: 10.1109/MTS.2012.2225459.
- CUI, Lei; GAO, Longxiang; XIE, Gang; QU, Youyang; YANG, Yunyun. Security and Privacy in Smart Cities: Challenges and Opportunities. **IEEE Access**. Vol 6, 2018. Doi: 10.1109/ACCESS.2018.2853985.
- Directorate General For Internal Policies. Mapping Smart Cities In The EU. **European Union**, p. 1-200, 2014. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/regdata/etudes/etudes/join/2014/507480/IPOL-ITRE\\_ET\(2014\)507480\\_EN.Pdf](https://www.europarl.europa.eu/regdata/etudes/etudes/join/2014/507480/IPOL-ITRE_ET(2014)507480_EN.Pdf). Acesso em: 21 nov. 2020.
- DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei geral de proteção de dados. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- E. JOH, Elizabeth. Policing the smart city. **International Journal of Law in Context**, 2019. Cambridge University Press 2019, p. 177-182. Doi:10.1017/S1744552319000107.
- Eubanks, Virginia. Automating Inequality: How High-Tech Tools Profile, Police, and Punish the Poor. St. Martin's Press, 2018.
- EUROPEAN UNION LAW. REGULATION (EU) 2016/679 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>. Acesso em: 25 nov. 2020
- IM CHO, Young. Designing Smart Cities: Security Issues. In: Cortesi A., Chaki N., Saeed K., Wierzchoń S. (eds) Computer Information Systems and Industrial Management., Lecture Notes in Computer Science, v. 7564. 2012. [https://doi.org/10.1007/978-3-642-33260-9\\_2](https://doi.org/10.1007/978-3-642-33260-9_2)
- LAUFS, Julian; BORRION, Hervé; BRADFORD, Ben. Security and the smart city: A systematic review. **Sustainable Cities and Society** v. 55, n. 2020, p. 1-18, abr. 2020. DOI <https://doi.org/10.1016/j.scs.2020.102023>.
- MENDES, Laura Schertel. Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014



NAJIBI, Alex. Racial Discrimination in Face Recognition Technology. **Harvard University**, [S. l.], p. S.I, 24 out. 2020. Disponível em: <http://sitn.hms.harvard.edu/flash/2020/racial-discrimination-in-face-recognition-technology/>. Acesso em: 22 nov. 2020.

Pasquale, Frank. **The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information**. Cambridge, Massachusetts. London, Harvard University Press, 2015.

SADGALI, Imane; SAEL, Nawal; BENABBOU, Faouzia. Detection of credit card fraud: State of art. **International Journal of Computer Science and Network Security**. Vol. 18 No.11. P. 76 - 83. 2018.

THODORIS ANAGNOSTOPOULOS, Theodoros. 2014. A Surveillance System for Preventing Suicide Attempts in Urban Metro Stations. In Proceedings of the 18th Panhellenic Conference on Informatics. Association for Computing Machinery. 1–6. <https://doi.org/10.1145/2645791.2645806>

WELSH, David; ROY, Nirmalya. Smartphone-based Mobile Gunshot. 2017 IEEE International Conference on Pervasive Computing and Communications Workshops, PerCom Workshops, pp. 244-249, Kona, HI, doi: 10.1109/PERCOMW.2017.7917566.



## UM ESTUDO SOBRE OS REFLEXOS DA PANDEMIA NO PACTO FEDERATIVO BRASILEIRO

*Victoria Bittencourt Paiva Fernandes<sup>1</sup>*

*Luciana Silva Garcia<sup>2</sup>*

### RESUMO

A presente pesquisa procura entender como a Pandemia do Coronavírus afetou o Pacto Federativo no Brasil. Para tanto, foram levantados todos os decretos editados pelos Estados e Distrito Federal no período de fevereiro a junho de 2020, que estivessem relacionados ao enfrentamento da Pandemia. Para atingir tal levantamento, a metodologia aplicada foi o estudo de caso e foram utilizadas as páginas oficiais e redes sociais dos Governos Estaduais e do Distrito Federal para mapear os normativos. Nesse âmbito, foram analisados 726 (setecentos e vinte e seis) decretos. Após o seu levantamento, esses atos normativos foram categorizados a partir das matérias que tratam e comparados com as disposições referentes a repartição de competências prevista na Constituição. Encontram-se indícios de que não houve coordenação entre os entes federados e nem a elaboração de um plano nacional de enfrentamento à doença por parte da União. Infere-se, então, que houve abalo no Pacto Federativo e estimam-se possíveis efeitos quanto à segurança jurídica.

**Palavras-chave:** Pacto Federativo Brasileiro; Pandemia; Coronavírus; Estudo de Caso; Atos normativos estaduais.

### A STUDY ON THE EFFECTS OF THE PANDEMIC IN THE BRAZILIAN FEDERATIVE PACT

#### ABSTRACT

The research seeks to understand how the Federative Pact in Brazil was affected by the Coronavirus Pandemic. Therefore, it was systematized all government decrees edited by States and Federal District, in the period from February to June 2020, related to the

---

<sup>1</sup> Discente da graduação em Direito no IDP.

<sup>2</sup> Doutora em Direito. Professora do programa de pós graduação acadêmico em Direito do IDP.



Pandemic. To achieve the proposed goal, Case Study methodology was used and all data needed were acquired from State Governments and the Federal District e official social channels. In this context, 726 (seven hundred and twenty-six) government decrees were analyzed. Then, these normative acts were categorized based on the matters they deal with and compared with the provisions regarding the division of responsibilities established by the Federal Constitution. There are indications that there was no coordination between the federated entities nor the elaboration of a national plan to fight the disease by the Union. It is inferred, then, that there was a confrontation in the Federative Pact and possible effects are estimated regarding the legal certainty.

**Key words:** Brazil's Federative Pact; Coronavirus Pandemic; Case Study; Government Decrees.

## INTRODUÇÃO

As primeiras notícias sobre o vírus da COVID-19 com altos índices de contágio e letalidade aparecem em fins de 2019 e início de 2020, com epicentro no interior da China, e rapidamente a doença se torna uma preocupação mundial. Em 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde decretou estado de pandemia<sup>3</sup>. No dia 26 de fevereiro de 2020, o Ministério da Saúde confirmou o primeiro caso da doença no Brasil, em 17 de julho já eram 2.046.328 casos confirmados e 77.851 óbitos em decorrência do vírus<sup>4</sup>.

O Estado Brasileiro, logo no artigo 1º da Constituição Federal, adota a forma de organização de estado federalista. Um Estado Federal se caracteriza, de acordo com Ingo Wolfgang Sarlet et al., pela distribuição do exercício de poder entre as unidades territoriais<sup>5</sup>. O modelo visa assegurar o pluralismo mediante a necessária e vinculativa repartição de competências definida na Constituição. Nesse sentido, a Constituição em

---

<sup>3</sup>WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Coronavirus Disease 2019 Situation Report – 51**. Genebra: Suíça, 11 mar. 2020. Disponível em: [https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200311-sitrep-51-covid-19.pdf?sfvrsn=1ba62e57\\_10](https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200311-sitrep-51-covid-19.pdf?sfvrsn=1ba62e57_10). Acesso em: 31 mar. 2020.

<sup>4</sup>BRASIL. **Ministério da Saúde**. Últimas notícias Coronavírus. Brasília, 2020. Disponível: <https://saude.gov.br/>. Acesso em: 31 mar. 2020.

BRASIL. **Ministério da Saúde**. Coronavírus Brasil. Brasília, 12 out. 2020. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 12 out. 2020.

<sup>5</sup>SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; Mitidero, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 933.



seu artigo 23, inciso II, aponta como competência comum de todas as esferas de governo o zelo pela saúde pública. Considerando a gravidade da doença e seu potencial disseminação acentuado, se mostra imperativa uma atuação conjunta entre os entes federativos, para que a saúde pública nacional possa ser efetivamente garantida.

Assim, seria necessário, nesse momento crítico, um plano uniforme que envolvesse as esferas federativas, para que cada qual possa atuar conforme suas competências constitucionais. Até porque, conforme aponta Moraes “a manutenção do equilíbrio democrático depende da fiel observância da distribuição de competências, caracterizada pelo pacto federativo”<sup>6</sup>. A partir desse cenário, acredita-se ser necessário o estudo sobre quais efeitos da pandemia do COVID-19 nas relações entre os entes federativos. Nessa toada, a presente pesquisa buscará entender: o pacto federativo foi afetado considerando a pandemia no Brasil? Há coordenação entre os diferentes entes? Há usurpação de competência?

Nesse sentido, foram levantados os decretos dos Estados e Distrito Federal que dispunham sobre as medidas de enfrentamento à doença adotadas. Posteriormente, essas disposições foram comparadas com as diretrizes constitucionais de repartição de competências. Para realizar tais objetivos, a técnica utilizada foi o estudo de caso.

O artigo será dividido da seguinte maneira: inicialmente será examinada a decorrência de pandemias no campo do direito, através do chamado direito de emergência; posteriormente, as principais disposições da repartição de competências do pacto federativo brasileiro para o presente estudo serão analisados; em seguida, a metodologia do Estudo de Caso será apresentada e aplicada, neste capítulo os dados obtidos serão expostos; e por fim, os resultados, no qual serão analisados os decretos levantados.

## 1. O DIREITO DE EMERGÊNCIA

---

<sup>6</sup>MORAES, Alexandre De. Federação brasileira - necessidade de fortalecimento das competências dos estados-membros. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 251, p. 11-27, mai. 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7526>>. Acesso em: 23 mar. 2020.



O direito de exceção é justificado pela necessidade de “conservação da civilização, mesmo nos casos em que cada um está inclinada a ser regido apenas por seus próprios instintos”<sup>7</sup>. No entanto, o surgimento das primeiras doenças globalizadas com uma velocidade de contágio sem precedentes, é inversamente proporcional à lentidão paquidérmica do Direito<sup>8</sup>. Considerando que a última pandemia ocorreu no início do século XX, não seria razoável supor que o legislador originário poderia prever a ocorrência de situação semelhante a trazida pelo Coronavírus. Portanto, não existem regulamentações específicas sobre situações especiais vinculadas à saúde pública no Brasil.

Diante da realidade das doenças globalizadas, defende-se que para que o combate seja eficaz ele deve se ater a dois principais eixos, a livre circulação de pessoas e de mercadorias<sup>9</sup>, posições estas que exigem do direito alguma espécie de restrição às liberdades fundamentais da Carta Magna. Em decorrência disso, os estudos sobre o direito da emergência apontam a dificuldade de compatibilidade da democracia com o estado de exceção gerado pelas pandemias<sup>10</sup>. Assim, defende-se a importância de uma atuação ponderada e uniforme dos entes federados. Nesse sentido:

A jurisdição constitucional em tempos de emergência constitucional deve realizar um escrutínio forte em relação aos atos dos poderes públicos, evitando a normalização de perdas efetivas na proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, sociais, econômico e culturais conquistado à duras penas ao longo do tempo. Se, pois, vidas são perdidas em prol dessas conquistas civilizatórias, então é exatamente em tais momentos, que nos colocam à prova como levamos a sério a Constituição, que devemos homenagear todos aqueles que lutaram anos a fio contra uma ditadura, que foram violentados, sacrificados em prol de um futuro melhor<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup>PITCHO, Benjamin. “L’état d’exception se justifie-t-il en droit?” Actes du premier colloque Éthique & Pandémie grippale – Enjeux éthiques, défis démocratiques. Revue Pandémiques. Hors-Série. Paris: **Espace étique/AP-HP**, janeiro de 2006, p. 37-40.

<sup>8</sup> VENTURA, Deisy. Pandemias e Estado de Exceção. In: Marcelo Catoni e Felipe Machado. **Constituição e Processo: a resposta do constitucionalismo à banalização do terror**. Belo Horizonte: IHJ, 2009, p. 159-181.

<sup>9</sup> VENTURA, Deisy. Pandemias e Estado de Exceção. In: Marcelo Catoni e Felipe Machado. **Constituição e Processo: a resposta do constitucionalismo à banalização do terror**. Belo Horizonte: IHJ, 2009, p. 159-181.

<sup>10</sup> VENTURA, Deisy. Pandemias e Estado de Exceção. In: Marcelo Catoni e Felipe Machado. **Constituição e Processo: a resposta do constitucionalismo à banalização do terror**. Belo Horizonte: IHJ, 2009, p. 159-181.

<sup>11</sup> SILVA, Diogo Bacha e Silva; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco Moraes. Direito à saúde, jurisdição e estado de emergência constitucional: uma perspectiva crítica da pandemia. **Revista Direito e Práxis**: jun, 2020, p. 30. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/50341>. Acesso em: 12 out. 2020.



## 2. O PACTO FEDERATIVO BRASILEIRO

O modelo de Estado Federal remonta a independência recém conquistada das Treze Colônias americanas que, temendo um ataque britânico, cedem sua soberania plena para formar um novo ente, União, com poderes para exercer tarefas necessárias ao bem comum de todos os Estados, inclusive a defesa, então, nacional. Em contrapartida, a autonomia estadual é conservada e os estados compõem a formação de vontade da União por meio da representação no Senado.

Doutrinadores do direito brasileiro afirmam que a característica central do Estado Federal é o emprego do princípio da autonomia e a legitimidade de participação política das diferentes esferas de poder<sup>12</sup>. Nesse sentido, a autonomia é conceituada por Helly Lopes Meirelles<sup>13</sup> como:

Autonomia é a prerrogativa política outorgada pela Constituição a entidades estatais internas (Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) para compor seu governo e prover sua Administração segundo ordenamento jurídico vigente (CF, art. 18). É a administração própria daquilo que lhe é próprio. Daí por que a Constituição assegura a autonomia do Município pela composição do seu governo e pela administração própria no que concerne ao seu interesse local (art. 30, I).

A Constituição Federal é o fundamento jurídico e instrumento regulador do federalismo mediante a repartição de competências, a atribuição a cada ordenamento de matérias que lhe sejam próprias. Nesse diapasão, o governo central busca realizar os anseios gerais da nação e o local atende às peculiares da região existentes<sup>14</sup>.

A razão pela qual a assunção da forma federalista no país se mostra indispensável é a sua dimensão continental com diversidades regionais relevantes, como a geografia, cultura, clima e economia. Assim, a ideia de um modelo de organização de estado descentralizado é coerente diante das necessidades nacionais. Inclusive, tais diferenças locais se mostraram mais evidentes no contexto da pandemia. É certo que

---

<sup>12</sup>MORAES, Alexandre De. **Direito Constitucional**. 24<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 271.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 848.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Direito Constitucional Brasileiro: Organização do Estado e dos Poderes**. 1<sup>a</sup> ed em ebook baseada na 1<sup>a</sup> ed impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

<sup>13</sup>MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 90.

<sup>14</sup>MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 852.



todas as unidades da federação registraram casos da doença, no entanto, os níveis de contágio e número de leitos disponíveis são díspares, situação que pode exigir medidas heterogêneas a depender da localidade. Conforme a doutrina tradicional<sup>15</sup>, o respeito a repartição de competências constitucionais é dever dos entes federados em todos os momentos. Nesse contexto, a Carta Magna institui quatro espécies de competências, a privativa, exclusiva, comum e concorrente.

A competência exclusiva disciplinada no art. 21, trata sobre questões relacionadas ao valor de estado-nação e por isso, é dotada de indelegabilidade. Já a competência privativa da União, disposta no art. 22, define preceitos em que há supremacia legislativa federal, diante da relevância de suas matérias. No entanto, é passível de delegação<sup>16</sup>. Na competência comum, prevista no art. 23, ocorre uma descentralização dos encargos em matérias de grande interesse social, que não podem ser prejudicadas por espaços de competência. Ao passo que as competências concorrentes do art. 24 se dirigem a União que deve editar normas gerais e aos Estados-membros cumpre legislar de modo mais específico e centralizado nos interesses de cada região<sup>17</sup>.

Dentro desse contexto, expor-se-á as principais atribuições da Carta Magna encontradas nos atos normativos levantados. A Constituição Federal dispõe em seu artigo 21, inciso IX, a competência da União para elaborar e executar planos nacionais e regionais de desenvolvimento social. Não obstante, em seu arts. 23, inciso II, e 24, inciso XII, o cuidado com a saúde é competência atribuída a todos os entes federativos. Além disso, o art. 21, inciso XVIII, estabelece a competência exclusiva e indelegável da União para o planejamento e promoção da defesa permanente em caso de calamidades públicas. Também compete a União dispor sobre o transporte de maneira genérica,

---

<sup>15</sup>FEREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo**. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 181.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 862.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; Mitidero, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 963.

<sup>16</sup>MORAES, Alexandre De. **Direito Constitucional**. 24ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 299-301.

<sup>17</sup>LOBO, Paulo Luiz Neto. Competência legislativa concorrente dos Estados-Membros na Constituição de 1988. **Revista Informação Legislativa**: vol. 26, n. 101, p. 87-104, jan./mar. 1989, p. 99-100.



conforme previsão no artigo 22, inciso IX, bem como do transporte lacustre, fluvial, marítimo, aéreo e aeroviário, segundo o inciso X.

O regime dos portos e a entrada de estrangeiros são atribuídos à União, respectivamente, nos incisos X e XV. Ainda há disposição nos incisos I e XIV do artigo 21 que atribui à União competência para tratar de matérias referentes ao direito penal e populações indígenas. Já no âmbito das competências concorrentes relevante para o presente trabalho têm-se a disposição acerca da pesca e do direito penitenciário, previstos, respectivamente, no art. 24, inciso VI e inciso I. Estas são as principais disposições constitucionais relacionadas a pandemia.

### 3. DADOS LEVANTADOS

Yin explica que questões do tipo como e porque são mais bem respondidas com o uso das estratégias pesquisa histórica, estudo de caso e levantamento<sup>18</sup>. No entanto, quando a pesquisa visa o estudo de fenômenos contemporâneos e não exige controle sobre efeitos comportamentais dos sujeitos e instituições envolvidas, o estudo de caso é a metodologia mais indicada.

Godoy ainda enfatiza que o estudo de caso é adequado quando o pesquisador está interessado em obter dados e informações relevantes para a avaliação de práticas governamentais<sup>19</sup>. Assim sendo, a técnica utilizada para análise dos impactos jurídicos do Coronavírus no pacto federativo brasileiro é o estudo de caso. Conforme explica Pires, na metodologia de estudo de caso a escolha adquire importância particular. São as características dos casos selecionados que darão as condições de existência da pesquisa. Logo, uma boa escolha de caso deve considerar as suas especificidades, mas também a sua capacidade de demonstrar fenômenos da realidade<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup>YIN, Robert. **Estudo de caso: planejamento e métodos**. 3ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2005, p. 24-27.

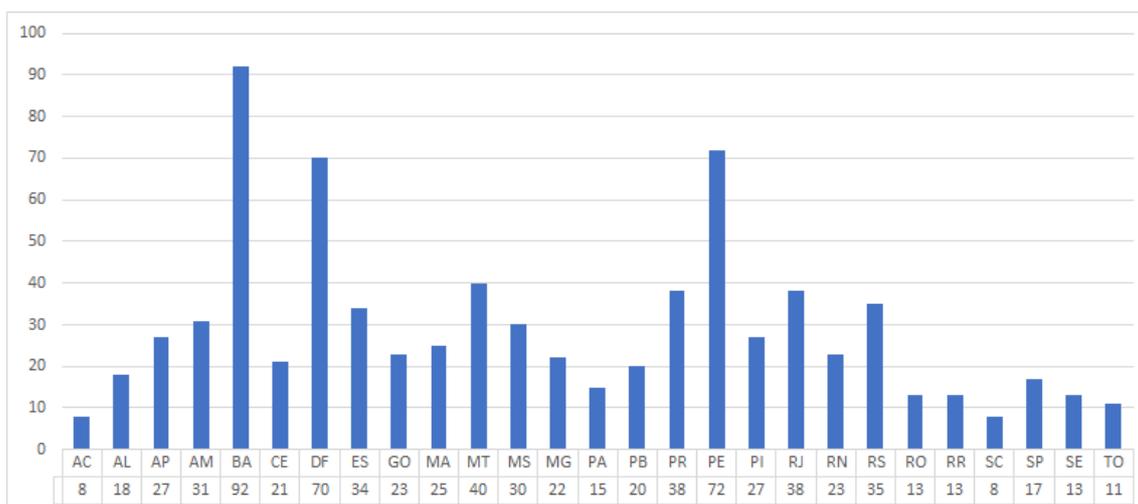
<sup>19</sup>GODOY, Arilda Schmidt. Estudo de caso qualitativo. In: SILVA, Anielson Barbosa da; GODOI, Cristiane Kleinubing; BANDEIRA-DE-MELLO, Rodrigo. **Pesquisa qualitativa em estudos organizacionais: Paradigmas, Estratégias e Métodos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 115-143.

<sup>20</sup>GODOY, Arilda Schmidt. Estudo de caso qualitativo. In: SILVA, Anielson Barbosa da; GODOI, Cristiane Kleinubing; BANDEIRA-DE-MELLO, Rodrigo. **Pesquisa qualitativa em estudos organizacionais: Paradigmas, Estratégias e Métodos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 115-143.

Dessa forma, propõe-se uma análise dos decretos editados pela União, Estados e Distrito Federal que dispõem sobre medidas para conter o vírus, comparando-os com as disposições constitucionais que versam sobre a competência de cada ente. Para mapear esses dados, utilizou-se das páginas oficiais e redes sociais dos governos estaduais e do Distrito Federal. As medidas infralegais estaduais foram levantadas desde a chegada do vírus no Brasil até o final do mês de junho. Ademais, a escolha por analisar decretos se deu pelo fato destes serem o instrumento normativo por excelência do Executivo. O exame dos atos infralegais editados apenas pela União, Estados e Distrito Federal, excluindo-se os Municípios, se justifica em função do tempo disponível para a realização do estudo.

Mediante a aplicação da metodologia de estudo de caso e conforme as delimitações temporal e de esfera de poder estabelecidas, foram encontrados um total de 726 (setecentos e vinte e seis) atos normativos editados por todos os vinte e seis estados federados e o Distrito Federal. O gráfico abaixo explicita os dados:

**Gráfico 1- quantitativo de atos normativos encontrados por ente federado (fev-jun 2020)**



Fonte: elaboração própria, 2020.

Para análise dos decretos, foi utilizado um método indutivo, pelo qual as categorias de análise foram extraídas dos próprios atos normativos. Inicialmente, foram buscadas categorias na ementa dos atos normativos. No entanto, notou-se que diversas



ementas não condizem com a totalidade do disposto nos decretos, o que demandou uma leitura mais acurada dos mesmos. Assim, identificaram-se as seguintes categorias:

**Quadro 1 – categorias de análise dos decretos**

CATEGORIAS
Medidas de enfrentamento ao Coronavírus
Definição de atividades essenciais
Suspensão ou redução de transporte aéreo, interestadual, intermunicipal ou fluvial
Suspensão ou restrição de visitas nas unidades prisionais
Impedimento ou imposição de restrição à atracação de navios em portos
Decretação de estado de emergência ou calamidade no estado
Instituição de luto oficial
Regulamentação da atividade de drive-in
Articulação de estratégias para diminuir o impacto da doença em territórios indígenas
Facilitação de registro e pedido de medidas protetivas relacionadas à violência doméstica.

A primeira categoria exposta acima foi encontrada na ementa dos próprios decretos e é enquadrada por exclusão, qualquer medida determinada pelos governadores nos atos normativos que visem diminuir o contágio da doença e não se adequem aos demais, foi considerada como medida de enfrentamento. A exemplo da suspensão de determinadas atividades, eventos, aulas e comércio; proibição de ingresso em praia; instituição de teletrabalho dos servidores estaduais ou de comitês gestores de crise; recomendação de uso de máscaras; previsão de penalidades em caso de descumprimento; medidas econômicas para mitigação dos impactos da pandemia. Nesse sentido, nota-se um número alto de medidas de enfrentamento, um montante de 643 (seiscentos e quarenta e três) decretos.

Para fins de metodologia, considerou-se que os atos normativos que versavam sobre serviços e atividades autorizadas a manter seu funcionamento, mesmo diante da suspensão de outras, poderiam ser classificadas como essenciais. Assim, encontrou-se



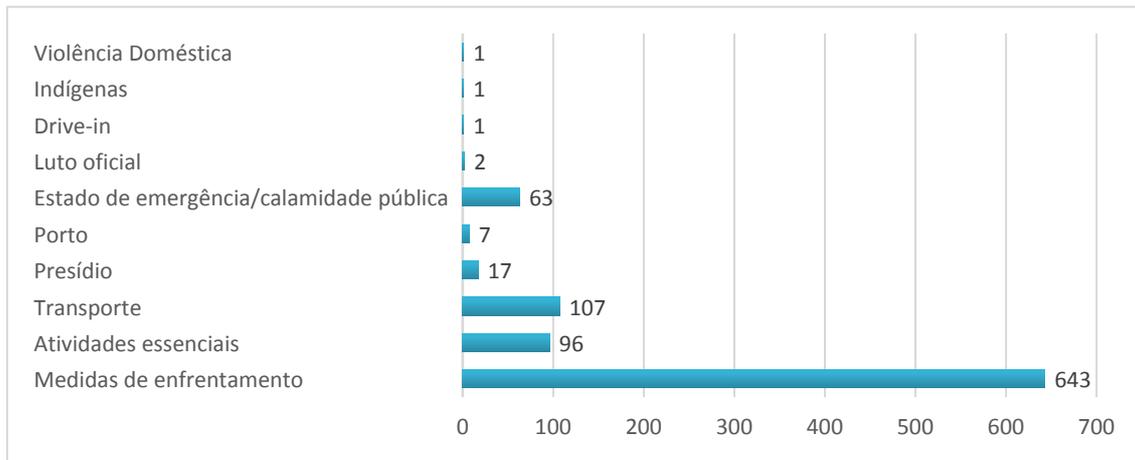
um total de 96 (noventa e seis) decretos que tratavam sobre a definição, inclusão ou exclusão de atividades essenciais.

Quanto à suspensão ou redução de transporte foram encontrados 107 (cento e sete) atos normativos. Nessa categoria, encontraram-se decretos determinando a proibição de transporte interestadual, intermunicipal, fluvial e mesmo aéreo, tanto nacional, como internacional. Cumpre ressaltar que alguns decretos, a exemplo dos Decretos nº 48822 de Pernambuco (2020), nº 18902 do Piauí (2020) e nº 29583 do Rio Grande do Norte (2020), ainda determinaram medidas de quarentena ou isolamento social compulsórios a passageiros advindos de outras nações ou estados da federação com casos confirmados de COVID-19.

No que tange a suspensão ou redução de visitas a unidades prisionais ou socioeducativas foram encontrados 17 (dezesete) decretos. Já quanto ao impedimento ou imposição de restrições ao atracamento de navios em portos brasileiros têm-se 7 (sete) decretos. Ainda, 63 (sessenta e três) decretos versavam sobre a instituição de estado de emergência ou calamidade pública no Estado. Duas unidades federativas decretaram luto oficial em decorrência do alto número de mortes por COVID-19: Amazonas e o Pará. Por fim, o Amazonas editou ato normativo disciplinando a atividade de drive-in, o Pará definiu estratégias para controle de impacto da doença em territórios indígenas e Minas Gerais publicou decreto versando a facilitação do registro e pedido de medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha no período da Pandemia.

Para melhor visualização dos dados e suas porcentagens, observe-se o seguinte gráfico:

### **Gráfico 2- disposições tratadas nos decretos**



Fonte: elaboração própria, 2020.

Sobre estes dados, chama atenção o baixo número de regulamentações que protegem populações vulneráveis específicas como indígenas, população prisional e mulheres. Especificamente sobre pessoas presas, o Brasil conta com uma população prisional de mais de 700 mil de pessoas segundo o Departamento Penitenciário Nacional<sup>21</sup> em condições sabidamente insalubres e em superlotação. Em boletim divulgado em junho de 2020 pelo Conselho Nacional de Justiça, havia 9.586 casos confirmados no sistema prisional<sup>22</sup>. Não obstante isso, a ausência de medidas normativas por parte de todos os estados para enfrentamento da disseminação da Covid-19 nos estabelecimentos prisionais dá indícios da não priorização desta população no planejamento das ações de enfrentamento à disseminação do vírus pelos governos estaduais.

#### 4. RESULTADOS ALCANÇADOS

Em momentos de crise como o que vivenciamos atualmente, é necessária a cooperação entre as esferas de poder, cada ente atuando conforme suas competências constitucionais, para a efetiva garantia dos direitos assegurados constitucionalmente,

<sup>21</sup>BRASIL. Governo do Brasil – Segurança. **Dados sobre a população carcerária do Brasil são atualizados**. Brasília, 17 fev. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2020/02/dados-sobre-populacao-carceraria-do-brasil-sao-atualizados#:~:text=Considerando%20presos%20em%20estabelecimentos%20penais,liberdade%20em%20todos%20os%20regimes>. Acesso em: 20 set. 2020.

<sup>22</sup>BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Covid-19 no Sistema Prisional**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/07/Monitoramento-Semanal-Covid-19-Info-01.07.20.pdf>. Acesso em: 20 set. 2020.



essencialmente o direito à vida e à saúde. Nesse mesmo sentido se posiciona o Ministro Alexandre de Moraes:

Em momentos de acentuada crise, o fortalecimento da união e a ampliação de cooperação entre os três poderes, no âmbito de todos os entes federativos, são instrumentos essenciais e imprescindíveis a serem utilizados pelas diversas lideranças em defesa do interesse público, sempre com o absoluto respeito aos mecanismos constitucionais de equilíbrio institucional e manutenção da harmonia e independência entre os poderes, que devem ser cada vez mais valorizados, evitando-se o exacerbamento de quaisquer personalismos prejudiciais à condução das políticas públicas essenciais ao combate da pandemia de COVID-19<sup>23</sup>.

Ainda seria imprescindível que o Governo Federal elaborasse as diretrizes gerais do combate à doença, visando dar uniformidade as ações voltadas à promoção da saúde. Isso porque o caso concreto impacta no desenvolvimento social e se trata de defesa em estado de calamidade pública<sup>24</sup>, incidindo, portanto, as determinações dos artigos 21, inciso IX e XVIII. No entanto, essa deontologia não foi o que se observou na prática. Em inúmeras entrevistas oficiais, o Presidente da República menosprezou a importância das consequências da pandemia para a saúde pública nacional<sup>25</sup>, o que indica uma inércia da União Federal em adotar posicionamentos mais concretos contra o vírus e na elaboração de um plano conjunto de enfrentamento, bem como descaso do seu chefe máximo com a seriedade da doença.

Notando essa situação, os governadores do Nordeste inclusive escreveram uma carta ao Governo Federal solicitando mudança de comportamento do Presidente da República e apontando a necessidade de coordenação e cooperação nacional<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Federal 672/Distrito Federal. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. **Pesquisa de jurisprudência**. Data de Julgamento: 8 abr. 2020. DJe: 15 abr. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5885755>. Acesso em: 16 abr. 2020.

<sup>24</sup>BRASIL. **Decreto legislativo nº 6**. Diário Oficial da União: ed. 55-C, seção 1-extra, publicado em 20 mar. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/decreto-legislativo-2020-coronavirus.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2020.

<sup>25</sup>BOLSONARO, Jair Messias. **Coletiva de Imprensa do Governo Federal**. Brasília: TV Brasil, 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ts2ClqnHKWA>. Acesso em: 24 jun. 2020.

BOLSONARO, Jair Messias. **Pronunciamento do Presidente da República**. Brasília: TV Brasil, 2020. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=VI\\_DYb-XaAE](https://www.youtube.com/watch?v=VI_DYb-XaAE). Acesso em: 27 mar. 2020.

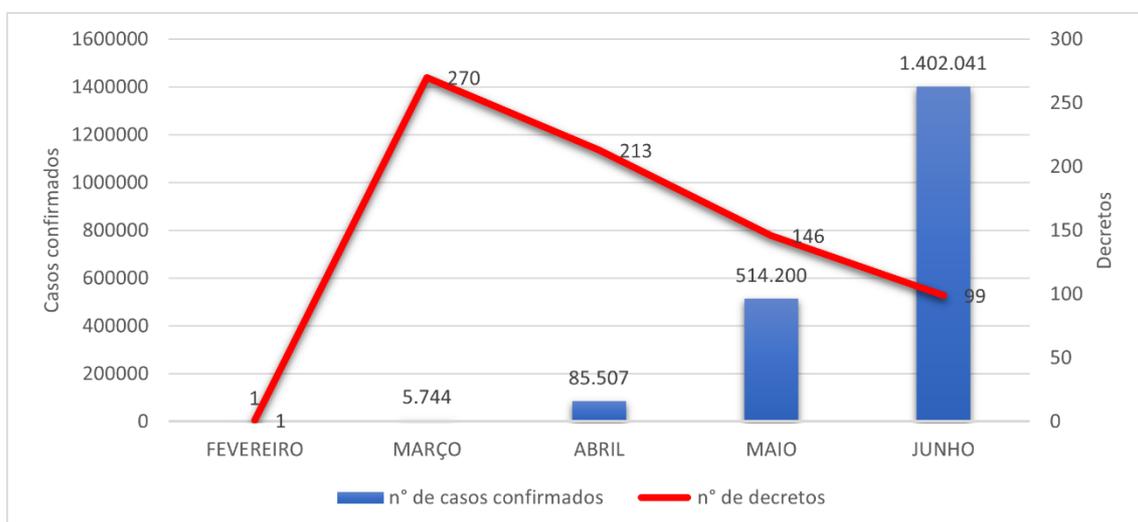
BOLSONARO, Jair Messias. **Entrevista com jornalistas no Palácio da Alvorada em 27 de abril de 2020**. Brasília: UOL, 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=KGACSGIToUk>. Acesso em: 24 jun. 2020.

<sup>26</sup>GOVERNADORES DO NORDESTE (Carta). Destinatário: Jair Messias Bolsonaro. Consórcio Nordeste, 25 mar. 2020. Disponível em: [file:///C:/Users/victo/Downloads/25-03-cartadosgovernadoresdonordeste%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/victo/Downloads/25-03-cartadosgovernadoresdonordeste%20(2).pdf). Acesso em: 26 mar. 2020.

Em decorrência da omissão da União Federal, os governadores estaduais e do Distrito Federal, se viram diante da necessidade de tomar decisões visando evitar uma crise total do sistema de saúde pública e à proteção da população. Contudo, não houve coordenação entre as medidas adotadas e cada ente definiu por si só as medidas de enfrentamento a serem tomadas, quais atividades deveriam ser fechadas, quais estavam autorizadas a funcionar, bem como o tempo de cada medida. Fato esse que, mesmo se estivesse desacompanhado, já demonstraria enfraquecimento no pacto federativo brasileiro.

Dentro desse contexto, se supôs que a edição dos atos normativos estaduais poderia ser um método encontrado pelos entes federados para o enfrentamento da doença. Assim, entendeu-se como importante analisar a relação entre o aumento da doença e o número de decretos editados pelos entes federados. Nesse sentido, confira-se: o gráfico 3 fará uma análise do país como um todo e, em seguida, os gráficos 4 e 5 trarão um exame acerca da Bahia, Distrito Federal e Pernambuco (estados com mais decretos editados, conforme gráfico 1) e Santa Catarina (um dos dois estado com menor número de decretos editados, conforme gráfico 1) e sua relação com o desenvolvimento da doença.

**Gráfico 3- relação entre desenvolvimento do Coronavírus e quantitativo de atos normativos editados (fev-jun 2020)**

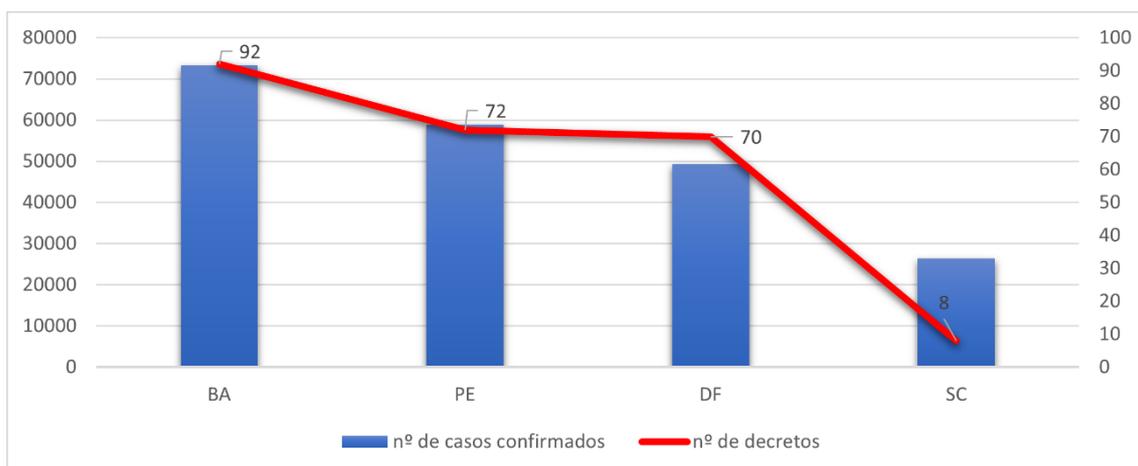


Fonte: elaboração própria, 2020. Dados de casos confirmados foram retirados do sítio eletrônico do Ministério da Saúde<sup>27</sup>.

Como pode se notar do gráfico acima, o número de decretos editados pelos estados e distrito federal foi mais acentuado no mês de março, quando a doença, de fato, começou a ter crescimento no país. Porém, conforme o quantitativo de casos do Coronavírus foi aumentando, o número de decretos foi diminuindo. Nesse sentido, acredita-se que, de início e diante da situação atípica, se fez necessário um poder normativo mais acentuado por parte dos estados e Distrito Federal, essencialmente considerando os indícios de omissão por parte da União Federal. Contudo, uma vez que o apoio legal foi constituído a quantidade de decretos foi gradualmente sendo abreviada.

Entende-se que a minoração do número de restrições à liberdade que ocorreu com o decurso temporal teve importante papel nessa diminuição. Isso porque entendeu-se que um dos dois pilares apontados pela doutrina do Direito de Exceção não necessitaria de mais regulamentação, isto é, diminui-se o número de restrições a livre circulação de pessoas.

**Gráfico 4 – relação entre o número de infectados do Coronavírus na Bahia, Distrito Federal, Pernambuco e Santa Catarina e o quantitativo de atos editados (fev-jun. 2020)**

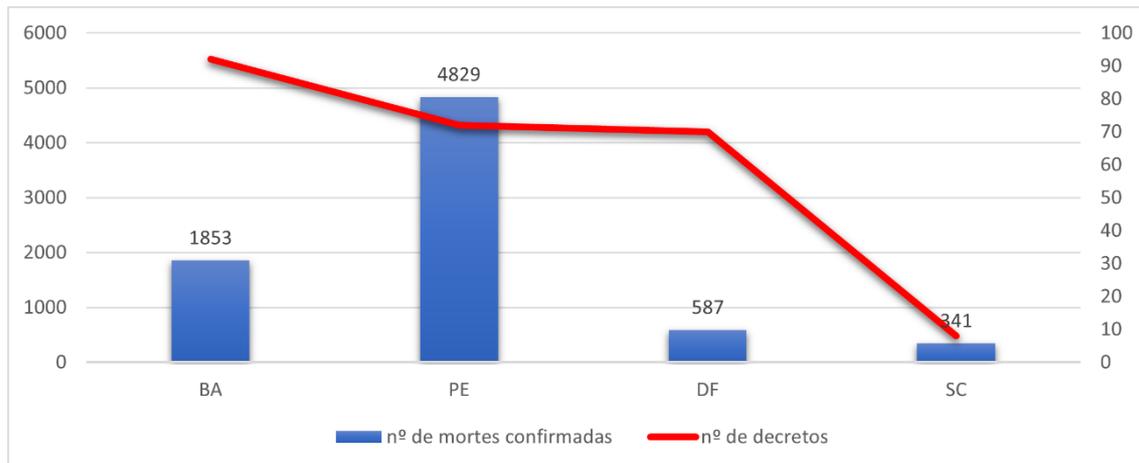


Fonte: elaboração própria, 2020. Dados de casos confirmados foram retirados do sítio eletrônico do Ministério da Saúde<sup>28</sup>.

<sup>27</sup>BRASIL. **Ministério da Saúde**. Coronavírus Brasil. Brasília, 12 out. 2020. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 12 out. 2020.

<sup>28</sup>BRASIL. **Ministério da Saúde**. Coronavírus Brasil. Brasília, 12 out. 2020. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 12 out. 2020.

**Gráfico 5- relação entre o número de mortos em razão do Coronavírus na Bahia, Distrito Federal, Pernambuco e Santa Catarina e o quantitativo de atos editados (fev-jun. 2020)**



Fonte: elaboração própria, 2020. Dados de casos confirmados foram retirados do sítio eletrônico do Ministério da Saúde<sup>29</sup>.

Chama atenção o fato de que o Distrito Federal, estado com produção normativa alta quando comparada aos demais estados, apesar do alto número de infectados, teve um baixo índice de mortes. Já Santa Catarina, um dos estados com menor número de atos normativos publicados, em termos comparativos com os demais estados, teve menor incidência de infectados, no entanto mais mortes. Assim, há indícios de que a produção normativa dos estados pode ter influenciado nos impactos da doença em âmbito local.

No que tange o confronto das matérias dispostas nos atos normativos e as disposições constitucionais de competência, dos diversos decretos analisados na presente pesquisa, os que dispunham sobre a suspensão ou restrição de visitas à detentos das unidades prisionais e os que decretavam estado de emergência ou calamidade no estado estão cumprindo com as competências estabelecidas na Constituição, conforme os arts. 24, inciso I e art. 21 inciso V (aplicado por simetria aos Estados). Assim como

<sup>29</sup>BRASIL. **Ministério da Saúde**. Coronavírus Brasil. Brasília, 12 out. 2020. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 12 out. 2020.



os decretos que estabeleceram luto oficial e regulamentaram atividade de drive-in nos Estados, visto que se trata de competência residual destes.

Outros temas tratados pelos decretos indicam terem invadido competências da União: a suspensão ou restrição ao transporte, impedimento ou imposição de restrição à atracação de navios, a determinação de isolamento ou quarentena compulsórios à estrangeiros, medidas facilitadoras de registro e pedido de medidas protetivas relativos a violência doméstica e medidas a serem implantadas em territórios indígenas, a teor, respectivamente, do art. 22, incisos IX, X, e XV, e art. 21, incisos I e XIV.

Já no que tange a definição de atividades e serviços essenciais, há clara assimetria entre os entes. A União defende ser sua a competência de definição, inclusão e exclusão sobre essa matéria, em contrapartida os Estados editaram diversos decretos as regulamentando, muitas vezes, em contrário com as disposições da União. A exemplo do Decreto nº 42106 do Estado do Amazonas, de 24 de março de 2020, que ao contrário do Decreto nº 10282 da União Federal, de 20 de março de 2020, não prevê atividade lotérica como essencial<sup>30</sup>.

Assim, das nove matérias analisadas na presente pesquisa, apenas quatro estão em sintonia com as previsões constitucionais de competência dos Estados e Distrito Federal. Todas as demais geraram algum tipo de rusga entre os entes. Conclui-se, portanto, que não apenas não houve coordenação entre as duas esferas federadas analisadas, como a pandemia abalou as estruturas do pacto federativo brasileiro.

## 5. CONCLUSÃO

O presente trabalho possuía como objetivos entender, através de uma pesquisa qualitativa e quantitativa, os efeitos que da pandemia do Coronavírus frente o pacto federativo brasileiro. Para tanto, foram levantados todos os Decretos dos Estados-Membros desde fevereiro até junho de 2020. Os referidos atos normativos foram classificados em nove matérias diversas, a saber: 1) medidas de enfrentamento ao Coronavírus; 2) definição de atividades essenciais; 3) suspensão ou redução de

---

<sup>30</sup>AMAZONAS. Decreto nº 42106, de 24 de março de 2020. **Decreto do Executivo Nº 42106**. Disponível em: <http://www.pge.am.gov.br/legislacao-covid-19/>. Acesso em: 26 mar. 2020.

BRASIL. Decreto nº 10282, de 20 de março de 2020. **Decreto do Executivo Federal Nº 10282**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ Ato2019-2022/2020/Decreto/D10282.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2019-2022/2020/Decreto/D10282.htm). Acesso em: 22 mar. 2020.



transporte aéreo, interestadual, intermunicipal ou fluvial; 4) suspensão ou restrição de visitas à unidades prisionais; 5) impedimento ou imposição de restrição à atracação de navios em portos; 6) decretação de estado de emergência ou calamidade no estado; 7) instituição de luto oficial; 7) regulamentação da atividade de drive-in; 8) articulação de estratégias para diminuir o impacto da doença em territórios indígenas; 9) facilitação de registro e pedido de medidas protetivas relacionadas à violência doméstica.

Da análise dessas notou-se que apenas quatro das nove matérias tratadas estão em sintonia com as previsões constitucionais de competência dos Estados e Distrito Federal, a decretação de estado de emergência ou calamidade no âmbito do estado, a suspensão ou restrição de visitas à unidades prisionais, o estabelecimento de luto oficial e a regulamentação de atividade de drive-in nos Estados. Todas as demais geraram algum tipo de rusga entre os entes.

Também se observou um número alto de atos normativos editados no mês de março, que coincide com a chegada expressiva do vírus no país. Nos meses seguintes notou-se uma diminuição gradual dos atos normativos. Entende-se que a minoração do número de restrições à liberdade que ocorreu com o decurso temporal teve importante papel. Isso porque entendeu-se que um dos dois pilares apontados pela doutrina do Direito de Exceção não necessitaria de mais regulamentação, isto é, diminuiu-se o número de restrições a livre circulação de pessoas. Ainda, foram encontrados indicativos de que a produção normativa dos estados pode ter influenciado nos impactos da doença em âmbito local.

Há indícios de que houve falta de coordenação e atuação conjunta entre os entes. Fato esse que não só aponta o abalo no pacto federativo, como também traz efeitos diretamente na segurança jurídica, já que não houve nenhuma organização e simetria nas medidas tomadas, não há previsibilidade para empresários e para a própria sociedade.

Notou-se indicações de que houve inércia da União Federal em exercer suas competências. Não apenas não houve a elaboração e direção por parte do governo central de um plano nacional uniforme de enfrentamento à doença, como houve menosprezo pelo Líder do País quanto a importância das consequências da pandemia para a saúde pública nacional.



A moldura fática do caso concreto exige a adoção de medidas efetivas, devido à gravidade e alta taxa de transmissão do Coronavírus. Não se pode permitir que a inércia de um ente federado prejudique todos os ideais postulados pelo constituinte originário e, muito menos, a população inteira do país.

## REFERÊNCIAS

AMAZONAS. Decreto nº 42106, de 24 de março de 2020. **Decreto do Executivo Nº 42106**. Disponível em: <http://www.pge.am.gov.br/legislacao-covid-19/>. Acesso em: 26 mar. 2020.

BOLSONARO, Jair Messias. **Coletiva de Imprensa do Governo Federal**. Brasília: TV Brasil, 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ts2ClqnHKWA>. Acesso em: 24 jun. 2020.

BOLSONARO, Jair Messias. **Entrevista com jornalistas no Palácio da Alvorada em 27 de abril de 2020**. Brasília: UOL, 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=KGACSGIToUk>. Acesso em: 24 jun. 2020.

BOLSONARO, Jair Messias. **Pronunciamento do Presidente da República**. Brasília: TV Brasil, 2020. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=VI\\_DYb-XaAE](https://www.youtube.com/watch?v=VI_DYb-XaAE). Acesso em: 27 mar. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Covid-19 no Sistema Prisional**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/07/Monitoramento-Semanal-Covid-19-Info-01.07.20.pdf>. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. Decreto nº 10282, de 20 de março de 2020. **Decreto do Executivo Federal Nº 10282**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Decreto/D10282.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Decreto/D10282.htm). Acesso em: 22 mar. 2020.

BRASIL. **Decreto legislativo nº 6**. Diário Oficial da União: ed. 55-C, seção 1-extra, publicado em 20 mar. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/decreto-legislativo-2020-coronavirus.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. **Ministério da Saúde**. Coronavírus Brasil. Brasília, 12 out. 2020. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 12 out. 2020.

BRASIL. **Ministério da Saúde**. Últimas notícias Coronavírus. Brasília, 2020. Disponível: <https://saude.gov.br/>. Acesso em: 31 mar. 2020.

BRASIL. Governo do Brasil – Segurança. **Dados sobre a população carcerária do Brasil são atualizados**. Brasília, 17 fev. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2020/02/dados-sobre-populacao-carceraria-do-brasil-sao-atualizados#:~:text=Considerando%20presos%20em%20estabelecimentos%20penais,liberdade%20em%20todos%20os%20regimes>. Acesso em: 20 set. 2020.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Federal 672/Distrito Federal. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. **Pesquisa de jurisprudência**. Data de Julgamento: 8 abr. 2020. DJe: 15 abr. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5885755>. Acesso em: 16 abr. 2020.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Direito Constitucional Brasileiro: Organização do Estado e dos Poderes**. 1ª ed em ebook baseada na 1ª ed impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FEREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo**. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 181.

GODOY, Arilda Schmidt. Estudo de caso qualitativo. In: SILVA, Anielson Barbosa da; GODOI, Cristiane Kleinubing; BANDEIRA-DE-MELLO, Rodrigo. **Pesquisa qualitativa em estudos organizacionais: Paradigmas, Estratégias e Métodos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 115-143.

GOVERNADORES DO NORDESTE (**Carta**). Destinatário: Jair Messias Bolsonaro. Consórcio Nordeste, 25 mar. 2020. Disponível em: [file:///C:/Users/victo/Downloads/25-03-cartadosgovernadoresdonordeste%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/victo/Downloads/25-03-cartadosgovernadoresdonordeste%20(2).pdf). Acesso em: 26 mar. 2020.

LOBO, Paulo Luiz Neto. Competência legislativa concorrente dos Estados-Membros na Constituição de 1988. **Revista Informação Legislativa**: vol. 26, n. 101, p. 87-104, jan./mar. 1989.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 90.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 848.

MORAES, Alexandre De. **Direito Constitucional**. 24ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 271.

MORAES, Alexandre De. Federação brasileira - necessidade de fortalecimento das competências dos estados-membros. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, p. 11-27, mai. 2009. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7526>. Acesso em: 23 mar. 2020.

PITCHO, Benjamin. “L’État d’exception se justifie-t-il en droit?” Actes du premier colloque Éthique & Pandémie grippale – Enjeux éthiques, défis démocratiques. *Revue Pandémiques. Hors-Série*. Paris: **Espace étique/AP-HP**, janeiro de 2006, p. 37-40, tradução nossa.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; Mitidero, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SILVA, Diogo Bacha e Silva; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco Moraes. Direito à saúde, jurisdição e estado de emergência constitucional: uma perspectiva



crítica da pandemia. **Revista Direito e Práxis**: jun, 2020. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/50341>. Acesso em: 12 out. 2020.

VENTURA, Deisy. Pandemias e Estado de Exceção. In: Marcelo Catoni e Felipe Machado. **Constituição e Processo: a resposta do constitucionalismo à banalização do terror**. Belo Horizonte: IHJ, 2009, p. 159-181.

VENTURA, Deisy; AITH, Fernando Mussa Abujamra; RACHED, Danielle Hanna. The Emergency of the new Coronavirus and the “Quarantine Law” in Brazil. **Revista Direito e Práxis**: mar. 2020, p.30. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/49180>. Acesso em: 12 out. 2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Coronavirus Disease 2019 Situation Report – 51**. Genebra: Suíça, 11 mar. 2020. Disponível em: [https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200311-sitrep-51-covid-19.pdf?sfvrsn=1ba62e57\\_10](https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200311-sitrep-51-covid-19.pdf?sfvrsn=1ba62e57_10). Acesso em: 31 mar. 2020.

YIN, Robert. **Estudo de caso: planejamento e métodos**. 3ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2005.



**BREVES CONSIDERAÇÕES À LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LGPD)  
E SUA CONSONÂNCIA COM O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE  
EM TEMPOS DA PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS.**

*Jarli Cardoso Alves<sup>1</sup>*

**RESUMO:**

O presente artigo acadêmico apresenta um estudo sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018 – LGPD). O objetivo é traçar um alinhamento entre o direito de proteção de dados pessoais, afinado à inviolabilidade da privacidade, e os direitos de proteção da vida e da saúde pública considerando o contexto atual da pandemia causada pelo Coronavírus/COVID-19. As considerações deste trabalho levam em conta o movimento global de estruturação de mecanismos tecnológicos de controle e combate à disseminação da doença. A reflexão converte-se, ao final, no reconhecimento de que o efetivo cumprimento da nova legislação protetiva de dados pessoais, em tempos de pandemia, contribui significativamente com o aperfeiçoamento contínuo de preservação dos direitos fundamentais inerentes à privacidade dos indivíduos.

**Palavras chaves:** Lei Geral de Proteção de Dados. Globalização e Tecnologias de Informação. Direito à Privacidade. Direito à Saúde. Pandemia.

**BRIEF CONSIDERATIONS TO THE GENERAL DATA PROTECTION LAW (LGPD)  
AND ITS INLINE WITH THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH  
IN TIMES OF THE PANDEMIC OF THE NEW CORONAVIRUS.**

**ABSTRACT:**

This academic work presents a study on the new General Data Protection Law (Law N. 13.709/2018 – LGPD). It seeks to draw an alignment between the right of protection of personal data, in tune to the inviolability of privacy, and the rights of protection of life and public health.

---

<sup>1</sup> Bacharelada em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP/Brasília - DF. Especialista em Gestão Pública. Graduada em Letras – Português/Inglês pelo Centro de Ensino Unificado de Brasília – CEUB.



This work takes to consideration the current context of the pandemic caused by the new Coronavirus / COVID-19 and takes into account the global movement of structuring technological mechanisms to control and combat the spread of the disease. The reflection is converted, eventually, in the recognition that the effective compliance with the new legislation protecting personal data, in times of pandemic, contributes significantly to the continuous improvement of preservation of the privacy related fundamental rights of individuals.

**Keywords:** General Data Protection Act. Globalization and Information Technologies. Right to Privacy. Right to Health. Pandemic.

## 1. INTRODUÇÃO

A globalização política dos Direitos Fundamentais, relacionados à perspectiva de novas democracias, remete-se aos direitos de quarta geração, teoricamente defendidos por Bonavides (2014), e representa sua universalização no campo institucional, tendo como base a globalização na esfera da normatividade jurídica e da institucionalização do Estado Social. Representam, dessa forma, a dimensão máxima da universalidade, a concretização da sociedade do futuro, aberta a todas as relações de convivência materialmente possíveis em face dos avanços da tecnologia de comunicação, do acesso às informações e do pluralismo de sistemas – direitos paralelos e coadjuvantes da Democracia.

Nesse sentido, o Regime Jurídico de Proteção de Dados normalmente adotado em países diversos advém, em sua maioria, de proteção constitucional por tratar de direito fundamental que garante a seu titular o estabelecimento de limites no tratamento de seus dados pessoais. A cobertura constitucional justifica-se como salvaguarda à privacidade do indivíduo, direito fundamental correlato à proteção de dados.

No contexto brasileiro, a inclusão da proteção de dados pessoais como direito fundamental tramita no Senado Federal mediante a Proposta de Emenda à Constituição nº 17/2019. A PEC pretende não apenas o reconhecimento do direito no art. 5º da Magna Carta, como também sua inclusão como matéria de competência legislativa privativa da União, no art. 22<sup>2</sup>. As alterações



buscam sedimentar a importância do tema, além de garantir a unificação das regras praticadas pelos diferentes entes federativos, tornando-as únicas e harmônicas.

Quanto à padronização das regras brasileiras, foi consolidada, no ano de 2018, a Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD<sup>3</sup>, que, no último dia 18 de setembro de 2020, depois de muitas discussões e adiamentos, passou a vigorar em todo o território nacional.

Além da unificação das normativas sobre o uso de dados pessoais, a LGPD procura ajustá-las ao contexto mundial, tornando o Brasil apto a processar dados oriundos de outros países, e atendendo, dessa forma, a normativas internacionais que exigem níveis de proteção de extremas eficácia e eficiência e, concomitantemente, oferecendo maior flexibilidade ao tratamento de dados pessoais ao dispor acerca de regras claras sobre sua adequada coleta, armazenamento, tratamento e compartilhamento por empresas, sem deixar de prover o direito constitucional à privacidade, permitindo, assim, um maior controle por meio de práticas transparentes e seguras.

Outro ângulo a ser abordado no estudo em tela atenta-se ao conteúdo do anúncio da Organização Mundial da Saúde - OMS, no dia 11 de março de 2020, relacionado à atual situação de pandemia vivenciada pela disseminação da covid-19, mais conhecida como novo coronavírus. O mundo contemporâneo acometido por escalada vertiginosa de surto originado na cidade chinesa de Wuhan, que afetou diretamente o estilo e rotina de vida de indivíduos em diversas nações e ampliou as discussões acerca do tratamento de informações pessoais.

Ressalta-se que o principal fator que caracteriza uma pandemia é o geográfico, ou seja, quando certificado que todas as pessoas do mundo possam estar sujeitas à infecção. Por essa razão, à época atual, a humanidade vivencia uma globalização do compartilhamento de dados em escala sem precedentes, protagonizada por atores políticos e agentes econômicos que atuam sob a justificativa e escopo único de oferecer resistência ao processo de disseminação da doença, em prol do bem maior.

A vigilância otimizada e exercida de forma célere passou a ser alternativa de gerenciamento de riscos que o atual cenário exige. Entretanto, com a utilização de novas

---

<sup>2</sup> “Art. 1º Inclua-se no art. 5º, da Constituição Federal, o seguinte inciso: XII-A – é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais.” e “Art. 2º Inclua-se no art. 22, da Constituição Federal, o seguinte inciso: XXX- proteção e tratamento de dados pessoais.”

<sup>3</sup> Lei nº 13.709/2018



tecnologias, a vigilância intrusiva, com foco no monitoramento da pandemia, também pode tornar-se mecanismo expandido para funções obscuras, de ética questionável quanto à real finalidade do tratamento de dados por gestores públicos e privados.

## 2. ASPECTOS RELEVANTES SOBRE A LEI n° 13.709/2018 – LGPD

No contexto brasileiro, o processo público e legislativo que resultou na criação da Lei Geral de Proteção de Dados originou-se a partir de uma consulta pública do Ministério da Justiça e teve, durante sua tramitação no Congresso Nacional, a contribuição de mais de 2.500 atores nacionais e internacionais e de vários setores envolvidos (PL 5276/2016, renumerada para PLC 53/2018<sup>4</sup>).

O novo regramento traz maior segurança jurídica à privacidade e ao uso dados pessoais nos setores privados e públicos, visando não somente a proteção do direito fundamental, bem como o fomento ao desenvolvimento econômico, tecnológico e de inovação, com foco no uso de regras claras, amplas e transparentes sobre o levantamento, compartilhamento, tratamento e armazenamento de dados.

Vários fatores compeliram o governo brasileiro a se adaptar ao contexto de unificação das regras sobre o uso de dados pessoais, devido à contemporaneidade e extraterritorialidade em tempos de “*big data*”<sup>5</sup>, flexibilizando seu tratamento e procurando contribuir significativamente no setor de tecnologia da informação (MONTEIRO, 2020).

Dentre muitos, vale destacar a Regulação Geral de Proteção de Dados (*General Data Protection Regulation* – GDPR) que cria obstáculos para a transferência de dados pessoais a países que não possuem sistema de proteção de dados considerado adequado. Normativa que, apesar de ser uma lei da União Europeia, interfere consideravelmente no âmbito comercial e

---

<sup>4</sup> Projeto de Lei Complementar que tem o propósito de atender as orientações acerca da proteção de dados contidas na General Data Protection Regulation (GDPR), Lei de Proteção de Dados da União Europeia, instituída em 25.05.2018.

<sup>5</sup> Armazenamento de dados significativos em grande volume, estruturados ou não estruturados e disponibilizados a uma velocidade incrível, que podem ser utilizados para os mais variados fins, em conformidade com o interesse e área de mercado a que se destinam de forma que o empreendedor/interessado consiga identificar os melhores investimentos. Fundamentos norteadores: volume, variedade, velocidade, veracidade e valor.



econômico, tendo sua eficácia para além dos limites geográficos do velho continente, afetando, portanto o cenário brasileiro (MONTEIRO, 2020).

Outro fator importante a ser considerado trata-se da necessidade de o Brasil adequar-se às regras estabelecidas pela Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico – OCDE, organismo internacional que busca possibilidades de gestão pública com foco na promoção do desenvolvimento econômico voltado para a sustentabilidade e estabilidade financeira dos governos participantes, a partir de informações contidas em sua base de dados, com a finalidade de pleitear sua entrada no organismo internacional (idem).

## **2.1 PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E DIREITOS FUNDAMENTAIS DIRETAMENTE RELACIONADOS.**

Com o advento do desenvolvimento desmensurado das novas tecnologias de informação, a atuação do Estado tornou-se essencial para a proteção do indivíduo enquanto detentor de direitos. Assim, quando se trata de proteção de dados, o objetivo é proteger o titular dos dados e não os dados por si só.

Por dado entende-se informação em potencial, definido sobre o prisma da LGPD (art. 5º, I a III) em três dimensões: dado pessoal e dado pessoal sensível, ambos identificáveis, e dado anonimizado, não identificável (não alcançado pela normativa).

Outrossim, tendo em conta o propósito da presente reflexão, vale destacar o art. 13 da LGPD que inclui a pseudomização de dados como instrumento alternativo na realização de estudos em saúde pública. Por pseudomização de dado entende-se pela não possibilidade de associação, direta ou indiretamente, de um dado a um indivíduo, pelo uso de informação adicional/suplementar mantida pelo controlador em ambiente controlado e seguro (§ 4º), gerando redução de riscos a seus titulares.

A redução de riscos é fator primordial quando se trata de direito à proteção de dados (direito coletivo a ser fiscalizado pelo Estado), considerando que diretamente ligada à proteção do direito à privacidade (direito individual e negativo<sup>6</sup>) que diz respeito ao direito de escolha do



indivíduo em esconder ou revelar aquilo que acredita, pensa e possui, solidificado no Diploma Civil brasileiro (art. 21, CC)<sup>7</sup>.

Por outro lado, em relação complementar ou limitante ao direito à proteção de dados, a depender da situação fática, o texto constitucional brasileiro garante o direito de acesso à informação (art. 5º, XXXIII). Esse direito é essencial à democracia que impõe arcabouço de normas como dever de prestação por parte do Estado, concentrado no dever de dar transparência a seus atos, ou seja, franquia a informação ao cidadão, sendo que tudo que é produzido tem que ser publicizado. A publicidade é sempre a regra e o sigilo será sempre a exceção (Exemplo: informações imprescindíveis à segurança do Estado). Essa mudança de paradigma estabelece punição a quem não franqueia a informação<sup>8</sup>.

Nesse sentido, a Lei de Acesso à Informação – LAI (BRASIL, 2011) traz diretrizes à administração pública, dentre elas a proteção da informação sigilosa e da informação pessoal, observada a sua disponibilidade, autenticidade, integridade e eventual restrição de acesso (art. 6º, III) e, atendendo à temática do estudo, orientações quanto ao tratamento de “informações pessoais” (art. 31), trazendo como hipóteses de divulgação, ou acesso por terceiro, apenas mediante previsão legal ou mediante consentimento expresso (inciso II, restrição ao acesso) – consistente com limitação de natureza privada (direito de privacidade).

Acentua-se, por último, que o mesmo dispositivo, em seu Art. 31, § 3º, faz previsões de exceções à necessidade de consentimento do titular da informação pessoal, em se tratando de referências necessárias, a constar:

Art. 31. O tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais. (...)  
§ 3º O consentimento referido no inciso II do § 1º não será exigido quando as informações forem necessárias:

---

<sup>6</sup> Prerrogativa expressa no texto constitucional em seu art. 5º, X: São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (...)

<sup>7</sup> O artigo estabelece mecanismo de proteção, obrigação de fazer ou não fazer, ao lado da responsabilidade civil. Código Civil: “Art. 21 - A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.”

<sup>8</sup> CF/88: art 5º, inciso LX; art. 37, caput; e art. 93, incisos IX e X.



- I - à prevenção e diagnóstico médico, quando a pessoa estiver física ou legalmente incapaz, e para utilização única e exclusivamente para o tratamento médico;
- II - à realização de estatísticas e pesquisas científicas de evidente interesse público ou geral, previstos em lei, sendo vedada a identificação da pessoa a que as informações se referirem; (...) (BRASIL, 2011, s/p).

## 2.2 AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (ANPD)

Para fins de supervisão da adequada aplicação da lei, em caráter coletivo de proteção de dados, a LGPD cria a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), órgão da administração pública federal, integrante da Presidência da República, autônomo e independente, que deverá funcionar nos moldes de uma agência reguladora, devendo ficar responsável por fiscalizar o tratamento de dados, regular matérias e aplicar sanções. Esse dispositivo estabelece, dessa forma, diretrizes para a promoção da proteção de dados pessoais no Brasil, por intermédio da implementação de uma Política de Proteção de Dados e da Privacidade.

Integrando a própria estrutura da ANPD, o Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e Privacidade consiste em órgão consultivo multissetorial (art. 58), composto por 23 representantes, que tem o propósito de propor diretrizes para a elaboração e acompanhamento da execução da política de proteção de dados, bem como promover estudos/pesquisas e audiências públicas, e propor ações, inclusive aquelas voltadas à transmissão de conhecimentos, na intenção de conscientizar a população acerca de seus direitos à proteção de dados e à privacidade.

Vale ressaltar que a ANPD, como uma das atribuições mais importantes, deverá dispor sobre padrões técnicos mínimos voltados aos de segurança estabelecidos pelos princípios do “*Privacy by Design*”<sup>9</sup> e do “*Privacy by Default*”<sup>10</sup>, de observância obrigatória aos agentes

---

<sup>9</sup> A LGPD recepciona o princípio do “*Privacy by Design*” (art. 46, § 2º) que traduz-se na incorporação de ferramentas de privacidade desde o momento da criação do código, como a finalidade de proteção durante toda sua existência, com foco não só na adoção de medidas que previnam, garantam e comuniquem todas as possibilidades de riscos ao titular dos dados, como também no desenvolvimento de sistemas conforme a necessidade e interesse do usuário.

<sup>10</sup> O princípio do “*Privacy by Default*” (art. 55-J, inciso VIII) configura como um decurso do “*Privacy by Design*”. Diz respeito ao dever de configuração de privacidade o mais restrito possível, em relação à coleta de dados pessoais a ser realizada por aplicativos (por padrão). Aplicado, por exemplo, em se tratando de oferta de produtos e serviços aos titulares que poderão autorizar a coleta de dados extra, caso julguem necessário. Ou seja, reproduz a obrigação de que



envolvidos diretamente nos tratamentos de dados pessoais (controlador, operador e encarregado)<sup>11</sup>, sejam de natureza pública ou privada, podendo os titulares flexibilizá-los a seu conteúdo ou entendimento próprio.

### **2.3 A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E O TRATAMENTO DE DADOS RELATIVOS À SAÚDE.**

No Brasil, aplica-se a dimensão positiva do direito fundamental à saúde, direito subjetivo do cidadão que pode exigir de qualquer esfera da organização federativa brasileira, solidariamente ou por meio de uma ação judicial, o efetivo fornecimento de acompanhamento e/ou tratamento médico, ou de qualquer outro meio de proteção à saúde do indivíduo, impossibilitando ao poder público demonstrar-se indiferente<sup>12</sup>.

Segundo a LGPD, além das finalidades que autorizam a manipulação de dados pessoais com foco na tutela da saúde, inerentes à rigorosa manutenção dos direitos e garantias fundamentais e princípios e regras aplicáveis, a utilização dos dados só poderá ser realizada por profissionais da área de saúde ou autoridade sanitária e para serviços inerentes às áreas, não podendo ser utilizado tendo como objetivo a obtenção de vantagem econômica pela área privada<sup>13</sup>.

---

o serviço ou produto a ser ofertado se adequa a todas as coberturas e reservas que foram concebidas durante o seu desenvolvimento, de forma que informações além daquelas necessárias devam ser previamente liberadas pelo usuário do serviço.

<sup>11</sup> “Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: (...) VI - controlador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais; VII - operador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador; VIII - encarregado: pessoa indicada pelo controlador e operador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD); (...)” (BRASIL, 2018, s/p).

<sup>12</sup> “O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado” (BRASIL, 2000, s/p).

<sup>13</sup> Nesse sentido, o art. 11, § 5º da Lei veta, categoricamente, o emprego dos dados para seleção de riscos por operadoras de planos de saúde, a exceção de sua utilização em benefício dos interesses dos titulares (§ 4º), e para permitir a portabilidade, quando solicitada pelo titular (§ 4º, I), e para transações financeiras e administrativas resultantes do uso e da prestação de serviços de saúde, de assistência farmacêutica ou de assistência à saúde (§ 4º, II).



Preliminarmente, é essencial que se proceda à distinção entre dados relativos à saúde do indivíduo que podem, de forma prejudicial, serem usados para discriminar pessoas, e dados do indivíduo para finalidades relacionadas à saúde, havendo, portanto, que se diferenciar a natureza do dado e a finalidade de seu tratamento.

As principais preocupações de proteção de dados pessoais referentes à saúde dizem respeito a não discriminação e à manutenção das oportunidades sociais. Em atenção a esse imperativo, a LGPD confere grau de proteção especial, ao tratar as informações relativas à saúde como dados pessoais de natureza sensível, submetidos a regime limitado de tratamento, especialmente em relação ao consentimento ou não do titular dos dados. Ou seja, o regime adotado para a saúde pela LGPD depreende que os dados sejam utilizados para a consecução de sua finalidade, exigindo coerência entre a natureza do dado e o respectivo emprego, de forma que não sujeite o seu titular a práticas discriminatórias.

Isso posto, por dados sensíveis, expressos no art. 5º, II<sup>14</sup> da Lei, compreende-se aqueles que devem ser tratados de forma diferenciada, primando por sua segurança e com bases legais distintas, tais como o consentimento específico<sup>15</sup> (expresso e informado) do titular em determinados casos, tendo em conta a possibilidade do acesso de terceiros (alheios ao titular) a dados suscetíveis de mau uso.

### **3. A CONCILIAÇÃO ENTRE PROTEÇÃO À VIDA, SAÚDE PÚBLICA E A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS EM TEMPOS DA PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS.**

Em que pese o dever-poder do Estado à prestação do direito fundamental à saúde e à proteção da vida, a coleta e manipulação de dados sob essas perspectivas não exime os entes

---

<sup>14</sup> “Art. 5º, II - Dado Pessoal Sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural; (...)” (BRASIL, 2018, s/p).

<sup>15</sup> “Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses: I - quando o titular ou seu responsável legal consentir, de forma específica e destacada, para finalidades específicas; II - sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para: (...) f) tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; (...)” (BRASIL, 2018, s/p).



públicos de atuarem no exercício do pleno respeito ao Estado Democrático de Direito, devendo primar, também, pelo direito do cidadão à sua privacidade.

Entretanto, como observado anteriormente, a LGPD sobrepõe a imposição do tratamento de dados sensíveis sem o consentimento do indivíduo (art. 11) à inviolabilidade da privacidade de dados, ao prever casos específicos em que o consentimento não é considerado requisito absoluto, tais como: “(i) ser necessário à execução de políticas públicas; (ii) para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; e, principalmente, (iii) para a tutela da saúde”.

Esta anteposição, contrária às normas de confidencialidade e sigilo, encontra legitimidade em situações de emergência ou de interesse humanitário, de forma que a utilização dos dados pessoais seja pontual e tenha o propósito literal de conter ou minimizar os riscos à saúde e proteger a vida humana, e que ocorra minimamente, priorizando sempre que possível a anonimização e pseudonimização dos dados.

### **3.1 A PROTEÇÃO DE DADOS E SUA INFLUÊNCIA NAS MEDIDAS TECNOLÓGICAS UTILIZADAS NA CONTENÇÃO DA DOENÇA.**

A China, país que identificou o primeiro caso causado pelo vírus, adotou aplicativo que cruza dados da Comissão Nacional de Saúde, do Ministério dos Transportes e da Agência de Aviação Civil para identificar pessoas que estiveram em contato com outras infectadas ou com suspeita, com o propósito de se antecipar à disseminação do vírus por meio do mapeamento, rastreamento e notificação prévia a possíveis infectados, traduzindo-se em forma eficaz de controle do avanço da doença na população (CARBINATTO, 2020).

A medida de vigilância digital, embora pareça excessiva, pois limitou a circulação de infectados, reconstruindo suas rotas de forma impositiva, foi estabelecida em consonância com os princípios e diretrizes pautadas na legislação chinesa como o Regulamento de Segurança das Informações Pessoais e nas leis de Cibersegurança e de Criptografia.

Atualmente, os diferentes graus de vigilância adotados por diversas nações, como medida de contenção da pandemia causada pela disseminação pela covid-19, trazem questões importantes



pertinentes à privacidade de dados pessoais e como esses são tratados. Nesse contexto, é evidente a importância do uso de dados pessoais para a elaboração de políticas públicas voltadas para a contenção do vírus, mas sempre se atendo à finalidade de sua utilização para que não sejam utilizados de forma que ofenda direitos fundamentais do cidadão.<sup>16</sup>

Antes de os entes governamentais pensarem em tecnologias de monitoramento que interagem e interferem diretamente no tratamento de dados pessoais, acobertados pelo interesse público diante da grave ameaça à população, faz-se necessário que sejam cumpridos altos padrões de segurança da informação e da proteção de dados desde o momento da colheita até a sua exclusão da base de dados (*Privacy by Design*). A possibilidade de o ente público captar dados sem autorização da população deve ser analisada rigorosamente sob aspectos importantes tais como: o que deve ser coletado, como e por quem deve ser coletado, de forma a evitar danos irreparáveis à sociedade.

Outra conjectura a ser observada diz respeito aos estudos e pesquisas realizados por pessoas jurídicas de direito privado, como os realizados por universidades privadas e laboratórios farmacêuticos, na intenção de ampliar o conhecimento sobre o vírus e suas especificidades, na busca por medicamentos e vacinas que possam contribuir no combate a epidemias. A LGPD impõe que a manipulação de dados pessoais seja estritamente realizada para o fim proposto, uma vez que à entidade privada será permitido o acesso não somente relacionados à própria existência da contaminação do indivíduo pelo vírus, como também a outras enfermidades e históricos de saúde, para a efetiva contribuição à compreensão do desenvolvimento da doença.

Em âmbito internacional, pode-se citar como exemplo os estudos realizados pela Verity (holding do Google), organização de pesquisa que se dedica aos estudos das ciências da vida (SATO, 2020). O acesso da plataforma Google aos dados obtidos de testes de covid-19 foi questionado em relação à sua real utilização: se necessariamente destinados à supressão da doença e ao benefício e assistência às entidades públicas.

Contanto que conduzidas as atividades na busca do bem comum e dentro das práticas exigidas, internacionalmente, de padrão de segurança de proteção de dados pessoais, respaldada

---

<sup>16</sup> O “*General Data Protection Regulation*” (GDPR) consente que autoridades sanitárias processem dados pessoais no contexto de epidemia desde que respeitadas a legislação de cada país-membro.



pela situação de emergência frente à crise de saúde pública mundial, não obsta empecilho à empresa de tecnologia, considerando que muitos dos órgãos governamentais não possuem mecanismo ou sofisticação técnica equiparável com o de uma empresa como a Google (SATO, 2020).

No cenário brasileiro, recentemente, dados de 16 milhões de brasileiros diagnosticados com Covid-19 ou que tiveram suspeita da doença foram expostos em uma plataforma da internet, em vazamento do Ministério da Saúde, devido a um descuido de segurança que tornou públicas as senhas de acesso a bancos de dados epidemiológicos, desenvolvido para fins de análise preditiva da pandemia. Os bancos de dados expostos continham, além de registros de CPF(s) e endereços, informações de natureza privada particular, tais como históricos médicos pessoais (CAMBRICOLI, 2020).

A observância das normas protetivas, em especial por aqueles que tratam diretamente as informações de saúde pessoal, é fundamental, visto que o vazamento de dados pessoais ou sua utilização de forma ilícita ou imprópria, além de abrir espaço para tratamentos discriminatórios, podem colocar em risco a reputação e mesmo a própria saúde física ou mental de seus titulares.

Desde a decretação de estado de calamidade pública, acompanha-se rotineiramente divulgações ao público, realizadas pelo Ministério da Saúde e/ou Institutos de Pesquisa paralelos, de números de infectados e mortos em decorrência do coronavírus, considerando os casos relatados por localidades e regiões, sem que, de alguma forma, sejam repassadas informações específicas que possam de alguma forma servir para identificar os indivíduos envolvidos.

Embora a pessoa infectada não possa se opor ao compartilhamento de seu nome e demais informações, o Ministério da Saúde, em consonância aos princípios defendidos pela LGDP, pode compartilhar tais informações, por objetivarem instruir a população para que possam adotar medidas de segurança, como o buscar seu próprio diagnóstico, ou mesmo medidas preventivas, como a prática de isolamento social, porém sem se descuidar de que sejam apresentadas de forma anônima ou pseudonimizadas.

Outro episódio questionável diz respeito ao anúncio do Ministério da Ciência e Tecnologia, realizado no mês de abril de 2020, envolvendo a celebração de acordo entre o Governo Executivo Federal e cinco operadoras de telefonia de grande porte destinado a



possibilitar o acesso a dados de geolocalização extraídos de aparelhos celulares dos particulares, sem seu consentimento, para fins de monitoramento do deslocamento da população durante o período de pandemia. Essa medida foi posteriormente declinada pelo próprio governo federal (SCHREIBER, 2020).

Não obstante o contexto epidemiológico, tal medida extremada de vigilância em massa, mas também adotada por outros países democráticos, poderia ser melhor executada se desenvolvida de forma mais segura, sob o conglomerado de deveres jurídicos já dispostos na Lei Geral de Proteção de Dados<sup>17</sup>, ainda não vigente à época, que impõem parâmetros seguros e transparentes sobre o que pode e o que não pode ser praticado em relação ao tratamento de dados pessoais, sob a ótica da proteção à privacidade.

Como último exemplo, outra providência adotada pelo governo brasileiro diz respeito à edição da Medida Provisória nº 954 de 17/04/2020, que liberava o compartilhamento de dados não anonimizados, de tratamento das empresas de telefonia fixa e móvel, com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Observa-se que a normativa não definia como ou para que finalidade os dados coletados seriam utilizados ou mesmo mecanismos técnicos de segurança que pudessem ser implementados, consistente com a consolidação de vigilância desmedida que poderia trazer legitimidade ao governo federal de, por exemplo, rastrear rivais políticos ou membros de grupos minoritários (ARAÚJO; BANDEIRA, 2020).

Devida a ausência de comprovação de interesse público legítimo e ao não oferecimento de condições para avaliação da real necessidade, adequação e proporcionalidade da medida, o Supremo Tribunal Federal decidiu suspender a medida, referendando pedido de liminar contido em Ação Direta de Inconstitucionalidade, ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil – OAB (ADI nº 6387/MC DF)<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> Ainda não vigentes devido à aprovação do Senado Federal pelo adiamento da vigência da Lei para o mês de agosto de 2021, tendo como principal argumento, questão levantada por pesquisas, indicando que a grande maioria das empresas brasileiras ainda não estão preparadas para atender às exigências da LGPD e que as medidas de isolamento adotadas em razão da atual pandemia contribuíram para dificultar o atendimento das exigências impostas pela normativa.

<sup>18</sup> “Nesse contexto, e a fim de prevenir danos irreparáveis à intimidade e ao sigilo da vida privada de mais de uma centena de milhão de usuários dos serviços de telefonia fixa e móvel, com o caráter precário próprio aos juízos perfunctórios e sem prejuízo de exame mais aprofundado quando do julgamento do mérito, defiro a medida cautelar requerida, ad referendum do Plenário desta Suprema Corte, para suspender a eficácia da Medida Provisória n. 954/2020” (BRASIL, 2020, s/p).



Por conseguinte, considerando os exemplos das situações supramencionadas, evidencia-se que a legítima segurança jurídica destinada ao tratamento de dados, em atenção às exigências da “*General Data Protection Regulation*” (GDPR), somente será exequível se decorrente de normativa (LGPD) que proporcione base legal e legitimidade para que a manipulação de dados no atual contexto de pandemia causada pelo coronavírus seja estritamente voltada para essa finalidade (Danilo Doneda)<sup>19</sup>.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O papel da proteção de dados em epidemiologias ou em calamidades envolvendo questões de saúde pública tem justificado a prática de adoções tecnológicas por entes públicos e privados, desde que sejam utilizadas com o propósito de favorecer o engajamento de pesquisas e estudos, voltados para restauração da segurança e saúde da coletividade, e sem que haja o exercício arbitrário do poder de vigilância em detrimento da privacidade do indivíduo.

Nesse sentido, a observância das normas protetivas, em especial por aqueles que tratam diretamente as informações de saúde pessoal, é fundamental, considerando que o vazamento de dados pessoais ou sua utilização de forma ilícita ou imprópria, além de abrir espaço para tratamentos discriminatórios, podem colocar em risco a reputação e mesmo a própria saúde física ou mental de seus titulares.

Os diferentes graus de vigilância adotados por diversas nações, como medida de contenção da pandemia causada pela disseminação da covid-19, trazem questões importantes pertinentes à privacidade de dados pessoais e como esses são tratados. Nesse contexto, é evidente a importância do uso de dados pessoais para a elaboração de políticas públicas voltadas para a contenção do vírus, mas sempre se atendo à finalidade de sua utilização para que não sejam utilizados de forma que ofenda direitos fundamentais do cidadão.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> “Estando a proteção de dados vocacionada à proteção do cidadão, a sua disciplina compreende dispositivos capazes de legitimar a utilização de seus dados pessoais em situações nas quais o seu interesse ou o da sociedade é prioritário, como ocorre em situação como a que estamos passando.” (DONEDA, 2020, s/p).

<sup>20</sup> O “*General Data Protection Regulation*” (GDPR) consente que autoridades sanitárias processem dados pessoais no contexto de epidemia desde que respeitadas a legislação de cada país-membro.



Em conclusão, além da adequação do cenário brasileiro à perspectiva das “novas democracias”, a abertura da vigência da LGPD consiste em episódio de extremo interesse público, tendo em conta a vultosa quantidade de manipulação nacional e internacional de dados pessoais em tempos de disseminação generalizada do vírus denominado covid-19, em especial consideração aos dados sensíveis, traduzindo-se como legislação imprescindível para a garantia da seguridade de informações inerentes à intimidade do indivíduo, durante e pós fase pandêmica, consolidando-se como instrumento de restrição a eventuais danos ao direito à privacidade, compreendido como fundamental pela Magna Carta de 1988.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Maria Menezes de; BANDEIRA, Natália Ferreira Freitas. Na Pandemia é possível flexibilizar as balizas da proteção de dados pessoais? Jota, 01 de jun. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/na-pandemia-e-possivel-flexibilizar-as-balizas-da-protecao-de-dados-pessoais-01042020>. Acessado em 05 de jun. de 2020.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Malheiros Editores LTDA. 29ª Edição. São Paulo/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AGR. no recurso extraordinário nº 271.286-8. Paciente: Cândida Silveira Saibert e outros. Relator: Ministro Celso de Melo. Rio Grande do Sul, 12 de set. de 2000. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>. Acessado em 02 de jun. de 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos Jurídicos. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília, 2002.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos Jurídicos. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Lei de Acesso à Informação. Brasília, 2011. Disponível em:



[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm). Acessado em 03 de jun. de 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil : texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nos 1/92 a 91/2016 e pelo Decreto Legislativo no 186/2008. – Brasília : Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos Jurídicos. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados. Brasília, 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm). Acessado em 01 de jun. de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na ação direta de Inconstitucionalidade 6387. Paciente: Marcos Vinícius Furtado Coelho e outros. Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília, 24 de abr. de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/adi-6387.pdf>. Acessado em 02 de jun. de 2020.

CAMBRICOLI, Fabiana. Vazamento de senha do ministério expõe dados de 16 milhões de brasileiros. UOL, 26 de fev. de 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2020/11/26/vazamento-de-senha-do-ministerio-expoe-dados-de-16-milhoes-de-pacientes-de-covid.htm>. Acessado em 01 de jun. de 2020.

CARBINATTO, Bruno. China está usando tecnologias de vigilância em massa para combater coronavírus. Super Interessante, 25 de mar. de 2020. Disponível em: <https://super.abril.com.br/tecnologia/china-esta-usando-tecnologias-de-vigilancia-em-massa-para-combater-coronavirus/>. Acessado em 05 de jun. de 2020.

DAMO, Paola Salvatori. Pandemia do novo coronavírus à luz da lei geral de proteção de dados. Migalhas, 14 de abr. de 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/324507/pandemia-do-novo-coronavirus-a-luz-da-lei-geral-de-protecao-de-dados>. Acessado em 01 de jun. de 2020.



DONEDA, Danilo. A proteção dos dados em tempos de coronavírus. Jota. 25 de mar. de 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-protecao-de-dados-em-tempos-de-coronavirus-25032020>. Acessado em 02 de jun. de 2020.

MALDONADO, Viviane Nóbrega. LGPD – **Lei Geral de Proteção de Dados – Manual de Implementação**. Editora Revista dos Tribunais / RT. 1ª Edição. São Paulo/2018.

MARQUES, Natália. Lei geral de proteção de dados e a pandemia do novo coronavírus. Migalhas, 08 de abr. de 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/324035/lei-geral-de-protecao-de-dados-e-a-pandemia-do-novo-coronavirus>. Acessado em 01 de jun. de 2020.

MONTEIRO, Renato Leite. Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil: Análise contextual detalhada. Jota. 14 de jul. de 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/agenda-da-privacidade-e-da-protecao-de-dados/lgpd-analise-detalhada-14072018>. Acessado em 02 de jun. de 2020.

OIKAWA, Andrezza Hautsch. Coronavírus e proteção de dados pessoais. 20 de mar. de 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2020/03/coronavirus-e-protecao-de-dados-pessoais.shtml>. Acessado em 01 de jun. de 2020.

PICELLI, Roberto Ricomini. Saúde na lei de proteção de dados: proibições e permissões. Jota, 31 de jul. de 2019. Disponível: [https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/saude-na-lei-de-protecao-de-dados-proibicoes-e-permissoes-31072019](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/saude-na-lei-de-protecao-de-dados-proibicoes-e-permissoes-31072019). Acessado em 05 de jun. de 2020.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Proteção de Dados Pessoais: Comentários à Lei 13.709/2018**. Editora Saraiva. 1ª Edição. São Paulo/2018.

SATO, Luíza. A lei de proteção de dados em tempos de coronavírus. CIO from IDG, 08 de abr. de 2020. Disponível em: <https://cio.com.br/a-lei-geral-de-protecao-de-dados-em-tempos-de-coronavirus/>. Acessado em 01 de jun. de 2020.



SANTOS, Rafa. Uso de dados pessoais para combate à coronavírus gera dúvidas. Conjur.com.br, 02 de abr. de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-02/uso-dados-pessoais-combate-covid-19-gera-duvidas>. Acessado em 02 de jun. de 2020.

SCHREIBER, Anderson. Privacidade na pandemia: por que adiar a LGPD é um erro? Jota, 22 de abr. de 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/privacidade-na-pandemia-por-que-adiar-a-lgpd-e-um-erro-22042020>. Acessado em 02 de jun. de 2020.

SOARES, Paulo Vinícius de Carvalho; MELO, Leonardo Albuquerque. Como conciliar saúde e proteção de dados em tempos de coronavírus. Migalhas, 20 de mar. de 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/322099/como-conciliar-saude-e-protecao-de-dados-em-tempos-do-coronavirus>. Acessado em 01 de jun. de 2020.

Rocco Junior Flacco

**SOMMARIO:** Premessa. — 1. La struttura plurale del sistema di erogazione dell'assistenza sociale. — 2. L'efficienza delle scelte nel coinvolgimento dei privati: tra evidenza pubblica e sussidiarietà orizzontale. — 3. La struttura dell'ordinamento dei servizi sociali e le ricadute in termini di procurement. — 4. La legittimazione ad erogare prestazioni di assistenza: autorizzazione e accreditamento. — 5. La costituzione del rapporto di collaborazione con il privato. — 6. Il regime privilegiato del rapporto con gli operatori privati no-profit. — 7. I modelli di interazione pubblico-privato extra mercato; 8. Il modello di interazione pubblico-privato basato sul mercato. — 8.1. La programmazione e centralizzazione quali funzioni strategiche e trasversali. — 8.2. I regimi agevolati di procurement — Bibliografia.

**Abstract:** *Il presente contributo riflette sulla necessita di operare un bilanciamento tra i canoni di sussidiarietà e di tutela della concorrenza per il mercato, nell'individuazione dei criteri di legittimità delle scelte amministrative in merito all'interazione pubblico — privato per l'organizzazione e l'erogazione dei servizi sociali. Si tratta di una ricaduta al livello funzionale della centralità che l'ordinamento giuridico assegna al giorno d'oggi alla tutela della persona nella sua complessità.*

*This contribution reflects on the need to make a balance between subsidiary and market competition, in identifying legitimacy criteria for administrative decisions about public-private partnership concerning organization and provision of social services. This aspects appears as a functional relapse of person centrality, that legal system recognizes nowadays.*

### Premessa

L'assistenza sociale rappresenta storicamente uno tra i principali profili della complessa struttura del c.d. welfare state all'interno dell'ordinamento costituzionale italiano <sup>(2)1</sup>, ossia di quella parte dell'ordinamento giuridico e istituzionale deputato a garantire il soddisfacimento diretto dei diritti sociali del cittadino, riconosciuti al livello costituzionale dagli articoli 2, 3 e 38 della carta costituzionale, attraverso l'erogazione di specifiche prestazioni in favore delle persone che versano in situazioni di disagio socio-economico <sup>(2)2</sup>: tale caratteristica si mantiene anche nel contesto dell'attuale primazia del diritto euro unitario, fondato sul principio istituzionale del mercato che, in astratto,

<sup>1</sup> Il presente contributo rielabora l'articolo dello stesso autore pubblicato in Italia con il titolo "Sussidiarietà e mercato nell'affidamento dei servizi sociali", in *Foro Amministrativo* (II), Vol. II, fasc. 2, 2020, p. 361.

<sup>2</sup>(1) Sull'evoluzione della disciplina dei servizi sociali, tra i molti, si rimanda a v. CAPUTI JAMBRENGHI, *I servizi sociali*, in, a cura di L. MAZZAROLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, III ed., Bologna 2001, p. 1019; E. FERRARI, *I servizi sociali*, Milano 1986 e, più di recente, ID. *I servizi sociali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, vol. I, II ed., Milano, 2003, 891; R. FINOCCHI GHERSI, *Servizi sociali*, in S. CASSESE (diretto da), *Diz. Dir. pubbl.*, vol. VI, Milano 2006, 5536; A. ALBANESE, *Servizi sociali*, in G. GRECO M.P. CHITI (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano 2007, vol. IV, 1897; V. BERLINGÒ, *Beni relazionali. L'apporto dei fatti di sentimento all'organizzazione dei servizi sociali*, Milano 2010; A. MOLITERNI, *Solidarietà e concorrenza nella disciplina dei servizi sociali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2015, 89; E. CARUSO, *L'evoluzione dei servizi sociali alla persona nell'ordinamento interno ed europeo*, in *Riv. It. Dir. Pubbl.*, 2017, fasc.5, p. 1115; M. DEL SIGNORE, *I servizi sociali nella crisi economica*, in *Dir. Amm.*, 2018, fasc.3, p. 587.

<sup>3</sup>(2) In merito, si rimanda in particolare allo studio di B. SORDI, *Dall'attività sociale ai pubblici servizi: alle radici ottocentesche dello stato sociale*, in *Quaderni Fiorentini*, n. 46 — *Giuristi e Stato sociale*, t. I, Milano 2017, p. 175.

sembra porsi nella prospettiva diametralmente opposta di un sistema istituzionale improntato all'esclusione di forme di intervento economico pubblico in via diretta <sup>(43)</sup>.

Tale apparente conflitto si manifesta, in modo particolarmente evidente, osservando la disciplina giuridica che regola la possibilità di ricorrere alle attività di soggetti privati per garantire in concreto l'erogazione delle prestazioni di assistenza sociale, in applicazione delle garanzie costituzionali e di diritto pubblico che concretizzano il diritto all'assistenza sociale <sup>(54)</sup>.

Si tratta di un ambito dell'ordinamento vigente in Italia, ed in Europa, che per essere compreso davvero nel suo funzionamento deve essere interpretato non solo come una parte della disciplina del public procurement di servizi, fondata sulla garanzia di libero mercato in concorrenza dei relativi contratti pubblici <sup>(55)</sup>, ma anche alla luce della particolare funzione che in questo contesto assume l'interazione tra pubblico e privato quale metodo per la determinazione democratica dei fabbisogni di assistenza sociale, in un sistema costituzionale incentrato sul valore della democrazia pluralista.

Si realizza, pertanto, nell'ambito delle regole per l'interazione tra pubblico e privato in materia di prestazioni di assistenza sociale una continua commistione tra i canoni di trasparenza, economicità e tutela della concorrenza per il mercato, da una parte, e quelli di sussidiarietà <sup>(76)</sup>, dall'altra.

## 1. **La struttura plurale del sistema di erogazione dell'assistenza sociale.**

Il sistema istituzionale di erogazione dell'assistenza sociale costituisce un ambito molto rilevante nel contesto delle attività erogative delle amministrazioni pubbliche in Italia <sup>(87)</sup>, non solo dal punto di vista quantitativo, dunque della relativa incidenza sul volume della spesa pubblica <sup>(88)</sup>, ma anche qualitativo, nella misura in cui l'ordinamento riconosce alla fruizione dei servizi sociali un elevato impatto in termini di effettività, reale e percepita, delle prerogative di cittadinanza e di relativa democraticità.

Come conseguenza, nella progressiva costruzione dei relativi sistemi istituzionali di garanzia, l'ordinamento ha dovuto tenere conto della necessità di porre al centro l'idea di persona nella sua complessità individuale e relazionale, in applicazione dei generali criteri di rispetto della dignità e di solidarietà di cui all'articolo 2 della Costituzione, con

---

<sup>4</sup>(3) Sul punto, in particolare, A. ALBANESE, *Servizi sociali*, cit.; E. MENICHELLI, *I servizi sociali nell'ordinamento comunitario*, in A. ALBANESE, C. MARZUOLI, *SERVIZI DI ASSISTENZA E SUSSIDIARIETÀ*, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 102 ss.

<sup>5</sup>(4) In tal senso nella giurisprudenza europea si rimanda, tra le molte, a Corte Giust. UE, 11 dicembre 2014, causa C-1137/13, *Azienda sanitaria locale n. 5 « Spezzino »*, p. 56; Id., 1 giugno 2010, cause riunite C-570/07 e C-571/07, *Blanco Pérez e Chao Gómez*, p. 44; Id. 1 settembre 2008, causa C-141/07, *Commissione/Germania*, pp. 46 e 51.

<sup>6</sup>(5) Cfr. A. ALBANESE, *Diritto all'assistenza e servizi sociali (Intervento pubblico e attività dei privati)*. Milano, Giuffrè, 2007, p. 1 ss.

<sup>7</sup>(6) Sulla nozione di sussidiarietà, tra i molti, si rimanda a agli studi di G. ARENA, *Cittadini attivi*, Roma-Bari, 2006; S. BARTOLE, *Collaborazione e sussidiarietà nel nuovo ordine regionale*, in *Regioni*, 2004, 578 ss.; F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, Venezia, 1994; G. BERTI, *Considerazioni sul principio di sussidiarietà*, in *Jus*, 1994, 405 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà (dir. amm.)*, in *Enc. giur. Treccani*, 2003; A. D'ATENA, *Il principio di sussidiarietà nella costituzione italiana*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 1997, 603 ss.; D. DONATI, *Il paradigma sussidiario. Interpretazioni, estensioni, garanzie*, Bologna, 2013; P. DURET, *Sussidiarietà orizzontale: radici e suggestioni di un principio*, in *Jus*, 2000, 95 ss.; G. FALCON, *Autonomia amministrativa e principio di sussidiarietà*, in *Dir. e soc.*, 1997, 603 ss.; F. GIGLIONI, *Forme di cittadinanza legittimate dal principio di sussidiarietà*, in *Dir. e soc.*, 2016, 305 ss.; C. MARZUOLI, *Sussidiarietà e libertà*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 71 ss.; I. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Napoli, 2003; F. MERUSI, *Il diritto « sussidiario » dei domini collettivi*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2003, 77 ss.; E. TOSATO, *Sul principio di sussidiarietà dell'intervento statale*, in *Nuova Antologia*, 1959, 451 ss.

<sup>8</sup>(8) Sul punto, si rimanda anche al paragrafo 2 « *La concorrenza nel settore dei servizi sociali* » delle *Linee Guida* <sup>(7)</sup>. Sul concetto di pubblica amministrazione di erogazione, distinta da quella di regolazione, si rimanda in particolare a D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2010. In merito, inoltre, si rimanda agli studi raccolti nel volume di R. CAVALLO PERIN, L. LENTI, G.M. RACCA, A. ROSSI, (a cura di), *I diritti sociali come diritti della personalità*, Napoli 2010.

<sup>9</sup> per l'affidamento dei servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali, di cui alla Delibera n. 32 del 20 gennaio 2016, Autorità Nazionale Anticorruzione.

l'obiettivo di non escludere nessuna forma di disagio dalla copertura costituzionale applicata in senso pluralista.

La principale ricaduta, ai nostri fini, è stata l'affermazione di una libertà di scelta, da parte dell'individuo che accede ai servizi rispetto agli erogatori delle prestazioni sociali, strettamente connessa all'esigenza di offrire alle relative situazioni di fragilità soluzioni capaci di valorizzare il rapporto fiduciario tra erogatore e fruitore.

Un rapporto fiduciario che trova terreno fertile nell'articolazione delle formazioni sociali presenti sul territorio cui, spontaneamente, ciascuna persona è portata ad aderire e a rivolgersi in base alle proprie inclinazioni etico-valoriali, il cui rilievo giuridico rappresenta, in concreto, l'applicazione del richiamato principio di democrazia pluralista.

A ben vedere, la coesistenza di una pluralità dei soggetti privati, deputati all'assistenza dei più bisognosi e poveri in applicazione di principi etici o religiosi, ha storicamente rappresentato un elemento caratteristico dell'ordinamento italiano già prima dell'introduzione della Costituzione repubblicana del 1948, resistendo di fatto anche ad alcuni importanti tentativi di riduzione dei relativi spazi operativi e politici e alla centralizzazione di tutte le attività di assistenza sociale in capo allo stato, più volte succedutesi nella storia del nostro paese a partire della Legge Crispi del 1890 sulle Istituzioni Pubbliche di Assistenza e Beneficenza<sup>(9)</sup>.

È in quest'ottica che deve rintracciarsi la ragione del particolare articolarsi del rapporto tra pubblico e privato nel settore che ci occupa: nel contesto dell'attuale ordinamento italiano, infatti, all'esigenza costituzionale di garantire spazi di sussidiarietà orizzontale, quale strumento per il migliore soddisfacimento dei fabbisogni di assistenza sociale delle persone in chiave pluralistica, si associa l'esigenza amministrativa di garantire l'efficacia e l'efficienza nell'utilizzo delle risorse pubbliche, impiegate per il finanziamento delle attività di erogazione dell'assistenza sociale.

Proprio quest'ultimo profilo costituisce l'oggetto del presente contributo: centrale, in tal senso, è l'esigenza di garantire trasparenza ed efficienza nell'utilizzo delle risorse pubbliche, raccolte dalla fiscalità generale e destinate al finanziamento dei sistemi di tutela dei diritti sociali nell'ottica dell'uguaglianza nell'accesso alle prestazioni, soprattutto in ragione della necessità di rivolgersi al mercato per l'organizzazione e il funzionamento dei sistemi di erogazione delle prestazioni.

## 2. *L'efficienza delle scelte nel coinvolgimento dei privati: tra evidenza pubblica e sussidiarietà orizzontale.*

Se in altri settori dell'ordinamento la garanzia di trasparenza, economicità ed efficienza delle scelte allocative nell'assegnazione di compiti ai privati trova riscontro nell'applicazione piena delle regole dell'evidenza pubblica, nell'ambito dei servizi sociali la questione si fa più complessa: qui, come si diceva, il legislatore è chiamato anche a dare riscontro all'esigenza di garantire il concreto rispetto delle prerogative della sussidiarietà orizzontale, non solo come strumento di deflazione della spesa istituzionale, ma soprattutto come strumento di garanzia della libertà di scelta dell'erogatore riconosciuta in favore delle singole persone che accedono all'assistenza.

Nell'ambito dell'attuale assetto dell'ordinamento è dato riscontrare un progressivo riavvicinamento tra la disciplina dei contratti pubblici, quale sistema generale di riferimento per l'interazione pubblico-privato attraverso le regole del mercato<sup>(10)</sup>, e la disciplina delle modalità di affidamento a privati dell'esercizio di attività concernenti l'erogazione di prestazioni a carattere sociale, la quale incide sull'articolazione del rapporto tra cittadino ed apparato istituzionale votato in ogni caso a conservare un proprio carattere di rappresentatività democratica.

In tal senso si rileva che nell'economia del vigente Codice italiano dei Contratti Pubblici, di cui al Decreto Legislativo 50/2016, l'affidamento delle commesse relative

---

<sup>9</sup> Il riferimento è all'adozione del Regio Decreto 17 luglio 1890, n. 6972 e al successivo regolamento di attuazione di cui al Regio Decreto 5 febbraio 1891, n. 99.

<sup>10</sup> Sul tema, di recente, si rimanda a M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. amm.*, 2016, 1-2, p. 73; L.G. RADICATI DI BROZOLO, M. GUSTAFSSON, *Partecipazione alle gare e regole di concorrenza*, in *Dir. comm. internaz.*, 2002, p. 806.

all'erogazione dell'assistenza sociale ha assunto un rilievo ben più specifico rispetto a quanto previsto nella previgente disciplina nella stessa materia, di cui all'abrogato Decreto Legislativo 163/2006: se, infatti, la disciplina del 2006 considerava sostanzialmente al di fuori del proprio pieno ambito di applicazione il settore dei servizi sociali, limitandosi ad estendere ai relativi affidamenti alcune regole in merito alle tecniche e agli avvisi di aggiudicazione<sup>(1211)</sup>, l'attuale testo normativo include sostanzialmente a pieno titolo anche i servizi sociali nel proprio ambito oggettivo di applicazione<sup>(1312)</sup>.

Ne consegue tutta una serie di specifiche previsioni, dettate dalla disciplina attuale, in merito all'aggiudicazione delle commesse in materia di servizi sociali: l'art. 35, che individua che per questo particolare ambito, delle soglie specifiche di rilevanza comunitaria della commessa fissate a € 750.000 per i settori ordinari ed € 1.000.000 per i settori speciali; gli articoli 70 e 72 per i settori ordinari e gli articoli 127 e 130 per i settori speciali, che individuano il termine di validità ed il conseguente periodo di pubblicazione dell'avviso di preinformazione relativo alle procedure di affidamento di servizi sociali; l'art. 95, che individua il criterio di aggiudicazione da adottare, stabilendo che « *i contratti relativi ai servizi sociali ... sono aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo* »; gli articoli 140, per i settori speciali e 142, 143 e 144 per i settori ordinari, i quali recano, in ordine ad alcuni profili e per alcune tipologie di servizi sociali, una disciplina speciale e derogatoria rispetto a quella generale disposta dal Codice, connotata da un tendenziale alleggerimento degli oneri procedurali; l'art. 169, che menziona espressamente le concessioni di servizi sociali, richiamate del resto anche negli allegati XXII e XXIV del D.lgs. 50/2016.

Dinnanzi a questa sostanziale inversione di tendenza dell'ordinamento in materia di contratti pubblici, diventa importante comprendere se, e fino a che punto, il rapporto pubblico-privato in materia dei servizi sociali mantenga ancora degli effettivi caratteri di specialità, che vadano oltre la mera previsione operativa di un regime semplificato di aggiudicazione.

Si tratta di una questione importante, che non può essere efficacemente affrontata con esclusivo riferimento alle norme dettate in materia di aggiudicazione delle commesse pubbliche: queste ultime, infatti, intercettano esclusivamente la dimensione economica della relazione pubblico-privato, concentrandosi nella costruzione del mercato dei contratti pubblici e nel mantenimento del relativo sistema pro-concorrenziale.

Ma con riferimento ai sistemi istituzionali di garanzia dei diritti sociali, di cui l'assistenza sociale rappresenta il principale ambito operativo assieme alla salute e all'istruzione, la funzione del privato non può essere letta soltanto con riferimento al suo ruolo operativo di aggiudicatario, in tutto o in parte, delle attività di erogazione delle prestazioni.

C'è necessariamente di più. Nel senso che l'applicazione del paradigma strutturale ed operativo della sussidiarietà orizzontale, indicato dalla Carta Costituzionale italiana all'art. 118, comma 4 come irrinunciabile strumento di pluralismo nel governo ordinario dei sistemi istituzionali a tutela della persona, quale è appunto l'assistenza sociale, richiede di riconoscere al privato una funzione collaborativa e di integrazione della definizione dei contenuti e nell'attuazione delle attività istituzionali di assistenza, che va necessariamente oltre la logica dell'appalto.

Si tratta di un approccio che trova ulteriore conferma allorquando la collaborazione tra pubblico e privato si fa strutturalmente più intensa, portando a maggiore evidenza il valore della capacità specifica del singolo operatore privato di conoscere i particolari fabbisogni, le condizioni e i caratteri per una migliore organizzazione dell'erogazione dell'assistenza sociale.

Il riferimento è alla disciplina specifica dei rapporti di concessione in cui, a differenza del semplice contratto di appalto esecutivo del servizio, al privato viene

---

<sup>12</sup>(11) Si veda in tal senso l'art. 20 del D.lgs. 163/2006.

<sup>13</sup>(12) In questo senso si rimanda a Cons. Stato, comm. speciale atti normativi, Parere 1 aprile 2016, n. 855, punto I.b.2, pag. 8, in merito allo schema di decreto legislativo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE.

trasferito anche l'onere di organizzare l'erogazione delle prestazioni in termini di efficienza economica e di efficacia assistenziale, attraverso il trasferimento contrattuale del relativo rischio operativo<sup>(14)</sup>).

Qui, infatti, è già il diritto europeo ad indicare, in modo sostanzialmente vincolante per gli ordinamenti nazionali<sup>(15)</sup>, una declinazione debole delle regole dell'evidenza pubblica, prevedendo all'articolo 19 della Direttiva 2014/23/UE che in materia di servizi sociali trovi applicazione solo una parte delle disciplina generalmente prevista per l'affidamento dei rapporti di concessione, rappresentata principalmente dal regime semplificato di pubblicità delle procure di affidamento e della relativa documentazione di cui all'obbligo di avviso di pre-informazione, ai sensi dell'art. 31, comma 3, e di comunicazione dell'aggiudicazione, di cui all'art. 32 della medesima Direttiva.

Così quella che può sembrare una limitazione delle regole di pubblicità, poste a tutela della concorrenza tra i tanti operatori potenzialmente interessati ad aggiudicarsi il servizio, assume le fattezze di una protezione delle condizioni di specificità del singolo rapporto pubblico-privato in materia di servizi sociali, in cui la funzione del privato si spinge ben oltre l'idea di una mera collaborazione arrivando ad una sostanziale integrazione rispetto all'attività dell'amministrazione pubblica.

Si tratta di un profilo tanto particolare da non riuscire ad essere adeguatamente garantito attraverso le sole regole di concorrenza, con riferimento al quale diventa necessario rintracciare in concreto dei criteri efficaci per delimitare il confine tra le regole del mercato e quelle del non-mercato e per operare un bilanciamento tra queste, attraverso la descrizione di un canone, necessariamente complesso, che sia utile per valutare la effettiva legittimità della decisione amministrativa di esternalizzare ed affidare a terzi lo svolgimento di attività relative all'erogazione dell'assistenza sociale.

Serve, pertanto, ampliare l'indagine normativa costruendo un combinato disposto ampio che sia in grado di intercettare nella sua complessità il fenomeno dell'interazione pubblico-privato per l'organizzazione e la gestione dei servizi sociali, all'interno del quale il vigente Codice italiano dei Contratti Pubblici Appalti rappresenta un elemento essenziale ma non esclusivo.

### 3. *La struttura dell'ordinamento dei servizi sociali e le ricadute in termini di procurement.*

Un primo elemento da considerare è dato dalle previsioni che costruiscono l'ossatura di riferimento per l'organizzazione dei servizi sociali: ambito in cui si giustappongono legislazione dello Stato e delle Regioni, in quanto l'art. 117, comma 2, lett. m) della Costituzione Italiana riconosce allo Stato competenza esclusiva solo per la determinazione dei relativi livelli essenziali di assistenza.

La conseguenza di quanto appena rilevato è la costruzione di sistemi di governo complessi e di tipo multilivello e cooperativi, differenti da Regione a Regione, in cui si trovano a convivere allocazioni di responsabilità funzionali e di competenze amministrative e gestionali a diversi livelli istituzionali, in applicazione di un generale criterio di temperamento tra la maggior vicinanza possibile dei centri decisionali al cittadino e la garanzia di unitarietà nazionale del contenuto dei diritti di cittadinanza.

Come ricordato dalla dottrina italiana<sup>(16)</sup>, proprio nell'ambito di tali livelli

---

<sup>14</sup>(13) Sul tema della natura delle concessioni, nell'interazione contrattuale pubblico — privato, si rimanda tra i molti a F. GOISIS, *Rischio economico, trilateralità e traslatività nel concetto europeo di concessioni di servizi e di lavori*, in *Dir. amm.*, 4, 2011, p. 703 ss.; ID., *Il rischio economico quale proprium del concetto di concessione nella Direttiva 2014/23/UE: approccio economico versus visioni tradizionali*, in *Dir. amm.*, 4, 2015, p. 743 ss.

<sup>15</sup>(14) In tal senso, Cons. Stato, comm. speciale atti normativi, Parere 27 dicembre 2019, n. 03235, in cui si contesta l'erronea interpretazione estensiva dell'art. 164 del Codice Appalti, operata dall'ANAC al punto 1.6 delle recenti bozze di nuove Linee Guida recanti "*Indicazioni in materia di affidamenti di servizi sociali*" del 2019, volta ad estendere all'ambito dei servizi sociali l'applicazione di tutti i principi in materia di aggiudicazione delle concessioni di servizi. Secondo il giudice amministrativo, infatti, una siffatta estensione interpretativa non risulterebbe compatibile con l'ordinamento in materia di affidamento delle concessioni pubbliche, producendo un sostanziale eccesso di delega rispetto al divieto di aggravamento regolamentare di cui all'art. 1, comma 1, lett. a) della Legge 28 gennaio 2016, n. 11.

essenziali dell'assistenza deve essere ricondotto anche il coinvolgimento dei privati in termini di sussidiarietà orizzontale per l'organizzazione e la gestione dei servizi sociali: ciò che, tuttavia, resta nella disponibilità del legislatore regionale sono le relative specifiche modalità, nonché l'intensità, di tale coinvolgimento (<sup>17</sup>16).

Su tali premesse, le previsioni di cui all'art. 2, commi 5 e 6 della Legge 328/2000, che rappresenta il testo normativo di riferimento per l'organizzazione dell'assistenza sociale in Italia, assumono un particolare significato: la presenza di più erogatori anche privati di assistenza sociale, infatti, costituisce attuazione di una libertà di scelta, garantita all'intera utenza in condizioni di uguaglianza, quale strumento irrinunciabile per realizzare un sistema di garanzia dei diritti all'assistenza che tenda alla maggiore aderenza possibile ai bisogni specifici di ciascun utente in termini di personalizzazione dell'assistenza sociale. Il che pone l'esigenza di prevedere cautele particolari, sia dal lato della domanda sia da quello dell'offerta delle prestazioni assistenziali.

Con riferimento al profilo della domanda di assistenza, rileva la necessità di garantire un accesso libero ma consapevole all'ampia e diversificata offerta di prestazioni di assistenza sociale: l'obiettivo dell'ordinamento è garantire che la domanda di prestazioni si formi in modo corretto, riducendo il pericolo di asimmetrie informative nell'ottica di identificare le prestazioni più adeguate a ciascuno specifico stato individuale di bisogno di assistenza. Si tratta di un profilo che esula dall'oggetto specifico del presente contributo, ma del quale appare ad ogni modo utile segnalare in questa sede l'esistenza richiamando la garanzia ad un adeguato accesso alle informazioni rilevanti, assicurata confronti del cittadino attraverso le funzioni del Segretariato sociale, di cui all'art. 2, comma 5 e all'art. 22, comma 2 della citata Legge 328/2000.

Con riferimento all'offerta di assistenza, assume rilievo centrale una corretta disciplina dell'interazione tra pubblico e privato: qui il richiamato riferimento legislativo statale indica alcuni principi essenziali, tra i quali si pone in primo luogo la necessità di garantire un adeguato livello di sicurezza e qualità delle prestazioni erogate, soprattutto in ragione della particolare posizione di debolezza del fruitore di questo tipo di assistenza.

Tale obiettivo è raggiunto attraverso la previsione di un meccanismo di sostanziale restrizione all'accesso al mercato delle prestazioni assistenziali, articolato in un regime di autorizzazione preventiva, che si riferisce al possesso di standard minimi di sicurezza uniformi al livello nazionale, ad oggi previsti in apposito Regolamento di cui Decreto del Ministro per la solidarietà sociale 21 maggio 2001, n. 308 e di accreditamento dell'erogatore con il servizio pubblico di assistenza, riferito al possesso di standard di qualità ulteriori e variabili in base alle distinte discipline regionali.

In entrambi i casi, assumendo la prospettiva dell'operatore, si è dinanzi alla richiesta di un titolo di legittimazione preventiva: l'autorizzazione per l'esercizio a qualunque titolo dell'attività di erogazione di prestazioni di assistenza sociale; l'accreditamento per l'erogazione di assistenza per conto del servizio pubblico, quindi con il ricorso ai relativi canali di finanziamento.

#### 4. *La legittimazione ad erogare prestazioni di assistenza: autorizzazione e accreditamento.*

Con riferimento all'autorizzazione, trattandosi di un regime di sicurezza preventiva fondato sul possesso di requisiti standardizzati al livello normativo, si segnala che la relativa valutazione amministrativa in sede di istanza di rilascio del titolo abilitante si presenterà come attività strettamente vincolata, non potendo essere la stessa essere

---

<sup>16</sup>(15) Sul punto S.A. FREGO LUPPI, *Il rapporto pubblico-privato e la libertà di scelta dell'utente*, in E. CODINI, A. FOSSATI, S.A. FREGO LUPPI (a cura di), *Manuale di diritto dei servizi sociali*. Torino, 2017, pp. 33 e ss.

<sup>17</sup>(16) Sulla questione del riparto di competenze legislative, si rimanda alla nota pronuncia Corte Cost., sent. 27 luglio 2004 n. 272, con note di G. SCIULLO, *Stato, regioni e servizi pubblici locali nella pronuncia n. 272/04 della Consulta*, in *Lexitalia.it*, 2004, n. 7-8; A. MALTONI, *Enti pubblici e privati in forma di fondazione: regime giuridico e modalità di intervento nei settori dei servizi alla persona*, in *Dir. amm.*, 4, 2006, p. 794 ss.

subordinata alla programmazione dell'offerta pubblica di servizi e al relativo contingentamento.

Si osserva nella legislazione delle singole Regioni italiane, di conseguenza, una diffusa applicazione a questi procedimenti delle regole di semplificazione amministrativa, quale in particolare la segnalazione certificata di inizio attività<sup>(18)</sup>, in cui il controllo amministrativo in ordine al possesso dei requisiti succede all'avvio dell'attività di assistenza. Le competenze amministrative, solitamente, sono assegnate al livello municipale dei singoli Comuni, unitamente ai poteri di verifica della qualità dei servizi e di vigilanza sul rispetto degli standard.

Nell'dei servizi sociali il rilascio di un'autorizzazione è stato storicamente incentrato sull'erogazione di prestazioni attraverso l'utilizzo di strutture fisiche, residenziali o semiresidenziali. Solo di recente in alcune legislazioni regionali si è avviata un'estensione dell'obbligo di autorizzazione preventiva anche all'esercizio di attività svolte al di fuori delle strutture in senso proprio, quali i servizi socio-educativi e quelli di assistenza domiciliare, ossia prestati a casa del cittadino.

Si tratta di un'innovazione profonda e complessa, volta ad estendere la tutela preventiva delle condizioni di sicurezza e qualità proprie nell'erogazione delle prestazioni anche alle forme più recenti di assistenza volte a valorizzare la centralità della persona e delle relative fragilità anche nei contesti più vicini allo svolgimento della sua vita quotidiana, quali la famiglia e il proprio domicilio.

L'integrazione dell'operatore privato all'interno del sistema istituzionale di erogazione dell'assistenza sociale rappresenta un passaggio ulteriore, rispetto al regime di autorizzazione preventiva appena descritto: essa, infatti, rappresenta un mercato secondario, rispetto all'offerta di servizi di assistenza sociale in sé, in quanto si fonda sull'offerta pubblica di prestazioni a carico della fiscalità generale.

Tale dato impone all'ordinamento un intervento istituzionale che non può più solo limitarsi all'accertamento delle condizioni di sicurezza e qualità minima dell'assistenza, ma che deve garantire anche la coerenza programmatica, al livello regionale e di zona, nonché l'evidenza pubblica nell'utilizzo delle risorse impiegate, secondo il paradigma indicato dall'art. 11 della Legge 328/2000.

L'istituto dell'accreditamento assolve alla funzione di allineare l'erogazione offerta dai privati, ma anche dalle strutture pubbliche, agli standard di servizio pubblico propri di ciascun livello regionale di programmazione, attraverso l'implementazione di requisiti strutturali ed organizzativi ulteriori rispetto ai requisiti minimi richiesti per il rilascio dell'autorizzazione.

Nell'ambito dei servizi sociali, anche la funzione di rilascio dell'accreditamento e di verifica sul possesso e sul mantenimento dei relativi requisiti ulteriori è allocata solitamente al livello municipale<sup>(19)</sup>, secondo la previsione di cui all'art. 6 della Legge 328/2000 in applicazione degli specifici regimi programmatici e di determinazione degli standard che si sostanziano nelle legislazioni regionali e nei relativi provvedimenti di attuazione di competenza degli organi esecutivi delle Regioni.

##### 5. *La costituzione del rapporto di collaborazione con il privato.*

Nell'ambito dell'assistenza sociale il successivo passaggio nell'integrazione pubblico privato per l'erogazione dei servizi non è costituito necessariamente dalla stipula di un accordo contrattuale, che definisca nel dettaglio i contenuti del relativo rapporto in termini di tariffe e di volumi massimi delle prestazioni erogabili.

Quest'ultima, infatti, costituisce una delle possibili modalità che l'ordinamento prevede a tal fine, poiché nel settore delle prestazioni di assistenza sociale il

---

<sup>18</sup>(17) In tal senso, si riscontrano numerose previsioni quali l'art. 51 della Legge regionale della Puglia n. 19/2006, come modificata dalla Legge Regionale Puglia n. 7/2013 e l'art. 22 della Legge Regionale della Toscana n. 41/2005. In alcuni casi il regime di semplificazione compie un passaggio ulteriore, mantenendo la segnalazione certificata solo per l'erogazione di assistenza socio-sanitaria e una mera comunicazione preventiva per l'avvio delle attività di assistenza socio-assistenziale: è questo il caso della Legge regionale della Lombardia n. 3/2008.

<sup>19</sup>(18) Solo nel caso della Provincia autonoma di Bolzano e nella Regione Valle d'Aosta queste competenze sono attratte al livello amministrativo regionale.

collegamento tra programmazione ed erogazione dell'assistenza non comporta necessariamente un contingentamento degli erogatori accreditati né la fissazione necessaria di tetti di spesa.

Tale caratteristica del sistema istituzionale di erogazione dell'assistenza sociale lo differenzia chiaramente da quello di erogazione dall'assistenza sanitaria, sulla base di un peculiare contesto socio-economico di riferimento in cui la dottrina evidenzia l'assenza di una forza di mercato del privato paragonabile a quella presente nel contesto della sanità, soprattutto in ragione del rilievo delle motivazioni etiche che muovono gli erogatori e della situazione di difficoltà economica in cui versano, solitamente, i fruitori delle prestazioni <sup>(20)</sup>19).

Ciò, in sostanza, consente un più agevole controllo della spesa pubblica, anche grazie alla particolare forza di predeterminazione della relazione tra erogatore e fruitore dell'assistenza, esercitata dall'amministrazione pubblica locale attraverso il funzionamento dei segretariati sociali.

Il panorama che ne risulta, pertanto, si vede articolato in: 1) accordi contrattuali interni al sistema integrato appena descritto, per mezzo dei quali l'amministrazione territoriale garantisce la copertura delle prestazioni che le proprie strutture pubbliche non sono in grado di erogare ricorrendo agli operatori del no-profit <sup>(21)</sup>20); 2) buoni o « voucher » sociali, emessi dall'amministrazione territoriale e che possono essere usati in pagamento delle prestazioni fruite da qualsiasi erogatore pubblico o privato accreditato, con piena attuazione della libertà di scelta da parte dell'utenza <sup>(22)</sup>21); 3) affidamento ai privati, profit o no-profit, delle attività di erogazione di servizi pubblici che restano di responsabilità dell'amministrazione territoriale.

La questione circa lo spazio dato alle regole di evidenza pubblica nella disciplina dei rapporti pubblico-privato nel settore dell'assistenza sociale intercetta, evidentemente, tanto il primo quanto l'ultimo dei richiamati modelli di integrazione, per i quali è opportuno rimarcare le specifiche peculiarità: infatti, anche se nell'economia dell'intero regime dei servizi sociali può risultare difficile apprezzare appieno le differenze <sup>(23)</sup>22), si tratta di una distinzione concettuale abbastanza importante, che intercorre ad esempio tra un asilo nido privato accreditato e un asilo nido pubblico, dato in gestione ad un operatore del no-profit.

## 6. *Il regime privilegiato del rapporto con gli operatori privati no-profit.*

Tanto nella legislazione nazionale quanto in quelle regionali, è dato riscontrare una preferenza per il privato no-profit, le cui attività sono finalizzate al perseguimento di interessi etici o valoriali e non direttamente alla realizzazione di un utile di impresa <sup>(24)</sup>23): si tratta, come si vedrà, di una caratteristica tipica di questa disciplina all'intero dell'ordinamento italiano dei servizi sociali che, oltre a riservare in sostanza la partecipazione in fase di programmazione del servizio a questo tipo particolare di soggetto privato, trova applicazione anche nelle fasi gestionali ed esecutive dell'erogazione di assistenza sociale. In alcune regioni, poi, la partecipazione dei privati subisce un processo di istituzionalizzazione ancora più forte, prevedendosi ad esempio la costituzione di appositi consessi stabili deputati al confronto sugli obiettivi della programmazione, che assume un connotato sostanzialmente politico <sup>(25)</sup>24).

---

<sup>20</sup>(19) In tal senso A. PIOGGIA, *La partecipazione dei privati all'erogazione dell'assistenza sociale* in *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Torino, 2017, pp. 161 e ss.

<sup>21</sup>(20) È questo il caso degli affidamenti diretti di contratti relativi non solo all'erogazione, ma anche all'organizzazione di servizi sociali in favore di enti no-profit per la realizzazione degli obiettivi programmati del sistema integrato di interventi e servizi sociali, di cui all'art. 6 del D.P.C.M. 30 marzo 2001

<sup>22</sup>(21) Cui peraltro è assegnato già al livello di legislazione statale un ruolo marginale, ai sensi dell'art. 17 della Legge 328/2000.

<sup>23</sup>(22) In tal senso A. ALBANESE, *Diritto dell'assistenza e servizi sociali*, Milano, 2007.

<sup>24</sup>(23) In tal senso, appare rilevante sia la previsione di cui all'art. 3, comma 2, lett. b) sia quella di cui all'art. 19, comma 3 della Legge 328/2000 che riserva agli operatori no-profit la partecipazione all'accordo di programma per mezzo del quale si prevede l'attuazione del piano di zona per i servizi sociali.

Adottando la prospettiva dell'imprenditorialità privata è possibile notare, ad uno sguardo d'insieme del panorama legislativo regionale, come le scelte circa l'intensità del coinvolgimento del privato for-profit appaiano articolate in tre modelli di riferimento: un primo modello, in cui si tende ad escluderne completamente il coinvolgimento<sup>(2625)</sup>; un secondo modello, più frequente e sostanzialmente in linea con le previsioni della Legge 328/2000, in cui si prevede un coinvolgimento pieno dell'impresa privata alla sola fase di gestione dei servizi e non anche alla fase programmatica<sup>(2726)</sup>; un terzo modello in cui non sono previste limitazioni al coinvolgimento del privato for-profit<sup>(2827)</sup>.

Nell'economia del complesso quadro giuridico di riferimento, l'ordinamento ritaglia quindi uno spazio di tutela speciale per le prerogative degli operatori no-profit all'interno della disciplina degli affidamenti ad evidenza pubblica dei servizi alla persona: si tratta di un regime sostanzialmente di vantaggio per gli operatori più vicini al luogo di erogazione delle prestazioni, in cui vengono a coniugarsi la tutela del confronto concorrenziale con quella della sussidiarietà orizzontale.

Si tratta, a ben vedere, di un connubio non facile, soprattutto all'interno di un contesto fortemente regolato in senso pro-concorrenziale, come è il regime degli affidamenti di contratti ad evidenza pubblica, ma del quale viene a farsi carico lo stesso legislatore europeo, riconoscendo nella parte introduttiva della Direttiva Appalti 2014/24/UE che *“in ragione dell'importanza del contesto culturale e della sensibilità di tali servizi, gli Stati membri dovrebbero godere di un'ampia discrezionalità così da organizzare la scelta dei fornitori di servizi nel modo che considerano più adeguato”*<sup>(2928)</sup>.

Non va, in tal senso, sottovalutato che nell'ambito dei trattati istitutivi europei la materia delle attività no-profit risulta sottratta alle competenze dell'Unione, proprio in ragione del relativo valore in termini di sussidiarietà orizzontale che non riuscirebbe ad essere efficacemente espressa in un contesto normativo cui risultasse secondario il canone di prossimità ai singoli sistemi di welfare e di governo territoriale<sup>(3029)</sup>.

In ragione di quanto appena rilevato, appare necessario ampliare l'ambito di osservazione alla specifica disciplina delle attività no-profit, che ha trovato un recente tentativo di sistematizzazione nel Codice italiano delle attività no-profit (indicato anche come "Terzo settore", per distinguerlo dai settori economici rappresentati dalle imprese private tradizionali for-profit e dalle imprese pubbliche dello Stato), di cui al D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117<sup>(3130)</sup>.

In particolare, ai nostri fini rileva il Titolo VII del richiamato Codice italiano del Terzo settore, composto dagli articoli 55, 56 e 57, dedicato a disciplinare i «*rapporti con gli enti pubblici*», intercettando quindi le regole per l'affidamento ad enti del terzo settore di funzioni relative al governo e alla gestione dei servizi sociali di competenza delle amministrazioni territoriali.

## 8. *I modelli di interazione pubblico-privato extra mercato.*

L'art. 55 del Codice italiano del Terzo settore assume un ruolo centrale, richiedendo alle amministrazioni pubbliche nel loro complesso di coinvolgere gli enti del Terzo settore nell'esercizio delle proprie funzioni di programmazione e organizzazione a livello

---

<sup>25</sup>(24) Previsioni in tal senso si rinviengono nelle legislazioni regionali della Calabria, della Basilicata, dell'Emilia-Romagna, della Liguria, della Toscana e della Sardegna.

<sup>26</sup>(25) In tal senso si esprime l'art. 10 della Legge regionale della Sardegna n. 23/2005 e l'art. 11 della Legge regionale del Piemonte n. 1/2004.

<sup>27</sup>(26) In tal senso, art. 18 della Legge regionale della Campania n. 11/2007; articoli 19 e 21 della Legge regionale della Puglia n. 19/2006; art. 16 e della Legge regionale della Calabria n. 23/2003 e art. 4 della Legge regionale della Calabria n. 29/2012; art. 279 della Legge regionale dell'Umbria n. 11/2015

<sup>28</sup>(27) Questo è il caso dell'art. 28 della Legge regionale della Toscana n. 41/2005.

<sup>29</sup>(28) Così il considerando n. 114 della Direttiva 24/2014/UE.

<sup>30</sup>(29) In tal senso, Cons. Stato, Commissione Speciale atti normativi, Parere 14 giugno 2017, n. 1405, punto 3c, relativo allo schema di decreto legislativo recante il Codice del Terzo settore.

<sup>31</sup>(30) In attuazione della delega di cui all'articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106.

territoriale degli interventi e dei servizi nei settori di attività di interesse generale, così come identificate nell'art. 5 del medesimo Codice.

Concentrandoci in questa sede nel considerare l'ambito dei servizi sociali<sup>(3231)</sup>, indicati dal richiamato art. 5, comma 1, lett. a) del Codice italiano del Terzo settore, risulta di immediata evidenza il riferimento al carattere territoriale delle attività istituzionali in cui coinvolgere gli enti del terzo settore: ciò a riprova del rilievo che assumono tali entità quali strumenti di garanzia di pluralismo all'interno del sistema di programmazione e gestione dell'assistenza sociale, quindi in definitiva di determinazione dei relativi fabbisogni territoriale di assistenza e di distribuzione delle relative risorse pubbliche.

I meccanismi di coinvolgimento dei privati no-profit vengono identificati dal medesimo articolo 5 nei sistemi della co-programmazione, della co-progettazione e dell'accreditamento, con riferimento ai quali il legislatore richiama il rispetto dei principi generali dell'azione amministrativa, ma non quelli relativi all'aggiudicazione dei contratti pubblici: problema che si rileva, in particolare, affrontando le fasi a contenuto esecutivo e prestazionale di queste forme di collaborazione tra pubblico e privato no-profit.

Il legislatore prevede che la co-programmazione sia «*finalizzata all'individuazione, da parte della pubblica amministrazione procedente, dei bisogni da soddisfare, degli interventi a tal fine necessari, delle modalità di realizzazione degli stessi e delle risorse disponibili*»: ne consegue, essenzialmente, che il coinvolgimento dei privati non profit in tale attività può efficacemente essere strutturato nelle forme previste dalla Legge 241/90 in tema di partecipazione al procedimento o di conclusione concordata dello stesso.

La co-progettazione, dal canto suo, risulta finalizzata alla «*definizione ed eventualmente alla realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento finalizzati a soddisfare bisogni definiti, alla luce degli strumenti di programmazione*». Di immediata evidenza risulta come questa procedura presenti un livello funzionale di tipo operativo che, prevedendo anche un eventuale esercizio di attività realizzativa di specifici progetti, richiama necessariamente l'idea di un coinvolgimento del privato attraverso una relazione contrattuale con la pubblica amministrazione. Proprio qui si manifesta la richiamata questione circa il rapporto tra la normativa in esame e la disciplina in tema di contratti pubblici.

Tanto è vero che lo stesso legislatore, all'art. 55, comma 4, nell'indicare come costruire la particolare forma di “*partenariato*” (i. e. rapporto sinallagmatico) che risulta dalla co-progettazione si premura di chiarire che “*l'individuazione degli enti del Terzo settore con cui attivare il partenariato avviene anche mediante forme di accreditamento nel rispetto dei principi di trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento, previa definizione, da parte della pubblica amministrazione procedente, degli obiettivi generali e specifici dell'intervento, della durata e delle caratteristiche essenziali dello stesso nonché dei criteri e delle modalità per l'individuazione degli enti partner*”.

L'istituzione di un regime di accreditamento, quindi a contenuto non selettivo, rappresenta per il legislatore solo uno dei modi alternativi di attivazione del rapporto di co-progettazione: la possibilità di individuare il privato da coinvolgere in altro modo, dunque attraverso sistemi di tipo selettivo, lascia sul tavolo il problema del rapporto tra la disciplina specifica del Terzo settore e quella generale delle procedure selettive operate dalla pubblica amministrazione, rappresentata dal Codice dei contratti pubblici.

Come segnalato dal Consiglio di Stato italiano<sup>(3332)</sup>, si tratta di una questione che assume un rilievo molto forte soprattutto alla luce del nuovo assetto della disciplina del Terzo settore di cui al D.lgs. 117/2017, poiché i particolari meccanismi di coinvolgimento del privato qui previsti assumono un rilievo sistemico e non più sporadico, come invece era dato rilevare in precedenza.

Il riferimento, in tal senso, è principalmente alle previsioni contenute nella legge quadro sui servizi sociali L. 328/2000, art. 5 formalmente non abrogato nel 2017, in base

---

<sup>32</sup>(31) Si tratta di un'indicazione molto ampia, foriera di numerose questioni interpretative in ragione delle possibili sovrapposizioni con le relative discipline di settore.

<sup>33</sup>(32) Cons. Stato, comm. spec. atti normativi, parere 20 agosto 2018, n. 2052, par. 4, parere in merito alla normativa applicabile agli affidamenti di servizi sociali alla luce del d.lg. 18 aprile 2016 n. 50 e del d.lg. 3 luglio 2017, n. 117.

alle quali “*specifici indirizzi per regolamentare i rapporti tra enti locali e terzo settore, con particolare riferimento ai sistemi di affidamento dei servizi alla persona*” sono oggetto di una disciplina concorrente tra lo Stato e le Regioni. Nell'ambito di tale disciplina il D.P.C.M. 30 marzo 2001, quale atto di indirizzo statale in materia, aveva previsto all'art. 6 che «*le regioni adottano specifici indirizzi per regolamentare i rapporti tra comuni e soggetti del terzo settore nell'affidamento dei servizi alla persona di cui alla legge n. 328 del 2000 tenuto conto delle norme nazionali e comunitarie che disciplinano le procedure di affidamento dei servizi da parte della pubblica amministrazione*».

Nel contesto normativo appena ricostruito, le regole sull'evidenza pubblica mantenevano espressamente il ruolo di riferimento generale per la strutturazione del rapporto pubblico-privato, mentre le forme alternative, e in particolare la co-progettazione, restavano limitate a specifici casi applicativi: l'art. 7 della Legge 328/2000, infatti, prevedeva che «*al fine di affrontare specifiche problematiche sociali, valorizzando e coinvolgendo attivamente i soggetti del terzo settore, i comuni possono indire istruttorie pubbliche per la co-progettazione di interventi innovativi e sperimentali su cui i soggetti del terzo settore esprimono disponibilità a collaborare con il comune per la realizzazione degli obiettivi*».

Ebbene, nel nuovo contesto normativo, in cui la struttura della co-progettazione così come disciplinata dal Codice italiano del Terzo settore del 2017 assume portata sostanzialmente generale, resta da chiarire in via interpretativa quale sia il rapporto tra il regime dell'evidenza pubblica nell'aggiudicazione delle commesse e gli altri sistemi di individuazione del partner privato in materia di organizzazione e gestione dei servizi sociali.

Sul punto pare dirimente il discrimine oggettivo, tra attività che hanno un rilievo economico e attività che ne sono essenzialmente prive: solo queste ultime, infatti, potrebbero ritenersi non comprese nella nozione di attività imprenditoriale, e quindi estranee all'ambito di applicazione del Codice italiano dei contratti pubblici ai sensi dell'art. 163 dello stesso D.lgs. 50/2016<sup>(33)</sup>. D'altra parte, è quest'ultima disciplina che, nel descrivere il proprio ambito oggettivo di applicazione, a definire all'art. 3 il modulo relazionale generale tra pubblico e privato in termini di “*appalto*”, quali “*contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti e la prestazione di servizi*”.

Ciò in ragione della posizione ormai classica della giurisprudenza europea per cui per impresa deve intendersi quell'entità che “*esercita un'attività economica, offrendo beni e servizi su un determinato mercato, a prescindere dal suo status giuridico e dalle sue modalità di finanziamento*”<sup>(34)</sup>: con la conseguenza che il rispetto delle regole di mercato, rappresentate nei rapporti negoziali con la pubblica amministrazione dai regimi di evidenza pubblica dei relativi affidamenti, diventa necessaria anche in materia di disciplina delle attività no-profit in senso ampio, quale applicazione del principio istituzionale del mercato<sup>(35)</sup>.

Ebbene, gli spazi di effettiva estraneità rispetto al mercato delle attività affidate a privati, nell'ambito dei servizi sociali, appaiono in tale contesto l'eccezione e non la regola, anche con riferimento alla disciplina delle convenzioni di cui all'art. 56 del Codice italiano del Terzo settore: con la conseguenza di doversi ritenere oggetto di uno specifico obbligo di motivazione da parte dell'amministrazione precedente nel momento

---

<sup>34</sup>(33) Per la distinzione tra la nozione di contratti estranei all'ambito di applicazione della disciplina dei Contratti ad evidenza pubblica e la nozione dei contratti esclusi, soggetti al regime minimo dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica di cui all'art. 4 del D.lgs. 50/2016, si rimanda ai principali arresti della giurisprudenza amministrativa in materia: Cons. Stato, comm. spec., parere 10 maggio 2018, n. 1241; Cons. Stato, Ad. Plen., 1 agosto 2011, n. 16; Cons. Stato, comm. spec., parere 3 agosto 2018, n. 2017/18; Id. parere 27 dicembre 2017, n. 3235/2019.

<sup>35</sup>(34) Per un primo arresto in tal senso, si rimanda alla nota decisione della Corte di Giustizia UE, 23 aprile 1991, causa C-41/90, *Höfner*.

<sup>36</sup>(35) Sul punto, si rimanda alla decisione della Corte di Giustizia UE 14 settembre 2006, causa C-386/04, *Stauffer*.

della scelta di quale modulo relazionale scegliere nei rapporti con il privato, anche perché da questa scelta dell'amministrazione può derivare l'esclusione sostanziale degli operatori privati for-profit, nel caso in cui si sia optato per la disciplina del Codice italiano del Terzo settore.

Un caso particolare, poi, è dato dall'affidamento diretto del servizio di trasporto sanitario di emergenza in favore delle organizzazioni di volontariato di cui all'art. 57 del Codice italiano del Terzo settore. Si tratta di un ambito, cui in questa sede solamente di accenna, nel quale il l'ordinamento avvicina molto il regime di accreditamento sanitario, con riferimento alla garanzia degli standard di qualità e sicurezza delle prestazioni previsti in via amministrative e che si fonda sulla stipula di convenzioni che rispettino i principi di non discriminazione e di trasparenza nella scelta dell'affidatario.

Si tratta di un profilo da non sottovalutare, nella consapevolezza di dover difendere la legittimità della scelta dinnanzi ad un eventuale sindacato delle imprese, con uno sforzo di motivazione più ampio e sistematico, incentrato sulla dimostrazione del preminente valore sociale della commessa, rispetto a quanto richiederebbe il ricorso a mere procedure di aggiudicazione riservate, ai sensi degli articoli 112 e 143 del Codice italiano dei contratti pubblici.

Come indicato dal Giudice amministrativo italiano (<sup>37</sup>36), detta motivazione dovrà dare evidenza di alcuni indicatori di estraneità al mercato da parte dell'istituendo rapporto quali l'assenza di un carattere selettivo della procedura; la dissociazione, anche potenziale, della collaborazione rispetto all'affidamento di un servizio sociale a contenuto economico; la gratuità delle prestazioni rese all'amministrazione.

Si tratta di un profilo che, evidentemente, risente molto delle caratteristiche specifiche delle varie fattispecie considerate: se si pone mente al regime di accreditamento, ad esempio, appare evidente come solo i sistemi di c.d. accreditamento libero, ossia non fondati su di un contingente predeterminato di operatori, possano essere considerati estranei alle regole di evidenza pubblica, concretizzandosi altrimenti un'indiretta questione circa i limiti e le condizioni della relativa selezione.

Proprio il carattere di selettività contraddistingue, invece, l'istituto della co-progettazione: qui, in altri termini, l'indicatore privilegiato per discernere tra l'applicazione delle sole regole dettate dal Codice italiano del Terzo settore oppure l'applicazione integrativa di queste con le regole Codice italiano dei contratti pubblici sarà data dalla natura effettivamente gratuita delle prestazioni rese in favore dell'amministrazione.

In tale contesto deve sottolinearsi che il canone della gratuità non potrà essere, in sostanza, equiparato ad semplice criterio di maggiore convenienza del ricorso alla procedura prevista dal Codice italiano del Terzo settore: dovrà ritenersi esclusa la remunerazione anche in via indiretta delle prestazioni, dovendosi limitare l'impegno economico richiesto all'amministrazione al rimborso delle spese correnti, e non di investimento (<sup>38</sup>37): si tratta, in fondo, di dare piena e incondizionata applicazione alle previsioni contenute nello stesso articolo 56, commi 2 e 4, del Codice italiano del Terzo settore.

---

<sup>37</sup>(36) In tal senso, Cons. Stato, parere 20 agosto 2018, n. 2052, cit.

<sup>38</sup>(37) Sul punto deve darsi conto di una complessa evoluzione della giurisprudenza europea. In una prima fase non si riteneva rilevante, ai fini della determinazione della natura onerosa del contratto, che la remunerazione concordata fosse limitata al rimborso delle spese sostenute per fornire il servizio convenuto; in tal senso cfr. Corte giust., 19 dicembre 2012, causa C-159/11, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e a.*; si v. anche Corte giust., 13 giugno 2013, causa C-386/11, *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG*, p. 31. Parzialmente diversa la posizione di alcune decisioni, in cui la natura onerosa è stata ritenuta esclusa nel caso in cui fosse accertato che il quantum del rimborso non fosse superiore ai costi effettivamente sostenuti, in tal senso di v. Corte giust., 29 novembre 2007, causa C-119/06, *Commissione c. Italia*, pp. 46 ss. Più di recente, con particolare riferimento al trasporto sanitario, sembra assistersi ad un revirement sulla posizione più severa assunta in precedenza dalla Corte, v. Corte giust. 11 dicembre 2014, causa C-113/13, *Azienda sanitaria locale n. 5 « Spezzino »*, cit., e in Corte. giust., 26 gennaio 2016, causa C-50/14, *Consorzio Artigiano Servizio Taxi e Autonoleggio (CASTA) e altri c. Azienda sanitaria locale di Ciriè, Chivasso e Ivrea (ASL TO4)*. Sull'evoluzione di questa giurisprudenza, si rimanda a M. MATTALIA, *Operatori economici nella disciplina sugli appalti e concessioni tra concorrenza e solidarietà*, in *Dir. amm.*, 2016, p. 486; E. CARUSO, *L'evoluzione dei servizi sociali alla persona nell'ordinamento interno ed europeo*, cit.

## 8. *Il modello di interazione pubblico-privato basato sul mercato.*

Per le ipotesi in cui non risultino soddisfatti i canoni di non economicità o di gratuità delle prestazioni, dovendosi di conseguenza dare applicazione alle regole di evidenza pubblica previste dal Codice dei contratti pubblici, l'ordinamento si presenta comunque sensibile all'istanza di protezione dei diritti sociali, includendone il rilievo già nell'ambito dei principi generali di cui all'art. 30 del D.lgs. 50/2016 e prevedendo, poi, un particolare regime degli affidamenti che tiene conto delle specificità di tale ambito di attività istituzionale.

Si tratta di una disciplina speciale, che ruota essenzialmente attorno a quanto previsto agli articoli 140 e seguenti del Codice italiano dei contratti pubblici di cui al D.lgs. 50/2016, connessa anche ad alcune disposizioni relative all'assetto organizzativo dei servizi sociali, di cui alla Legge quadro sui servizi sociali 328/2000 e al regolamento di cui al D.P.C.M. 30 marzo 2011.

In particolare l'art. 142 del Codice italiano dei Contratti Pubblici sancisce alcuni principi cardine in materia di affidamento dei servizi sociali, quali la necessità che siano garantiti condizioni di qualità, continuità, accessibilità, disponibilità e completezza dei servizi tenendo conto delle esigenze specifiche delle diverse categorie di utenti, compresi i gruppi svantaggiati e promuovendo il coinvolgimento e la responsabilizzazione degli utenti.

Si tratta di una previsione importante, poiché il senso è che le motivazioni poste a fondamento della determina a contrarre e le regole poste negli atti di gara dovranno articolarsi alla luce di tali principi per costituire un legittimo fondamento per l'aggiudicazione della commessa secondo il regime speciale degli affidamenti nei servizi sociali.

Per una maggiore aderenza allo spirito della disciplina, e quindi nell'ottica di costruire atti di gara e provvedimenti di aggiudicazione delle commesse meglio resistenti ad eventuali rilievi di illegittimità, l'Autorità Nazionale italiana Anticorruzione - ANAC raccomanda alle amministrazioni di estendere l'applicazione dei principi di evidenza pubblica, laddove compatibile con l'organizzazione delle singole amministrazioni aggiudicatrici, di adottare regolamenti interni volti a disciplinare gli aspetti relativi all'affidamento e all'esecuzione di servizi sociali non regolati dal codice dei contratti pubblici, quali, ad esempio, la disciplina dei commissari di gara, la procedura competitiva con negoziazione, l'avvalimento, il subappalto, le modifiche del contratto, la disciplina sull'esecuzione<sup>(39)</sup>.

Si tratta dell'estensione al livello sistematico dei principi di cui al "*Quadro europeo volontario per la qualità dei servizi sociali*" adottato dal Comitato per la protezione sociale del Consiglio europeo il 6 ottobre 2010 e richiamato dal Considerando 114 della direttiva 2014/24/UE.

### 8.1. *Programmazione e centralizzazione quali funzioni strategiche e trasversali.*

Un punto di particolare importanza è dato dall'applicazione anche nel settore che ci occupa del canone di programmazione delle commesse, di cui all'art. 21 del Codice italiano dei contratti pubblici<sup>(40)</sup>. La programmazione dell'erogazione delle prestazioni a carattere sociale, infatti, è strettamente connessa al particolare sistema di governo dell'assistenza sociale che, come si è già avuto modo di evidenziare, si fonda su un complesso sistema territoriale di pianificazione e programmazione multilivello, sviluppato anche attraverso forme rilevanti di coinvolgimento dei privati e delle comunità locali in regime di sussidiarietà orizzontale.

L'importanza dell'applicazione anche nell'ambito che ci occupa degli obblighi di programmazione ai sensi dell'art. 21 del Codice italiano dei contratti pubblici consiste, nell'economia del complesso sistema appena ricordato, in uno sprone importante ad

---

<sup>39</sup>(38) In tal senso, il par. 6.2. del testo di Linee guida 2019 recanti "*Indicazioni in materia di affidamenti di servizi sociali*".

<sup>40</sup>(39) In tal senso dispongono i commi 5-quater e 5-quinquies dell'art. 142 del D.lgs. 50/2016.

adottare criteri di effettività e di concretezza nel rapporto tra fabbisogni di assistenza individuati e relativi strumenti di copertura, a vantaggio della trasparenza effettiva nell'organizzazione del servizio, nei rapporti con l'utenza e, non ultimo, nel ricorso all'affidamento esternalizzato dei relativi servizi.

Se, infatti, in virtù dell'art. 95, comma 3, lett. a) del richiamato Codice dei contratti pubblici l'aggiudicazione dei servizi sociali deve avvenire in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, è proprio attraverso una corretta descrizione dei fabbisogni che la discrezionalità tecnica dell'amministrazione aggiudicatrice potrà, legittimamente ed efficacemente, includere ulteriori criteri di valutazione delle offerte che permettano di valorizzare anche gli impatti sociali delle offerte che si chiede di presentare.

Si tratta di un elemento apprezzabile soprattutto nelle sezioni finali del processo di programmazione, rappresentate dall'approvazione dei piani di zona e dall'adozione delle “*carte dei servizi sociali*” che l'art. 13 della Legge 328/2000 richiede al livello municipale a ciascun Comune di adottare e che devono essere adottate anche da ciascun operatore, già quale requisito di autorizzazione per l'esercizio a qualunque titolo dell'attività di erogazione di prestazioni sociali<sup>(41)</sup>40).

Qui è importante che l'amministrazione territoriale mantenga in modo concreto e tangibile l'esercizio dei poteri decisionali finali<sup>(42)</sup>41): il rischio da evitare, in altri termini, è che l'apertura a forme di coinvolgimento delle istanze private travalichi il limite della partecipazione assumendo, di fatto, il controllo della fase decisionale. Circostanza, questa, ipotizzabile soprattutto nel contesto di una co-progettazione in cui l'amministrazione abbia omissso una compiuta indicazione di massima degli obiettivi, delle aree di intervento e della durata del progetto.

Anche il tema della centralizzazione dal lato della stazione appaltante intercetta il tema dell'affidamento dei servizi sociali in modo particolare: se, infatti, in base a quanto stabilito dall'art. 142, comma 5 quinquies del Codice italiano dei contratti pubblici le amministrazioni possono scegliere di affidare tali commesse attraverso le strutture di aggregazione tipiche di questa parte dell'organizzazione amministrativa sul territorio.

Il riferimento è, in primo luogo, agli ambiti territoriali individuati ai sensi dell'articolo 8, comma 3, lettera a) della Legge 328/2000 che verranno a coincidere con i territori dei distretti sanitari. Ma nelle realtà amministrative più piccole al livello municipale, quali i Comuni fino a 5.000 abitanti, la centralizzazione della committenza potrà avvenire anche in riferimento a territori meno estesi, in applicazione dell'articolo 14, commi 27 e 28, del Decreto Legge 31 maggio 2010, n. 78, <sup>(43)</sup>42), che ha previsto l'obbligo di procedere all'organizzazione dei servizi sociali attraverso forme di aggregazione tra più enti municipali, quali le Unioni di Comuni o convenzioni tra gli enti locali.

Anche nel contesto dei servizi sociali, vale il principio di rotazione degli affidamenti sottosoglia: tuttavia, in questo particolare contesto, è possibile che la continuità nell'erogazione delle prestazioni assistenziali assuma un valore non trascurabile, ad esempio con riferimento alle esigenze dell'utenza connesse a particolari tipi di fragilità. Anche qui, pertanto, sarà possibile “temperare” la rotazione con le esigenze di continuità, sempre a patto che l'amministrazione aggiudicatrice costruisca idonea e specifica motivazione, suffragata al riguardo ad esempio da evidenze scientifiche.

## 8.2. *I regimi agevolati di procurement.*

Come anticipato, anche nel contesto del Codice italiano dei contratti pubblici si rilevano una serie di disposizioni volte a promuovere il ruolo delle entità private no-

---

<sup>41</sup>(40) In tal senso il par. 12.2 “*Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali*”, di cui alla Delibera n. 32 del 20 gennaio 2016, dell'Autorità Nazionale Anticorruzione.

<sup>42</sup>(41) Sulla centralità della responsabilità pubblica anche in seguito al riconoscimento del principio di sussidiarietà orizzontale, F. CAFAGGI, *Modelli di governo e riforma dello Stato sociale*, in ID. (a cura di), *Modelli di governo, riforma dello Stato sociale e ruolo del terzo settore*, Bologna, 2002, p. 28.

<sup>43</sup>(42) Convertito con Legge 30 luglio 2010, n. 122.

profit, sebbene all'interno di un sistema di aggiudicazione delle commesse che resta orientato al mercato piuttosto che alla sussidiarietà orizzontale, in ragione della natura selettiva e non gratuita del rapporto che si viene ad instaurare tra amministrazione locale ed entità privata. La stazione appaltante dovrà indicare la propria intenzione di ricorrere al regime di riserva già dalla programmazione della commessa, specificando poi negli atti di gara le ragioni di interesse pubblico a monte della scelta in termini di proporzionalità rispetto alla restrizione di accesso alla procedura selettiva.

Trattandosi di una sostanziale deroga al principio di mercato, le relative fattispecie dovranno essere intese in senso tassativo ed interpretate in senso restrittivo: si tratta del regime di cui di cui all'art. 143 del Codice italiano dei Contratti Pubblici, che consente alla stazione appaltante di riservare agli operatori del no-profit, appunto quali espressioni della sussidiarietà orizzontale sui territori, l'affidamento di contratti in materia di servizi sanitari, sociali e culturali, così come espressamente individuati (<sup>44</sup>43), per una durata massima di tre anni non reiterabili per ciascun operatore.

Proprio il canone di tassatività comporta che l'indicazione degli operatori riservatari non faccia semplicemente riferimento all'identificazione dei soggetti del no-profit come recata nella relativa disciplina di settore, ma che si riferisca a specifici indicatori richiesti in via cumulativa dallo stesso art. 143, comma 2: per beneficiare del regime di riserva abbiano gli operatori dovranno avere come obiettivo statutario il perseguimento di una missione di servizio pubblico legata alla prestazione dei servizi; devono reinvestire i profitti al fine di conseguire l'obiettivo dell'organizzazione; devono fondare la propria gestione ed organizzazione, nell'esecuzione dell'appalto, su principi di azionariato dei dipendenti o partecipativi, ovvero richiedere la partecipazione attiva di dipendenti, utenti o soggetti interessati.

Si tratta, in un certo senso, della trasposizione in sede di disciplina specifica delle procedure ad evidenza pubblica di quel criterio di preferenza per il settore no-profit che si è visto caratterizzare buona parte della disciplina regionale in materia di servizi sociali, e che può rappresentare un utile collegamento in fase di erogazione delle prestazioni con le previsioni in materia di programmazione concordata dei servizi sociali assieme agli esponenti del Terzo Settore, come ad esempio prevede l'art. 19, comma 3, della Legge 328/2000 in merito all'accordo di programma con cui è adottato il piano di zona.

Un ulteriore regime di riserva è previsto all'art. 112: si tratta dell'aggiudicazione di appalti e concessioni, o anche alla sola loro esecuzione, in favore di operatori economici, cooperative sociali e loro consorzi, il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate. La sola esecuzione contrattuale, inoltre, può essere riservata nel contesto di programmi di lavoro protetti quando almeno il 30% dei lavoratori dell'operatore riservatario sia composto da lavoratori con disabilità o da lavoratori svantaggiati, percentuale da calcolare anche con riferimento al numero di lavoratori specificamente dedicati all'esecuzione della commessa.

Rispetto a quanto previsto in passato, si amplia quindi in modo sistematico il novero dei possibili beneficiari del regime di riserva, che l'art. 52 del previgente Codice dei contratti pubblici del 2006 limitava in favore delle organizzazioni deputate al fine dell'inserimento lavorativo dei soli disabili, mentre era consentito stipulare convenzioni al di fuori delle regole di evidenza pubblica con le sole cooperative sociali, che rappresentano una categoria particolare di enti del Terzo settore in base ad una specifica norma italiana di cui all'art. 1 della legge 8 novembre 1991, n. 381/1991.

Problematico, con particolare riferimento al reinserimento lavorativo delle persone detenute, diventa procedere alle valutazioni in ordine ai motivi di esclusione di cui all'art. 80 del Codice italiano dei contratti pubblici, soprattutto con riferimento alla circostanza per cui i requisiti di ordine penale siano da valutare nei confronti delle cooperative di sociali di tipo B, attive in questo particolare ambito del reinserimento lavorativo.

Assume qui particolare rilievo il principio, ormai consolidato in giurisprudenza, in base al quale esiste un livello inderogabile nel possesso dei requisiti di moralità, quale garanzia di ordine pubblico nell'affidamento di commesse da parte dell'amministrazione

---

<sup>44</sup>(43) Si tratta esclusivamente dei contratti aventi ad oggetto servizi sanitari, sociali e culturali di cui all'allegato IX del Codice italiano dei contratti pubblici.

pubblica a prescindere dal relativo regime di applicabilità delle regole sull'evidenza pubblica<sup>(4544)</sup>.

La posizione dell'ANAC in merito, espressa già nelle linee guida del 2016, è di confermare l'obbligo di valutazione delle incapacità relative a condanne penali o civili con riferimento ad amministratori, procuratori e direttori tecnici: il regime di irrilevanza di questo tipo di carichi giudiziari, previsto dall'art. 20 della Legge 354/1975 per la costituzione e lo svolgimento di rapporti di lavoro, nonché per l'assunzione della qualità di socio nelle cooperative sociali, è interpretato in senso restrittivo.

Si tratta, con tutta evidenza, di affidamenti di particolare criticità, in ragione dell'esigenza di contemperare l'affidabilità del committente anche in merito alla conservazione del proprio scopo organizzativo di rilievo sociale: ne consegue la necessità che l'amministrazione proceda fin dalla programmazione di questo genere di commesse riservate ad approntare idonei criteri di valutazione dell'attitudine al reinserimento lavorativo o sociale da parte dei riservatari, unitamente a metodologie di monitoraggio circa il mantenimento di tali condizioni per tutta la durata della commessa.

Rocco Junior Flacco

#### BIBLIOGRAFIA

ALBANESE A., *Servizi sociali*, in G. GRECO M.P. CHITI (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano 2007, vol. IV, 1897;

ID., C. MARZUOLI, *Servizi di assistenza e sussidiarietà*, Il Mulino, Bologna, 2003;

BALDASSARRE, A., *Diritti sociali*, IN *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989;

BENVENUTI F., *Il nuovo cittadino*, Venezia, 1994;

BERLINGÒ V., *Beni relazionali. L'apporto dei fatti di sentimento all'organizzazione dei servizi sociali*, Milano 2010;

BERTI G., *Considerazioni sul principio di sussidiarietà*, in *Jus*, 1994, p. 405 ss.;

BRUNNER, G., *Die Problematik der sozialen Grundrechte*, Tübingen, 1971;

CARTABIA M., *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007;

CARUSO E., *L'evoluzione dei servizi sociali alla persona nell'ordinamento interno ed europeo*, in *Riv. It. Dir. Pubbl.*, 2017, fasc.5, p. 1115;

CAVALLO PERIN R., LENTI L., RACCA G.M., ROSSI A., (a cura di), *I diritti sociali come diritti della personalità*, Napoli 2010;

CERULLI IRELLI V., *Sussidiarietà (dir. amm.)*, in *Enc. giur. Treccani*, 2003;

CLARICH M., *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. amm.*, 2016, 1-2, p. 73

D'ATENA A., *Il principio di sussidiarietà nella costituzione italiana*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 1997, 603 ss.;

DURET P., *Sussidiarietà orizzontale: radici e suggestioni di un principio*, in *Jus*, 2000, 95;

FALCON G., *Autonomia amministrativa e principio di sussidiarietà*, in *Dir. e soc.*, 1997, 603 ss.;

---

<sup>45</sup>(44) In tal senso, tra le molte, si rimanda a Cons. St, sez. VI, 21/05/2013, n. 2725; sez. VI, 27/06/2014 n. 3251.

- FERRARI E., *I servizi sociali*, Milano 1986;
- ID. *I servizi sociali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, vol. I, Milano, 2003;
- GIUBBONI S., *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Bologna, 2012;
- HÄBERLE, P., *Lo Stato costituzionale*, Roma, 2005;
- HERVEY T., KENNER J. (A CURA DI), *Economic and Social Rights and the EU Charter of Fundamental Rights: a Legal Perspective*, OXFORD, 2003;
- KELSEN H., *Essenza e valore della democrazia*, in ID., *I fondamenti della democrazia*, trad. it., Bologna, 1966;
- LUCIANI M., *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Annuario AIC*, Padova, 2009;
- ID., *Sui diritti sociali*, IN *Scritti in onore di M. Mazziotti di Celso*, II, Padova, 1995, p. 97 SS.;
- MARZUOLI C., *Sussidiarietà e libertà*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 71 ss.;
- MASSA PINTO I., *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Napoli, 2003;
- MATTALIA M., *Operatori economici nella disciplina sugli appalti e concessioni tra concorrenza e solidarietà*, in *Dir. amm.*, 2016, p. 486;
- PEZZINI B., *LA decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Milano, 2001;
- PIOGGIA A., *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Torino, 2017, p. 161 e ss.;
- PINELLI, C., TREU, T. (a cura di), *La costituzione economica: Italia, Europa*, Bologna, 2010;
- RIDOLA, P., *Diritti di libertà e mercato nella «costituzione europea»*, IN *Quad. cost.*, 2010, p. 15 SS.;
- ROMAGNOLI, U., *Art. 3, 2° co.*, IN BRANCA, G. (a cura di), IN *Comm. Cost.*, I, Bologna-Roma, 1975, p. 162 SS.;
- ROSSANO, C., *Problemi di struttura dello Stato sociale contemporaneo*, Napoli, 1978;
- VILLEY M., *Le droit e le droit de l'homme*, Paris, 1983.



## O Juiz Criminal: Utopia, Distopia e Prova Ilícita

### *The Criminal Judge: Utopia, Dystopia, Illicit evidence*

It is, perhaps, too complimentary to call them Utopians, they ought rather to be called dys-topians, or caco-topians. What is commonly called Utopian is something too good to be practicable; but what they appear to favor is too bad to be practicable.

*John Stuart Mill, 1868.*

*Ney de Barros Bello Filho<sup>1</sup>*

IDP - Brasília/DF, Brasil

[ney.bello@trfl.jus.br](mailto:ney.bello@trfl.jus.br)

<http://lattes.cnpq.br/9181447007798771>

[orcid.org/0000-0002-4578-3331](http://orcid.org/0000-0002-4578-3331)

*Luiza Borges Terra<sup>2</sup>*

Universidad Pablo de Olavide - Sevilla/AN, Espanha

[luiza@terraadvogados.com](mailto:luiza@terraadvogados.com)

<http://lattes.cnpq.br/4023126199685947>

[orcid.org/0000-0001-8579-6703](http://orcid.org/0000-0001-8579-6703)

**Resumo:** O presente artigo aborda a discussão acerca do objetivo do processo penal e sua interface com a idéia de verdade, enfrentando o tratamento das provas ilícitas, tendo por metáfora condutora da narrativa a idéia de distopia. A hipótese é que a verdade processual penal é sempre uma verdade aproximada, uma perversão da realidade e, portanto, uma verdade distorcida. Ela representa uma realidade quase paralela, que se aproxima do conceito de distopia produzido pela literatura e pela sétima arte.

**Palavras Chaves:** Distopia; prova ilícita; verdade distorcida

**Abstract:** This article discusses the objective of criminal procedure and its interface with the idea of truth, facing the treatment of illicit evidence, having as a conducting metaphor of the narrative the idea of dystopia. The hypothesis is that criminal procedural is always an approximate truth, like a perversion of reality and, therefore, a distorted truth. It

---

<sup>1</sup> Pós-doutor em Direito Constitucional pela PUC-RS. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2006), com pesquisa elaborada na Universidade de Coimbra, Portugal e na Università Degli Studi di Lecce, Itália. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (1990), mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2000). Professor Adjunto da Universidade Federal do Maranhão na graduação e pós-graduação. Professor em Regime de Colaboração Técnica na UnB. Professor do IDP. Professor da UNINOVE. Desembargador Federal junto ao TRF da 1ª Região. Endereço SMDB 24, Lote 8, Cond. versailles, Casa B. Lago Sul - Brasília/DF, CEP 71.680-240. E-mail [ney.bello@trfl.jus.br](mailto:ney.bello@trfl.jus.br) Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/9181447007798771>

<sup>2</sup> Doutoranda em Ciência Jurídicas e Mestra em Criminologia pela Universidad Pablo de Olavide, Espanha (2015). Graduada em Direito pela FDC - Faculdade de Direito de Curitiba (2013). Professora de pós graduação em direito penal no Centro Universitário Filadélfia - UNIFIL. Membro da Sociedad Internacional Germano Latinoamericana de Ciencias Penales (SIGLACP). Membro da Comissão de Política de Drogas da OAB/PR. Vice-Presidenta da ANACRIM/PR. Advogada Criminalista. Endereço: Praça General Osório, 379, sala 102, Curitiba-PR, CEP 80.020-010. E-mail [luiza@terraadvogados.com](mailto:luiza@terraadvogados.com) Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/4023126199685947>



represents an almost parallel reality, which approaches the concept of dystopia produced by literature and the seventh art.

**Keywords:** Dystopia, illicit evidence, distorted truth

Sumário: 1. Introdução 2. O Objeto do Processo Penal como Distopia Formalizada 2.1. A utopia da *verdade real* e a distopia da *verdade processual*. 2.2. A prova nula: a distopia liberalizante da verdade processual. 2.3 Novos paradoxos. 2.4. O paradoxo da ausência de prova válida. 3. Conclusão 4. Referências

## 1. Introdução

A utopia do processo penal pode ser compreendida como o desejo de que através dos procedimentos e ritos processuais penais os culpados sejam condenados e os inocentes absolvidos. Jamais um culpado inocentado e nunca um inocente punido são as intenções metapositivas do processo criminal, ante seu escopo de aplicação da pena, ou de declaração de inocência, ou de impossibilidade de comprovação da imputação penal ou de inaplicabilidade de qualquer sanção.

Mas esta não é a única utopia do senso comum teórico acerca do afazer processual penal. A ideia de que o processo trabalha sobre fatos, e os reproduz, ou que o resultado obtido na produção, valoração e argumentação probatória também é a verdade demonstrada e reproduzida, é, em si, também uma fantasia. A verdade como correspondência é uma utopia.

Nesse sentido, talvez fosse o caso de colocar a questão acerca da produção da verdade na fase instrutória do processo penal como uma distopia, na medida em que o resultado é uma anti-utopia, dada a impossibilidade prática e teórica de alcançá-la. O que se desvela é a construção de uma verdade processual distorcida se comparada com os fatos tal e qual ocorridos. A verdade como narrativa é uma distopia.

Distopia, termo catalogado em uso pela primeira vez no século XIX por Stuart Mill<sup>3</sup>, implica o anverso da utopia, o falseamento do sonho, a oposição à ideia de utopia. Se o produzir verdade através de provas no processo penal é uma utopia, a antítese que surge como resultado da construção probatória é uma distorção da realidade e, portanto, uma distopia.

O uso da distopia - como auxílio retórico para a representação de um fato e como artifício argumentativo para a explicação e a compreensão de uma realidade falseada – veio à reboque do gosto literário do final do século passado e se tornou a coqueluche do novo milênio, menos como

---

<sup>3</sup> O termo foi utilizado em um discurso proferido no Parlamento Britânico, em 1868.



roteiro escolhido e mais como instrumento de análise das relatividades históricas. Nada mais estranho do que usar um termo em voga nos anos oitenta para definir a distorção da realidade. Caracterizar o futuro ou exemplificar o presente como realidade distópica — ou verdade distorcida — implica aceitar no plano do possível as coisas que não existem.

Philip Dick, morto em 1982, não imaginaria o sucesso que narrativas como *Blade Runner*, *O Homem do Castelo Alto* e *Minority Report*<sup>4</sup> fariam por volta de 2019. Suas metáforas são hoje um sucesso, não no cinema ou nas livrarias, mas como narrativas condutoras de uma análise acerca da realidade.

A distopia funciona como o anverso da utopia. Caracteriza-se por um *status* futuro de opressão e perversão da realidade. Em certo paralelismo com a distopia, há a fantasia, mas há também o realismo fantástico. Todos trabalham com uma realidade estranha — ou paralela — que é usada para explicar o mundo em que vivemos.

Diferente da hipótese opressora de *Admirável Mundo Novo*<sup>5</sup> ou de *1984*<sup>6</sup>, algumas obras literárias adaptadas para o cinema projetam uma performance melhor para fatos históricos. Distorcendo-os! Assim, Quentin Tarantino pode sentir o sucesso — e surfar nessa onda do gosto por irrealidades, utópicas ou distópicas — falseando belamente a história, como o fez em *Bastardos Inglórios* e *Era Uma Vez em...Hollywood*.<sup>7</sup> Mas o que esse gênero da literatura e do cinema tem a ver com atividade judicial criminal?

O presente artigo aborda a discussão acerca do objetivo do processo penal e sua interface com a idéia de verdade, enfrentando o tratamento das provas ilícitas, tendo por metáfora condutora da narrativa a idéia de distopia. A hipótese é que a verdade processual penal é sempre uma verdade aproximada, uma perversão da realidade e, portanto, uma verdade distorcida. Ela representa uma realidade quase paralela, que se aproxima do conceito de distopia produzido pela literatura e pela sétima arte.

---

<sup>4</sup> DICK, Philip K. *Andróides sonham com ovelhas elétricas?* São Paulo: Aleph. 2017; DICK, Philip K. *O homem do Castelo alto*. São Paulo: Aleph. 1962. DICK, Philip K. *Minority Report*. Nova York: Victor Gollancz, 1996.

<sup>5</sup> HUXLEY, Adous. *Admirável mundo novo*. São Paulo: TAG, 2017. Breve resumo disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Admir%C3%A1vel\\_Mundo\\_Novo](https://pt.wikipedia.org/wiki/Admir%C3%A1vel_Mundo_Novo). Acesso em 16 de julho de 2020.

<sup>6</sup> ORWELL. George. *1984*. São Paulo: Companhia das Letras. 2017. Breve resumo disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/1984](https://pt.wikipedia.org/wiki/1984_(filme_de_1984)) (filme de 1984). Acesso em 16 de julho de 2020.

<sup>7</sup> Breve resumo disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Inglourious\\_Basterds](https://pt.wikipedia.org/wiki/Inglourious_Basterds); [https://pt.wikipedia.org/wiki/Once\\_Upon\\_a\\_Time\\_in\\_Hollywood](https://pt.wikipedia.org/wiki/Once_Upon_a_Time_in_Hollywood). Acesso em 16 de julho de 2020.



## 2. O objeto do processo penal como distopia formalizada

O objeto do processo penal são os fatos, porque o processo penal sempre envolve uma controvérsia fática.<sup>8</sup> Os fatos que são discutidos no processo são construções narrativas das partes e são feitas a partir do lugar de fala de quem as produz, como bem observa Michele Taruffo.<sup>9</sup> Os fatos não são um dado pronto e acabado. São construções narradas e sustentadas argumentativamente<sup>10</sup>, e não uníssonas, o que evoca a idéia de construção e não de reprodução. O embate argumentativo sobre as narrativas fáticas no processo termina por construir a verdade processual que, embora possa tender ao espelhamento factual, não consegue reproduzir a realidade. Como nenhuma verdade absoluta é alcançável, só é possível trabalhar com a categoria de probabilidade<sup>11</sup>.

O sentido das provas é, antes de comprovar os fatos, comprovar as narrativas fáticas que servem de base para a tese acusatória e as narrativas defensivas que têm por objetivo mostrar fatos desconstitutivos narrados pelo acusado na busca da inocência.

A idéia de encontro da verdade através da fase instrutória do processo penal é uma utopia e o que se vê produzido é uma verdade aproximada, ou uma verdade juridicamente condicionada<sup>12</sup>, ou, ainda, uma interpretação em alguma medida falseada dos fatos: uma perversão da realidade. Por essa razão, e com acerto, Geraldo Prado deixa claro que “a verdade perseguida no curso do processo penal como meta na ultrapassagem de um estado de incerteza para o de certeza não tem uma natureza ontológica”<sup>13</sup>, o que implica dizer que é inatingível a correspondência absoluta que a utopia cristaliza.

A verdade processual é uma distopia. A busca da verdade real é uma utopia.

### 2.1. A utopia da verdade real e a distopia da verdade processual

---

<sup>8</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. São Paulo: RT, 5ª. Ed. 2019, p. 385.

<sup>9</sup> TARUFFO, Michele. *Uma Simples Verdade – O Juiz e a Construção dos Fatos*. São Paulo: Marcial Pons. 2016. p. 73.

<sup>10</sup> ATIENZA, Manuel. *Curso de Argumentación Jurídica*. Madri: Trotta, p. 433.

<sup>11</sup> TARUFFO, Michele. *A Prova*. São Paulo: Marcial Pons. 2014. P. 29.

<sup>12</sup> IBAÑEZ, Perfecto Andrés. *Carpintaria da Sentença Penal (em matéria de fato)*. In. *Valoração da Prova em Sentença Penal* (Organizador Ledio Rosa de Andrade). Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006 p. 128.

<sup>13</sup> PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistemas de controles epistemológicos*. Sap Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 35



Assim, o olhar atento percebe que o processo penal não produz verdade, e gera uma irrealidade, uma ficção, como a produzida por Quentin Tarantino. Esse anverso da utopia, que pode ser definido como distópico, é o ponto de chegada possível no contexto da verdade produzida no procedimento. Todo processo judicial é, em alguma medida, um trabalho sobre o falseamento da realidade. É uma distopia formalizada num produto.

Como afirma Geraldo Prado, “o juízo sobre os fatos não opera na dimensão da realidade, mas sobre uma controvérsia acerca do passado que, por estar espacial e fisicamente inacessível, coloca o problema da verdade das proposições a seu respeito.”<sup>14</sup> Isto implica dizer que a prova não traz para o processo, e nem pode trazer, os fatos em si, mas uma interpretação acerca deles, uma distorção. Isso acontece porque o juízo não opera sobre o fato, mas sobre a sua tentativa de reprodução, o que gera, fatalmente, a sua distorção. Há sentido em considerar que a atividade probatória gera uma realidade distópica distinta da ficção imaginada da comprovação absoluta da verdade.

O processo penal se constrói sobre fatos e suas consequências jurídicas. Portanto, resumidamente, é uma atividade pública tendente a aplicar normas sobre fatos que precisam ser comprovados no bojo do próprio procedimento. É uma relação entre quem acusa e quem se defende, triangularizada pelo Estado-Juiz. O que se pretende na realidade processual, reflexo ou não dos fatos, é através da análise das provas, das narrativas e das argumentações sobre fatos e suas valorações, aproximar-se da verdade fática ocorrida no caso concreto e, com isso, chegar a melhor solução jurídica possível. Verdade inalcançável a não ser por aproximação.<sup>15</sup> A verdade processual, desta maneira, como já dito, é uma distopia.

É possível reproduzir a realidade passada a ponto de repetir todo o encadeamento fático demonstrando – sem divergências – como o crime fora cometido? Será verossímil repetir de forma íntegra uma cadeia causal e saber, com segurança e certeza, o que de fato terá ocorrido? E mais: será possível fazê-lo dentro das regras instrumentais estabelecidas por um Estado Democrático de Direito?

Também para Luigi Ferrajoli é clara a impossibilidade de reproduzir ou conhecer exatamente o que ocorreu no momento do fato criminoso<sup>16</sup>. Parece haver quanto a isso quase um consenso doutrinário

---

<sup>14</sup> PRADO, Geraldo. *A Cadeia de Custódia da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 22.

<sup>15</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019, p. 21.



dentre a doutrina relevante acerca da epistemologia da prova penal, mas não total correspondência na jurisprudência, onde é possível perceber a vigente a utopia da verdade real, que opera majoritariamente,<sup>17</sup> mesmo diante das críticas que apontam a falácia e a impossibilidade ontológica desse alcance.

O processo penal busca averiguar o que aconteceu, analisando o conteúdo probatório, admitindo provas — ou não —, valorando-as. Ao juiz, portanto, neste triângulo processual, compete tomar uma decisão sobre fatos passados que são de impossível reprodução.<sup>18</sup>

A suposta verdade real, conceito processual praticamente metafísico<sup>19</sup>, acaba por servir de amortecedor do impacto inquisitório que ainda se sustenta no processo penal brasileiro, legitimando o juiz criminal a agir inquisitoriamente<sup>20</sup>, utilizando ilimitadamente seus poderes para obtenção de prova que justifique a utopia da verdade real.

O argumento é de simples observação. Quando se defende a existência de uma verdade real justifica-se a movimentação do juízo na busca desta verdade, legitimando-se a interpretação de que

---

<sup>16</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002. p. 42.

<sup>17</sup> Não apenas a doutrina, mas também a jurisprudência ampara o discurso da busca da verdade real. Grande parte das decisões, crêem ser imprescindíveis alguns ritos especiais - até extraordinários ou excepcionais - em busca da verdade real. Nesse sentido, cfr. STJ. AgRg no HC 539979 / SP. 5.<sup>a</sup> Turma. Rel. Min. Jorge Mussi. DJ 05.11.2019. Há precedentes também de substituição de exames periciais por provas testemunhais em busca da verdade real. Nesse sentido STJ. AgRg no RESP. 1810571 / RS. 5.<sup>a</sup> Turma. Rel. Min. Leopoldo de Arruda Barroso (Desembargador convocado do TJ/PE). DJ 22.10.2019. Entretanto, existem precedentes na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça declarando que as bases democráticas do processo penal são mais importante que a busca da verdade real: "Portanto, o interesse na execução das astreintes no processo penal não se limita à consequência patrimonial, mas, primordialmente, à manutenção da higidez do processo penal, ante a necessidade de busca da verdade real." STJ. AgRg no RESP 1320743 / MG. 5.<sup>a</sup> Turma. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. DJ. 03.09.2019. (Grifo nosso).

<sup>18</sup> KHALED JR., Salah H. *A produção analógica da verdade no processo penal*. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 167, 2015. Disponível em: <<<http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.9>>> Acesso em 26 de junho de 2020.

<sup>19</sup> Cfr. TARUFFO, Michelle. *Verdade Negociada?* Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume XIII. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ, 2016. p. 638.

<sup>20</sup> Neste sentido, argumenta STRECK, Lenio: "Por isso, diz-se por aí, impunemente, por exemplo, que o processo criminal norteia-se pela busca da verdade real, que retira o juiz da posição de espectador inerte da produção da prova para conferir-lhe o ônus de determinar diligências ex officio, como inquisidor, sempre que necessário para esclarecer ponto relevante do processo (há vários livros, na verdade, muitos livros de processo penal que repetem isso). STRECK, Lenio Luiz. *A verdade das mentiras e as mentiras da verdade (real)*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-nov-28/senso-incomum-verdade-mentiras-mentiras-verdade-real>. Publicado em 28 de novembro de 2013, Acesso em: 10 de novembro de 2019. De maneira similar argumenta em: OLIVEIRA, Rafael Tomaz; STRECK, Lenio Luiz. *Como exorcizar os fantasmas do livre convencimento e da verdade real*. Disponível em: <<<https://www.conjur.com.br/2017-jun-24/diario-classe-exorcizar-fantasmas-livre-convencimento-verdade-real>>>. Publicado em 24 de Junho de 2017. Acesso em: 09 de novembro de 2019. Cfr. também: KHALED JR., Salah H. *A produção analógica da verdade no processo penal*. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 167, 2015. Disponível em: <<<http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.9>>> Acesso em 26 de junho de 2020.



o juiz pode produzir prova de ofício, já que legitimado pela busca do conhecimento absoluto. Quando, ao revê, se compreende que não existem fatos absolutamente verdadeiros se não narrativas sustentadas argumentativamente acerca de fatos passados, não parece razoável aceitar que o juiz, que não é parte, construa a sua própria narrativa a partir da busca de algo<sup>21</sup>.

Não fora o bastante ser impossível repetir fatos e conhecer a realidade em toda sua integralidade, ainda existem as limitações instrumentais da atividade investigativa do Estado. Impossível olvidar que dentre os lugares de fala do processo penal, o lócus da acusação é privilegiado. O privilégio se dá porque a fixação dos fatos a serem provados se dá por ato processual da acusação. E quando o juiz se posiciona de ofício, como ente produtor de provas – à míngua de requerimento –, é exatamente a narrativa fática da denúncia que ele tenciona provar.

Não seria o caso de falar de narrativa processualmente privilegiada se o juiz operasse na produção de provas de defesa que teriam o intuito de desconstituir a narrativa da denúncia, agindo de ofício, sem requerimento probatório, não apenas para comprovar a tese do Ministério Público ou do Querelante, mas também do Réu ou Querelado.

A questão que se impõe é a definição do lugar de fala do juiz, e o afastamento da ilusão da verdade real. A sustentação da narrativa que expressa a necessidade da afirmação do poder punitivo estatal, exercitada pela fala do juízo, é uma das atividades que desconstrói o discurso da identidade imparcial do juízo. Seria necessário atentar para a afirmação das garantias fundamentais residentes na imparcialidade, apoiada nas limitações instrumentais e nos meios idôneos de salvaguarda da efetividade dos direitos subjetivos.<sup>22</sup>

Desta maneira, reconhecido um grau de ceticismo necessário ao conhecimento fático-criminal, a verdade que se produz num processo apto a condenar ou absolver alguém é uma utopia, quando vista de cima para baixo, sob a lente da sua possibilidade absoluta, e uma distopia quando vista de baixo para cima, a partir do seu feixe de possibilidades narrativas que constrói a verdade processual. No mínimo, uma bela dosagem de fantasia é natural na construção de qualquer teoria legitimadora

---

<sup>21</sup> Cfr. PLETSCHE, Natalie. A atuação dos sujeitos processuais na formação da prova: o magistrado e o alcance da verdade no processo penal. *Revista de Estudos Criminais*. n. 18, v. 5, 2005. p. 229

<sup>22</sup> Cfr. CORREA, Eduardo Pitrez de Aguiar. *Constitucionalismo cosmopolita, igualdade de armas e a investigação defensiva: apontamentos sobre um direito humano-fundamental*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 127, ano 25, p. 192. São Paulo: Ed. RT, jan, 2017.



da atuação do Judiciário em sociedade, quer seja chamada de realidade fantástica, de mentira ou, como prefere a doutrina: verdade processual. Mas ainda que a idéia de Justiça se sustente na ficção, a realidade bate à porta para lembrar que aquilo que o processo prova nunca é, de fato, o que aconteceu<sup>23</sup>.

Desta maneira, é possível afirmar que o processo conduz a uma distopia também porque a verdade falseada conduz à opressão do Estado sobre o cidadão, ignorando as limitações punitivas do Poder Público. Isso ocorre, máxime, quando se considera as limitações do *ius puniendi* como limite à *Eficiência Repressiva do Estado*<sup>24</sup>. Tudo que vai além dos limites probatórios estabelecidos pelo Estado Democrático de Direito é, na lição de MUÑOZ CONDE: “*puro fascismo y la vuelta a los tiempos de la Inquisición, de los que se supone hemos ya felizmente salido*”<sup>25</sup>.

Contudo, dentro da quadratura do Estado Democrático de Direito é preciso enfrentar uma outra realidade: a imposição de limites ao exercício do *ius puniendi* no processo penal levando à verdade possível, ou verdade processual, e causando a absolvição de culpados, desconstruindo a utopia clássica do processo penal, segundo a qual nenhum culpado deverá ser inocentado e nenhum inocente punido.

Isto se dá porque há limites à produção de provas, e toda construção de verdade ou probatória está *subordinado tanto a valores democráticos quanto a um decisão final fundamentada*<sup>26</sup> o que deixa clara a falência da utopia da verdade real, ela sempre é uma construção limitada. Há, portanto, uma clara limitação cognitiva, em decorrência de um ato processual penal nulo, ou de uma prova inválida, máxime se essa prova não puder ser produzida uma segunda vez. Tal fato implica necessário abandono da ideia de verdade real ou substancial<sup>27</sup>.

## 2.2. *A prova nula: a distopia liberalizante da verdade processual*

A impossibilidade de repetição dos fatos havidos no passado e a impossibilidade da sua reprodução no futuro não são as únicas hipóteses de consagração da anti-utopia processual. A prova para ser

---

<sup>23</sup> Cfr. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema Inquisitório e o Processo em “O Mercador de Veneza”*. In: Direito e Psicanálise: Interseções a partir de “O Mercador de Veneza”, de William Shakespeare (Organizador Jacinto Nelson de Miranda Coutinho). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 155.

<sup>24</sup> CASARA, Rubens. *O processo penal do espetáculo*. Tirant lo Blanch, Florianópolis, 2 ed. 2018. p. 11.

<sup>25</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Sevilla, Pablo de Olavide, 1988, p. 120.

<sup>26</sup> TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. *Prova e Verdade*. Florianópolis, Tirant lo Blanch, 2020. p. 20

<sup>27</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades No Processo Penal*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 522.



utilizada deve ser submetida a um *procedimento axiológico*, garantindo a *lisura do procedimento de sua obtenção*<sup>28</sup>. Com isso, considerar que determinadas provas são incompatíveis com o Estado Democrático de Direito e sua impossibilidade de utilização, a provas ditas nulas, também contribui para a absolvição de culpados e, portanto, para a ruptura de uma das utopias do processo penal contemporâneo.

Quando se admite a existência da verdade real, há uma certa incoerência com a nulificação de material probatório sólido, por razões de forma. Como afirma Gustavo Badaró com acuidade, “*aceitar uma teoria da verdade como correspondência, em detrimento da verdade como coerência, significa dar prevalência ao aspecto demonstrativo da prova sobre sua vertente persuasiva*”<sup>29</sup>. Se optamos pela nulificação de material probatório sólido, colhido com vício, se estabelece limites para a verdade como correspondência, o que implica, *per si*, na fragilização da sua admissibilidade.

Isso porque se a verdade for pressuposto e condição de uma decisão justa, e se for possível admitir a nulidade de provas que demonstram fatos verdadeiros, então toda decisão que se toma após a declaração de nulidade de prova deveria ser, em si, uma decisão injusta. O aprisionamento do processo penal na utopia da verdade real leva a paradoxos, pois sói acontecer de haver decisão injusta sustentada em irrealidade factual ou decisão justa, arrimada em desconhecimento de um preceito fundamental. O erro lógico está exatamente em condicionar a correção do processo penal à idéia de verdade real.

Não por outra razão parece mais sólido abandonar a ilusão teórica e prática da verdade real e buscar um modelo racional de narrativas argumentativamente justificadas que se limitem pelo respeito a modelos formais de construção narrativa de premissas. Esse seria um sólido caminho para a chegar-se ao que Antônio do Passo Cabral chamou de “*equilíbrio entre o garantismo processual e a eficácia da persecução penal*”.<sup>30</sup>

Nesse contexto de reconhecimento da verdade real, o utópico, o distópico e o fantástico hão de conviver com a realidade da prova ilícita. Pode ocorrer de determinado meio de prova reproduzir

---

<sup>28</sup> TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. *Prova e Verdade*. Florianópolis, Tirant lo Blanch, 2020, p. 61.

<sup>29</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019, p. 121

<sup>30</sup> CABRAL, Antônio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2ª Ed. 2010, p. 362.



fatos passados com aproximação razoável, e mesmo assim não gerar prova que possa vir a ser utilizada.

É que sói acontecer de a prova não ter sido produzida conforme o direito e não atingir os limites mínimos de validade do direito processual.

Desta feita, urge questionar: por que considerar nula uma prova que reproduz a história de forma lúdica, descreve os fatos passados e contribui para a perseguição da utópica *verdade real*?

A vedação às provas ilícitas, disposta no artigo 5, inciso LVI, da Constituição Federal, consiste em uma garantia processual, que realiza a ponderação entre o poder punitivo estatal e os demais valores que a ordem constitucional tutela, dentre eles, por exemplo, a vida privada.<sup>31</sup> Garante o respeito as regras previstas no processo penal, ou devido processo legal, determinando quais são os meios lícitos para a obtenção de provas<sup>32</sup>. Estas regras pré-estabelecidas garantem um processo penal moderno, submetido ao Estado Democrático de Direito e não ao poder de autoridade. A disposição constitucional é ainda confirmada pelo artigo 157 do Código de Processo Penal. Este ainda que manifestamente inquisitivo e, trás a inserção do artigo 3-A, por intermédio da Lei 13.964/2019, assumidamente acusatório<sup>33</sup>, dispõe que: “*são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação as normas constitucionais*”.

Esclarecidas tais premissas, pode-se conceituar a prova ilícita como aquela produto de um meio de prova em que, na sua gênese, ou na sua produção, não observa os limites exigidos pela Lei.

Como bem anota Rosmar Alencar, o processo de nulificação de uma prova é também, *per si*, uma narrativa e um procedimento de justificação argumentativa, pois “o silogismo retratado pelas

---

<sup>31</sup> Cfr. DUCLERC, Elmir. *Sigilos constitucionais, prova ilícita e proporcionalidade*. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol.1, n. 1, p. 185-201, 2015. Disponível em: <<<http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.10>>>, acesso em 26 de junho de 2020.

<sup>32</sup> Sobre a terminologia incorreta do legislador ao utilizar o termo prova ilícita confundindo com o conceito de prova ilegítima recomendamos a leitura de: ASSIS DE MOURA, Maria Thereza de. *Ilicitude na Obtenção da Prova e sua Aferição*. São Paulo, RT, 2013.

<sup>33</sup> Confirma CAMARGO, Rodrigo de Oliveira; SILVEIRA, Felipe Lazzari da. *Uma ilha acusatória em meio a um oceano de inquisitorialidades: perspectivas sobre a introdução do juiz das garantias no processo penal brasileiro*. in: Pacote Anticrime: Reformas Processuais (org. Rodrigo de Oliveira Camargo e Yuri Felix), Florianópolis: Emais, 2020, p. 15-35. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Crônica de um suicídio anunciado: o garantismo inquisitório brasileiro ou de como um sistema acusatório não pode ser construído por decreto*. in: Pacote Anticrime: Reformas Processuais (org. Rodrigo de Oliveira Camargo e Yuri Felix), Florianópolis: Emais, 2020, p. 35-45. LOPES JR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. *A “estrutura acusatória” atacada pelo MSI - Movimento Sabotagem Inquisitória (CPP, art. 3-A, Lei 13.964) e a resistência acusatória*. in: Pacote Anticrime: Reformas Processuais (org. Rodrigo de Oliveira Camargo e Yuri Felix), Florianópolis: Emais, 2020, p. 45-61.



premissas tem função fundamentadora”<sup>34</sup>. Dito de outra maneira, da mesma forma como a narrativa factual é uma explicação de como os fatos ocorreram e que precisa ser argumentada, a sustentação da incompatibilidade entre a prova e a norma jurídica é também uma narrativa que se sujeita a idêntico imperativo de justificação argumentativa. Como afirma o autor:

“ao se declarar a atipicidade e apontar sua classificação, o magistrado exercer função fundamentadora, operando a subsunção não de forma automática, porém mediante adequação conceitual do tipo jurídico (premissa maior) e do ato jurídico processual viciado (premissa menor).”<sup>35</sup>

Assim, da mesma maneira que a afirmação factual é uma narrativa, a declaração de nulidade também o é. A dúvida que permanece é como compatibilizar os limites processuais com a verdade que se revela? Como coexistir o princípio da verdade real com as garantias de um devido processo legal? E o que fazer quando o conjunto de fatos não for preciso, mas a prova nula for precisa?

O que sói acontecer algumas vezes, e impacta o senso comum, é prova materialmente fidedigna que demonstra premissas fáticas com dúvida reduzida, mas que não pode ser utilizada em razão de nulidade endógena. Demais disso, o impacto para o senso comum, mesmo o não punitivista, aumenta quando não há qualquer outra prova a sustentar a condenação, e o processo caminha para a absolvição do culpado não por ausência de provas, mas por ausência de formalidade essencial na produção da prova.

A utopia originária do processo penal – nenhum culpado inocentado – cai por terra em razão do reconhecimento da anti-utopia, da distopia construída pela prova ilícita, ou nula.

Não é incomum o dilema das escutas telefônicas deflagradas sem a devida autorização judicial, que conduzem ao reconhecimento da autoria do tráfico de entorpecentes e levam ao encontro da droga; busca e apreensão no endereço errado, que permite encontrar a prova de outro crime fortuitamente; roubo de um computador, que resulta no encontro de uma planilha de corrupção passiva e ativa, etc. Os exemplos não são poucos.

---

<sup>34</sup> ALENCAR, Rosmar Rodrigues, *Teoria da Nulidade no Processo Penal*. São Paulo: Noesis, 2016, p. 222.

<sup>35</sup> ALENCAR, Rosmar Rodrigues, *Teoria da Nulidade no Processo Penal*. São Paulo: Noesis, 2016, p. 222.



Há provas declaradamente nulas que podem aproximar a narrativa probatória argumentada da verdade factual – mantendo viva a fantasia processual da verdade real - mas que ultrapassam os limites do Estado Democrático de Direito, suprimindo as garantias processuais do imputado. Sem elas, utilizar-se-á uma fantasia em lugar de outra, na medida em que a verdade processual mais claramente estará distante da realidade.

É uma distopia processual utilizar-se a verdade possível – quer seja ela alcançada pela limitação cognitiva e pelo reconhecimento da descrição factual como uma narrativa, quer seja ela – a verdade processual – fruto da formalização dos atos, que retiram do discurso probatório as provas nulas. De uma forma ou de outra, a verdade processual é uma distopia, uma fantasia produzida pelo embate argumentativo sobre o esforço narrativo.

### 2.3 *Novos paradoxos*

Já se conhece e reconhece que a *verdade real* é uma ilusão de ótica. O processo penal jamais reproduzirá os fatos como efetivamente aconteceram. Para enfrentar as questões anteriores, deve-se estabelecer, por escolhas valorativas, qual o ponto, ou valor, mais importante a ser preservado. Há uma utopia consistente na existência da verdade real, e há uma utopia decorrente do desejo de que nenhum culpado seja absolvido e nenhum inocente seja condenado. Há um abalo valorativo quando uma garantia fundamental se rompe e um inocente é condenado. Há, por conseguinte, outro abalo valorativo quando uma garantia é reconhecida, a prova é anulada e um culpado é inocentado. Como construir uma solução teórica a partir desses paradoxos?

Ao ponderar entre o devido processo legal e a absolvição de um culpado cujos fatos e atos se comprovam em razão do meio de prova realizado sob nulidade, estar-se-á fazendo escolhas a partir de uma base valorativa principiológica. Há o reconhecimento de que a verdade real é mitigável, quando se desconhece a prova nula e se decide com base em uma verdade incompleta e distópica.

Há, contudo, um componente que deve ser observado quando da análise acerca da viabilidade da desconsideração da prova nula: o medo. Medo incessante e crescente da criminalidade que promove políticas-criminais autoritárias que parecem se resumir a tolerância zero<sup>36</sup>. O medo faz com que

---

<sup>36</sup> Nesse sentido, MUÑOZ CONDE, Francisco: "<<Recientemente, esto ha sido más evidente en las últimas reformas ya acontecidas en pleno siglo XXI en las que se han reflejado algunas de las tendencias políticas autoritarias que en



convivamos com uma tendência político-criminal em que os limites e garantias processuais são cada vez mais relativizados: há menos preocupação com a forma de obtenção das provas do que com a repulsa que o crime em si, acarreta. A guisa de exemplo, pode-se mencionar a pouca preocupação com a cadeia de custódia da prova, que foi regulamentada através da Lei 13.964/2019, mas não soluciona os problemas elementares da prática forense, dentre eles, o que fazer com os vestígios imateriais<sup>37</sup>.

Tampouco há preocupação com as finalidades da pena ou com restrição das medidas cautelares pessoais arbitrarias. A produção de prova em prisões especiais como Guantanamo e sua criticável forma de obtenção de prova, segue sendo uma realidade, e a tortura parece causar menos perplexidade.

Nesse sociedade tomada pelo medo, muitos dos imputados criminais são tratados como inimigos, independentemente das possíveis distopias processuais. E as respostas do Estado para problemas complexos são simples: aumentar as penas, reduzir o critério biológico para determinar a menoridade penal, permitir a parcialidade judicial, decretar prisões temporárias arbitrarias, aceitar figuras processuais que impedem o contraditório, dentre outras.

Com todas essas relativizações, alcançou-se um crescimento substancial no encarceramento, sem, obviamente, nenhuma redução na criminalidade, chegando a um novo patamar de absurdez.

Todo esse conjunto culmina em uma sociedade tendente a não aceitar a absolvição de processados em razão de nulidades, ou argumentações defensivas, por considerar o discurso de direitos e garantias fundamentais uma “filigrana” processual. Escutas ilegais, buscas indevidas e provas roubadas tendem a ser aceitas pelo senso comum, quando o desejo socialmente disperso, ou conduzido, tende à punição por crimes com os quais o cidadão não suporta conviver.

Por outro lado, em sociedades mais equilibradas e seguras o receio é de uma atuação autoritária, abusiva e ilegal do Estado — subvertendo as liberdades civis — e conduzindo a sociedade a um

---

Derecho penal han dado lugar a teorías como las de la “Tolerancia cero” y el “Derecho penal del enemigo”>>. *La conflictiva relación entre política criminal y derecho penal*. 2019, Disponível em: <<<https://www.criminaljusticenetwork.eu/es/post/la-conflictiva-relacion-entre-politica-criminal-y-derecho-penal>>>. Acesso em 26 de junho de 2020.

<sup>37</sup> MACHADO, Leonardo Marcondes. *Cadeia de custódia da prova penal*. in: Pacote Anticrime: Reformas Processuais (org. Rodrigo de Oliveira Camargo e Yuri Felix), Florianópolis: Emais, 2020. p. 125-126



caos maior. As comunidades politicamente mais sólidas têm medo do Homem do Castelo Alto e não costumam perdoar excessos do Caçador de Andróides.

Assim, se constata que o que torna mais forte a democracia, e mais perenes como sociedade regida pelo direito e não pelo heroísmo judicial, parece ser o respeito à lei, e não a aceitação de uma nulidade invasiva - cerceadora das liberdades civis - mesmo que ela aproxime a realidade dos olhos do leitor. Afinal, Montesquieu já alertava na metade do Século XVII: "*Logo, é melhor, neste caso, muito perdoar do que muito punir.*"<sup>38</sup>

#### 2.4. O paradoxo da ausência de prova válida

Ao retirar-se as provas ilícitas do conjunto probatório, deixando de permitir que elas sejam referidas na narrativa factual sobre a qual se argumenta, gera-se uma narrativa distópica. Como toda distopia, há uma agressão à racionalidade: aceita-se uma mentira pela impossibilidade formal de aceitar a verdade. Mas desta questão eclode um paradoxo, pois a outra possibilidade seria admitir que diante de uma prova nula um culpado fosse preso ou morto – nos casos dos países em que há pena de morte, mesmo com a certeza de que a verdade processual passou a ser outra, em virtude da distopia causada pela prova nula.

Chega-se a um paradoxo: tanto o reconhecimento da aplicabilidade da prova nula, quanto a sua negação conduzem a negação da verdade. Nesse impasse, talvez a melhor opção teórica fosse a mais simples: aceitar que o princípio da *verdade real* é uma utopia.

É possível encontrar posições favoráveis a admissão da prova ilícita arguível como matéria de defesa<sup>39</sup>, ou seja, quando a prova pode ser utilizada como vetor de desconstituição da narrativa

---

<sup>38</sup> MONTESQUIEU, Charles D. S.. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 211.

<sup>39</sup> Ressalta-se que o STF já se posicionou favorável a admissão de provas ilícitas favoráveis a tese acusatórias, dentre os exemplos temos RCL, nº 2.040/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, em 21.2.2002 – Informativo STF nº 257, 18 a 22 de fevereiro de 2002. Também a decisão emitida no RHC 80.197-GO, presente no Informativo STF nº 197: “A nulidade do processo criminal por incompetência do juízo processante alcança a decisão do juiz incompetente quanto à autorização para a interceptação telefônica e quebra do sigilo bancário e telefônico por se tratar de ato decisório. Com esse entendimento, a Turma, por maioria, deu provimento parcial a recurso ordinário - contra acórdão do STJ que declarara a nulidade do processo criminal a que submetido o paciente por incompetência da justiça federal, mas manteve os atos investigatórios a serem apreciados pela justiça estadual - para considerar nula, também, a decisão do juiz federal incompetente quanto à autorização da interceptação telefônica e quebra dos sigilos bancário e telefônico, tornando sem força probante os atos dela decorrentes, mantidas as demais provas constantes do inquérito policial. Vencido em parte o Min. Marco Aurélio, que provia em maior extensão o recurso ordinário para determinar o desentranhamento dos autos do inquérito policial das provas resultantes da interceptação telefônica”. RHC 80.197-GO, rel. Min. Néri da Silveira, 8.8.2000. (RHC-80197)”. Bem como o STJ admitiu diversas vezes provas ilícitas como fundamento condenatório, dentre eles o Recurso ordinário em Mandado de Segurança n. 1995/0003246-5 Relator(a) Ministro Luiz Vicente



factual da acusação argumentada no processo.

Uma das soluções para a ruptura do paradoxo é argumentar com base em princípios constitucionais: *in dubio pro reo*, liberdade e justiça como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, ou, ainda, a proporcionalidade. Ainda, há entre os doutrinadores quem exclua a ilicitude da prova por estarmos frente a uma exclusão de antijuridicidade: amparado pelo estado de necessidade ou de culpabilidade ou respaldado pela inexigibilidade de conduta diversa<sup>40</sup>.

Desta forma, percebe-se que há uma incoerência clara no discurso de afirmação da verdade real, na medida em que se reconhece a verdade processual, quando se está diante de provas ilícitas.

A questão anda longe de ser solucionada nos Tribunais, pois a jurisprudência parece recair em contradição: o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça tendem a reconhecer a admissibilidade da prova ilícita como prova da inocência do réu, negando a sua utilidade quando se trata de reforço argumentativo da tese factual narrada pela acusação. Quando ao mesmo tempo corroboram a idéia da verdade real não como utopia, mas como princípio e objetivo, deixam de verificar que a negam ou a afirmam, a depender da solução que desejam dar ao embate principiológico. A isto soma-se a jurisprudência vacilante das Cortes de apelação que tendem a não reconhecer a prova ilícita como prova de inocência e, por sua vez, a admitem para condenar, baseados na utopia da verdade real e de viés punitivista.<sup>41</sup>

---

Cernicchiaro. Relator p/ Acórdão Ministro Adhemar Maciel. Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA. Data do Julgamento 27/05/1996. Entretanto, em 2011, o Supremo Tribunal Federal, apresentou um caso paradigmático no qual o Min. Rel. declarou que: "indubitável que a prova ilícita, entre nós, não se reveste da necessária idoneidade jurídica como meio de formação do convencimento do julgador, razão pela qual deve ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade. É um pequeno preço que se paga por viver-se em um Estado Democrático de Direito". STF. Ação Penal. n. 307-3/DF, STF - Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão – Serviço de Jurisprudência – Ementário STF, n.1.804-11. Assim também tem entendido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Como exemplo paradigmáticos podemos apontar: STJ. [...] o fato de alguém retirar-se para dentro de casa ao avistar uma guarnição da PM não constitui crime nem legitima a perseguição ou a prisão, menos ainda a busca nessa casa, por não ser suficientemente indicativo de algum crime em curso. STJ. Resp. No 1.574.681 - RS (2015/0307602-3). Rel. Min. Rogério Schietti Cruz. Nesse sentido também: STF. RE 251.445-GO. Min.Rel. Marco Aurélio de Melo.

<sup>40</sup> Cfr. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. São Paulo. Atlas, 2017. p. 330

<sup>41</sup> O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou acerca da utilização da prova ilícita como meio de prova para inocular quem não cometeu o delito, no AI 50.367-PR, 2ª. Turma. Rel. Min. Carlos Velloso. J. 01/02/05. DJ 04/03/05: EMENTA CONSTITUCIONAL. PENAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES: LICITUDE. PREQUESTIONAMENTO. Súmula 282-STF. PROVA: REEXAME EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO: IMPOSSIBILIDADE. Súmula 279-STF. I. - gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles, sem conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, nada tem de ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa. II. - Existência, nos autos, de provas outras não obtidas mediante gravação de conversa ou quebra de sigilo bancário. III. - A questão relativa às provas ilícitas por derivação "the fruits of the poisonous tree" não foi objeto de debate e decisão, assim não prequestionada. Incidência da Súmula 282-STF. IV. - A apreciação do RE, no caso, não prescindiria do reexame do conjunto fático-probatório, o que não é possível em recurso extraordinário. Súmula 279-STF. V. - Agravo não provido" No mesmo sentido outros precedentes: HC 74.678, DJ de 15-8- 97 e HC 75.261, sessão de 24-6-97, ambos da Primeira



### 3. Conclusão

A *verdade real* é uma fantasia que se nega quando são afastadas, por nulidades, provas que reconhecem uma realidade que o processo é obrigado a desconhecer por imperativo principiológico. Este posicionamento termina por fortalecer o Estado Democrático de Direito, na medida em que por valoração de *topoi* do próprio sistema se dá mais peso argumentativo a princípios e garantias do que à idéia de *verdade real*. Assim, é o próprio sistema que reconhece que a verdade processual é uma distopia necessária, e a *verdade real* uma utopia.

As sociedades maduras convivem com o erro no reconhecimento da *verdade processual* - e com a injusta absolvição - quando o reconhecimento da nulidade impede que limites do Estado sejam ultrapassados. Incluindo, também, a possibilidade de acolher a prova inteiramente nula quando isso implica impedir que alguém seja punido injustamente. Não sem razão, e com farta justificativa histórica, isso é uma característica do império da racionalidade.

A legitimação de atos investigativos do juiz, justificados na busca da utópica *verdade real*, deve ser questionada, na medida em que sua impossibilidade é reconhecida pela própria racionalidade intrínseca do sistema.

Utopias ou distopias são apenas narrativas, porém é assim que emergem prisões e liberdades. Por essa simplória razão, a responsabilidade do juiz é bem maior do que a de Philip Dick ou Quentin Tarantino.

### Referências

ALENCAR, Rosmar Rodrigues, *Teoria da Nulidade no Processo Penal*. São Paulo: Noesis, 2016.

ASSIS DE MOURA, Maria Thereza de. *Ilicitude na Obtenção da Prova e sua Aferição*. São Paulo: RT, 2013.

ATIENZA, Manuel. *Curso de Argumentación Jurídica*. Madri: Trotta, p. 433

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. São Paulo: RT, 5ª. Ed. 2019, p. 385.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019



CABRAL, Antônio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2ª Ed. 2010.

CAMARGO, Rodrigo de Oliveira; SILVEIRA, Felipe Lazzari da. *Uma ilha acusatória em meio a um oceano de inquisitorialidades: perspectivas sobre a introdução do juiz das garantias no processo penal brasileiro*. in: Pacote Anticrime: Reformas Processuais (organizadores Rodrigo de Oliveira Camargo e Yuri Felix), Florianópolis: Emais, 2020.

CASARA, Rubens. *O processo penal do espetáculo*. Tirant lo Blanch, Florianópolis, 2 ed. 2018.

CORREA, Eduardo Pitrez de Aguiar. *Constitucionalismo cosmopolita, igualdade de armas e a investigação defensiva: apontamentos sobre um direito humano-fundamental*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 127, ano 25, p. 192. São Paulo: Ed. RT, jan, 2017.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema Inquisitório e o Processo em “O Mercador de Veneza”*. In: Direito e Psicanálise: Interseções a partir de “O Mercador de Veneza”, de William Shakespeare (Organizador Jacinto Nelson de Miranda Coutinho). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DICK, Philip K. *Andróides sonham com ovelhas elétricas?* São Paulo: Aleph. 2017.

DICK, Philip K. *O homem do Castelo alto*. São Paulo: Aleph. 1962.

DICK, Philip K. *Minority Report*. Nova York: Victor Gollancz, 1996.

DUCLERC, Elmir. *Sigilos constitucionais, prova ilícita e proporcionalidade*. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol.1, n. 1, p. 185-201, 2015. Disponível em: <<<http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.10>>>, Acesso em 26 de junho de 2020.

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

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades No Processo Penal*. Salvador: Juspodivm, 2013.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Crônica de um suicídio anunciado: o garantismo inquisitório brasileiro ou de como um sistema acusatório não pode ser construído por decreto*. in: Pacote Anticrime: Reformas Processuais (org. Rodrigo de Oliveira Camargo e Yuri Felix), Florianópolis: Emais, 2020.

IBAÑEZ, Perfecto Andrés. *Carpintaria da Sentença Penal (em matéria de fato)*. In. Valoração da Prova em Sentença Penal (Organizador Ledio Rosa de Andrade). Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

KHALED JR., Salah H. *A produção analógica da verdade no processo penal*. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 167, 2015. Disponível em: <<<http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.9>>> Acesso em 26 de junho de 2020.

LOPES JR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. *A “estrutura acusatória” atacada pelo MSI - Movimento Sabotagem Inquisitória (CPP, art. 3-A, Lei 13.964) e a resistência acusatória*. in:



Pacote Anticrime: Reformas Processuais (org. Rodrigo de Oliveira Camargo e Yuri Felix), Florianópolis: Emais, 2020

MACHADO, Leonardo Marcondes. *Cadeia de custódia da prova penal*. in: Pacote Anticrime: Reformas Processuais (org. Rodrigo de Oliveira Camargo e Yuri Felix), Florianópolis: Emais, 2020

MONTESQUIEU, Charles D. S.. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996

MUÑOZ CONDE, Francisco. La conflictiva relación entre política criminal y derecho penal. 2019, disponível em: <<<https://www.criminaljusticenetwork.eu/es/post/la-conflictiva-relacion-entre-politica-criminal-y-derecho-penal>>>. Acesso em 26 de junho de 2020.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Sevilla, Pablo de Olavide, 1988.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. São Paulo. Atlas, 2017.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz; STRECK, Lenio Luiz. *Como exorcizar os fantasmas do livre convencimento e da verdade real*. Disponível em: <<<https://www.conjur.com.br/2017-jun-24/diario-classe-exorcizar-fantasmas-livre-convencimento-verdade-real>>>. Publicado em 24 de Junho de 2017. Acesso em: 09 de novembro de 2019.

PLETSCH, Natalie. A atuação dos sujeitos processuais na formação da prova: o magistrado e o alcance da verdade no processo penal. *Revista de Estudos Criminais*. n. 18, v. 5, 2005.

PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistemas de controles epistemológicos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

PRADO, Geraldo. *A Cadeia de Custódia da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. *A verdade das mentiras e as mentiras da verdade (real)*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-nov-28/senso-incomum-verdade-mentiras-mentiras-verdade-real>. Publicado em 28 de novembro de 2013. Acesso em: 10 de novembro de 2019.

TARUFFO, Michele. *Uma Simples Verdade – O Juiz e a Construção dos Fatos*. São Paulo: Marcial Pons. 2016.

TARUFFO, Michele. *A Prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TARUFFO, Michelle. *Verdade Negociada?* Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume XIII. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ, 2016.

TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. *Prova e Verdade*. Florianópolis, Tirant lo Blanch, 2020



**A CRIMINALIZAÇÃO DAS ATIVIDADES FINANCEIRAS E A LEI N.º 7.492/1986:  
DE UMA SOCIEDADE DE RISCO SURGE UM DIREITO PENAL DE INCERTEZAS**

*Yuri Coelho Dias<sup>1</sup>  
Iuri do Lago Nogueira Cavalcante Reis<sup>2</sup>  
Leandro Barbosa da Cunha<sup>3</sup>*

**RESUMO:** O presente texto parte do cenário jurídico de inseguranças criado pela Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, de modo a analisar a atecnia de algumas expressões que nela estão presentes e como contribuem para vilipendiar os preceitos penais e constitucionais do ordenamento jurídico brasileiro. Não obstante, a responsabilização penal costuma vir acompanhada de processos correlatos a diversos outros âmbitos, tais quais o cível e o administrativo, de modo a colocar ainda mais em risco o patrimônio pessoal dos diretores de bancos e de outras instituições financeiras que, embora possam se utilizar de diversos mecanismos atenuadores de riscos – dentre os quais se destaca o seguro *D&O* –, não estão totalmente protegidos contra o uso arbitrário dos aparelhos repressivos do Estado.

**Palavras-chave:** Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional; responsabilização penal; instituições financeiras; seguro *D&O*.

***THE CRIMINALIZATION OF FINANCIAL ACTIVITIES AND LAW N.º  
7.492/1986: FROM A RISK SOCIETY ARISES A CRIMINAL LAW OF  
UNCERTAINTIES***

**ABSTRACT:** *This text starts from the legal scenario of insecurities created by the Law on Crimes against the National Financial System, in order to analyze the technicality of some expressions that are present in it and how they contribute to vilify the penal and constitutional precepts of the Brazilian legal system. Nevertheless, criminal liability is usually accompanied by processes related to several other areas, such as civil and administrative, in order to put even more at risk the personal assets of bank directors and other financial institutions that,*

---

1 Advogado. Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento no IDP., [yuri.dias@cavalcantereis.adv.br](mailto:yuri.dias@cavalcantereis.adv.br).

2 Advogado. Mestrando em Direito Econômico e Desenvolvimento no IDP., [iuri@cavalcantereis.adv.br](mailto:iuri@cavalcantereis.adv.br)

3 Estagiário. Graduando em Direito pelo UniCEUB., [leandro@cavalcantereis.adv.br](mailto:leandro@cavalcantereis.adv.br);



*although they can use various risk mitigation mechanisms - among which D&O insurance stands out - are not fully protected against the arbitrary use of state repressive devices.*

**Key-words:** *Law on Crimes against the National Financial System; criminal liability; Financial Institution; D&O insurance*

## INTRODUÇÃO

A Lei n.º 7.492/1986 prevê os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e traz uma série de delitos ligados à atuação dos particulares no mercado financeiro. Conquanto uma parcela de tais delitos não demande qualidade especial do infrator, não é incomum que o administrador ou diretor da instituição financeira figure como sujeito ativo. Não obstante, desde a sua tramitação enquanto projeto, tal diploma apresenta diversas imprecisões que muito prejudicam a dinâmica do Direito Penal, resultando em insegurança jurídica para o administrador e para o próprio Mercado Financeiro como um todo.

Ademais, como a estrutura do ilícito é ontologicamente singular (HOFFBAUER, 1945, p. 24), a prática de um suposto crime contra o sistema financeiro nacional poderá engendrar a responsabilização do administrador em outras searas, produzindo graves consequências que repercutirão tanto no que concerne à liberdade quanto ao seu acervo patrimonial, uma vez que não é raro que o processo penal figure como fator gerador de improbidades administrativas, instauração de processos administrativos disciplinares, dentre outros similares.

A fim de diminuir tais riscos e estimular a adoção de uma Gestão Corporativa no âmbito da instituição financeira, diversos instrumentos legais podem ser utilizados para oferecer maior segurança ao administrador, como a carta de conforto e os mecanismos de *compliance*, além do denominado seguro *D&O* (*Directors and Officers Liability Insurance*), que se mostra promissor para garantir maior segurança no que tange à tomada de decisões pelos diretores e gestores de bancos e afins.

Contudo, apesar das boas perspectivas futuras que acompanham tal modalidade contratual, há de se observar que diversas seguradoras procedem de maneira totalmente temerária no que se refere à análise dos sinistros, porquanto, posto que presentes os requisitos para cobertura nos exatos termos da apólice, inúmeras recusas arbitrárias são hodiernamente



realizadas, fazendo com que o segurado busque amparo no Poder Judiciário para obter o ressarcimento das quantias gastas com advogados ou despesas processuais.

Por isso, é de suma importância que tanto o Poder Judiciário quanto as demais instituições que o circundam compreendam que o respeito aos princípios penais e constitucionais não importam em leniência no que concerne aos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, mas em uma garantia necessária para que os diretores das instituições financeiras possam desempenhar suas atividades com o mínimo de excelência que lhes é esperado. No mesmo sentido, devem as seguradoras utilizar a boa-fé e a razoabilidade durante a análise da rejeição de eventual cobertura.

## **1 – DOS CRIMES DE RUA AOS CRIMES DE COLARINHO BRANCO: A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL BRASILEIRO NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA**

O Sistema Financeiro Nacional desenvolve os nevrálgicos serviços de captar e intermediar recursos oriundos de agentes superavitários, que optaram por poupar ou investir seus excedentes, a sujeitos deficitários que deles necessitam para empreender seus projetos pessoais ou empresariais. Tais atividades, por serem imprescindíveis para o funcionamento regular da sociedade e de suas instituições, acabaram por atrair a tutela fragmentária do Estado por intermédio do Direito Penal.

Trata-se de tendência que surgiu devido à enorme e complexa estrutura social que se consolidou a partir do século XX, porquanto condutas individualmente consideradas poderiam, quando inseridas em determinados papéis sociais, irradiar consequências nocivas sobre toda a coletividade, uma vez que o fenômeno da globalização acabou por comprimir as fronteiras do espaço-tempo. Assim, com a intensificação das relações interpessoais, a probabilidade de se imiscuir sobre a esfera jurídica alheia evoluiu a ponto de se conceber o corpo social moderno como uma sociedade de risco (BECK, 2010, p. 25-26).

Tal fenômeno se justifica, em contrapartida, pelo variado plexo de direitos e garantias fundamentais que foi positivado pelo Estado contemporâneo, e que inclusive permitiu qualificá-lo como que erigido numa era dos direitos (BOBBIO, 2004, p. 58-59), impulsionada pelas diversas alterações de ordem epistemológico-jurídicas do Direito a fim de se



desenvolverem teorias capazes de figurar a uniformização do espaço-tempo que se operou com o advento das inovações tecnológicas e dos avanços econômico-industriais.

Neste sentido, buscando adequação à realidade contemporânea, engendraram-se os chamados direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Definidos pela norma do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, os direitos difusos são transindividuais e se referem a pessoas indeterminadas as quais se situam em grau genérico (GRINOVER, 1984, p. 3). Por sua vez, os coletivos tratam de determinados grupos ou classes que podem ser identificados, enquanto a categoria dos individuais homogêneos refere-se a pessoas específicas, porém cujo âmbito abrange diversos outros sujeitos que se encontrem nas mesmas circunstâncias.

De toda sorte, mais que categorias impensáveis nos séculos anteriores, os direitos coletivos *lato sensu* impulsionaram uma evolução organizacional do Poder Judiciário que, perdendo o caráter exclusivo de atenuador de conflitos entre duas partes (CASAGRANDE, 2008, p. 47), passaria a adotar uma visão sobretudo prospectiva de cada litígio, porquanto cada desfecho mostrar-se-ia capaz de afetar as esferas jurídicas de incalculáveis cidadãos ao longo do território do país, ou, até mesmo, de estrangeiros situados noutros Estados Nacionais.

Inexoravelmente, o Direito Penal também foi afetado por tal ideário, de modo que se iniciou no Brasil uma campanha legislativa contra os delitos praticados por empresários e outros diretores, uma vez que tais sujeitos, devido ao poder diretivo, costumam se envolver com decisões de alta repercussão. A referida tendência repressiva surgiu num contexto de reação à chamada criminalidade de colarinho branco, também denominada de *white collar crimes* (SUTHERLAND, 1985, p. 30), na qual os infratores pertencem, em regra, às camadas de privilégio da sociedade que até então não se submetiam aos seletivos parâmetros do sistema penal brasileiro.

Isso porque, conquanto se almeje a imparcialidade, todo o aparato estatal repressivo do Brasil historicamente se orientou (e ainda se orienta) contra os menos favorecidos e, por conseguinte, contra os tipos criminais que lhes são associados (BATISTA, 2007, p. 25). Neste sentido, dados do Infopen de 2018 informam que cerca de 61,7% da população carcerária era negra ou parda<sup>4</sup>, e que, em 2019, dos mais de setecentos e cinquenta mil presos espalhados pelo território nacional, 43,74% cometeram crimes contra o patrimônio, 27,92% infringiram a

---

<sup>4</sup> Disponível aqui:

<



legislação atinente às drogas, e 13,5% praticaram delitos contra a pessoa, o que totaliza mais de 85% dos motivos de encarceramento<sup>5</sup>.

Com objetivo de transcender a criminalidade das massas, e já sob a tendência do fenômeno da expansão do Direito Penal (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 187), veio à baila a Lei n.º 7.492/1986, também denominada de Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, cuja política criminal reverenciava a segurança e a transparência das operações financeiras, contribuindo para a construção de um mercado mais atrativo para os capitais interno e externo, e para atenuar a discricionariedade desregrada dos administradores das instituições financeiras em geral (BITENCOURT, 2016, p. 15).

Antes de resultar na Lei n.º 7.492/1986, o antigo Projeto n.º 273/1983, concepção embrionária do atual diploma, já apresentava, com a mesma essência, a seguinte justificativa para sua proposição:

O presente projeto representa a velha aspiração das autoridades e do e do povo no sentido de reprimir com energia as constantes fraudes observadas no sistema financeiro nacional, especialmente no mercado de títulos e valores mobiliários. (...) Em consequência, chega-se ao absurdo de processar-se e condenar um mero ladrão de galinhas, deixando sem punição pessoas que furtaram bilhões não apenas do vizinho, mas a nível nacional.<sup>6</sup>

Não se pode olvidar da grande importância em arrefecer a prática de crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, dada a enorme lesividade aos interesses e ao funcionamento de tal mercado, uma vez que, numa grande maioria dos casos, não é possível sequer precisar o valor dos danos provocados, nem tampouco quais as pessoas que foram atingidas direta ou indiretamente pelas condutas delitivas. Por isso, de início, é totalmente compreensível o sentimento de revolta que guiou o legislador.

Todavia, o pretexto de romper com a histórica seletividade dos “crimes de rua” não pode servir como salvo-conduto para escamotear o princípio constitucional da taxatividade em proveito de um suposto e totalmente questionável combate aos chamados delitos de colarinho branco, conquanto delitos de tal jaez possam ser extremamente deletérios para toda a população brasileira:

Nem por isso, contudo, deve-se ter como legítima a recente tendência de compensar a ferro e fogo o largo período de impunidade dos crimes econômicos. Tão nefasta quanto a ideia, herdada da criminologia positivista, do estereótipo criminoso pertencente às “*classes inferiores*”, é a inversão do preconceito, o estigma às avessas, o incentivo e o aplauso a toda sorte de abuso ou arbitrariedade dirigido aos

---

<sup>5</sup> Disponível aqui:

<<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/sistema-carcerario-brasileiro-negros-e-pobres-na-prisao>> Acesso em 02.21.2020

<sup>6</sup> Justificativa do PL n.º 273/1983. Diário do Congresso Nacional – 25/03/1983.



outrora inatingíveis acusados de delitos econômicos, em nome do fim da impunidade. (TÓRTIMA, 2002, p. 4).

Com o escopo de dismantelar tal nicho criminológico até então menosprezado pelo Estado brasileiro e punir o maior número de condutas possíveis, o legislador dispôs de normas jurídicas marcadas muitas vezes por imprecisões terminológicas e por conceitos demasiadamente amplos e incertos – cujas definições e delimitações, para fins de incidência, ficariam a crivo da prudência do julgador o qual, diante do caso concreto, teria a incumbência de interpretar, por exemplo, se determinada conduta pode ou não ser considerada temerária para fins penais.

Punir a todo custo, não obstante pareça ser a solução que mais agrada a opinião popular (AMARAL, 2014, p. 334), representa um retrocesso aos tempos medievoinquisitoriais que vai de encontro às disposições da Constituição Federal de 1988 e que em nada contribui para a consolidação de um Estado Democrático de Direito; ao contrário, adotar tal punitivismo exacerbado subvertê-lo-ia num novo modelo de Estado Penal, com a diferença de que os empresários e diretores das instituições financeiras também seriam constantes alvos dos aparatos públicos repressivos de maneira indevida.

Por isso, o legislador, com o legítimo e compreensível objetivo de aumentar a segurança do mercado financeiro e de suas instituições, acabou, em contrapartida, por criar um cenário de incertezas ao gestor, aos correntistas e aos investidores, porquanto a responsabilização penal paira sobre eles como uma espécie de espada de Dâmocles que se encontra sob o alvedrio do Poder Judiciário, dado que determinados tipos penais previstos pela Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro são demasiadamente abertos e carentes de uma definição mais consistente.

No que concerne a tais apontamentos, o crime de gestão temerária, previsto no art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 7.492/19867, por exemplo, apresenta uma enorme imprecisão terminológica, porquanto não se sabe ao certo que tipo de conduta poderia ser classificada como “temerária”. No caso concreto, tal expressão muito prejudica as atividades gerenciais exercidas pelo administrador, já que, como a lei não estabelece precisamente seu âmbito de incidência, eventual ação ou omissão poderá render-lhe uma futura denúncia oferecida pelo Ministério Público, de modo a restringir sobremaneira sua liberdade para agir e planejar.

---

7 Art. 4º Gerir fraudulentamente instituição financeira:  
Pena - Reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa.  
Parágrafo único. Se a gestão é temerária:  
Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.



Não foi outro o motivo que levou diversos doutrinadores a defenderem a inconstitucionalidade do art. 4º, parágrafo único, da referida lei, porquanto se trata de termo extremamente vago e aberto, o qual, ao menos potencialmente, ofende o princípio da taxatividade (NUCCI, 2019, p. 935). Na prática, pode inclusive gerar uma espécie de responsabilização penal objetiva dos diretores, haja vista que o texto normativo do crime de gestão temerária coloca em risco os postulados constitucionais que são assegurados em um Estado Democrático de Direito (BITENCOURT, 2016, p. 266), tal qual o de que não existe crime sem lei anterior que o defina.

Noutro giro, o art. 10 da Lei n.º 7.492/19868 prevê o crime de falsidade em demonstrativos contábeis. Dentre os elementos objetivos do tipo, encontra-se o verbo “fazer inserir”, cuja interpretação mais acertada traduz-se pelo ato de se valer de terceiros para inserir informações inverossímeis em sede dos registros contábeis. No entanto, por atecnia de redação, o legislador não incluiu a conduta de tão somente “inserir”, de modo que, *prima facie*, fazer inserir dados falsos por intermédio de terceiros seria crime, mas, quando pela mão do próprio gestor, ter-se-ia fato atípico.

O esquecimento da referida conduta de “inserir” pode levar o aplicador da lei a proceder interpretação extensiva sob o argumento de corrigir a falha legislativa e não permitir que ocorra uma injustiça, já que: “se o menos grave (fazer inserir) é punido, com maior razão, a situação mais séria (inserir) também deve ser” (NUCCI, 2019, p. 948). Nitidamente, tal solução não harmoniza com os preceitos gerais do Direito Penal, nem tampouco com o que se espera de um Estado Democrático de Direito, pois o Juiz não deve ser um justiceiro social, e sim, na maior medida do possível, imparcial e atrelado aos preceitos legais.

Até porque o conceito de justiça acaba por ser variável de indivíduo para indivíduo, uma vez que o homem não tem acesso a valores absolutos que lhes garantam segurança suficiente para definir de maneira definitiva o justo e o injusto (KELSEN, 1997, p. 11). Neste sentido, sob o pretexto de corrigir eventuais lacunas normativas e evitar uma situação de impunidade, o julgador pode acabar por cometer injustiças ainda maiores ao impor de modo indevido o vilipêndio dos direitos e garantias fundamentais do acusado, além de transgredir os preceitos básicos de um sistema acusatório. Neste sentido:

Criminalizar condutas a pretexto de esquecimento do legislador, *venia concessa*, é violar todos os princípios mais comezinhos do direito penal da culpabilidade. A

---

8 Art. 10. Fazer inserir elemento falso ou omitir elemento exigido pela legislação, em demonstrativos contábeis de instituição financeira, seguradora ou instituição integrante do sistema de distribuição de títulos de valores mobiliários:

Pena - Reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.



partir deste momento, nossa perplexidade maior deixa de ser a esdrúxula construção tipológica do legislador, que é superada pela interpretação do ilustre penalista, que arremata com a sugestão duplamente equivocada de adotar uma “interpretação extensiva” à tipificação de crime, para inserir – sem querer fazer trocadilho – conduta não prevista pelo legislador. O primeiro equivoco refere-se à violação da taxatividade estrita da tipicidade que, em hipótese alguma, admite interpretação extensiva (que não se confunde com interpretação analógica, que é admitida quando expressamente prevista); o segundo equivoco está em confundir interpretação extensiva com analogia, que não é método interpretativo, mas forma de colmatar lacunas legais, igualmente inadmissível em direito penal material, especialmente in malam partem, como a sugerida. (BITENCOURT; BREDA, 2014, p. 158).

Para incrementar o cenário de incertezas para os investidores das instituições financeiras, o art. 11 da Lei n.º 7.492/19869 previu o crime de contabilidade paralela (popularmente denominado de “Caixa 2”), cujo elemento objetivo do tipo é conduta bastante ampla, abarcando, *primo conspectu*, a situação do empresário que mantenha uma escrituração auxiliar, paralela à contabilidade legal, com o objetivo de acompanhar com maior precisão a vida contábil da empresa (PIMENTEL, 1987, p. 92).

Diferente do caso anterior do art. 10 do mesmo diploma, em que não se pôde proceder interpretação ampla para suprimir o suposto erro do legislador, no art. 11, o magistrado deveria, sob pena de cometer uma injustiça, restringir a aplicação do tipo aos casos nos quais a contabilidade estivesse associada às atividades financeiras e, ainda, orientada a finalidade de obter vantagem indevida (PRADO, 2019, p. 169) – tal como era a previsão legal do art. 398 do Anteprojeto da Parte Especial do Código Penal: “manter ou movimentar recurso ou valor paralelamente à contabilidade exigida pela legislação, com o fim de obter vantagem indevida”.

Da análise dos mencionados dispositivos da Lei n.º 7.492/1986, apresentados apenas para título de exemplificação das várias falhas do referido diploma repressivo, pode-se demonstrar a extrema insegurança a que estão submetidos os investidores, correntistas e, principalmente, o administrador da instituição financeira, porquanto ele poderá ser responsabilizado civil e penalmente por suas condutas a depender da interpretação que o magistrado fará dos termos vagos e imprecisos constantes da Lei n.º 7.492/1986.

A bem da verdade, a atual Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional mostrou-se problemática desde os primórdios de sua tramitação. O próprio relator do projeto na Câmara dos Deputados, João Gilberto, descontente com as modificações que se fizeram presentes no seu resultado final, afirmou à imprensa que:

o projeto sai imperfeito e reclamará em curto prazo nova legislação para revisar alguns pontos. Infelizmente, não nos é dada mais a possibilidade de correção pelo

---

9 Art. 11. Manter ou movimentar recurso ou valor paralelamente à contabilidade exigida pela legislação: Pena - Reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.



estágio em que se encontra o processo legislativo. Pela Constituição e Regimento, agora restam apenas duas alternativas para a Câmara: ou aceita a redação dada pelo Senado ou mantém a sua. Não mais pode introduzir modificação. Não pode rejeitar nenhum dispositivo ou acrescentar qualquer matéria nova. Infelizmente, fazemos este registro porque o Projeto suscitou debates amplos na comunidade jurídica do País e pela Imprensa e muitas contribuições ou críticas apresentadas não mais podem ser resolvidas. (PIMENTEL, 1987, p. 21-22).

Outra falha fundamental na formulação do referido projeto foi a ausência de apoio jurídico durante as fases do processo legislativo – o que resultou em alguns dos termos legais imprecisos e confusos que foram aludidos brevemente neste trabalho. Como sua tramitação ocorreu sem o prévio planejamento necessário, a Lei n.º 7.492/1986 também não se mostra adequada para o contexto contemporâneo, que é muito mais dinâmico que aquele existente no final da década de oitenta. Assim:

a referida legislação decorreu da urgência de regulação da matéria, num momento histórico em que a política monetária expandia-se pelo mundo inteiro. O vazio normativo causava apreensão, sendo necessária a imediata tutela do sistema financeiro nacional. Afinal de contas, sua fragilização implicava a desigualdade de acesso à riqueza, especialmente com relação ao crédito, tendo em vista o desvirtuamento de disponibilidade da moeda circulante e sua expressão. Essa providência legislativa emergencial acabou por gerar um projeto de lei cheio de defeitos, o que foi reconhecido, à época, até mesmo pelo Executivo que o remeteu ao Congresso. Houve a promessa de, em tempo reduzido, propor-se um novo projeto mais elaborado, o que nunca aconteceu. A verdade é que vigora uma lei com defeitos visíveis, demandando o cuidado extremo do intérprete para sua aplicação. (ROSA, 2005, p. 467).

Para além de tais questões problemáticas, a depender da natureza jurídica da instituição financeira, em razão do ilícito penal, o administrador poderá responder também por improbidade administrativa, na dicção da Lei n.º 8.429/1992, impactando diretamente sobre o seu patrimônio pessoal, ou inclusive poderá ter a pessoa jurídica de sua titularidade processada com base na Lei n.º 12.846/2013, resultando em altas multas aptas a provocar até mesmo a liquidação extrajudicial da referida instituição financeira.

Ou seja, devido aos termos vagos, imprecisos e pouco técnicos, utilizados ou omitidos pelos parlamentares, o gestor da instituição financeira, ao realizar as atividades hodiernas da pessoa jurídica, poderá responder com todo seu patrimônio pessoal pelo suposto ilícito que, ao alvedrio do Juízo, vier a ser constatado. A situação é ainda mais grave, conforme mencionado, quando se observa que, costumeiramente, a pessoa investigada por atentar contra o sistema financeiro também será responsabilizada noutros âmbitos, desencadeando uma espécie de efeito dominó em decorrência da suposta prática criminosa.

Assim, o anseio punitivista do legislador, quase a ponto de lograr uma responsabilidade penal objetiva no que tange aos chamados crimes de colarinho branco, engendrou um cenário bastante inseguro aos administradores, investidores e correntistas das



instituições financeiras numa clara tentativa de compensar todo o período de impunidade que existia até então, porém o fez em detrimento do próprio mercado financeiro e de suas instituições, de modo a contrariar a própria *ratio legis* guiou a edição da Lei n.º 7.492/1986.

## 2 – OS DIVERSOS ÂMBITOS DE RESPONSABILIZAÇÃO DOS ADMINISTRADORES DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E SEUS MECANISMOS DE PROTEÇÃO PATRIMONIAL

A atividade financeira, por si só, pressupõe a exposição a múltiplos e multifacetados riscos que são inerentes à sua própria natureza, porquanto há um enorme número de pessoas envolvidas e de fatores que podem variar repentinamente (ROQUE, 2017, p. 136). No caso do responsável por gerir a instituição financeira, a vulnerabilidade é ainda mais sensível, uma vez que o administrador se submete de maneira mais intensa aos ditames repressivos da Lei de Crimes contra o Sistema Nacional.

Consoante visto, a interpretação e a aplicação das regras do referido diploma criminal guardam um elevado nível de obscuridade, porquanto grande parte do texto normativo é composta por normas penais em branco e elementos valorativos cujo preenchimento deve ser feito pelo magistrado diante o caso concreto – o que, naturalmente, gera variações conforme a carga existencial e a mentalidade de cada julgador, arrefecendo o sentimento de segurança e de estabilidade das instituições.

Além disso, há de se observar que as infrações penais – principalmente aquelas ligadas ao Direito Penal Econômico – podem possuir fortes repercussões na seara cível, de modo que a prática de crimes contra o Sistema Financeiro Nacional muito provavelmente impactará de maneira direta sobre o patrimônio pessoal do administrador da instituição, não obstante os preceitos secundários daquela lei não possuam um *quantum* de pena tão elevado, uma vez que é cabível, *in abstracto*, para praticamente todas elas, o novo Acordo de não Persecução Penal previsto pela norma do art. 28-A do Código de Processo Penal.

A bem da verdade, a responsabilização do administrador das instituições financeiras pode ir muito além das searas criminal, cível e administrativa que já foram mencionadas, haja vista que ele poderá responder também nos âmbitos tributário, trabalhista, previdenciário, ambiental, concorrencial, consumerista, dentre outros diversos ramos que, a depender do caso concreto, podem vir a incidir (FARIA, 2015, p. 20).



A depender da suposta infração praticada, por exemplo, as multas impostas em decorrência dos atos de improbidade administrativa podem atingir altos patamares, sem prescindir da cumulação com outras sanções, tais quais: a suspensão dos direitos políticos por determinado período, a proibição de contratar com o Poder Público ou de receber benefícios fiscais ou creditícios, a perda do exercício da função pública, o ressarcimento integral dos danos, dentre outras medidas (NEVES; OLIVEIRA, 2019, p. 181).

Neste sentido, em recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Francisco Galvão deu deferimento ao recurso interposto pelo Ministério Público de São Paulo a fim de determinar a indisponibilidade dos bens do ex-prefeito de Ferraz de Vasconcelos (Município do Estado de São Paulo), acusado de cometer improbidade administrativa, a fim de assegurar o ressarcimento integral dos danos patrimoniais que, somados às multas previstas pela Lei n.º 8.429/1992, chegaram ao elevado patamar de R\$ 791.000,00 (setecentos e noventa e um mil reais)<sup>10</sup>.

Embora o processo mencionado acima se trate de fraude à licitação – e não de crime contra o Sistema Financeiro Nacional propriamente dito –, é um claro exemplo do quão severas podem ser as sanções previstas pela Lei de Improbidade Administrativa. Isso porque, devido ao contexto das instituições financeiras, os delitos previstos pela Lei n.º 7.492/1986 podem envolver vultuosos valores e, por conseguinte, provocar repercussões ainda maiores no âmbito da improbidade administrativa, dado que o *quantum* das multas pode ser multiplicado pelo valor do acréscimo patrimonial ilícito ou do dano provocado, conforme inteligência dos incisos do artigo 12 da Lei n.º 8.492/1992<sup>11</sup>.

---

10 REsp 1832939/SP (2019/0247510-7), Relator: Ministro Francisco Falcão, Data da Decisão: 16 de junho de 2020.

11 Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.



Ademais, diversos ex-administradores e ex-diretores que integravam suas antigas instituições financeiras são processados devido aos insucessos que foram experimentados por elas ao longo do tempo, como se determinadas falhas comuns e humanas – e, sobretudo, em muitos casos, imprevisíveis – pudessem gerar responsabilidade objetiva em relação a tais pessoas, o que se mostra um grande despautério, porquanto:

Adotar a tese de que os ex-administradores de bancos comerciais em regimes especiais são responsáveis objetivamente e solidariamente pelas obrigações assumidas durante a sua gestão, nos termos do art. 40 da Lei 6.024/1974, como verdadeiros fiadores das obrigações, é impor aos administradores o risco da atividade bancária, que deve ser arcado pelo banco, como instituição. Na responsabilização dos administradores deve-se verificar se estes praticaram atos em desrespeito aos padrões de condutas que lhes são impostos no exercício do cargo, não sendo permitida a imputação de responsabilidade pelos insucessos da atividade financeira. (FARIAS, 2013, p. 65-87).

De toda sorte, as penalidades recair sobre a própria instituição financeira. Para fins de incidência dos preceitos contidos na Lei n.º 12.846/2013 (conhecida popularmente como Lei Anticorrupção), não é sequer necessário que a pessoa jurídica tenha praticado o ato lesivo imbuída de culpa, porquanto se trata de responsabilidade objetiva. Neste caso, as penalidades podem apresentar cunho pecuniário, como a multa no valor de 0,1% a 20% do faturamento bruto do último exercício (PESTANA, 2016, p. 57), e sem prejuízo da desconsideração inversa da personalidade jurídica – podendo, então, atingir diretamente o patrimônio do administrador ou diretor.

A bem da verdade, de modo semelhante à dinâmica que foi construída pela Lei de Improbidade Administrativa, a denominada Lei Anticorrupção permite a cumulação das diversas sanções previstas, e outrossim não se limitam ao teor econômico, uma vez que:

As sanções da lei anticorrupção guardam íntima relação com as aquelas catalogadas na lei de improbidade administrativa, prevendo-se, em relação à pessoa jurídica infratora, (i) o perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtido da infração; (ii) a suspensão ou interdição parcial de suas atividades; (iii) a dissolução compulsória da pessoa jurídica; e (iv) a proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos, consequências que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente (art. 19, § 3º), sempre sob o enredo da responsabilidade objetiva. (CAMBI; GUARAGNI, 2014, p. 231-232).

Tendo em vista a grande quantidade de riscos aos quais se sujeita o gestor da instituição financeira, uma série de mecanismos foi implementada de modo a buscar o máximo de segurança no exercício das atividades administrativas, mas sem inviabilizar a

---

IV - na hipótese prevista no art. 10-A, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.



gestão eficiente e criativa. Neste sentido, a própria Lei nº 12.846/2013 prevê o incentivo ao implemento de estruturas de *compliance*, que favorece a comunicação entre os órgãos das repartições da instituição financeira e a criação de canais de denúncias contra os infratores (VERÍSSIMO, 2017, p. 90).

No mesmo diapasão, a Lei n.º 9.613/1998 sugere em seu art. 9º a adoção do *compliance* como um mecanismo apto a aumentar a confiabilidade dos setores sensíveis à lavagem de dinheiro, bem como possibilitar que os atos suspeitos sejam comunicados às autoridades públicas (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 59). Em geral, as boas práticas administrativas e inter-relacionais tendem a garantir a maior transparência das operações, uma vez que, pelo menos em teoria, os sócios e funcionários passariam a compreender que o crescimento da entidade só é possível com o apoio mútuo de seus integrantes – o que inclusive fortalece os canais de denúncia que vierem a ser eventualmente implementados.

Por isso, nas instituições financeiras, o *compliance* mostra-se muito importante, haja vista que, a depender da magnitude dos investimentos, elas podem apresentar estruturas organizacionais muito complexas, cujas repartições possuam pouca ou nenhuma comunicação entre si – criando um ambiente desfavorável para inibir a prática de ilícitos:

Com essa estrutura de capital, os bancos, além de diferentes, caracterizam-se geralmente por uma alta opacidade quando comparados a outras espécies de organizações. Com efeito, é muito mais difícil avaliar um portfólio de ativos financeiros e de empréstimos bancários do que uma fábrica ou maquinários, assim como é muito mais difícil para agentes externos a um banco avaliarem a qualidade dos empréstimos – que depende da capacidade de tomar crédito de cada mutuário – e prever a taxa de inadimplência em que será incorrida. Acresce-se a essa opacidade e complexidade o fato de que os bancos, como Ross Levine aponta, podem alterar a composição de risco de seus ativos mais rapidamente, bem como esconder problemas alongando empréstimos a clientes que não conseguiriam honrar as obrigações originais. (ROQUE, 2017, p. 62-63).

Por isso, a abertura do diálogo entre os setores das instituições financeiras, aliada à observância das boas práticas e de um código de ética, impulsionam a construção de um cenário mais seguro para que o administrador desenvolva suas atividades com menores riscos no que tange à exposição de seu próprio patrimônio a eventuais sanções. Neste sentido, incentiva-se a adoção de uma Governança Corporativa que, ao final, será benéfica não somente ao banco e ao mercado financeiro como um todo, mas também para eventuais investidores os quais terão maior segurança em aplicar seus recursos.

Contudo, embora atenuem a chance de ocorrência de ilícitos, os mecanismos de *compliance* não vedam completamente a possibilidade de responsabilização do administrador. Por isso, nas sociedades empresariais, é comum o uso da chamada carta de conforto, um instrumento no qual os sócios garantem com seus patrimônios eventual processo ou



condenação que o gestor venha a sofrer em decorrência do exercício de suas atividades rotineiras.

Nas instituições financeiras, entretanto, tal medida não lograria grande êxito. Isso porque, caso os garantidores não possuam patrimônio suficiente, não seriam capazes de assegurar eventual condenação, e deve-se ter em vista que tais instituições costumam intermediar e negociar valores muitas vezes astronômicos que não poderiam ser suportados por um grupo de pessoas. Sem contar que seria um mecanismo pouco atraente para novos sócios ou integrantes, uma vez que, em face dos diversos riscos existentes atualmente, os membros novatos desejam a maior segurança possível no que tange às suas economias pessoais.

Por isso, uma opção que se mostra mais viável e eficiente, pelo menos num primeiro momento, é a contratação de um seguro *D&O* por parte da instituição financeira, que figurará como tomadora. Isso porque, em tal caso, a seguradora tornar-se-ia responsável pela cobertura de sinistros ligados a gastos processuais que envolvam o gestor ou diretor da instituição e suas atividades funcionais, de modo a garantir a ele uma maior segurança para que possa administrá-la sem expor em demasia seu próprio patrimônio.

### **3 – O SEGURO *D&O* E A ADMINISTRAÇÃO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA: UM POSSÍVEL CAMINHO PARA O IMPLEMENTO DE UMA GOVERNANÇA CORPORATIVA E AS SUAS LIMITAÇÕES NO PLANO CONCRETO**

Historicamente, a presença do seguro *D&O*, em especial antes do Século XXI, nunca foi marcante no Brasil. Utilizado de forma originária dentro das sociedades anônimas e limitadas, tal modalidade de cobertura de sinistros atualmente se difundiu entre os diversos ramos, dentre os quais se destaca, para o presente trabalho, o das instituições financeiras, uma vez que seu administrador ou gestor, conforme visto, submete-se a uma série de riscos de responsabilização, seja de ordem criminal, seja de matéria cível.

O seguro *D&O* pode ser entendido como seguro de responsabilidade civil de administradores e diretores (*Directors and Officers Liability Insurance*). Nele, a instituição financeira tomadora, mediante o pagamento do prêmio pactuado, estipula em favor de seus administradores, conselheiros e diretores, a cobertura de sinistros pela seguradora, quando



ligados a gastos correspondentes a processos ou inquéritos indevidos que decorram do exercício de suas atividades funcionais.

O sustentáculo de tal modalidade de seguro é possibilitar ao administrador da instituição financeira a tomada resguardada de decisões e o incentivo a uma gestão mais inteligente e criativa, mas que não venha a comprometer futuramente seu patrimônio devido a processos que decorram de suas atribuições. Até porque, ainda que venha a ser absolvido ao término do processo, o dispêndio com advogados para sua defesa, por si só, poderá lhe provocar grandes prejuízos econômicos:

No que concerne especificamente à contratação dos advogados que atuarão na sua defesa, o segurado pode escolhê-los, mas a seguradora deve aprovar previamente a escolha por escrito. Caso a reclamação envolva também a própria sociedade ou outras pessoas físicas ou jurídicas além do segurado, deverá ser acordada a respectiva alocação de custos entre as partes envolvidas, ficando a seguradora obrigada a indenizar os custos incorridos pelo segurado na sua respectiva proporção. Ademais, em linha com o previsto no art. 787, § 2º do Código Civil, o segurado não poderá celebrar acordos judiciais ou extrajudiciais nem assumir quaisquer responsabilidades sem o prévio consentimento da seguradora por escrito. (FARIA, 2015, p. 99-100).

Assim, com o advento de uma investigação ou de um processo, a depender dos termos acordados na apólice, o administrador poderá fazer a comunicação do sinistro à seguradora a fim de obter a antecipação dos valores correspondentes às despesas que sobrevieram, ou de que precisará realizar para permitir o custeio dos serviços advocatícios, por exemplo. Para tanto, é de suma importância que instrua adequadamente seu pedido com todas as provas cabíveis e aptas a demonstrarem que a hipótese se enquadra no âmbito da cobertura.

Sob a vigência de um seguro *D&O*, bem como das *best practices*, o administrador da instituição financeira certamente encontrará um cenário mais favorável para a construção de uma Governança Corporativa, porquanto a segurança jurídica e a confiança, elementos fundamentais do *compliance* (CARVALHO; BERTOCCELLI, 2020, p. 40), são indispensáveis para que as decisões possam ser tomadas de maneira mais apropriada. Diminuem-se as possibilidades, portanto, de que o gestor venha a ser responsabilizado por riscos que não foram previamente calculados – ou ainda, caso estes venham a sê-lo, estará o administrador acobertado pelo seguro.

*Prima facie*, por se tratar de um contrato de modalidade *all risks*, todas as custas, honorários advocatícios e eventuais condenações serão devidamente acobertados. Noutro giro, incumbe à seguradora estabelecer, nos termos da apólice, quais são as hipóteses de exclusão da cobertura de forma clara e explícita, de modo a permitir que tanto a tomadora quanto o



segurado tenham conhecimento acerca dos limites do negócio jurídico celebrado e das situações que serão objeto de eventual ressarcimento.

Casuisticamente, utilizam-se exclusões relativas a atos contra a Administração Pública e a processos e investigações correlatas à Operação Lava Jato, já que, com o surgimento da referida operação e de seus desdobramentos, elevaram-se sobremaneira os números de pedidos de cobertura de sinistros portadores de alguma conexão com ela, gerando um imenso receio por parte das seguradoras por terem de arcar com as despesas de inúmeros diretores e administradores que foram processados, tanto no âmbito criminal quanto no cível, pela prática de condutas inseridas no contexto da operação:

De acordo com os dados do SES (Sistema de Estatísticas da SUSEP), entre 2014 a 2017 o volume de prêmios diretos anuais arrecadados (em termos nominais) pelas seguradoras por todos os ramos de seguro aumentou em 9,92% no período enquanto o crescimento do ramo D&O foi de 78%. Há indícios de que o desenvolvimento atípico do mercado de seguros D&O no Brasil possui relação com a atualização dos agentes econômicos na percepção de exposição aos riscos cobertos por este seguro após a operação Lava Jato. A operação pertence à um processo de mudança de contexto jurídico no sentido de maior responsabilização e penalização de administradores públicos e privados por atos praticados no exercício de suas funções. (RENSI; CARVALHO, 2019, p. 2).

Pela mesma razão – e com escopo de evitar futuros escândalos ligados ao Governo –, costuma-se excluir a cobertura de atos perpetrados contra a Administração Pública Direta e Indireta. Visando a impedir que o administrador possa se valer da própria torpeza, também não haverá ressarcimento caso os danos provocados através do exercício das atividades funcionais resultem de dolo ou fraude por parte do segurado, sob pena de estimular a prática de ilícitos pelos gestores bancários.

Para garantir mais segurança aos diretores, é possível que a instituição financeira tomadora contrate extensões que não estavam previstas originalmente na apólice, como proteção ao patrimônio do cônjuge ou filhos do gestor – que serão acobertados caso a responsabilidade cível de alguma forma venha a incidir sobre o acervo econômico da família do segurado –, ou até mesmo a possibilidade de cobertura de processos que um diretor eventualmente instaure contra outro. Destaque-se, entretanto, que não se almeja blindar o administrador contra sanções decorrentes da prática de ilícitos – até porque, advinda sua condenação e constatada a conduta fraudulenta, ele deverá restituir os valores antecipados pela seguradora, sob pena de enriquecimento ilícito.

Convém salientar, ademais, que, a princípio, não há qualquer óbice em considerar como sinistro apto a ensejar cobertura as custas processuais oriundas de ação proposta pela própria instituição financeira tomadora em desfavor de seu administrador, salvo se tal situação



for expressamente excluída dos termos da apólice quando da celebração do contrato, ou ainda, em caso de modificação posterior, desde que haja anuência de ambas partes.

É possível verificar, portanto, que o seguro *D&O* mostra-se um interessante instrumento de proteção do patrimônio do administrador das instituições financeiras, bem como de incentivo à adoção de políticas de Governança Corporativa e *compliance* pelos seus integrantes, de modo a contribuir para a prevenção da ocorrência de crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, além de colaborar para a longevidade de tais instituições. Possibilita-se, inclusive, uma nova perspectiva para o Direito Penal:

É de se ver, de toda forma, que a técnica dos programas de *compliance* não se mostra apenas como ornamentação de estilo das teorias do consenso – e nem mesmo da arbitragem ou dos sistemas de auditoria interna. Ela vai além: mostra-se como uma aceitação institucionalizada, que combina as variadas possibilidades de comportamento decisório no âmbito empresarial. Orienta-se, em verdade, pela finalidade preventiva, por meio da programação de uma série de condutas (condução de cumprimento) que estimulam a diminuição dos riscos da atividade. Sua estrutura é pensada para incrementar a capacidade comunicativa da pena nas relações econômicas, ao combinar estratégia de defesa da concorrência leal e justa com as estratégias de prevenção de perigos futuros. (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 255).

Não obstante os benefícios oriundos da celebração de um contrato de seguro de tal jaez, a realidade social tem mitigado vários de seus atributos positivos, uma vez que muitas seguradoras, em diversos casos de evidente ensejo de concessão de cobertura, rejeitam-na sob os mais absurdos e infundados motivos a fim de forçar o administrador ou diretor, que figura na condição de segurado, a suportar sozinho as despesas advindas de processos ou inquéritos policiais que contra ele foram instaurados em razão do exercício de suas funções.

Um dos argumentos mais utilizados para embasar as recusas é a prescrição, porquanto o art. 206, § 1º, inciso II, alínea “b”, do Código Civil, dispõe que o prazo prescricional da pretensão do segurado contra o segurador é de um ano, a contar da ciência do fato gerador<sup>12</sup>. Contudo, é necessário que se observe também a questionável Súmula n.º 229 do Superior Tribunal de Justiça<sup>13</sup>, uma vez que é muito comum que o segurado envie uma comunicação de sinistro à seguradora e aguarde, durante meses, uma resposta – até que finalmente receba a

---

12 Art. 206. Prescreve:

§ 1º Em um ano:

(...)

II - a pretensão do segurado contra o segurador, ou a deste contra aquele, contado o prazo:

a) para o segurado, no caso de seguro de responsabilidade civil, da data em que é citado para responder à ação de indenização proposta pelo terceiro prejudicado, ou da data que a este indeniza, com a anuência do segurador;

b) quanto aos demais seguros, da ciência do fato gerador da pretensão;

13 Súmula n.º 229 do STJ: “O pedido do pagamento de indenização à seguradora suspende o prazo de prescrição até que o segurado tenha ciência da decisão.”.



correspondência a qual, entretanto, nega-lhe o direito de ressarcimento sob pretexto do longo decurso temporal.

Por isso, em tese, após o protocolo do pedido de cobertura, o prazo prescricional será suspenso e só retomará sua contagem a partir da negativa, conforme teor do enunciado – o que é bastante criticável, haja vista que o prazo de um ano só deveria fluir a partir da negativa da seguradora, dado que somente a contar de tal momento o segurado teria uma efetiva pretensão jurídica contra ela. Inclusive, em que pese a lamentável redação da Súmula n.º 229/STJ ainda permaneça vigente, a jurisprudência brasileira vem adotando o entendimento de que a prescrição só inicia sua fluência a contar da negativa da seguradora, conforme recente julgado da Corte Superior:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE QUITAÇÃO DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. REEXAME DE FATOS E PROVAS E/OU INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. PREJUDICADO. PRAZO PRESCRICIONAL. AÇÕES DE SEGURADO/MUTÁRIOS CONTRA SEGURADORA. HONORÁRIOS. MAJORAÇÃO.

1. Ação declaratória de quitação de financiamento imobiliário.
2. O reexame de fatos e provas e interpretação de cláusulas contratuais em recurso especial são inadmissíveis.
3. A incidência da Súmula 7 do STJ prejudica a análise do dissídio jurisprudencial pretendido. Precedentes desta Corte.
4. O termo inicial da prescrição da pretensão do beneficiário do seguro é o momento em que a seguradora é comunicada do evento e se recusa a indenizar. Precedentes.
5. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 1496807/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/12/2019, DJe 18/12/2019)

O mesmo entendimento também está presente em diversos outros precedentes do Superior Tribunal de Justiça (AgInt no AREsp 1379114/RS, 4ª Turma, DJe de 07/10/2019; AgInt no AREsp 1.172.799/RS, 3ª Turma, DJe de 12/4/2019; e AgInt no REsp 1.497.791/SP, 4ª Turma, DJe de 7/12/2016). Deste modo, ainda mais no contexto consumerista que é predominante nos seguros, não se mostra razoável computar o prazo prescricional antes da obtenção de uma resposta por parte das seguradoras, posto que muitas delas ainda adotem tal entendimento.

Também é comum negar a cobertura de diretores e administradores das instituições financeiras quando estas integram a Administração Pública e, no contexto, fora instaurado inquérito policial ou processo penal para apuração de supostos delitos contra o Sistema Financeiro Nacional. Muitas seguradoras, ante tal situação, alegam que não seria possível o ressarcimento de sinistros ligados a atos contra a Administração Pública – sendo que, contraditoriamente, a tomadora é integrante do setor público.



Levando em conta que o seguro *D&O* encontra o fundamento de sua existência no resguardo do gestor perante o exercício de suas atividades funcionais, seria um contrassenso recusar a cobertura sob o pretexto de que seus atos se relacionariam à Administração Pública; afinal, o cargo que ele ocupa pressupõe um plexo de funções embrionariamente conexas e indissociáveis do interesse público. Neste caso, inexoravelmente, o segurado nunca obterá sua cobertura, já que todo e qualquer ato que venha a produzir algum suposto prejuízo se relacionaria à Administração Pública.

A frequente negativa das seguradoras no âmbito do contrato de seguro *D&O* colabora para criar um ambiente de insegurança no qual o diretor da instituição financeira, em que pese saiba de sua condição de segurado, tem ciência de que provavelmente sua comunicação de sinistro não terá aptidão de gerar a cobertura – o que aumenta seu sentimento de vulnerabilidade e de exposição aos mais diversos riscos, pois uma única decisão que provoque algum tipo de prejuízo ao banco pode vir a ser interpretada como infração abrangida pela Lei n.º 7.492/1986, dada a obscuridade de seus termos.

É necessário que as seguradoras decidam acerca da concessão do pagamento munidas de boa-fé e razoabilidade, pois, do contrário, a judicialização dos contratos de seguro mostrar-se-á como uma *conditio sine qua non* para que o segurado possa obter o devido ressarcimento que fora estipulado na apólice – o que é um grande absurdo, porquanto os processos judiciais tendem a ser morosos e se prolongam até às últimas instâncias do Poder Judiciário até que, finalmente, o administrador possa recuperar as quantias gastas.

Por isso, o seguro *D&O* pode provocar, na prática, um efeito inverso daquele que é pretendido, haja vista que a proteção não é efetivamente conferida ao segurado. Isso é prejudicial tanto para o diretor quanto para a instituição financeira em si, porque a celebração de tais contratos, em certa medida, é muito vantajosa para os bancos pelo fato de diminuir eventuais discussões jurídicas diretamente com seus gestores, mas, se o seguro se torna meramente simbólico, para além de não surtir tal efeito, haverá gastos mensais ou anuais infrutíferos com o pagamento do prêmio às seguradoras.

A lastimável redação que erigiu grande parte da Lei n.º 7.492/1986 – que por si só já gera demasiada insegurança aos diretores, correntistas e investidores que integram o mercado financeiro –, combinada com a falta de mecanismos efetivos para atenuar a enorme quantidade de riscos aos quais se submetem os gestores bancários e das demais instituições financeiras, é um grave problema que precisa ser resolvido a fim de possibilitar a adoção de



uma Governança Corporativa no âmbito de tais entidades, além da tomada mais segura e inteligente de decisões.

Assim, conquanto o seguro D&O seja uma opção interessante para garantir uma maior segurança aos referidos diretores, há de se manter um senso crítico e, sobretudo, cético em relação a ele, uma vez que várias seguradoras, munidas de má-fé, recusam disparatadamente diversas coberturas de sinistros – ainda que as hipóteses estejam enquadradas nos exatos termos da apólice. Sob as luzes da *Theory of Punitive Damages*, deveriam haver respostas mais severas às recusas protelatórias proferidas pelas seguradoras, pois assim se construiria uma política mais rigorosa de análise dos sinistros.

É necessário, ademais, que o Poder Judiciário e o sistema penal como um todo busquem interpretações razoáveis para os obscuros termos da Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, de modo a diminuir o número de Ações Penais que não apresentem efetiva justa causa para lastrear seus oferecimentos, bem como para evitar, portanto, o eventual vilipêndio aos direitos e às garantias fundamentais dos acusados, favorecendo a ascensão de um sentimento de maior segurança e dinamicidade nas operações do mercado financeiro.

## CONCLUSÃO

A Lei n.º 7.492/1986 possui diversas imprecisões que contribuem para a construção de um cenário de incertezas que impacta negativamente no mercado financeiro e no desempenho das atividades gerenciais do administrador de tais instituições, o que provoca não apenas efeitos nocivos no âmbito bancário como também na própria dinâmica de aplicação do Direito Penal, uma vez que diversos preceitos basilares, como o da taxatividade, acabam por ser vilipendiados em prol do punitivismo exacerbado do legislador e dos órgãos do Poder Judiciário.

A grande celeuma é que, não obstante os riscos de responsabilização penal, o patrimônio do administrador ainda se submete aos efeitos cíveis e administrativos decorrentes da prática do ilícito, corroborando para uma situação de vulnerabilidade que recomenda a adoção de mecanismos de *compliance* e de outros instrumentos de proteção, mesmo que estes, conquanto imprescindíveis para a construção de um espaço de Governança Corporativa no âmbito da instituição financeira, não sejam suficientes para garantir total segurança ao gestor.



Dentre tal acervo de medidas, destaca-se o seguro *D&O*, cujo objetivo fundamental é cobrir gastos decorrentes de inquéritos ou processos relacionados ao exercício da função gerencial do administrador das instituições financeiras nos âmbitos cível, administrativo e criminal, dentre outros, colaborando para a consequente proteção de seu patrimônio pessoal e para a adoção de uma política de Governança Consensual no âmbito da instituição financeira, de modo a aumentar sua longevidade.

Contudo, apesar de promissor, o seguro *D&O* ainda não é uma opção ideal, haja vista que grande parte das seguradoras, eivadas pelo *animus lucrandi*, rejeitam sob as mais absurdas e inverossímeis razões a cobertura dos sinistros que são comunicados, de modo a criar um ambiente de desconfiança no qual o segurado não vê outra alternativa senão recorrer ao Poder Judiciário – o mesmo que eventualmente pode lhe condenar com base nos termos obscuros da Lei n.º 7.492/1986 – a fim de lograr algum valor indenizatório contra a seguradora.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Augusto Jobim do. A política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2014.
- BADARÓ; Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. 34ª. Ed. São Paulo: Editora 34, 2010.
- BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDÁ, Juliano. Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal Econômico, v. 1. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- CARVALHO, André Castro; ALVIM, Tiago Cripa; BERTOCCELLI, Rodrigo; VENTURINI, Otávio. Manual de Compliance. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- CASAGRANDE, Cassio. Ministério Público e judicialização da política. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.



FARIA, Clara Beatriz Lourenço de. O seguro D&O e a proteção dos administradores. 2ª ed. São Paulo: Almedina, 2015.

FARIAS, Ricardo Rodrigues Farias. A natureza da responsabilidade civil dos administradores de bancos em regime especial: Lei 6.024/1974 e Dec.-lei 2.321/1987. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, São Paulo, v. 59, p. 65-87, jan./mar. 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela dos interesses difusos. São Paulo: Editora Max Limonad, 1984.

HOFFBAUER, Nelson Hungria. Ilícito Administrativo e Ilícito Penal. Revista de direito Administrativo, 1945.

KELSEN, Hans. O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência. Trad. Luis Carlos Borges e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Improbidade Administrativa: Direito Material e Processual. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas: volume 2. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PESTANA, Márcio. Lei anticorrupção: exame sistematizado da Lei n. 12.846/2013. São Paulo: Manole, 2016, p. 57.

PIMENTEL, Manoel Pedro. Crimes contra o sistema financeiro nacional. Editora Revista Dos Tribunais, 1987.

PRADO, Luiz Regis. Direito Penal Econômico. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RENSI, Rafael Tonet; CARVALHO, João Vinicius de Franca. O impacto da operação lava jato no mercado de seguros de responsabilidade civil de administradores e diretores no Brasil. São Paulo: EAC/FEA/USP, 2019.

ROQUE, Pâmela Romeu. Governança corporativa de bancos e a crise financeira mundial: análise comparativa de fontes do cenário brasileiro. São Paulo: Almedina, 2017

ROSA, Fábio Bittencourt da. Lei 7.492/86 e o concurso aparente de leis. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 94, v. 835, p. 467-472, maio de 2005.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. A Expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SILVEIRA, Renata de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance, direito penal e lei anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2015.



SUTHERLAND, Edwin. *White Collar Crime*. New Haven: Yale University Press, 1985.

TÓRTIMA, José Carlos. Crimes contra o sistema financeiro nacional: uma contribuição ao estudo da Lei nº 7.492/86. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

VERÍSSIMO, Carla. Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2017.



## APLICAÇÃO DAS DECISÕES DEFINITIVAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS - CARF<sup>1</sup>

*Paulo Gustavo Gonet Branco<sup>2</sup>*

O tema da aplicação de precedentes de tribunais superiores em instâncias julgadoras administrativas provoca questões realmente interessantes e de várias ordens. Gostaria de abordar alguns temas relacionados com as decisões do Supremo Tribunal Federal que resolvam questões sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de leis e atos normativos.

Há um número expressivo de estudos sobre as repercussões dos precedentes do Supremo Tribunal sobre deliberações de outros órgãos do Judiciário – e ainda assim, sobram perplexidades e pontos de divergência. O próprio título deste encontro é prova de que, no plano administrativo, não haverá menor motivo para reflexão.

O enfrentamento das dúvidas deve partir do pressuposto de que a própria ordem jurídica constitucional, processual civil e administrativa oferece balizas úteis para o enfoque do temário dessas questões de interesse tanto acadêmico como prático. Poderíamos, para limitarmos um pouco o espaço de considerações, cogitar prontamente de alguns problemas. Assim, caberia indagar, por exemplo, se todo precedente do STF em matéria

---

<sup>1</sup> Texto-base apresentado em palestra (Webinar) com o mesmo título, ocorrida em 7 de dezembro de 2020, promovida pelo IDP e ACONCARF- Associação dos Conselheiros dos Contribuintes no CARF, disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=twy7igtemLI> (acesso em 10/12/2020)

<sup>2</sup> Professor fundador do IDP (lecionando na graduação e pós-graduação). Doutor em Direito (UnB). Membro do MPF.

constitucional se impõe ao CARF; quando se tem uma decisão definitiva do Supremo Tribunal que o CARF está obrigado a seguir; e se os fundamentos de uma decisão do Supremo Tribunal Federal se impõem ao CARF.

\*

O Regimento Interno do CARF apresenta alguns indicativos de solução a vários dos problemas que ocorreram ao seu redator. Decerto, porém, que o Ato não derruba todas as dúvidas – especialmente as que exemplifiquei.

O RI segue uma importante linha de entendimento. O art. 62 do RI proíbe que, no âmbito do CARF, se afaste a aplicação de lei, ato vinculante de Direito Internacional ou de decreto, sob o fundamento de inconstitucionalidade<sup>3</sup>. Alinha-se com inteligência formada, logo em seguida à vigência da Constituição, no sentido de que “os Poderes Executivos e Legislativo podem declarar nulos, por ilegalidade ou por inconstitucionalidade, atos administrativos seus, e não leis ou atos com força de lei”, já que “compete privativamente ao Poder Judiciário declará-los inconstitucionais” (ADI 221-MC, relatada pelo Ministro Moreira Alves, julgada em 29-3-1990, DJ de 22-10-1993). Essa continua a ser a compreensão majoritária, com algumas concessões a situações peculiares, que vão sendo descobertas na doutrina e até mesmo na jurisprudência do STF.

De toda sorte, o Regimento Interno admite que esses atos normativos sejam desprezados pelos órgãos julgadores do CARF, se já houverem sido declarados inconstitucionais “por decisão definitiva plenária do Supremo

---

<sup>3</sup> A regra ampla, que será excepcionada em parágrafos e incisos em que se desdobra o *caput*, tem esta redação:

“Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade”.

Tribunal Federal”, ou se houver Súmula Vinculante do Supremo Tribunal a respeito, ou, também, em caso de decisão definitiva em julgamento de recurso extraordinário (ou especial) segundo a sistemática dos recursos repetitivos.

O Regimento, ainda, rejeita valor de paradigma a precedente do próprio CARF, para efeito de recurso especial dirigido à Câmara Superior de Recursos Fiscais, se o decisório, no momento em que a admissibilidade do recurso especial é examinada, estiver em contraste com as hipóteses referidas no art. 62.

Interessante assinalar a previsão regimental (art. 80) de que decisão proferida em desacordo com esses precedentes mencionados do Supremo Tribunal ou do Superior Tribunal de Justiça possa ser objeto de representação de nulidade, a ser apreciada pelo mesmo colegiado que a proferiu, arguida por algumas autoridades fiscais e até pelo Ministério Público Federal.

Disposições relevantes foram declinadas no Regimento, mas persistem razões de dúvida.

Como se sabe, nem toda decisão do STF goza, por deliberação constitucional, de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Esses atributos a Constituição os liga às decisões de mérito em ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e às Súmulas Vinculantes. Mesmo a ADPF, possui esses efeitos referidos, não na Constituição, mas na Lei nº 8.982/99. Com relação às decisões nesses casos, não é difícil admitir que também os órgãos judicantes da Administração Pública se submetem às decisões do Supremo Tribunal Federal. Caberia, então, indagar se seriam apenas essas as decisões definitivas plenárias do STF

a que o Regimento alude, ao franquear ao CARF recusar aplicação à lei por sua invalidade.

É fato que a literalidade do Regimento Interno também prevê outro caso – o da decisão tomada em recurso extraordinário repetitivo – dando a impressão, porém, de que isso somente ocorreria em hipótese de lei que fundamenta crédito tributário.<sup>4</sup> Resta saber se, por exemplo, em se tratando de lei que disponha sobre aspecto formal de uma relação tributária qualquer, se a decisão do STF no recurso extraordinário repetitivo também não exigiria a aderência do CARF, ou, ainda, se o mesmo efeito para o CARF adviria se tal decisão proviesse do plenário do STF, mas no julgamento de um mandado de segurança, hipótese não catalogada explicitamente no RI.

Para equacionamento dessas questões, mostra-se crucial compreender o movimento iniciado com a vigência da Constituição de 1988 e incrementado, desde então, pelo legislador, impulsionado, de sua parte, pela consciência jurídica em torno dos valores de segurança jurídica e igualdade na aplicação da lei no âmbito tanto do Judiciário como da Administração Pública.

A segurança jurídica, que tem a ver com a previsibilidade das consequências jurídicas das decisões dos sujeitos de direito, constitui questão central para o Estado democrático de Direito, sobretudo no seu momento

---

<sup>4</sup> Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

(...)

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

(...)

b) Decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento realizado nos termos dos arts. 543-B e 543-C da Lei no 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei no 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, na forma disciplinada pela Administração Tributária;

atual, em que o ordenamento constitucional se forra de tantos princípios abertos, que não favorecem a prévia certeza do exato âmbito dos direitos previstos e prometidos pelo constituinte. A estabilidade da jurisprudência se torna elemento essencial para que alguma linha de orientação se colha para as deliberações características da autonomia do indivíduo. Se recordarmos que preservar a autonomia é garantir a dignidade da pessoa, percebe-se a que ponto, no instante atual do Direito, é relevante preservar os achados jurisprudenciais íntegros. É valiosa, assim, a lição de Ilton Norberto Robl Filho e de Marco Aurélio Marrafon, quando apontam:

No contexto de crise das fontes e de sincretismo metodológico, corretamente o Código de Processo Civil de 2015 (NCPC) inovou e estabeleceu regras que, em tese, permitem a controlabilidade da decisão judicial, notadamente em casos de conflitos de princípios e ponderação (§ 2º do artigo 489, NCPC), bem como determinam o dever de os tribunais uniformizarem “sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (caput, artigo 926, NCPC). Dessa forma, o Excelso Supremo Tribunal Federal (2019) entendeu que “ao consagrar diversos mecanismos para o sobrestamento de causas similares com vistas à aplicação de orientação uniforme em todos eles (artigo 1.035, § 5º; artigo 1.036, § 1º; artigo 1.037, II; artigo 982, § 3º), conferiu primazia à segurança jurídica, à estabilização da jurisprudência, à isonomia e à economia processual”. Ainda, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro com a redação da Lei Federal nº 13.655/2018 concretizou e densificou o direito fundamental à segurança. Há um longo caminho para o substancial respeito ao direito fundamental à segurança jurídica, mas as bases teóricas e as estruturas do direito constitucional positivo estão postas.

(A segurança jurídica na Constituição Federal. In Consultor Jurídico, 21 de novembro de 2020)

Não são apenas razões de segurança jurídica que recomendam o prestígio de decisões jurisprudenciais, especialmente daquela instância indicada como a derradeira na exposição do direito constitucional. Da mesma forma, é o princípio da igualdade quem o impõe. Sabe-se que, em uma das

suas vertentes denotativas, esse princípio exige que se respeite a *igualdade na aplicação da lei*, para prevenir as situações de objetivo desconforto social decorrentes do desarranjo de casos em que, a partir de um mesmo diploma legal, pessoas distintas recebem benefícios ou sofrem ônus substancialmente diferentes de outras pessoas em situação análoga.

O caminho que o ordenamento jurídico vem encontrando para obviar essas desnorteantes ocasiões, que induzem a impressão de injustiça incompatível com valores republicanos e democráticos, é o da unificação e estabilização da jurisprudência, com ênfase na prevalência da definição da ordem jurídica conforme assentada nas instâncias mais elevadas.

Por isso o constituinte instituiu, ele próprio, mecanismos como o da eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes para decisões sobre constitucionalidade de leis no controle concentrado, atribuindo as mesmas virtudes às súmulas vinculantes. Daí também o instrumento, regulado pelo legislador processual, da imposição aos tribunais de outras instâncias judiciais das decisões do STF em recurso extraordinário com repercussão geral, bem assim a obrigação de os demais tribunais seguirem o juízo de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade que o STF haja estabelecido sobre uma lei, pelo seu Plenário, mesmo que no controle concreto e fora das hipóteses do recurso extraordinário na sistemática da repercussão geral.<sup>5</sup>

Se é assim no plano do Judiciário, cabe a pergunta se também o será para os tribunais administrativos. Nos casos em que a decisão do STF produz

---

<sup>5</sup> CPC: Art. 949. Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

efeito vinculante, não cabe dúvida de que a deliberação deve ser seguida pelos órgãos deliberativos colegiados mesmo que não integrantes do aparelho judiciário. Ainda, entretanto, com relação aos decisórios que ganharam extensão além-parte em dispositivos de lei processual civil, não há por que deixar de também ver aí os tribunais administrativos sujeitos ao desate de questões constitucionais como estabelecidos pelo Supremo Tribunal.

Para essa ilação concorrem alguns decisivos motivos, como a própria situação de *guarda da Constituição* (art. 102, *caput*) em que o constituinte investiu o STF. O Supremo Tribunal é o Guardião da Constituição com relação a todos os Poderes, e não apenas ao Poder Judiciário. Não há motivo que justifique que uma declaração do STF de que uma tese, uma inteligência ou uma lei é repugnante à Constituição não se estenda a todos, ficando restrita apenas às partes de um processo específico. A esse propósito, o Ministro Gilmar Mendes tem insistido em que, qualquer que seja o meio pelo qual o Supremo Tribunal Federal venha a resolver uma questão de constitucionalidade de lei, essa decisão haverá de, por si, valer para todos — com o que até mesmo a competência do Senado Federal de suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF (CF, art. 52, X) contaria, hoje, com um significado renovado e restringido de publicidade da deliberação judicial.

O raciocínio conduz a que também as esferas administrativas se submetam às teses sobre constitucionalidade de atos normativos formadas em qualquer processo julgado no STF — e não apenas naqueles em que o

legislador explicitou que o seu resultado teria eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

Ainda uma outra razão de direito positivo pode ser arregimentada para o mesmo fim. A Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, com a alteração de 2018, estabelece, no seu art. 30, que “as autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.”

Não custa esforço reconhecer que, quando as autoridades públicas seguem as decisões das últimas instâncias judiciais incumbidas de explicitar oficialmente o sentido das normas infraconstitucionais e constitucionais, estão aumentando a segurança jurídica na aplicação do direito. Impedem, quando assim atuam, que convivam duas visões assimétricas sobre a extensão, sobre a abrangência ou sobre a validade de uma norma — sobretudo quando a visão do Judiciário está ancorada em precedente que se impõe a toda a estrutura da magistratura, a quem, afinal, caberá dirimir, mais cedo ou mais tarde, a divergência de enfoques.

Outra razão se soma para a mesma conclusão. O Código de Processo Civil, no art. 15<sup>6</sup>, estatui que as suas disposições se aplicam supletiva ou subsidiariamente também aos processos administrativos. A máxima do prestígio dos precedentes jurisprudenciais integra a base estruturante do sistema processual que o Código de Processo Civil de 2015 quer estabelecer. As suas normas de respeito a precedentes de altas Cortes do Judiciário devem,

---

<sup>6</sup> Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

pois, também ser seguidas nos processos administrativos, especialmente quando se está diante de decisão do Tribunal incumbido de expor em que a Constituição consiste.

É verdade que, por vezes, uma lei é considerada constitucional pela Turma do STF, que não enxerga necessidade, no caso concreto, para que o Plenário se manifeste. Não será esse o caso em que se tem uma decisão do Supremo Tribunal que se impõe para a generalidade dos sujeitos de direito. A decisão imperativa há de ser a do Tribunal na sua composição plena.

Da mesma forma, a decisão a ser seguida há de ser a “definitiva”. É isso o que o Regimento Interno do CARF determina, suscitando, porém, a questão de saber quando a decisão terá esse adjetivo; nomeadamente se põe a dúvida se apenas com o trânsito em julgado a decisão do STF se torna impositiva para os órgãos colegiados da Administração Pública.

Nesse ponto, nada melhor do que ouvir a própria jurisprudência da Suprema Corte.

Em numerosos precedentes resultantes de reclamações, o STF entende que a sua autoridade está ofendida quando deixam de ser observadas as consequências de um juízo de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade proferido em controle abstrato, ainda que da decisão do Plenário caibam embargos de declaração. Parece que o confirma, igualmente, lembrar que a liminar que suspende a execução de uma lei em ação direta de inconstitucionalidade - ou que, analisando preliminarmente a plausibilidade da tese na mesma demanda, a recusa - também se impõe à observância dos

órgãos da Administração Pública, não obstante essa decisão ainda esteja sujeita a revisão, quando da deliberação de mérito, ao término do processo.

Uma derradeira consideração poderia ser elaborada com relação aos motivos determinantes da decisão do Supremo Tribunal Federal, no tocante à sua influência sobre deliberações de colegiados administrativos. Essa controvérsia não está dirimida no âmbito do STF. É difícil recusar bom senso, porém, à razão que leva a Suprema Corte a não exigir que se cumpram os procedimentos relacionados com a reserva de plenário, quando o STF já declarou a inconstitucionalidade de uma lei anterior, que, se não é idêntica, tem os mesmos termos da que agora surge como relevante, sendo, por vezes, apenas proveniente de outra fonte ou de outro momento.<sup>7</sup> Se é assim,

---

<sup>7</sup>AGRAVOS REGIMENTAIS NOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS. RESERVA DE PLENÁRIO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA. PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. ICMS. ADICIONAL. INSTITUIÇÃO POR LEI ESTADUAL. FUNDO ESTADUAL DE COMBATE À POBREZA. CONVALIDAÇÃO PELO ART. 4º DA EMENDA CONSTITUCIONAL 42/2003. AGRAVOS IMPROVIDOS. I – A obediência à cláusula de reserva de plenário não se faz necessária quando houver orientação consolidada do STF sobre a questão constitucional discutida. II – Possibilidade de reconhecimento de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público pelos órgãos fracionários dos Tribunais, com base em julgamentos do plenário ou órgão especial que, embora não guardem identidade absoluta com o caso em concreto, analisaram matéria constitucional equivalente. III – Ausência de prequestionamento do art. 167, IV, da CF. Incidência da Súmula 282 do STF. Ademais, se os embargos declaratórios não foram opostos com a finalidade de suprir essa omissão, é inviável o recurso, nos termos da Súmula 356 do STF. IV – O art. 4º da EC 42/2003 validou os adicionais instituídos pelos Estados e pelo Distrito Federal para financiar os Fundos de Combate à Pobreza. Precedentes. V – Agravos regimentais improvidos. (RE 571968 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 22/05/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-109 DIVULG 04-06-2012 PUBLIC 05-06-2012)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. REPERCUSSÃO GERAL. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. DIREITO TRIBUTÁRIO E DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CLÁUSULA DA RESERVA DE PLENÁRIO. ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL PLENO DO STF. RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELO ESTADO. LIVRE EXERCÍCIO DA ATIVIDADE ECONÔMICA OU PROFISSIONAL. MEIO DE COBRANÇA INDIRETA DE TRIBUTOS. 1. A jurisprudência pacífica desta Corte, agora reafirmada em sede de repercussão geral, entende que é desnecessária a submissão de demanda judicial à regra da reserva de plenário na hipótese em que a decisão judicial estiver fundada em jurisprudência do Plenário do Supremo Tribunal Federal ou em Súmula deste Tribunal, nos termos dos arts. 97 da Constituição Federal, e 481, parágrafo único, do CPC. 2. O Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente entendido que é inconstitucional restrição imposta pelo Estado ao livre exercício de atividade econômica ou profissional, quanto aquelas forem utilizadas como meio de cobrança indireta de tributos. 3. Agravo nos próprios autos conhecido para negar

tampouco se há de recusar que órgãos de resolução de conflitos de índole administrativa também possam aplicar a máxima de julgamento do STF às leis que reclamam a sua aplicação, nas hipóteses mais óbvias – e isso por motivos também de ordem constitucional, como os imperativos de igualdade, de segurança jurídica e de verticalização e coerência do papel do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição da República.

---

seguimento ao recurso extraordinário, reconhecida a inconstitucionalidade, incidental e com os efeitos da repercussão geral, do inciso III do §1º do artigo 219 da Lei 6.763/75 do Estado de Minas Gerais. (ARE 914045 RG, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 15/10/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-232 DIVULG 18-11-2015 PUBLIC 19-11-2015)

Por outro lado, lê-se também na seguinte decisão monocrática: “as teses judiciais firmadas pelo sistema de precedentes não parecem possuir efeito vinculante em relação às autoridades administrativas, salvo quando incorporadas por Súmula Vinculante, conforme previsão inaugurada pela EC 45/2004, que incluiu o art. 103-A à Constituição Federal” (Rcl 23.887, liminar, rel. o Ministro Roberto Barroso).



## PLATAFORMAS MULTILATERAIS E A NOVA ABORDAGEM ANTITRUSTE: COMO O CADE PODE SE REINVENTAR À LUZ DA SUA PRÓPRIA JURISPRUDÊNCIA?

*Gabriel Araújo Souto<sup>1</sup>*

### RESUMO

O presente artigo versa sobre as recentes doutrinas sobre plataformas multilaterais e como os novos entendimentos podem aprimorar a análise antitruste do CADE. Para isso, apresentará a estrutura e o funcionamento desse tipo de plataforma, estabelecendo os requisitos para definição e diferenciação do mercado de plataforma multilaterais. Ainda, abordará as especificidades da análise concorrencial nesse mercado, bem como os métodos, conceitos e testes sugeridos pela nova abordagem doutrinária para operacionalizar a análise antitruste nesse tipo de mercado, comparando com a jurisprudência do CADE, onde se mostrará de que forma a autarquia pode refinar a sua análise envolvendo plataformas multilaterais.

**Palavras-chave:** plataformas multilaterais; efeito de rede indireto; CADE; análise antitruste; operacionalização.

## MULTISIDED PLATFORMS AND THE NEW ANTITRUST APPROACH: HOW CAN CADE REINVENT CONSIDERING ITS OWN JURISPRUDENCE?

### ABSTRACT

This paper discusses recent doctrines about multi-sided platforms and how new understandings can enhance CADE's antitrust analysis. To this end, it will present the structure and operation of this type of platform, establishing the requirements for the definition and differentiation of the multisided platform market. It will also address the specificities of competitive analysis in this market, as well as the methods, concepts, and tests suggested by the new doctrinal approach to operationalize antitrust analysis in this type of market, comparing with CADE jurisprudence, where it will show how the Brazilian antitrust authority can refine its analysis involving multilateral platforms.

**Keywords:** multi-sided platforms; cross-side network effect; CADE; antitrust analysis; operationalization.

---

<sup>1</sup> Diretor Acadêmico do Laboratório de Políticas Públicas e Internet (LAPIN). *Law Student Ambassador* da *American Bar Association Section of Antitrust Law* e membro do conselho editorial da *Cartel & Joint Conduct Review*. Estudante visitante do LLM de *Global Antitrust Law & Economics* da *Antonin Scalia Law School of George Mason University*. Acadêmico de Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP).

## 1. Introdução

As plataformas multilaterais<sup>2</sup>, ou *multisided platforms*, são tecnologias, serviços ou produtos que criam e desenvolvem valor ao permitir interações diretas entre dois ou mais grupos de usuários (HAGIU, 2014, p. 71), isto é, são plataformas que, através de uma infraestrutura e um modelo de negócio, servem duas ou mais bases de clientes ao facilitar e intermediar as transações entre eles, tendo como característica majoritariamente comum o efeito de rede<sup>3</sup> indireto, externalidade de rede indireta ou *cross-side network effect*, ou seja, o valor de um produto ou serviço aumenta para um grupo de usuários quando um novo usuário de um outro grupo entra na rede de membros da plataforma.

Tomando o Uber como exemplo, à medida que mais passageiros se juntam à plataforma, mais útil e valiosa ela se torna para os motoristas, porque eles terão mais oportunidades de corridas e, conseqüentemente, de lucro e, ainda, à medida que mais motoristas se juntam à plataforma, os passageiros terão tempo de espera mais curto e mais locais disponíveis para utilizar o serviço. Portanto, a rede de usuários propiciada pela plataforma se torna preciosa e útil à quem a utiliza, quer utilizá-la e ao mercado em que a plataforma atua.

Portanto, por causa do efeito de rede, plataformas bem-sucedidas desfrutam de retornos de escala crescentes, já que os usuários pagarão mais pelo acesso a uma rede maior, de modo que as margens de lucro melhoram à medida que as bases de usuários aumentam (EISENMANN et. al, 2006, p. 92). Isso diferencia as plataformas multilaterais de empresas tradicionais que não se beneficiam do efeito de rede, onde a aquisição de novos clientes torna-se mais difícil à medida que menos pessoas acham atraentes os produtos e serviços da

---

<sup>2</sup> Faz-se necessário delimitar a diferença entre plataformas unilaterais e plataformas multilaterais. Como bem leciona Evans (2003, pp. 336-339) as plataformas unilaterais possuem usuários dependentes apenas dos serviços que elas ofertam, já nas plataformas multilaterais, os usuários são interdependentes e dependentes dos serviços oferecidos pela plataforma. Por exemplo, o serviço de *streaming* Netflix lida apenas com usuários que dependem estritamente do produto que esta plataforma oferece, enquanto os usuários do Youtube possuem uma relação de interdependência, já que há diferentes tipos de usuários na mesma plataforma, como os criadores de conteúdo e os espectadores que interagem entre si, gerando valor para a plataforma e afetando conseqüentemente o seu lucro.

<sup>3</sup> De acordo com Shapiro e Varian (1999, p. 13), o efeito de rede é o valor agregado ao produto ou serviço devido à adição do usuário, gerando uma rede de consumidores que aumenta a utilidade do produto ou serviço e conseqüentemente seu valor de mercado. Sendo assim, o efeito de rede pode ser classificado como direto (*same-side network effect*) ou indireto (*cross-side network effect*). O efeito de rede direto se difere do efeito de rede indireto pois o primeiro acontece quando há apenas um grupo de usuários, situação em que esse grupo se beneficia unicamente pela adição de um usuário nesse mesmo grupo. Essa é a situação do mercado de telefonia que, no âmbito das chamadas telefônicas, o valor agregado se dá quando as pessoas que o usuário necessita telefonar também possuem um telefone. Assim, quanto mais pessoas tiverem um telefone, mais útil será tê-lo, já que com a adição de um usuário a essa rede, que poderá fazer e receber chamadas telefônicas, mais valorizada ela será.

empresa. Dessa forma, atraídas pela perspectiva de grandes margens oriundas do efeito de rede, as plataformas multilaterais geralmente competem para ser o *winner-take-all*<sup>4</sup> dos seus respectivos mercados, podendo insurgir em práticas anticoncorrenciais e no desenvolvimento de monopólios.

A partir do início do século XXI, tornou-se consensual que os mercados multilaterais funcionem de maneiras que diferem significativamente dos mercados tradicionais. Grande parte desse entendimento se deve a Jean-Charles Rochet e Jean Tirole que progrediram na modelagem desses mercados, na forma como eles funcionam e na identificação dos erros que podem ser cometidos tratando-os como mercados tradicionais (WRIGHT, 2004, pp. 1-3). Tal temática entra mais em voga pelo abrupto crescimento da economia digital desde o começo do século, revolucionando a forma com que os mercados tradicionais operam ao elevar o grau de intermediação a um contato direto entre usuários, transformando-os em mercados multilaterais mais complexos. Sob esse novo entendimento, há naturalmente consequências na maneira como as agências antitruste analisam esses mercados e, portanto, se decidem e, de que forma, possam intervir nesses mercados (PIKE, 2018, p. 9).

Sob esse contexto, adotar-se-á a metodologia de pesquisa qualitativa, mediante análises descritivas e explicativas, a partir de pesquisa bibliográfica, baseadas nas principais doutrinas acerca do funcionamento e excepcionalidades das plataformas multilaterais. Ainda, para responder ao questionamento proposto pelo artigo, levantar-se-á a jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) relativa ao tema, delimitando esse exame aos casos que versam sobre plataformas multilaterais e aos requisitos adotados pela autarquia para operacionalizar tais análises. Para isso, os critérios de seleção dos casos a serem examinados foram: (i) pesquisa por termos associados ao tema na base de dados do CADE (SEI)<sup>5</sup>; (ii) pesquisa em base de dados acadêmicas; e (iii) filtragem dos casos obtidos que tratam efetivamente do tema<sup>6</sup>. Dessa forma, por meio da análise comparativa, confrontar-

---

<sup>4</sup> Como explica Arnold (2008, p. 580), um mercado *winner-take-all* é definido por uma empresa principal que possui ganhos muito mais expressivos que os ganhos de outras empresas atuantes no mesmo mercado, de tal modo que o imenso ganho da empresa principal é análogo a como se ela pegasse todos os proveitos econômicos do mercado (*take it all*).

<sup>5</sup> Os termos utilizados foram: "plataforma multilateral" e sua flexão no plural e tradução para o inglês; "mercado multilateral" e sua flexão no plural e tradução para o inglês. Ainda, para evitar que outros casos não fossem encontrados, termos mais genéricos foram utilizados: "plataforma digital" e sua flexão no plural e tradução para o inglês.

<sup>6</sup> Após a obtenção do apanhado quantitativo pela base de dados do CADE, os casos foram filtrados com os seguintes requisitos: (i) casos que foram proferidos pareceres econômicos, notas técnicas e/ou votos; e (ii) casos depois da vigência da Lei n.º 12.529/2011, sendo estes os analisados: Atos de Concentração (AC) n.ºs 08700.001390/2017-14; 08700.004431/2017-16; 08700.004961/2014-11; 08700.002792/2016-47; 08700.004431/2017-16; 08700.004504/2014-27; 08700.006533/2017-76; 08700.009363/2015-10; 08700.002581/2019-57. Processos Administrativos (PA) n.ºs 08700.005694/2013-19; 08700.003187/2017-74;

se-á a interpretação do CADE extraída dos casos selecionados ao novo entendimento doutrinário vigente, em que se constatará como a autarquia pode adaptar seu entendimento e ferramentas a fim de uma maior eficiência na análise antitruste sobre plataformas multilaterais.

Por fim, o artigo foi dividido em duas seções, além da introdução e da conclusão. A primeira seção apresenta a estrutura e o funcionamento das plataformas multilaterais e os requisitos para definição e diferenciação do mercado de plataforma multilaterais. A segunda seção elenca as especificidades da análise concorrencial do mercado de plataformas multilaterais e, com o respaldo doutrinário, os métodos, conceitos e testes mais adequados para operacionalizar a análise antitruste nesse tipo de mercado a fim de contrapor a jurisprudência do CADE relacionada às plataformas multilaterais à nova abordagem doutrinária sobre esse tema, definindo de que forma e em quais pontos a sua análise deve ser mantida ou alterada. Finalmente, a conclusão apresenta o resultado da análise comparativa proposta e as reflexões finais sobre o assunto.

## **2. A estrutura e o funcionamento de plataformas multilaterais**

As plataformas multilaterais resolvem um problema de custo de transação que dificulta ou impossibilita a reunião de usuários de diferentes grupos (EVANS; SCHMALENSEE, 2013, p. 2). Dessa forma, elas geram valor ao coordenar os vários grupos de usuários e, em particular, garantindo que haja usuários suficientes de cada grupo para tornar a participação valiosa para todos, facilitando as interações entre eles e aumentando a utilidade marginal advinda do uso de tal plataforma.

Evans e Schmalensee (2013, p. 6) definem as principais características para a identificação de plataformas multilaterais como: (i) a constatação da existência de efeitos de rede indiretos, de forma que se comprove que a interação entre grupos de usuários aumenta a utilidade do produto ou serviço oferecido pela plataforma e, conseqüentemente, seu valor de mercado; (ii) a análise da interação entre os dois ou mais grupos de usuários a fim de determinar se a relação entre eles ocorre de forma interdependente, eficiente e que gere um bem-estar aos usuários em prol da manutenção do modelo de negócio; e (iii) a estruturação de preço dos produtos e serviços da plataforma, a fim de analisar as reações dos grupos de usuários à política de precificação adotada pela plataforma multilateral.

## 2.1. Existência de efeito de rede indireto

De fato, a detenção de um produto ou serviço que aumente a utilidade para um grupo de usuários quando há o crescimento de um outro grupo sob intermédio de uma plataforma é um ativo concorrencial muito valioso. Dessa forma, o principal desafio para as plataformas multilaterais é obter usuários suficientes de cada lado para garantir massa crítica suficiente para impulsionar os efeitos de rede indiretos (EVANS; SCHMALENSEE, 2010, p. 21).

O fato de os membros de cada grupo valorizarem interagir com os membros do outro grupo e exibirem uma preferência pela quantidade de integrantes desse grupo está subjacente aos efeitos de rede indiretos e, portanto, é um aspecto fundamental das plataformas multilaterais. Rochet e Tirole (2008, p. 544) observaram que existem dois tipos de externalidades de rede indiretas: externalidades de uso (*usage externality*) e externalidades de afiliação (*membership externality*).

Uma externalidade de uso existe quando dois ou mais agentes econômicos precisam agir juntos, para usar a plataforma e, conseqüentemente, gerar valor. Por exemplo, no iFood, o usuário consumidor ao encomendar uma alimentação no aplicativo, tanto o restaurante que prepara a comida, como o entregador que será pago para entregar o pedido, serão beneficiados pelo pedido do consumidor, o qual também será beneficiado ao obter um produto de forma prática. Assim, todos os grupos de usuários se beneficiam da intermediação realizada pelo iFood, o que gera a externalidade de uso.

Já a externalidade de afiliação existe quando o valor recebido pelos agentes de um lado aumenta com o número de usuários dos outros lados. Por exemplo, os usuários de Android valorizam mais o sistema operacional quando, dentre outros motivos, o Android tenha mais aplicativos disponíveis para uso. Em contrapartida, os desenvolvedores de aplicativos valorizam mais o Android se houver mais usuários em potencial que utilizem seus aplicativos. A externalidade de afiliação, portanto, tem o potencial de produção do efeito dominó (*feedback loops*), ou seja, devido a relação intrínseca entre dois ou mais lados da plataforma multilateral, considerando o efeito de rede, uma ação dela pode desencadear uma espiral de reações que, com potencial multiplicador, aumentam a magnitude das conseqüências dessa ação (PIKE, 2018, p. 11).

Por exemplo, se a plataforma multilateral aumentar o preço que um grupo de usuários paga para usar a plataforma, isso pode reduzir o número de usuários, mas também

pode reduzir o valor da plataforma para os anunciantes e, portanto, reduzir a quantidade que os anunciantes estão dispostos a pagar para a promoção de campanhas nesse meio. Por sua vez, pelo baixo número de usuários, poderá haver uma redução no lucro desses anunciantes, diminuindo assim a quantidade ou qualidade desses anúncios, o que pode reduzir novamente o número de usuários e assim por diante (PIKE, 2018, p. 11).

Se esse efeito dominó perdurar por um longo período e, considerando eventuais efeitos de rede, dependendo da reação dos grupos de usuários às ações das plataformas multilaterais, potencializa-se a probabilidade de falência da empresa ou a probabilidade de monopólio no seu respectivo mercado. Portanto, apesar do efeito de rede indireto ser geralmente comum em plataformas multilaterais, uma definição de mercado com uma amostra mais abrangente desse tipo de plataformas pode exibir pequenos efeitos de rede após uma análise concorrencial e, assim, podendo deixar de identificar práticas anticoncorrecionais, sendo essencial a consideração de uma amostra de plataformas multilaterais mais estrita para a observação dos efeitos de rede sob um determinado mercado, bem como a interação entre os diferentes grupos de usuários e a resposta desses às ações da plataforma multilateral (HAGIU; WRIGHT, 2015, pp. 3-4).

## **2.2. Constatação de interdependência**

A característica comum dos diferentes grupos de usuários da plataforma multilateral pode ser definida como a necessidade da interdependência de alguma forma, uma vez que nenhum deles pode capturar o valor de sua atração mútua por conta própria, devendo confiar na plataforma multilateral para facilitar as interações criadoras de valor entre eles (EVANS; SCHMALENSEE, 2005, pp. 160-162). O foco dessa definição está no papel da plataforma multilateral na criação de valor que não existiria ou seria bastante reduzida na sua ausência, sendo a solução para o problema de coordenação e do alto custo de transação entre os grupos de usuários.

Dessa forma, a demanda por um grupo de agentes econômicos também depende do número e da qualidade participativa dos outros grupos de agentes econômicos que a plataforma atende (EVANS; SCHMALENSEE, 2013, p. 9). Dentro desse contexto, as plataformas multilaterais podem ser diferenciadas em plataformas transacionais (*transaction platforms*), ou seja, plataformas que intermediam transações diretas entre múltiplos grupos de usuários que desejam realizar uma operação, como as bandeiras de cartão de crédito, e

plataformas não transacionais (*non-transaction platforms*), cujo foco não são as transações entre os grupos de usuários por meio da plataforma, mas sim a conexão entre tais grupos, propiciando a aproximação por intermédio da plataforma, como é o caso de plataformas de anúncio digital, como o Microsoft Advertising, que conectam, por meio de anúncios, o consumidor e o anunciante.

Para o antitruste, uma implicação importante e imediata desses modelos de plataforma multilateral é que uma análise precisa do impacto de qualquer decisão de plataforma sobre o bem-estar do consumidor deve levar em conta todos os grupos de clientes interdependentes que a plataforma atende, uma vez que as decisões de negócios que afetam o bem-estar de um grupo de usuários provavelmente afetarão os outros grupos por meio de externalidades de rede indiretas (EVANS; SCHMALENSEE, 2013, p. 11).

Portanto, a dinâmica concorrencial de plataformas multilaterais depende, na teoria e na prática, do número de plataformas que os agentes econômicos individuais de cada lado usam, podendo existir o *multihoming*<sup>7</sup>, das diferenças entre os múltiplos lados no número de plataformas usadas e da capacidade de um agente em um lado para ditar a escolha de uma plataforma para o outro lado (SHAPIRO; VARIAN, 1999, pp. 228-230). Assim, as plataformas multilaterais, ao determinarem os clientes de um lado, promovem as diferenciações horizontal (plataforma *versus* usuário) e vertical (usuário *versus* usuário), afetando a demanda nos outros lados. Dessa forma, por causa dessas interdependências, uma plataforma deve normalmente tomar decisões de diferenciação levando em conta todos os lados que ela serve.

### **2.3. Estruturação de preço**

Por fim, por causa dos efeitos de rede indiretos, há interdependência entre as demandas dos dois lados, e a estrutura de preços é usada para equilibrar a afiliação e o uso dos usuários para maximizar o valor da plataforma. Rochet e Tirole (2006, p. 648) enfatizam que um negócio não é multilateral se os agentes econômicos puderem facilmente derrotar a estrutura de preços através de pagamentos paralelos entre eles mesmos.

---

<sup>7</sup> Segundo Rochet e Tirole (2003, pp. 991-993), *multihoming* são redes de dois lados onde parte dos usuários finais em um ou mais lados conectam com outras plataformas. Assim, o usuário que pratica o *multihoming* pode se beneficiar de dois ou mais serviços de plataformas semelhantes ou complementares, aproveitando da utilidade que cada uma pode oferecer.

A estrutura de preço para os diferentes tipos de agentes econômicos é uma ferramenta importante na solução do problema de coordenação entre os dois lados para capturar o valor das externalidades oriundas dessa relação. Por exemplo, o uso de subsídios, como cupons de descontos aos consumidores, pode aumentar o valor da plataforma multilateral a esse grupo e, conseqüentemente, a restaurantes que terão uma maior base de clientes.

Rochet e Tirole (2006, p. 649) focaram na estrutura de preços na definição de plataformas multilaterais, ao definir que um mercado tem dois ou mais lados se a plataforma puder afetar o volume de transações cobrando mais de um grupo de usuários e reduzindo o preço pago pelo outro grupo por um montante igual. Dessa forma, pela importância da política de preços, as plataformas devem projetá-la de modo a beneficiar todos os grupos de usuários.

Quando a concorrência é imperfeita, os preços de equilíbrio de longo prazo excedem os custos marginais nos modelos tradicionais, mas não necessariamente nos modelos de plataformas multilaterais. Da mesma forma, muitos dos métodos analíticos que são comumente usados em questões concorrenciais, como o teste SSNIP<sup>8</sup> ou modelos para avaliar práticas anticoncorrenciais como venda casada<sup>9</sup>, não se aplicam necessariamente, sem adaptação significativa, a setores com plataformas multilaterais (EVANS; SCHMALENSEE, 2013, p. 4). Dessa forma, serão apresentadas na seção 3, as adaptações sugeridas ao CADE pela doutrina antitruste na análise concorrential de plataformas multilaterais.

### **3. Critérios para a operacionalização da análise antitruste em plataformas multilaterais à luz da jurisprudência do CADE**

É fato que há diferenças entre a análise antitruste de plataformas unilaterais e a de plataformas multilaterais, uma vez que essas últimas podem engajar em práticas anticompetitivas bastante distintas, desconhecidas ou de difícil detecção do que as usualmente verificadas para empresas tradicionais (ROCHET; TIROLE, 2006, pp. 664-665).

---

<sup>8</sup> Conforme leciona William E. Kovacic et. al (2017, p. 671), o teste SSNIP foi primeiro estabelecido no *US Department of Justice Merger Guidelines* de 1982, em que procura identificar um grupo de produtos e uma área geográfica de tal forma que um monopolista hipotético poderia impor um pequeno aumento significativo não-transitório no preço (*small but significant and non-transitory increase in price* – SSNIP), sendo geralmente definido como um aumento de preço de 5% por pelo menos 12 meses. O teste SSNIP é o método mais comum de implementação do teste do monopolista hipotético (TMH) (*Hypothetical Monopolist Test* - HMT).

<sup>9</sup> Segundo Mankiw (2011, p. 365), venda casada, ou *tying*, é uma prática, onde, para comprar um serviço ou produto, o consumidor deve comprar outro serviço ou produto que existe em um mesmo mercado ou não.

Considerando que as decisões da plataforma multilateral de oferta, demanda e preço consideram distintos grupos, eventuais efeitos concorrenciais devem levar em consideração todos esses grupos que transacionam na plataforma. Do contrário, a análise antitruste focada em apenas um dos lados pode levar a erros (KATZ, 2018, p. 122). Para identificar as nuances da análise antitruste de plataformas multilaterais e propor novas abordagens ao CADE, o estudo de operacionalização se dividirá em: (i) definição de mercado relevante; (ii) poder de mercado; (iii) conduta exclusionária; (iv) eficiências; e (v) restrições verticais.

### **3.1. Definição de mercado relevante**

A análise antitruste tradicional de uma conduta anticompetitiva se inicia pela definição do mercado relevante tomando como referência a geografia e o produto, o que serve para identificar o conjunto de agentes econômicos que, de fato, limitam as decisões da entidade sob investigação. A definição de mercado relevante é, portanto, um instrumento de análise e não um fim em si mesmo. Quando definir mercados é um requisito inevitável, primeiro deve-se decidir quantos mercados definir<sup>10</sup>. Dessa forma, uma avaliação da significância do efeito de rede indireto deve ser usada para identificar os mercados que não devem ser tratados como mercados unilaterais tradicionais. Se houver efeitos de rede indiretos, é necessário distinguir se o mercado não for transacional, uma vez que o mercado é multilateral quando o repasse entre usuários finais é, por definição, zero, e se o mercado é transacional, deve-se verificar em que medida os custos da transação ou as restrições estabelecidas pela plataforma limitam a possibilidade de transferência entre dois ou mais lados (FILISTRUCCHI, 2018, p. 40).

Em princípio, a estrutura do teste do monopolista hipotético ainda pode ser usada em mercados de plataformas multilaterais. Por exemplo, onde um único mercado multilateral de transações deve ser definido, um teste SSNIP pode ser usado para identificar o escopo desse mercado, mesmo que um lado enfrente um preço zero. Isso ocorre porque o preço zero é apenas um elemento de uma estrutura de preços que a plataforma define para seu produto principal, ou seja, a transação. Sendo assim, em uma plataforma multilateral transacional,

---

<sup>10</sup> Filistrucchi (2018, p. 40) sugere que um mercado multilateral deve ser definido apenas no caso de plataformas que competem em mercados transacionais. O produto é a transação, e este é o mesmo produto oferecido a cada lado, já que um lado só faz transações se alguém do outro lado fizer transações com ele. Nos casos em que as plataformas competem em mercados que não são transacionais, onde o produto oferecido para cada lado é muito diferente, Rasek e Wismer (2018, p. 62) sugerem que onde o efeito de rede indireto é positivo para apenas um lado faz sentido definir dois mercados inter-relacionados.

deve-se verificar a lucratividade de um aumento no nível de preços, ou seja, a soma dos preços pagos pela transação pelos dois ou mais lados (PIKE, 2018, pp. 15-16).

Em uma plataforma multilateral não transacional, deve-se verificar a lucratividade geral de um aumento de preço em cada lado do mercado que o grupo de usuários participa. Notavelmente, isso significa que as plataformas que não são de transação seriam definidas como concorrentes em um único mercado multilateral e não em dois mercados inter-relacionados. Portanto, um teste SSNIP deve verificar a lucratividade de um aumento de preço em cada lado do mercado, bem como no preço total (FILISTRUCCHI, 2018, pp. 40-41).

Assim, deve-se tomar cuidado para evitar a definição de mercados excessivamente amplos que possam surgir se o hipotético monopolista não garantir que está definindo a estrutura ideal de preços a cada iteração do teste. Quando uma plataforma opera em um único mercado com vários lados e define um preço zero em um lado do mercado, um teste SSNIP pode ser usado, como uma ferramenta conceitual ou, em alguns casos, como um teste aplicando os novos critérios reformulados para o SSNIP. Ademais, quando uma plataforma opera em mercados definidos como inter-relacionados e define um preço zero em um mercado, um teste SSNIP envolveria um aumento infinito de preços e, portanto, um teste SSNDQ<sup>11</sup> pode ser usado (PIKE, 2018, p. 16).

O CADE, quando opta por definir o mercado relevante na análise antitruste, utiliza-se do Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal (Guia H). Portanto, a definição do mercado relevante é subdividida nas dimensões produto e geográfica,<sup>12</sup> em que o TMH é empregado para auxiliar nesse definição equiparando-o ao menor grupo de produtos e à menor área geográfica necessária para que um ofertante único hipotético esteja em condições de impor um SSNIP, o que envolve a avaliação da reação do consumidor ao hipotético aumento de preços. Portanto, na análise de mercados multilaterais, para uma definição de mercado relevante, sugere-se ao CADE a manutenção do teste SSNIP e a adição da aplicação do teste SSNDQ quando possível e apropriado, além da distinção entre mercados

---

<sup>11</sup> Conforme OCDE (2013, p. 9), o teste SSNDQ é apresentado como um enfoque quantitativo na qualidade em relação à definição do mercado. Ele mede o impacto de uma pequena mas significativa redução não transitória da qualidade (*small but significant non-transitory decrease in quality* – SSNDQ) de maneira equivalente a avaliação do aumento do preço pelo teste SSNIP.

<sup>12</sup> O mercado relevante deve ser analisado no caso concreto. Nesse sentido, ver, por exemplo, anexo do Parecer nº 5 da CGAA4 no AC nº 08700.001390/2017-14 (aquisição da Time Warner Inc. pela AT&T Inc.): “Especificamente, com relação a integração vertical, pondera-se que para a definição de Mercado Relevante deve se considerar o nexo de causalidade da Operação. Neste sentido, é oportuno observar as verticalizações preexistentes.”

transacionais e não transacionais para dimensionamento dos efeitos de rede indiretos do caso concreto.

### **3.2. Poder de mercado**

Seguindo a metodologia convencional, após a delimitação do mercado relevante, é necessário identificar se o agente reúne condições para o efetivo exercício do poder de mercado, ou seja, na capacidade do agente econômico de manter seus preços acima do nível competitivo, de forma a aumentar seus lucros, sem perder clientes. Ao medir o poder de mercado de uma plataforma multilateral, é importante reconhecer que os efeitos de rede indiretos podem ampliar as restrições competitivas existentes, além de criar uma barreira à entrada de concorrentes em potencial e aumentar o surgimento de novas restrições competitivas.<sup>13</sup> Portanto, o poder de mercado de uma plataforma multilateral depende de condutas ou acordos pontuais, assim, medir o poder de mercado será específico para a conduta sob investigação (PIKE, 2018, p. 20).

Como primeiro passo, uma avaliação do poder de mercado deve começar com uma sólida compreensão da natureza concorrencial do mercado em consideração. Em seguida, deve-se prosseguir com uma estrutura analítica que leve em consideração quaisquer características importantes decorrentes da multilateralidade do mercado. Uma abordagem razoável e pragmática é começar usando ferramentas padrão para avaliar o poder de mercado de cada lado do mercado separadamente e, em seguida, levar em consideração uma série de evidências que atestem a presença de efeitos de rede indiretos. Qualquer avaliação do poder de mercado deve basear-se em uma avaliação minuciosa das restrições competitivas e, em mercados com vários lados, muitas vezes será necessário usar várias fontes de evidência e sempre considerar a natureza vinculante da demanda (COLLYER, et. al., 2018, p. 74).

Para as ferramentas que medem o poder de mercado com base na capacidade de resposta da demanda, os efeitos de rede indiretos entre plataformas multilaterais precisam ser integrados à análise antitruste desde o início. Por exemplo, dada uma plataforma multilateral

---

<sup>13</sup> Como observou o conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia no PA nº 08012.010483/2011-94 (Google Shopping), caso paradigma da jurisprudência do CADE sobre plataformas multilaterais: "*Os efeitos indiretos de rede presentes nesses segmentos trazem particularidades para a análise. É perfeitamente possível que um agente com poder de mercado pratique preços inferiores ao custo marginal de um dos lados da plataforma, levando a uma conclusão de falso negativo para o poder de mercado. Da mesma forma que a análise do custo superior do outro lado pode levar a um resultado falso positivo. Por essa razão, devem ser consideradas as múltiplas conexões entre todos os lados da plataforma e seus efeitos para a avaliação de suas restrições competitivas.*"

de lados A e B, ao aplicar os índices UPP (ou GUPPI)<sup>14</sup>, a análise deve incluir todo o impacto que um aumento de preço no lado A terá: i) o efeito na demanda dos usuários no lado A; ii) o efeito sobre a demanda dos usuários do lado B; e iii) o efeito no preço no lado B. Esses efeitos podem ser estimados por pesquisa com usuários em cada lado da plataforma, embora as perguntas precisem ser testadas com o público do mercado relevante, por meio de ofícios expedidos por um órgão antitruste, ou também podem ser mensurados a partir de estimativas de demanda que possam ser usadas para simular os efeitos de uma fusão ou para estimar um índice Lerner<sup>15</sup> ajustado (BREKKE, 2018, p. 90).

Nos casos em que estimativas de taxas de desvio e elasticidades não estão disponíveis, pode ser que haja dados de mercado adequados para calcular o índice Lerner ajustado usando dados de lucros, custos fixos e receitas. Onde esses dados estão disponíveis, um índice Lerner generalizado pode ser calculado como: o lucro total da plataforma, mais os custos fixos da plataforma, todos divididos pela receita total da plataforma (PIKE, 2018, pp. 20-21). Como quantificar efeitos de rede indiretos entre plataformas é uma tarefa fundamental para a avaliação de efeitos concorrenciais e de eficiência em casos de plataformas multilaterais, pode ser útil unir esses dois estágios em um único exercício de análise (BREKKE, 2018, pp. 95-96).

Nos casos em que os efeitos de rede indiretos são unidirecionais, ou seja, que ocorrem em um único lado, essa análise preliminar pode ser suficiente para concluir sobre o grau de poder de mercado da plataforma no fornecimento de um produto que não gera efeitos de rede indiretos para o outro lado da plataforma. Onde os produtos geram efeitos de rede indiretos para dois ou mais lados da plataforma, a visão preliminar do poder de mercado da plataforma precisa ser ajustada para refletir os efeitos de rede indiretos em cada lado. Isso requer uma avaliação sobre se esses efeitos aumentam ou diminuem o grau de poder de mercado identificado na avaliação preliminar e se sim, em quanto (PIKE, 2018, p. 21).

---

<sup>14</sup> Segundo Moresi (2010, pp. 7-9), o GUPPI (*Gross Upward Pricing Pressure Index*), baseado na UPP e descrito no *2010 US Horizontal Merger Guidelines*, procura indicar o incentivo de preço ascendente para as partes de uma fusão na ausência de entrada induzida, eficiência e reposicionamento do produto. Já a UPP (*Upward Pricing Pressure*) é uma ferramenta com a qual é possível estimar o risco de uma fusão que origina efeitos unilaterais. A diferença entre as abordagens da UPP e da GUPPI é que a UPP leva em consideração as eficiências, enquanto a GUPPI não. Na prática, as autoridades antitruste, como a *Federal Trade Commission* e a *Competition and Markets Authority* tendem a usar o GUPPI.

<sup>15</sup> Elzinga e Mills (2011, p. 558) explicam que o índice Lerner mede o nível de poder de mercado de uma empresa relacionando o preço de mercado definido por ela ao seu custo marginal. Quando é difícil obter preços exatos ou informações sobre a estrutura de custos da empresa, o índice Lerner usa a elasticidade-preço da demanda para medir o poder de mercado.

Para aferição do poder de mercado, o CADE tem utilizado o *market share* de 20% como parâmetro, conforme o art. 36, § 2º, da Lei 12.529/2011, apesar dessa porcentagem poder ser considerada baixa à luz do direito antitruste comparado. No entanto, considerando as especificidades das plataformas multilaterais, a utilização de tal parâmetro como única fonte de identificação do poder de mercado se torna branda.<sup>16</sup> Portanto, aconselha-se ao CADE a continuidade nos usos de ferramentas padrão para avaliar o poder de mercado de cada lado de um mercado multilateral, porém sugere-se a aplicação dos índices UPP, como já praticado pelo Departamento de Estudos Econômicos (DEE) do CADE,<sup>17</sup> contudo também na análise de mercados multilaterais, que pode contar com o auxílio do índice Lerner ajustado, para que haja a correta estimativa dos impactos dos efeitos de rede indiretos entre plataforma multilaterais na análise do poder de mercado em casos concretos.

### 3.3. Conduta exclusionária

Como nos mercados unilaterais, os efeitos de condutas potencialmente excludentes<sup>18</sup>, como cláusulas de exclusividade ou preços predatórios, devem ser avaliados caso a caso. No entanto, plataformas multilaterais podem exigir mais escrutínio por parte das autoridades antitruste do que mercados unilaterais (PIKE, 2018, p. 24).<sup>19</sup>

A avaliação dos efeitos das cláusulas de exclusividade requer uma estrutura de investigação que explore o impacto das cláusulas nos custos dos rivais e, em seguida, na intensidade da competição em um determinado mercado. Essa estrutura permanece aplicável

---

<sup>16</sup> A conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira, em seu voto no PA nº 08012.010483/2011-94, bem identificou a não razoabilidade na adoção crua do parâmetro de 20% de *market share*: “É notória e significativa a proporção de usuários de serviços de busca do Google no Brasil (conforme dados apresentados pelo Representante, sempre próxima de 90%), e parece ser razoável, em um raciocínio inicial, concluir que a empresa detém posição dominante, considerando que a Lei nº 12.529/2011 define como padrão o patamar de 20% de participação de mercado para a presunção de posição dominante. Entretanto, tal conclusão pode se mostrar precipitada ao desconsiderar peculiaridades do mercado da internet, em especial em mercados de múltiplos lados, como é o caso da Representada.”

<sup>17</sup> Ver, por exemplo, Pareceres do DEE nos AC nº 08700.006444/2016-49 (aquisição da Alesat Combustíveis S.A. pela Ipiranga Produtos de Petróleo S.A.), AC nº 08700.002165/2017-97 (aquisição da Votorantim Siderurgia S.A pela ArcelorMittal) e AC nº 08700.010790/2015-41 (aquisição do HSBC Brasil pelo Bradesco).

<sup>18</sup> Katz (2018, p. 104) explica que condutas exclusionárias geralmente se enquadram em uma de duas categorias: (i) predação, em que, sob uma estratégia predatória, um vendedor oferece aos compradores acordos excessivamente bons para negar negócios aos rivais e enfraquecer suas habilidades de competir; ou (ii) aumento dos custos dos rivais, em que, com estratégias específicas, uma empresa com poder de monopólio pode decidir impor custos adicionais a terceiros em um mercado para fins de exclusão.

<sup>19</sup> Ver, por exemplo, AC nº 08700.004431/2017-16 (Itaú/XP Investimentos) e PA nº 08700.005694/2013-19 (Cade *ex officio* vs. Google), em que um pequeno dano à capacidade de serviços de comparação de preço de captarem usuários pode afetar a plataforma de modo significativo em razão da diminuição de incentivos para anunciantes estarem presentes nela, em uma reação em cadeia resultante dos efeitos de rede do mercado multilateral.

em ambientes de mercados multilaterais. Já a avaliação dos efeitos de preços predatórios geralmente envolve o uso de ferramentas específicas, como testes de preço-custo<sup>20</sup>. Esses testes não devem ser utilizados em mercados multilaterais, uma vez que a avaliação de preços predatórios precisa de uma estrutura que indague em primeiro lugar se o preço supostamente predatório teria sido lucrativo de forma que colacionando esse preço com os práticos pelo mercado, ele não tenha enfraquecido os rivais. Essa análise comparativa pode ser construída estimando elasticidades ou taxas de desvio e removendo quaisquer efeitos substituição<sup>21</sup> do problema de definição de preços da plataforma (KATZ, 2018, p. 109).

Dessa forma, sugere-se ao CADE, em casos concretos envolvendo plataformas multilaterais, a remoção de efeitos substituição para a estimação de taxas de desvios e estimação de elasticidades ao analisar a variância no preço de plataformas multilaterais para verificar se houve ou há a implementação de preços predatórios por plataformas desse tipo ou se as cláusulas de exclusividade geram efeitos negativos no preço final ao consumidor e na competição vertical e horizontal nos múltiplos lados dessas plataformas.

### 3.4. Eficiências

Diante de intensos efeitos de rede indiretos, pode-se esperar que as fusões de plataformas multilaterais gerem eficiência se combinarem diferentes bases de usuários interdependentes e aumentarem a interoperabilidade, havendo, *a priori*, um escopo significativo para que surjam eficiências em fusões de plataformas (PIKE, 2018, pp. 25-26). Para usar ferramentas de simulação a fim de identificar as prováveis eficiências de uma fusão para os diferentes grupos de usuários da plataforma, as agências antitruste precisarão de uma estimativa dos efeitos de rede indiretos. Pesquisas ou estimativas de demanda podem ser usadas para gerar essas estimativas, como na avaliação de efeitos competitivos. Operacionalmente, pode haver vantagens em executar as avaliações de efeitos competitivos e de eficiência como uma avaliação de efeitos únicos nos casos em que a natureza multilateral do mercado é incontestável (SHELANSKI, 2018, p. 193).

---

<sup>20</sup> Fayne et. al. (2016, p. 1) explicam que o teste de preço-custo trata descontos como *a priori* legais se o preço efetivo líquido do produto ou serviço em análise permaneça acima de alguma “medida apropriada” do custo do serviço ou produto. Embora o teste não tenha recebido nenhuma formulação detalhada ou rígida, a ideia principal é clara o suficiente: se um fornecedor cujo preço líquido contestado permanece igual ou superior ao custo do serviço ou produto, o fornecedor não está engajado em práticas concorrenciais.

<sup>21</sup> Segundo Mankiw (2011, p. 450), efeito substituição é a taxa que mede a variação no consumo resultante de uma mudança de preço, movendo o consumidor ao longo de uma determinada curva de indiferença para um ponto com uma nova taxa marginal de substituição.

Assim como nos efeitos competitivos, existe o risco de que as eficiências geradas em outro lado do mercado sejam perdidas se a natureza multilateral da plataforma não for reconhecida. No entanto, conforme abordado na discussão sobre definição de mercado, a eficiência ou efeitos anticoncorrenciais em outros lados do mercado serão relevantes sempre que os efeitos de rede indiretos forem significativos. Portanto, há um amplo consenso de que as ferramentas econométricas padrões para avaliar a eficiência não precisam ser alteradas, podendo continuar a serem usadas em mercados multilaterais (PIKE, 2018, p. 26).

A Lei nº 12.529/2011 estabelece, em seu art. 88, § 6º, que o CADE deve aplicar o critério do efeito líquido não-negativo, ou seja, comparando os benefícios específicos resultantes da realização do AC e os potenciais prejuízos para o bem-estar dos consumidores advindos da eliminação de concorrência. O Guia H do CADE, por exemplo, considera que para que as eficiências possam ser consideradas na análise de um ato de concentração, elas devem ser: (i) prováveis, (ii) quantificáveis, (iii) específicas da operação, (iv) repassadas ao consumidor, pelo menos em parte relevante, devendo ser alcançadas apenas em decorrência da operação. Tais eficiências podem se dar sob a forma de economias de escala, de escopo, da introdução de inovações eficientes, de externalidades positivas ou eliminação de externalidades negativas e da compensação na geração de um determinado poder de mercado (CADE, 2016, pp. 46-47).<sup>22</sup> Assim, observa-se que o escopo de definição e a análise de eficiências realizados pelo CADE permitem a aferição dos impactos positivos dos efeitos de rede indiretos, não necessitando de adaptações para a análise de mercados multilaterais.

### **3.5. Restrições verticais**

A avaliação dos efeitos das restrições verticais requer uma estrutura de investigação que principalmente identifique a natureza e o escopo da restrição e se é vinculativa; que explore o efeito da restrição nos incentivos de plataformas no mercado multilateral em análise; e que considere as possíveis respostas a qualquer mudança de comportamento (PIKE, 2018, p. 28).

Como essa estrutura é ampla e cada análise deve ser adaptada aos fatos do caso, ela permanece aplicável em um cenário de mercado multilateral. Portanto, em princípio, as

---

<sup>22</sup> Ver, por exemplo, voto do à época Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo no AC nº 08700.001390/2017-14: “[...]a Superintendência analisou a possibilidade de a integração vertical gerar redução de custos de transação. Entretanto, conclui que as eficiências alegadas pelas Requerentes são pouco prováveis e não foram quantificadas, bem como não foi demonstrado de que forma elas seriam específicas da operação e compartilhadas com o consumidor brasileiro.”

ferramentas usadas não precisam ser alteradas. Nos casos em que os efeitos de rede indiretos são fortes, o uso de restrições verticais por plataformas multilaterais pode, em alguns casos, ser necessário para impedir o *freeriding*<sup>23</sup> e, portanto, o desvio da plataforma. Onde o *freeriding* representa uma ameaça à viabilidade da plataforma, parece haver um escopo significativo para que as restrições verticais gerem eficiência. As agências antitruste devem, portanto, considerar cuidadosamente o escopo da análise de eficiência em mercados multilaterais a fim de evitar um resultado errôneo quando investigar uma possível restrição vertical (KATZ, 2018, p. 121).

Para o CADE, em mercados verticalizados, a detenção de poder de mercado no mercado a montante tem sido suficiente para demonstrar a capacidade do agente dominante praticar uma conduta anticompetitiva nas situações em que concorre com players não-verticalizados no mercado a jusante,<sup>24</sup> sendo o art. 36 da Lei nº 12.529/2011 claro em dispensar a ocorrência de culpa ou dolo para configuração de uma violação legal. Dessa forma, constata-se que o bojo normativo e as ferramentas para identificação de restrições verticais não necessitam de alteração na análise de plataformas multilaterais, mas que devem observar a existência ou não de efeitos de rede indiretos a fim de identificar possíveis eficiências.

#### 4. Conclusão

O estudo conclui que, para operacionalização da análise antitruste que envolva plataformas multilaterais, necessariamente deve-se examinar a presença de efeitos de rede indiretos e, havendo a interdependência entre as demandas de diferentes grupos, de que forma a estrutura de preços empregada por esse tipo de plataforma é usada para equilibrar a relação entre os seus diferentes grupos e maximizar a utilidade marginal para cada usuário. Desse modo, torna-se imprescindível a análise de diferentes grupos de usuários de plataformas multilaterais para a constatação da necessidade da interdependência, a fim de caracterizar a plataforma em análise como facilitadora da interação entre esses diferentes grupos e solucionadora do problema de coordenação e de alto custo de transação.

---

<sup>23</sup> Segundo Baumol (1952, p. 13), o problema do *free-rider* é um tipo de falha de mercado que ocorre quando aqueles que se beneficiam de recursos, bens públicos ou serviços de natureza comunitária não pagam por eles.

<sup>24</sup> Entendimento do conselheiro à época Paulo Paulo Burnier da Silveira demonstrado por meio de seu voto no PA nº 08012.010483/2011-94.

Quanto à análise comparada entre as doutrinas antitruste recentes e a jurisprudência do CADE, constata-se que, de fato, a atuação do CADE se mostra moderna e eficiente, afirmação que é comprovada no precedente paradigma do Google Shopping (PA nº 08012.010483/2011-94) presente na jurisprudência do CADE sobre plataformas multilaterais. No entanto, em busca do aprimoramento da análise antitruste da autarquia, sugere-se: (i) na definição de mercado relevante, a manutenção do teste SSNIP, e a adição da aplicação do teste SSNDQ quando possível e apropriado, além da distinção entre mercados transacionais e não transacionais para dimensionamento dos efeitos de rede indiretos do caso concreto; (ii) a aplicação dos índices UPP junto ao índice Lerner ajustado para a mensuração do poder de mercado; (iii) a remoção de efeitos substituição para a estimação de taxas de desvios e estimação de elasticidades ao analisar a variância no preço de plataformas multilaterais para a identificação de possíveis condutas exclusionárias; e (iv) a constatação de existência ou não de efeitos de rede indiretos a fim de identificar possíveis eficiências em mercados multilaterais.

### **Referências bibliográficas**

ARNOLD, Roger A. Economics. **Ohio: Thomson Higher Education**, 8ª edição, p. 580, 2008.

BAUMOL, William. Welfare Economics and the Theory of the State. **Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press**, 1952.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. **Diário Oficial da União, 01 de dezembro de 2011, Seção 1, p. 1**, 2011. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)>. Acesso em: 13 de fevereiro de 2019.

BREKKE, Kurt R. Part III. Measuring market power in multi-sided markets. **In: OECD. Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms**, 2018. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/Rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms-2018.pdf>>. Acesso em: 15 de julho de 2019.

CADE. Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal. **Assessoria de Comunicação Social do CADE**, 2016. Disponível em <[www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf)>. Acesso em: 13 de setembro de 2019.

EISENMANN, Thomas; PARKER, Geoffrey; VAN ALSTYNE, Marshall W. Strategies for two-sided markets. **Harvard Business Review**, v. 84, n. 10, p. 92, 2006.

ELZINGA, Kenneth G.; MILLS, David E. The Lerner index of monopoly power: origins and uses. **American Economic Review**, v. 101, n. 3, p. 558-564, 2011.

EVANS, David S. The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets. **Yale Journal on Regulation**: Vol. 20: Iss. 2, Article 4, p. 336, 2003. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.yale.edu/yjreg/vol20/iss2/4>>. Acesso em: 10 de agosto de 2019.

\_\_\_\_\_; SCHMALENSEE, Richard. The industrial organization of markets with two-sided platforms. **National Bureau of Economic Research**, 2005.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. Failure to launch: Critical mass in platform businesses. **Review of Network Economics**, v. 9, n. 4, 2010. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/10127995.pdf>>. Acesso em: 15 de janeiro de 2019.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. The antitrust analysis of multi-sided platform businesses. **National Bureau of Economic Research Working Paper 18783**, 2013. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w18783>>. Acesso em: 09 de janeiro de 2019.

FAYNE, Kelly S., et. al. Narrowing the Gap for the Price-Cost Test: Lessons From Eisai v. Sanofi-Aventis. **Antitrust & Trade Regulation Report**, 110, 2016. Disponível em <[www.lw.com/thoughtLeadership/bna-narrowing-the-gap-price-cost-test](http://www.lw.com/thoughtLeadership/bna-narrowing-the-gap-price-cost-test)>. Acesso em: 20 de agosto de 2019.

FILISTRUCCHI, Lapo. Part II. Market definition in multi-sided markets. **In: OECD. Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms**, 2018. Disponível em:

<<https://www.oecd.org/daf/competition/Rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms-2018.pdf>>. Acesso em: 12 de julho de 2019.

HAGIU, Andrei. Strategic Decisions for Multisided Platforms. **MIT Sloan Management Review**, v. 55, n. 2, p. 71, 2014.

\_\_\_\_\_; WRIGHT, Julian. Multi-sided platforms. *International Journal of Industrial Organization*, v. 43, p. 162-174, 2015.

KATZ, Michael L. Part IV. Exclusionary conduct in multi-sided markets. **In: OECD. Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms**, 2018. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/Rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms-2018.pdf>>. Acesso em: 24 de junho de 2019.

KOVACIC, William E., et. al. Antitrust Law in Perspective: Cases, Concepts and Problems in Competition Policy. **American Casebook Series**, 3rd ed., 2017.

MANKIW, Gregory N. Principles of microeconomics. **New Delhi: Cengage Learning**, 6th edition, 2011.

MORESI, Serge. The use of upward price pressure indices in merger analysis. **The Antitrust Source**, v. 9, n. 3, 2010.

OCDE. The Role and Measurement of Quality in Competition Analysis. **Directorate For Financial And Enterprise Affairs Competition Committee**, 2013. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/Quality-in-competition-analysis-2013.pdf>>. Acesso em: 12 de junho de 2019.

PIKE, Chris. Part I. Introduction and key findings. **In: OECD. Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms**, 2018. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/Rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms-2018.pdf>>. Acesso em: 12 de agosto de 2019.

RAZEK, Arno; WISMER, Sebastian. Part II. Market definition in multi-sided markets. **In: OECD. Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms**, 2018. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/Rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms-2018.pdf>>. Acesso em: 28 de agosto de 2019.

ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. Platform competition in two-sided markets. **Journal of the European Economic Association**, v. 1, n. 4, p. 990-1029, 2003.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. Two sided markets: a progress report. **The RAND Journal of Economics**, v. 37, n. 3, p. 645-667, 2006.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. Competition policy in two-sided markets. **Handbook of Antitrust Economics**, p. 543-582, 2008.

SHAPIRO, Carl; VARIAN, Hal R. Information rules: a strategic guide to the network economy. **Harvard Business School Press**, 1999.

SHELANSKI, Howard, et. al. Part V. Network effects and efficiencies in multi-sided markets. **In: OECD. Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms**, 2018. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/Rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms-2018.pdf>>. Acesso em: 23 de abril de 2019.

WRIGHT, Julian. One-sided logic in two-sided markets. **Review of Network Economics**, v. 3, n. 1, 2004.



## A ATUALIZAÇÃO DOS DÉBITOS JUDICIAIS TRABALHISTAS NA VISÃO DO STF

*Ives Gandra da Silva Martins Filho*  
Ministro do TST

A mais recente decisão de nossa Suprema Corte em matéria laboral, proferida ao término do ano judiciário de 2020, versando sobre a atualização dos créditos judiciais trabalhistas, surpreendeu a muitos, mas apenas àqueles que não souberam ver o sinal dos tempos nas decisões precedentes do Pretório Excelso em matéria de correção de débitos judiciais.

O presente e singelo artigo tem por escopo justamente mostrar a sinalização do STF na decisão que serviu de base para o TST firmar sua jurisprudência quanto à correção monetária, mas não captada em sua integralidade pela Corte Laboral, o que explica a cassação do entendimento do TST pelo STF na decisão que ora comentamos, inclusive quanto à sua extensão.

Com efeito, nosso Pretório Excelso, quando se debruçou sobre a matéria, em sede de precatórios (ADI 4425, Red. Min. Luiz Fux, julgada em 14/03/13), fixou, já na ementa, o entendimento de que:

*“5. A atualização monetária dos débitos fazendários inscritos em precatórios segundo o índice oficial de remuneração da caderneta de poupança viola o direito fundamental de propriedade (CF, art. 5º, XXII) na medida em que é manifestamente incapaz de preservar o valor real do crédito de que é titular o cidadão. A inflação, fenômeno tipicamente econômico-monetário, mostra-se insuscetível de captação apriorística (ex ante), de modo que o meio escolhido pelo legislador constituinte (remuneração da caderneta de poupança) é inidôneo a promover o fim a que se destina (traduzir a inflação do período)”.*

Mas na mesma assentada, estabeleceu também que:

*“6. A quantificação dos juros moratórios relativos a débitos fazendários inscritos em precatórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança vulnera o princípio constitucional da isonomia (CF, art. 5º, caput) ao incidir sobre débitos estatais de natureza tributária, pela discriminação em detrimento da parte processual privada que, salvo expressa determinação em contrário, responde pelos juros da mora tributária à taxa de 1% ao mês em favor do Estado (ex vi do art. 161, §1º, CTN). Declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução da expressão “independentemente de sua natureza”, contida no art. 100, §12, da CF, incluído pela EC nº 62/09, para determinar que, quanto aos precatórios de natureza tributária, sejam aplicados os mesmos juros de mora incidentes sobre todo e qualquer crédito tributário”.*

Ou seja, o Supremo estabeleceu critérios para ambos os elementos componentes da recomposição dos débitos judiciais, que são os juros e a correção monetária: a correção monetária em face do direito de propriedade e os juros em face do princípio da isonomia. Isso porque ambos os elementos estão umbilicalmente ligados, quando se trata de estabelecer uma relação de equilíbrio entre as relações de credor e devedor, nas hipóteses de compensação de precatórios com créditos tributários, admitidos pela EC 62/09.

Ora, a *ratio decidendi* das ADIs 4.357, 4.372, 4.400 e 4.425 e AC 3.764 MC-DF, julgadas em conjunto quanto à inconstitucionalidade do § 12 do art. 100 da CF, é que norteou o julgamento, pelo TST, da ArgInc-479-60.2011.5.04.0231 (Rel. Min. Cláudio Brandão, DEJT de 14/08/15), no qual o Pleno do TST, por maioria, decidiu declarar a inconstitucionalidade, por



arrastamento, da parte do art. 39 da Lei 8.177/91, que respaldava a utilização da Taxa Referencial (TR) para atualização dos débitos judiciais trabalhistas, e definir a variação do Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) como fator de atualização a ser utilizado na tabela de atualização monetária dos débitos trabalhistas na Justiça do Trabalho.

O que o TST não se deu conta, naquela oportunidade, é que a isonomia entre os juros aplicados para os créditos tributários (CTN, art. 161, § 1º) e os créditos trabalhistas (Lei 8177/91), de 1% ao mês, que justificaria não se mexer nesse parâmetro, era aparente, dada a redação dos dispositivos que tratam da matéria nos dois âmbitos e sua aplicação na prática. Assim, temos:

*“Art. 39. Os débitos trabalhistas de qualquer natureza, quando não satisfeitos pelo empregador nas épocas próprias assim definidas em lei, acordo ou convenção coletiva, sentença normativa ou cláusula contratual sofrerão juros de mora equivalentes à TRD acumulada no período compreendido entre a data de vencimento da obrigação e o seu efetivo pagamento.*

*§ 1º Aos débitos trabalhistas constantes de condenação pela Justiça do Trabalho ou decorrentes dos acordos feitos em reclamatória trabalhista, quando não cumpridos nas condições homologadas ou constantes do termo de conciliação, serão acrescidos, nos juros de mora previstos no caput, juros de um por cento ao mês, contados do ajuizamento da reclamatória e aplicados pro rata die, ainda que não explicitados na sentença ou no termo de conciliação” (Lei 8.177/91).*

*“Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.*

*§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês” (CTN).*

Ora, antes da Lei 13.467/17, da reforma trabalhista, que tratou especificamente da correção monetária e colocou expressamente o índice como sendo a TR, base legal para a correção monetária era a mesma dos juros, ou seja, o art. 39 da Lei 8.177/91. Tanto que foi precisamente esse o dispositivo tido por inconstitucional pelo TST. No entanto, quanto aos créditos tributários, a redação do art. 161, § 1º, do CTN, tem os juros de 1% ao mês como solução provisória e residual, quando não regulada a matéria pelas diversas esferas federativas.

Assim, na prática, tanto a União (Lei 9.065/95), como Estados e Municípios têm dotado a Taxa SELIC (Sistema Especial de Liquidação de Custódia) como indexador dos créditos tributários, a qual engloba juros e correção monetária. Ora, para se ter uma ideia da diferença entre as taxas, para o ano de 2018, a TR foi zerada, o IPCA-e ficou em 3,75% e a SELIC ficou em 6,5%, isto porque, repita-se, a Selic já traz incorporados os juros.

Nesse contexto, o TST também começou a enfrentar a inconstitucionalidade do art. 879, § 7º, da CLT, que estabelecia a TR como taxa de correção monetária dos créditos judiciais trabalhistas (ArgInc-24059-68.2017.5.24.0000, Rel. Min. Delaíde Miranda Arantes), interrompido pela suspensão dos processos relativos à correção monetária dos débitos trabalhistas por despacho do Min. Gilmar Mendes na ADC 58.

Ora, o que havia de comum entre os votos do Min. Cláudio Brandão e da Min. Delaíde Arantes era: a) remissão à ADI 4425 do STF como fundamento para respaldar a inconstitucionalidade da TR como fator de correção monetária dos débitos judiciais trabalhistas; b) a substituição da TR pelo IPCA-e; c) não se mexer nos juros de 1% ao mês, ainda que, na decisão do Pleno do TST de 2015, a inconstitucionalidade decretada dissesse respeito ao art. 39 da Lei 8.177/91, que não fala expressamente de correção monetária, mas apenas de juros.



Em seu voto, o Min. Gilmar Mendes incluiu tabelas comparativas para demonstrar como, mesmo utilizando a TR como índice de correção monetária, o crédito trabalhista era o melhor remunerado frente a todos os demais créditos judiciais (tributários, verbas de servidores públicos, benefícios previdenciários e condenações cíveis), justamente por contar com juros de mora de 1% ao mês. Considerando o ano de 2019, com a TR zerada, os demais teriam uma atualização máxima de 4,93% pela Selic (pois o STJ considera *bis in idem* a aplicação de índice de correção monetária além da Selic, que já alberga a correção monetária além dos juros), enquanto os trabalhistas teriam a atualização de 12% em face dos juros mensais de 1%. Com a decisão do TST sobre o IPCA-e, a conta iria para quase 14% (13,91%).

Ou seja, o STF, com a decisão na ADI 4425, somada à fixação de tese para o Tema de repercussão geral 810 e tomando-se em conta o ano de 2019, já havia elevado, na prática, a remuneração dos créditos judiciais em geral, de 3,31% (juros e correção da poupança) para 4,93% (Taxa Selic), conforme tabelas do referido voto, enquanto o TST elevava tal atualização do patamar de 12% para 14%, destoando totalmente do que seria o razoável. E nem se diga que o crédito trabalhista é privilegiado, pois também o tributário e o previdenciário o são. Aqui teríamos um superprivilégio dos créditos trabalhistas.

Assim, a decisão final do STF na referida ação declaratória de constitucionalidade, em voto conjunto com a ADC 59 e ADIs 5867 e 6021, teve como dispositivo:

*“Ante o exposto, julgo parcialmente procedentes as ações diretas de inconstitucionalidade e as ações declaratórias de constitucionalidade, para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 879, §7º, e ao art. 899, §4º, da CLT, na redação dada pela Lei 13.467, de 2017. Nesse sentido, há de se considerar que à atualização dos créditos decorrentes de condenação judicial e à correção dos depósitos recursais em contas judiciais na Justiça do Trabalho deverão ser aplicados, até que sobrevenha solução legislativa, os mesmos índices de correção monetária e de juros vigentes para as hipóteses de condenações cíveis em geral, quais sejam a incidência do IPCA-E na fase pré-judicial e, a partir da citação, a incidência da taxa SELIC (art. 406 do Código Civil)”* (julgado em 18/12/20, vencidos os Min. Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio).

A decisão majoritária da Suprema Corte teve a virtude de equalizar a atualização de todos os débitos judiciais, qualquer que seja a sua natureza, trabalhista, administrativa, tributária, previdenciária ou cível, não se justificando o superprivilégio que se buscava para o crédito judicial trabalhista.

Como a decisão da Suprema Corte se deu em controle concentrado de constitucionalidade das leis, em que se discute a constitucionalidade da lei em tese e não para o caso concreto, não há de se cogitar de julgamento *extra petita* ou *reformatio in pejus*.

A parte final do voto condutor da decisão, do Min. Gilmar Mendes, deixou claro os parâmetros de aplicação da decisão:

*“Desse modo, para evitarem-se incertezas, o que ocasionaria grave insegurança jurídica, devemos fixar alguns marcos jurídicos. Em primeiro lugar, são reputados válidos e não ensejarão qualquer rediscussão (na ação em curso ou em nova demanda, incluindo ação rescisória) todos os pagamentos realizados utilizando a TR (IPCA-E ou qualquer outro índice), no tempo e modo oportunos (de forma extrajudicial ou judicial, inclusive depósitos judiciais) e os juros de mora de 1% ao mês, assim como devem ser mantidas e executadas as sentenças transitadas em julgado que expressamente adotaram, na sua fundamentação ou no dispositivo, a TR (ou o IPCA-E) e os juros de mora de 1% ao mês.*

*Por outro lado, os processos em curso que estejam sobrestados na fase de conhecimento (independentemente de estarem com ou sem sentença, inclusive na fase recursal) devem ter aplicação, de forma retroativa, da taxa Selic (juros e correção*



*monetária), sob pena de alegação futura de inexigibilidade de título judicial fundado em interpretação contrária ao posicionamento do STF (art. 525, §§ 12 e 14, ou art. 535, §§ 5º e 7º, do CPC).*

*Igualmente, ao acórdão formalizado pelo Supremo sobre a questão dever-se-á aplicar eficácia erga omnes e efeito vinculante, no sentido de atingir aqueles feitos já transitados em julgado desde que sem qualquer manifestação expressa quanto aos índices de correção monetária e taxa de juros (omissão expressa ou simples consideração de seguir os critérios legais)”.  
Sistematizando a decisão, temos 4 situações distintas, com a modulação levada a cabo pela Suprema Corte na mesma assentada:*

1) débitos trabalhistas judiciais ou extrajudiciais já pagos – serão mantidos os critérios com os quais foram pagos (TR ou IPCA-e + juros de 1% ao mês);

2) processos transitados em julgado COM definição dos critérios de juros e correção monetária – observar-se-ão esses critérios (TR ou IPCA-e § juros de 1% ao mês);

3) processos transitados em julgado SEM definição dos critérios de juros e correção monetária – atualização e juros pela Taxa SELIC (que já engloba os dois fatores);

4) processos em curso – – IPCA-e + juros equivalentes à TR acumulada (Lei 8.177/91, art. 39) para o período pré-processual, e Taxa SELIC (englobando juros e correção monetária) para o período processual.

No caso da fase pré-processual, os juros continuam sendo os previstos no “caput” do art. 39 da Lei 8.177/91, pois apenas o § 1º do referido artigo trata da fase processual.

Em suma, a SELIC não substitui apenas a TR da correção monetária, mas também a TR dos juros, pois os engloba. Aqui residiu o desbordar dos limites da razoabilidade nas decisões da Justiça do Trabalho, que conduziu à equalização de critérios de atualização de débitos judiciais de todo o Judiciário: pinçar da decisão da ADI 4425 aquilo que dizia respeito à correção monetária, buscando privilegiar ainda mais o crédito judicial trabalhista, olvidando que a decisão do STF enfrentou também a questão dos juros de mora, umbilicalmente a ela ligada, tanto no acórdão do STF quanto no art. 39 da Lei 8.177/91, objeto também da ADC 58, ajuizada pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro.

Ao pensar nessa relação indissociável entre a correção monetária e os juros como elementos de um sistema equilibrado de compensação pelo não pagamento a tempo das obrigações contratuais, tal como congeminados na Taxa Selic, concluo estas linhas lembrando do que Chesterton escreveu em seu “Ortodoxia” no capítulo sobre “O Suicídio do Pensamento”: “Com um puxão demorado e constante, tentamos tirar a mitra da cabeça do pontífice; e a cabeça dele veio junto com a mitra”.



## IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E TRANSAÇÃO

*Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch<sup>1</sup>*

*Guilherme Pupe da Nóbrega<sup>2</sup>*

**Introdução. 1. O tema, ontem. 2. O tema, hoje. 3. O tema, amanhã.  
Conclusão. Referências.**

**RESUMO:** Este texto aborda a questão da transação em sede de improbidade administrativa, enfrentando o passado recente que cercou o tema, o momento atual por ele vivido e, finalmente, traçando um prognóstico sobre o tratamento futuro a ser emprestado ao assunto.

**Palavras-chave:** improbidade administrativa; transação; indisponibilidade; Lei n. 8.429/1992; Lei n. 13.964/2019; Projeto de Lei n. 10.887/2018.

### INTRODUÇÃO

A questão da (im)possibilidade de transação em sede de direito sancionador, particularmente no âmbito de regência material da improbidade administrativa, perpassa os tempos.

Se antes a indisponibilidade do interesse público recebia uma leitura inflexível, parece ter havido um amadurecimento cada vez maior da visão de que aquele mesmo interesse observa meios mais eficientes e eficazes de resguardo, sendo a composição um deles.

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela USP. Professor de Direito Público. Sócio-fundador de Mudrovitsch Advogados. Integrou a Comissão de Juristas instituída para elaboração de anteprojeto da nova lei de improbidade administrativa.

<sup>2</sup> Doutorando em Direito pelo IDP. Professor de Direito Processual Civil. Sócio em Mudrovitsch Advogados.



Neste escrito, propomo-nos a enfrentar o passado recente e o contexto atual que envolvem o tema da transação em improbidade administrativa, para, a partir disso, pretender divisar os próximos capítulos da história.

## 1. O TEMA, ONTEM

A regência original da improbidade administrativa lançou, na literalidade do artigo 17, § 1º, da Lei n. 8.429/1992, disposição contundente: “*é vedada a transação, acordo ou conciliação*”. O contexto mais recente, contudo, já não convidava a que se placitasse a norma acriticamente, sem que a se pusesse em dúvida.

Isso porque o indigitado dispositivo foi cunhado ainda em 1991 — há quase três décadas, portanto —, quando a conjuntura jurídica, política e social de combate aos atos ímprobos era completamente diversa do atual. Bem ilustra esse asserto a exposição de motivos da aludida Lei n. 8.429/1992<sup>3</sup>, subscrita pelo então Ministro da Justiça, Jarbas Passarinho, que guindava o diploma a parte integrante de um “*processo de modernização do País*”.

Dali em diante, sem embargo, o ordenamento nacional passou gradativamente a abandonar o dogma de uma impossibilidade absoluta de transação em demandas integradas pela Administração Pública e tendo por objeto direto ou indireto seu patrimônio.

Esse movimento, influenciado sobretudo pelas técnicas de justiça penal consensual inauguradas pela Lei n. 9.099/1995 (notadamente, a transação penal e a suspensão condicional do processo), teve como fase importante a aprovação das Leis n. 12.846/2013 e 12.850/2013, que, junto à Lei n. 8.429/1992, compõem o microsistema de combate a atos lesivos à Administração Pública e regulamentam, respectivamente, os acordos de leniência e de colaboração premiada.

Na seara processual civil, a Lei n. 13.105/2015, aplicável subsidiariamente ao procedimento especial da ação de improbidade por força do artigo 318, parágrafo único, e de entendimento jurisprudencial ainda anterior<sup>4</sup>, estabeleceu em seu artigo 3º, § 3º, que “*a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos*

---

<sup>3</sup> Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1992/lei-8429-2-junho-1992-357452-exposicao-demotivos-149644-pl.html>

<sup>4</sup> REsp 1.098.669/GO, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, DJe 12-11-2010.



*deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.*

Na moderna quadra do Direito Administrativo não foi diferente: a noção de uma espécie intangível de indisponibilidade do interesse público tem sido gradativamente atenuada, não sendo mais possível conceber uma supremacia “*sobre o privado como sendo óbvia, evidente ou mesmo inerente ao sistema jurídico.*”<sup>5</sup>

Essa verdadeira mudança de paradigma repercutiu na resolução de disputas, como testemunham Tomás-Ramón Fernández e Garcia de Enterría ao tratar da chamada Administração concertada: “*A Administração renunciaria ao emprego de seus poderes com base na imperatividade e unilateralidade, aceitando realizar acordos com os particulares destinatários da aplicação concreta desses poderes, ganhando assim uma colaboração ativa dos administrados (...).*”<sup>6</sup>

Daí as mudanças, no campo legislativo, introduzidas pelo artigo 23-A da Lei n. 8.897/1995 (criando a possibilidade do “*emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato [de concessão], inclusive a arbitragem*”), cuja *ratio* foi reproduzida mais tarde pelos artigos 11, III, da Lei de Parceria Público-Privada (n. 11.079/2014) e 31, § 4º, da Lei n. 13.448/2017 e reafirmada pelas Leis n. 13.129 e n. 13.140, ambas de 2015.

A “*disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais não encontra correlação com a disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público*”.<sup>7</sup> Foi perdendo campo, assim, visão retrógrada a relacionar o resguardo ao interesse público indissociavelmente ao poder de império estatal.

Ao longo desse processo, naturalmente, os fatos se impuseram, repercutindo na valoração jurídica impregnada na norma; na lição de Reale, “*o Direito se caracteriza por sua estrutura tridimensional, na qual fatos e valores se dialetizam, isto é, obedecem a um processo dinâmico*”<sup>8</sup>. Mercê dessa interação, o significante-dispositivo, inobstante

---

<sup>5</sup> Carlos Henrique da Costa Leite *apud* MARTINS, André Chateaubriand. Arbitragem e Administração Pública em CAHALI, Francisco José *et al.* *Arbitragem: Estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26.05.2015*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 74.

<sup>6</sup> FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 1999, p. 661.

<sup>7</sup> ZAKIA, José Victor Palazzi. *Um panorama geral da reforma da Lei de Arbitragem: o que mudou com a Lei Ordinária n. 13.129/2015*. In: Revista Brasileira de Arbitragem. N. 51, jul-set.2016, p. 41. Em sentido idêntico, ver MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Arbitragem nos Contratos Administrativos*. RDA 218:84, jul./set., 1997.

<sup>8</sup> REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 67.



inalterado, foi vindo mudar seu significado-normativo, notadamente à luz de uma interpretação sistemática do ordenamento, que, aliás, guiou decisão emanada do Juízo da 5ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba/PR<sup>9</sup>:

O art. 17, §1º, da Lei 8.429/92 veda a “transação, acordo ou conciliação” nas ações de improbidade administrativa. Se em 1992, época da publicação da Lei, essa vedação até se justificava tendo em vista que estávamos engatinhando na matéria de combate aos atos ímprobos, hoje, em 2015, tal dispositivo deve ser interpretado de maneira temperada.

Isso porque, se o sistema jurídico permite acordos com colaboradores no campo penal, possibilitando a diminuição da pena ou até mesmo o perdão judicial em alguns casos, não haveria motivos pelos quais proibir que o titular da ação de improbidade administrativa, no caso, o MPF pleiteie a aplicação de recursos semelhante na esfera cível.

O tema também já foi esgrimido na doutrina, merecendo abordagem de Fredie Didier Jr. e Daniela Bomfim<sup>10</sup> já reconheceram a incompatibilidade do artigo 17, § 1º, da Lei n. 8.429/1992 com o atual ordenamento jurídico:

O art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/1992 proíbe expressamente “transação, acordo ou conciliação” no processo de improbidade administrativa. Ele fora, oportunamente, revogado pela Medida Provisória nº 703/2015. Sucede que a MP caducou, em maio de 2016, pela não apreciação dela pelo Congresso Nacional.

Mas isso não é obstáculo a que se reconheça a possibilidade de autocomposição no processo da ação de improbidade administrativa. O §1º do art. 17 da Lei nº 8.429/1992 já estava obsoleto.

Importaria, nada obstante, identificar por que via legitimar o afastamento do § 1º do artigo 17, eis que não declarado inconstitucional.

## 2. O TEMA, HOJE

A solução ao dilema que concluiu o tópico anterior seria a seguinte: dada a antinomia aparente entre aquele § 1º do artigo 17 da Lei n. 8.429/1992 e o artigo 36, § 4º, da Lei n. 13.140/2015, prevaleceria a máxima *lex posteriori derogat legi priori*, positivada pelo artigo 2º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

<sup>9</sup> Autos do processo n. 5006717-18.2015.4.04.7000/PR.

<sup>10</sup> DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela. *A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa*. Revista de Direito Administrativo & Constitucional. Ano 17, n. 67, (jan./mar. 2017). Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 116.



É que a incompatibilidade entre o mencionado artigo 17, § 1º, e o ordenamento produziu, é certo, diversas incongruências: *e.g.*, a possibilidade de transação prévia (termo de ajustamento de conduta), mas não no curso da ação; ou a necessidade de que a ação de improbidade prossiga, ainda que com efeitos meramente declaratórios, frente à celebração de leniência. Porém, talvez seja o citado artigo 36, § 4º que forneça o estado da arte dessa discrepância, passível, pois, de ser eleito como paradigma normativo de evidenciação da incompatibilidade a conduzir à revogação tácita.

Seja como for, o ponto não escapou ao projeto de alteração da Lei n. 8.429/1992 (Projeto de Lei n. 10.887/2018), por meio do qual se propôs a previsão cabal da possibilidade de soluções consensuais entre as partes envolvidas. De mais interessante, destacamos na proposta o integral ressarcimento do dano e a reversão à pessoa lesada da vantagem indevidamente obtida, o que esvazia ainda mais uma visão ortodoxa da indisponibilidade do interesse público, e homologação do acordo pelo órgão competente para apreciar as promoções de arquivamento do inquérito civil (as chamadas Câmaras de Coordenação e Revisão).

Tamanha a urgência a que se pusesse fim a qualquer dúvida, a Lei n. 13.964/2019, antecipando-se ao Projeto de Lei n. 10.887/2018, acabou por alterar a redação do artigo 17 da Lei n. 8.429/1992 — sobre a referida proposição legislativa, originada do Projeto de Lei do Senado n. 166/2018 (Projeto de Lei n. 6.341/2019 na Câmara dos Deputados), aliás, cabe uma digressão.

É que a proposta foi desde seu nascedouro permeada por temas polêmicos e que geraram intenso debate (prisão em segunda instância, recrudescimento dos requisitos para progressão de regime, majoração do limite máximo da pena de prisão entre outros), o que talvez tenha ofuscado um detalhe que pareceu ter passado ao largo da atenção da comunidade jurídica: as alterações que o projeto introduziu no artigo 17-A da Lei n. 8.429/1992, para autorizar e regradar a possibilidade de transação em sede de ação de improbidade administrativa.

Interessantíssimo notar, todavia, que as mudanças propostas não eram inéditas, tendo sido importadas, *ipsis litteris*, do Projeto de Lei n. 10.887/2018, resultado dos trabalhos de Comissão de Juristas presidida pelo Ministro Mauro Campbell, com uma única e singela mudança: a limitação em 20% de eventual multa.



Originalmente, a proposta de autorização de transação no âmbito de improbidade constou do Projeto de Lei n. 882/2019, apresentado pelo Presidente da República como encampação de projeto desenhado pelo Ministro da Justiça e de cuja exposição constou o seguinte:

O que ora se propõe é a substituição do § 1º do art. 17, que proíbe a transação, acordo ou conciliação nas ações de sequestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilícitamente ou causado dano ao patrimônio público, por outro que permita estas diversas formas de acordo. A vedação não faz mais sentido, face à previsão do acordo de colaboração no crime e do acordo de leniência na Lei no 12.846, de 1º de agosto de 2013.

Posteriormente, aquela proposição (Projeto de Lei n. 882) acabou sendo apensada ao Projeto de Lei n. 10.372/2018, sendo com ela analisada em conjunto por Grupo de Trabalho instituído pelo Ato do Presidente da Câmara dos Deputados de 14 de março de 2019, que produziu relatório no qual asseverou que:

(...) permite-se a transação, com o Ministério Público, de acordo de colaboração ou leniência, termo de ajustamento de conduta ou termos de cessão de conduta, nos termos da Lei nº 12.850/13, que, dentre outras providências, dispõe sobre a colaboração premiada. (...) A possibilidade desse acordo vem sendo almejada pelo Ministério Público há algum tempo e constava, inclusive, das 10 Medidas Contra a Corrupção propostas por aquela instituição. Diante disso, mostra-se correta a alteração sugerida pela proposição em análise, razão pela qual incorporo tal sugestão em minha proposta de harmonização.

A essência da alteração estava posta, mas a primeira notícia que se tem da incorporação à proposição do texto idêntico ao do Projeto de Lei n. 10.887/2018, e que viria a constar da redação final acima transcrita, se deu a partir do Substitutivo apresentado pelo Dep. Lafayette de Andrada, relator na Comissão Especial instituída para análise do projeto, sem que haja sido declinada expressamente a inspiração naquela outra proposta.

Seja como for, o Substitutivo, como dito, viria a ser aprovado na Câmara e encaminhado ao Senado, que o aprovou sem quaisquer alterações, dando ensejo a um novo estado de coisas no que concerne à improbidade administrativa: (i) encerrou-se de vez, sob o prisma legal, a controvérsia sobre a possibilidade ou não de transação em sede de ação de improbidade administrativa e (ii) admitiu-se que o acordo seja celebrado unicamente pelo Ministério Público.



Quanto ao primeiro ponto, como adiantamos, o microsistema de Direito sancionador já havia revogado tacitamente a redação (agora alterada) do artigo 17, § 1º, da Lei n. 8.429/1992, notadamente em razão da Lei n. 13.140/2015 e das recentes alterações introduzidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. A despeito disso, ainda havia ruídos na doutrina e casos de juízes não homologando acordos de leniência para produção de efeitos no âmbito de improbidade administrativa sob o argumento da ainda existência de vedação legal. Essa resistência, a nosso ver, fica definitivamente esvaziada, no aspecto legal, com a mudança promovida pela nova lei (n. 13.964/2019), que alcança, segundo pensamos, os instrumentos anteriores pendentes de chancela judicial em razão da não mais existente proibição de acordo.

Já no que diz respeito à legitimidade exclusiva do Ministério Público, é ele, a nosso ver, órgão que, titular da ação penal e legitimado à propositura de ação de improbidade, ostenta boas condições para perquirir a análise *custos vs. benefício* subjacente à celebração de transação em improbidade e de acordo de leniência. Sem prejuízo, entendemos que, ainda que prescindível do ponto de vista da lei, seria mais seguro e juridicamente sustentável que das tratativas e de eventual acordo participe a entidade lesada como interveniente-anuente.

Isso porque, como consta da alteração promovida na Lei n. 8.429/1992 a reparação integral ao erário como condição para ultimação do acordo, uma transação unicamente com o Ministério Público poderia não ter o condão de inibir nova ação posterior, pelo ente lesado, em que se pleiteasse possível diferença entre o ressarcimento constante do instrumento de acordo e o valor calculado pela pessoa jurídica vítima do ilícito ou, ainda, instauração de procedimento perante corte de contas com o mesmo escopo. Exatamente por isso a Medida Provisória n. 703/2015, em seu período de vigência, bem admitia a legitimidade do órgão ministerial para celebração de leniência, mas conjuntamente com a entidade federativa prejudicada, por meio de seus órgãos de controle interno.

Ademais, não se pode ignorar que a pessoa jurídica lesada ostenta legitimidade para o ajuizamento de ação de improbidade, de modo que não faria sentido restringir ao Ministério Público, isoladamente, a possibilidade de celebração de acordo sobretudo quando a entidade vitimada figurasse no polo ativo da ação. Surgindo a possibilidade de



transação entre a entidade e o infrator, a intervenção do Ministério Público será conveniente e necessária, mas não com a “extromissão” da pessoa jurídica.

De todo modo, e a par da questão sobre legitimidade ou intervenção, a previsão de reparação integral era saudável por afastar qualquer interpretação no sentido de ser possível dispor ou reduzir, por meio de negociação, o ressarcimento, que deve, naturalmente, ser integral.

Outros aspectos ainda são dignos de nota: a terminologia “não persecução cível” autoriza que, em razão da transação, nem sequer se ajuíze ação contra o transator, o que é reforçado pelas alusões que a norma faz a transações com o “investigado”. Assim, se é dado ao Ministério Público não ajuizar, entendemos, pela teoria dos poderes implícitos, que o acordo celebrado com a ação já em curso passa a admitir, por conseguinte, a extinção imediata (artigo 487, III, *b*, do CPC) contra o réu que haja celebrado acordo, eliminando a figura exótica da convolação da pretensão punitiva em eminentemente declaratória. Adicionalmente, um teto a título de multa também nos parece salutar, tornando atraentes e mais previsíveis tratativas em prol de uma solução consensual.

Em que pese, nada obstante, o § 1º do artigo 17 tenha sofrido alteração em sua redação para prever que “*as ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei*”, o artigo 17-A, instrumentalizador daquela possibilidade, viria a sofrer veto por parte do Presidente da República — mais especificamente, o *caput* e os §§ 1º a 5º do artigo 17-A da Lei n. 8.429, alterados pelo artigo 6º da Lei n. 13.964/2019.

### **3. O TEMA, AMANHÃ**

De nossa parte coadunamos a alegação de que a celebração de transação no curso da ação funcionaria como estímulo para que o réu perseverasse no debate, somente recorrendo ao acordo se antevisse a definitividade de sua condenação.

Isso porque, na seara criminal, a ultimação de acordos em meio ao feito é corriqueira (artigo 3-A, § 3º, da Lei n. 12.850/2013), o que produzirá uma ausência de paralelismo com a seara sancionadora. Em verdade, não somente no âmbito penal, mas também no concorrencial (artigo 85 da Lei n. 12.529/2011) e no direito público (artigo



26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), há uma convergência em prol da viabilidade de ajuste no curso de situação de disputa já institucionalizada, do que destoaria a Lei de Improbidade.

De mais a mais, muito do que leva um suposto infrator a optar por celebrar transação surge somente com a propositura da ação, que torna possível a avaliação dos argumentos, o potencial da instrução etc.; é dizer, sob uma perspectiva simples da teoria dos jogos, a aferição custos *vs.* benefícios se dá de forma muito mais clara em meio ao processo do que antes de seu início.

Aliás, a possibilidade de transação no curso do feito ainda reverteria em favor do próprio erário, eis que um réu convertido em participante de acordo de leniência poderá fornecer subsídios importantes em desfavor dos corrêus, o que soa bem mais positivo do que relegá-lo *a priori* e em definitivo à condição de réu, isso, sim, estimulando o acirramento e a perpetuação da disputa.

Finalmente, quanto ao ponto, seguramente uma transação celebrada no limiar do processo e outra em seu fim partirão de balizas e concessões distintas, essas bem mais onerosas que aquelas, o que servirá de estímulo ao ajuste breve, ao passo em que sancionará a redenção tardia.

No que toca aos demais dispositivos, relevante notar que a razão de veto praticamente se limitou ao argumento de que contrariaria o interesse público a restrição da possibilidade de ajuste ao Ministério Público, haja vista a legitimidade para aviamento da ação ser ostentada também pela pessoa jurídica de direito público lesada.

O problema aqui, em nossa opinião, se deveu ao fato de a Lei n. 13.964/2019 ter replicado as disposições constantes do Projeto de Lei n. 10.887/2018, que, em seu bojo, atribuiu exclusividade ao Ministério Público para aviamento da ação de improbidade. Dito de outro modo, o referido Projeto de Lei de fato cinge a possibilidade de ajuste ao MP, mas somente o faz porque, conforme propunha, apenas o Ministério Público poderia manejar a ação. Esse detalhe, singelo, acabou produzindo como efeito colateral a eliminação dos critérios legais para formalização do acordo, o que é uma pena.

Eis então que surge a dúvida a respeito de se, tendo presente que a possibilidade de transação prevista no artigo 17, § 1º. se dá “*nos termos desta lei*”, a



eliminação dos tais termos por força dos referidos vetos teria o condão de esvaziar, na prática, a possibilidade de ajuste. Temos confiança de que a resposta é negativa.

É que o artigo 104, III, do Código Civil, já dispõe como regra sobre a liberdade de forma para ultimação de negócio jurídico. No campo processual — aplicável ao procedimento especial da Lei de Improbidade por força dos artigos 15 e 318, parágrafo único, do CPC —, o artigo 190 teria lugar, trazendo a via dos negócios processuais como figurino hábil a acomodar o ajuste. Esses dispositivos, somados, favorecem amplamente a leitura de que competirá às partes transatoras fornecer os critérios que não foram dados pelo legislador, o que, calha observar, acaba dificultando uma não homologação judicial.

Sem embargo de não vislumbrarmos prejuízo real advindo do veto no que concerne à forma da transação, naturalmente preferiríamos que a lei fornecesse os parâmetros necessários, prevenindo qualquer sorte de insegurança ou não homologações arbitrárias. Exatamente por isso, enxergamos no Projeto de Lei n. 10.887/2018 uma excelente oportunidade para que, a partir da experiência angariada com os referidos vetos, se promovam aperfeiçoamentos capazes de originar novas alterações sobre a Lei de Improbidade e de bem instrumentalizar os ajustes, além de revigorar a possibilidade de sua celebração no curso da ação — a propósito, foi exatamente nesse sentido que se houve o Substitutivo à versão original daquela proposição legislativa, que, na prática, revigora, em essência, no inédito artigo 17-B cuja inserção propõe, as normas introduzidas na Lei n. 8.429/1992 pela Lei n. 13.964/2019.

## CONCLUSÃO

Muito embora “*o interesse público per se não seja direito passível de disponibilidade, há de se diferenciar o conceito de interesse público da indisponibilidade dos bens e direitos da Administração.*” A “*disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais não encontra correlação com a disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público*”.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> ZAKIA, José Victor Palazzi. *Um panorama geral da reforma da Lei de Arbitragem: o que mudou com a Lei Ordinária n. 13.129/2015*. Revista Brasileira de Arbitragem. N. 51, jul-set.2016. p. 41. Em sentido idêntico, ver MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Arbitragem nos Contratos Administrativos*. RDA 218:84, jul./set., 1997.



Eis o importante recorte proposto por este artigo: (in)disponibilidade de direitos patrimoniais não se confunde com indisponibilidade do interesse público. Não raro, nosso ordenamento prevê situações em que se torna possível ao Estado em sentido amplo dispor sobre aspectos patrimoniais precisamente como forma de se buscar realizar o próprio interesse público: concessões, convênios, licitações, doações etc.

Essa mudança de pensamento tem sido pouco a pouco assimilada em sede de improbidade administrativa. Nessa caminhada, mais importante que a velocidade com que se caminha, é caminhar na direção certa, no que nos soa promissor o Projeto de Lei n. 10.887/2018.

## REFERÊNCIAS

DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela. *A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa*. In: Revista de Direito Administrativo & Constitucional. Ano 17, n. 67, (jan./mar. 2017). Belo Horizonte: Fórum, 2017.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 1999.

MARTINS, André Chateaubriand. *Arbitragem e Administração Pública*. In: CAHALI, Francisco José *et al.* Arbitragem: Estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26.05.2015. São Paulo: Saraiva, 2016.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Arbitragem nos Contratos Administrativos*. RDA 218:84, jul./set., 1997.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ZAKIA, José Victor Palazzi. *Um panorama geral da reforma da Lei de Arbitragem: o que mudou com a Lei Ordinária n. 13.129/2015*. In: Revista Brasileira de Arbitragem. N. 51, jul-set.2016.