

V. 25 ♦ N. 1 ♦ JANEIRO/ABRIL ♦ 2023

ISSN 2236-8957

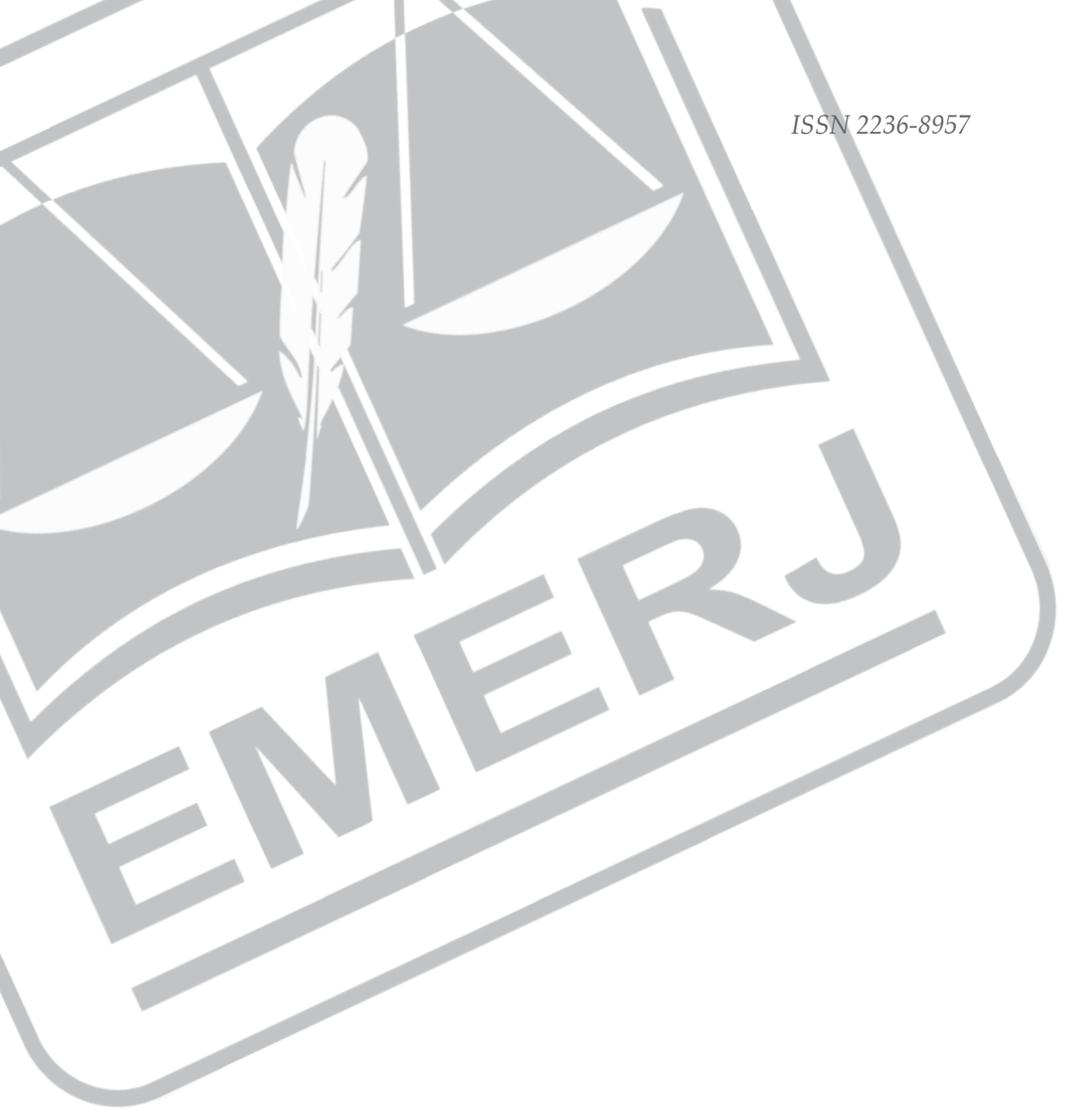
REVISTA DA

EMERJ

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



ISSN 2236-8957



Revista da EMERJ

Janeiro/Abril
V. 25 - n. 1 - Ano 2023

Rio de Janeiro

© 2023 EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - TJERJ

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

EQUIPE EDITORIAL:

Coordenador Editorial: Dra. Cristina Tereza Gaulia, Des. Jessé Torres Pereira Júnior.

Conselho Editorial: Dr. Luiz Fux, Me. Antonio Saldanha Palheiro, Luis Felipe Salomão, Me. Marco Aurélio Bellizze Oliveira, Dr. Abel Fernandes Gomes, Dr. Adán Carrizo González-Castell, Dra. Adriana Ramos de Mello, Dr. Alexandre Antonio Franco Freitas Câmara, Dr. Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, Me. Anderson de Paiva Gabriel, Dr. André Gustavo Corrêa de Andrade, Dr. Antônio Aurélio Abi Ramia Duarte, Me. Caetano Ernesto da Fonseca Costa, Dr. Cassio Scarpinella Bueno, Me. Cesar Felipe Cury, Me. Daniel Vianna Vargas, Dra. Edna Raquel Rodrigues dos Santos Hogemann, Me. Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto, Dr. Fredie Souza Didier Junior, Dr. Gustavo Quintanilha Telles de Menezes, Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho, Dr. José Guilherme Vasi Werner, Dra. Larissa Pinho de Alencar Lima, Dr. Lenio Luiz Streck, Dra. Lúcia Frota Pestana de Aguiar Silva, Dr. Luciano Vianna Araújo, Me. Luiz Roberto Ayoub, Juiz Rafael Estrela Nóbrega, Dr. Rodrigo Borges Valadão, Dr. Sérgio Cavalieri Filho.

Revista da EMERJ. v. 1, n. 1 - Rio de Janeiro: EMERJ, 1998 -

v.

ISSN 1415-4951 (versão impressa)

ISSN 2236-8957 (versão on-line)

v. 1, n. 4, 1998: Anais da 4ª Semana de Integração Jurídica Interamericana

Número Especial 2003: Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte I, fevereiro a junho/2002.

Número Especial 2004: Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte II, julho/2002 a abril/2003.

Edição Especial 2007: Comemorativa do Octogésimo Ano do Código de Menores Mello Mattos.

Edição Especial 2016: Comemorativa da Centésima Reunião do Fórum Permanente de Direito Empresarial.

1. Direito - Periódicos. I. RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Os conceitos e opiniões expressos nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores. É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista, desde que citada a fonte.

Todos os direitos reservados à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Rua Dom Manuel, nº 25 - Rio de Janeiro/RJ CEP: 20010-090

Telefones: (21) 3133-3400 / 3133-2561

www.emerj.tjrj.jus.br - emerjpublicacoes@tjrj.jus.br

Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro

▮ PRESIDENTE

Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo

▮ CORREGEDOR-GERAL DA JUSTIÇA

Desembargador Marcus Henrique Pinto Basílio

▮ 1º VICE-PRESIDENTE

Desembargador Caetano Ernesto da Fonseca Costa

▮ 2ª VICE-PRESIDENTE

Desembargadora Suely Lopes Magalhães

▮ 3º VICE-PRESIDENTE

Desembargador José Carlos Maldonado de Carvalho

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ

▮ DIRETOR-GERAL

Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo

▮ CONSELHO CONSULTIVO

Desembargador Claudio Luis Braga Dell’Orto
Vice-Presidente

Desembargador Claudio Brandão de Oliveira
Diretor Administrativo

Desembargadora Ana Maria Pereira de Oliveira

Desembargador Ricardo Couto de Castro

Desembargadora Jacqueline Lima Montenegro

Desembargadora Patrícia Ribeiro Serra Vieira

Desembargador Fernando Cerqueira Chagas

Desembargador Luiz Marcio Victor Alves Pereira

JDS Maria Aglaé Tedesco Vilardo

Juíza de Direito Adriana Ramos de Mello

Equipe Administrativa - EMERJ:

Assessora Acadêmica de Publicações e Pesquisa: Ana Cristina Willemann Flores

Execução Administrativa e Pesquisa: Yanka Albertin Sodré

Produção Gráfico-Editorial:

Diretor da Divisão de Design Gráfico: Ébano Machel do Rosario Assis

Capa: Rafaelle Neves

Diagramação: Rafaelle Neves

Revisão Ortográfica: Ana Paula Maradei, Nivia Duarte Brandão e Clara Bastos

Sumário

7 | Apresentação

Jessé Torres

11 | O Princípio do Planejamento nas Licitações e Contratações Públicas

Eduardo Azeredo Rodrigues

40 | Água: Bem Vital, Direito Essencial e de Apropriação Incondicional

João Batista Damasceno

55 | Avaliação de Tecnologias em Saúde – Apontamentos a Partir da Ética, do Direito e da Economia

Fernanda Paes Leme Rito

Angélica Lúcia Carlini

Vivian Vicente de Almeida

82 | A Inclusão Social no Acolhimento Institucional: O Papel da Educação e da Inclusão Escolar. Um Estudo com as Adolescentes do Espaço Dandara

Cristina Reis Maia

105 | A Inteligência Artificial e o Processo Penal: A Utilização da Técnica na Violação de Direitos

Catiane Steffen

130 | A Legitimação da Desvalorização do Ócio pelos Mecanismos do Direito

Rebeca Lima Andrade

147 | Planejamento Sucessório - Vantagens da Instituição de uma *Holding* Familiar como Instrumento para uma Sucessão mais Econômica e Desburocratizada

Renata Alfradique Carpi Paiva

Leonardo Gomes Malvino

184 | Governança e Sustentabilidade: Por Que esse Tema Importa no Brasil?

Renato Cader

Teresa Villac

198 | Qualidade e Ordem

Mauriti Maranhão

Apresentação

Um novo ano é sempre desafiador, em especial para quem trabalha com o conhecimento e sua disseminação. Há anos honrando o compromisso de veicular informação de qualidade, a Revista da EMERJ inicia 2023 reafirmando o compromisso de refletir sobre o direito de modo multidisciplinar.

Convidamos para a leitura dos artigos integrantes desta edição, a começar por *“O Princípio do planejamento nas licitações e contratações públicas”* percorre, com elevada competência técnica, tema pouco comum em trabalhos acadêmicos e que põe em confronto, não raro, gestores, executores e controladores da aplicação dos recursos públicos.

Adiante, *“Água: Bem Vital, Direito Essencial e de Apropriação Incondicional”*.

No artigo *“Avaliação de tecnologias em saúde – apontamentos a partir da ética, do direito e da economia”*, vê-se uma interseção entre os saberes que se fazem essenciais para o desenvolvimento do conhecimento científico que beneficia as pessoas, na medida em que articulam a estrutura e a operação destas quatro áreas: direito, economia, saúde e tecnologia.

Em *“A inclusão social no acolhimento institucional: o papel da educação e da inclusão escolar. Um estudo com as adolescentes do espaço Dandara”*, também se destacam a metodologia de pesquisa e o rigor científico da análise que conduzirá à inclusão social de adolescentes.

O paper *“A inteligência artificial e o processo penal: a utilização da técnica na violação de direitos”* concentra-se no manejo de método capaz de trazer resultados relevantes para a comunidade acadêmica, na percepção, tão pronta quanto possível, da configuração de direitos violados e que, por isso, devem ser identificados e recompostos com presteza.

O artigo “*A Legitimação da Desvalorização do Ócio pelos Mecanismos do Direito*” traz inovadora reflexão sobre a categorização jurídica do ócio e suas consequências.

Em o “*Planejamento Sucessório - Vantagens da instituição de uma Holding familiar como instrumento para uma sucessão mais econômica e desburocratizada*”, debate-se dimensão doutrinária inovadora e densa do direito sucessório, trazendo ao leitor o frescor da novidade sobre tema tão especializado no dia a dia da jurisdição.

Adiante, “*Governança e sustentabilidade: por que este tema importa no Brasil?*” Indagação essencial para país tão plural e diversificado, em permanente integração entre o meio ambiente, a socialidade, a economia e a atuação do Estado mediante políticas públicas constitucionais e seus inúmeros desdobramentos nos campos da eficiência, da efetividade e da eficácia, com o fim de promover a qualidade de vida da população.

No trabalho “*Qualidade e ordem*”, a formação de engenheiro do autor nos brinda com nova forma de escrever e pensar o direito, em diálogo com outras áreas do saber humano, de sorte a extrair a objetividade possível de conceitos subjetivos.

Recorde-se texto extraído da obra “*Direito Administrativo e Democracia Econômica*” (Ed. Fórum, 2012, pp 298-299):

“O exercício do poder político porta desafios seculares permanentes, inclusive de sistematização conceitual. Uma das maneiras de racionalizá-los é a de compreender aquele exercício como um triângulo...: no vértice, situa-se o projeto estratégico de governo, passível de traduzir-se pelo verbo ‘querer’ (vontade política); no primeiro ângulo da base do triângulo, estarão as competências distribuídas para agir e a organização dos meios para efetivá-las, compondo a governabilidade, que se encarna no verbo ‘poder’ (atos das autoridade legitimadas); no último ângulo dessa figura geométrica colocam-se o conhecimento e os instrumentos de sua operação e disseminação, configurando a governança, a que corresponde o verbo ‘saber’ (*know-how* científico e tecnológico, ponderado axiologicamente a partir da

dignidade da pessoa humana). O governo eficiente, efetivo e eficaz deve querer, poder e saber identificar o interesse público e produzir resultados que o atendam... A vigente Constituição Federal e suas ... emendas vêm desenhando um formato de governança que combina eficiência/eficácia com participação emancipatória no processo político de gestão do Estado. Gera ambiguidades, que ora levam à paralisia pela perplexidade, ora à in consequência por gestão inepta. Ainda não se encontrou o ponto ótimo de articulação (se é que existe) entre gestão de resultados e gestão emancipatória. A concepção e o uso de instrumentos de administração consensual é uma das respostas possíveis a tais ambiguidades”.

Arremate-se com a experiência que levou uma escola municipal brasileira, situada em Novo Hamburgo (RGS), a ser escolhida entre as candidatas ao prêmio World’s Best School, patrocinado pela instituição britânica T4 Education. Uma semana por ano, a escola suspende as aulas regulares, e os alunos permanecem nas salas em assembleia, debatendo questões que levarão à direção da escola para implementação. A notícia encontra-se publicada no jornal O GLOBO, de 12.10.2022, p. 13, assim descrevendo a experiência: “Nessa semana, quem fala são as crianças. É o momento do ano em que acontecem as assembleias gerais no colégio. O momento em que os estudantes levam suas demandas à direção, aos professores e aos colegas, e em que todos debatem o que será investido e o que mudará para o ano seguinte... As crianças de mais de oito anos já fazem as assembleias sozinhas, sem a presença dos professores. Desses encontros, saem as demandas que serão debatidas com o restante da escola... A coordenadora pedagógica lembra que, uma vez, recebeu de um representante de turma de cinco anos reclamação de que os alunos mais velhos não deixavam os menores brincarem no balanço da pracinha. A primeira reação de todo mundo foi pensar que têm que deixar. Mas aí uma das crianças maiores argumentou: ‘Quando eu era pequeno, tinha um horário que só minha turma ficava na pracinha. E agora que somos mais velhos, não temos esse horário. Então vocês têm esse momento e ainda querem ou-

tro no recreio? Só porque são pequenos não têm que andar mais no balanço'. E todo mundo ficou dando razão para ele". Cabe à direção e aos professores o cumprimento do que as crianças decidirem nas assembleias e, assim, estimularem o método democrático de tomada de decisões que a todos interessam e obrigam como direito reconhecido, desde a infância.

Boa leitura a todos.

JESSÉ TORRES

Editor-Chefe

O Princípio do Planejamento nas Licitações e Contratações Públicas

Eduardo Azeredo Rodrigues

Procurador do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Professor da EMERJ e do Centro Universitário La Salle do Rio de Janeiro (Unilasalle-RJ). Doutorando em Direito pelo PPGDIN da UFF. Mestre em Direito pela Estácio de Sá. Especialista em Direito da Administração Pública pela UFF.

RESUMO: Este trabalho se propõe a analisar o problema crônico da ausência de planejamento nas licitações e contratações públicas, bem como o avanço implementado pela Lei nº 14.133/2021, ao introduzir o princípio do planejamento em seu artigo 5º, e ainda dedicar especial atenção à fase preparatória dos certames, agora expressamente pertencente ao processo licitatório, na dicção do inciso I de seu artigo 17. Para tanto, procurou-se fazer uma análise do significado do princípio do planejamento, com breve histórico no ordenamento jurídico pátrio, para então fazer um exame crítico de seus impactos na nova disciplina de licitações e contratos administrativos, com a percepção de que, embora extremamente louvável a preocupação com o planejamento, o legislador pecou pelo excesso de pormenorização dos instrumentos para tal, criando uma matriz exageradamente fechada, o que vai demandar um esforço considerável para sua interpretação e aplicação.

PALAVRAS-CHAVE: licitações e contratos administrativos - princípio do planejamento - fase preparatória dos certames

ABSTRACT: This research proposes to analyze the chronic problem of the lack of planning in public bidding and contracting, as well as the progress implemented by Law nº 14.133/2021,

by introducing the planning principle in its article 5, and also dedicating special attention to the preparatory phase of the competitions, now expressly belonging to the bidding process, in the diction of item I of its article 17. To this end, an analysis of the meaning of the principle of planning was sought, with a brief history in the national legal system, to then make a critical examination of its impacts on the new discipline of bidding and administrative contracts, with the perception that, although the concern with planning is extremely commendable, the legislator sinned by the excessive detailing of the instruments for this, creating an exaggeratedly closed matrix, which will demand a considerable effort in its interpretation and application.

KEYWORDS: bids and administrative contracts - planning principle - preparatory phase of the competitions

1. INTRODUÇÃO

Tem-se a percepção de que, no Brasil, há muito as licitações e contratações públicas vêm sendo realizadas sem um devido planejamento¹, no sentido do melhor emprego das despesas públicas, com vistas ao dever de eficiência e de resultado que norteia a atividade administrativa², tudo isso sem contar com o crônico problema da corrupção³.

Obras, contratações públicas e políticas públicas em geral são realizadas, frequentemente, com objetivos meramente eleitoreiros, sem qualquer preocupação com a integridade do planejamento a médio e longo prazo⁴ e com o verdadeiro interesse

1 Segundo Edgar Guimarães, “é inegável que, com raras exceções, a Administração Pública tem graves deficiências de planejamento das contratações e especialmente de controle na execução contratual, gerando significativos riscos para a entidade pública e para os agentes envolvidos no processo - risco de responsabilização por erros e ilegalidades”. GUIMARAES, Edgar. Inovações no Planejamento da Fase Interna das Contratações. In: DI PIETRO, Maria Sylvia. *Licitações e Contratos Administrativos: inovações da Lei 14.133 de abril de 2021*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 82.

2 Em abono desta percepção, cf. SANTOS, Lucimar Rizzo Lopes dos. Abusos e desperdícios nas licitações e contratações públicas. In: *Conteúdo Jurídico*. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/49282/abusos-e-desperdicios-nas-licitacoes-e-contratacoes-publicas>. Consulta em: 02 jul. 2022.

3 Cf. FURTADO, Lucas Rocha. Brasil e Corrupção. *Análise de Casos (Inclusive da Operação Lava Jato)*. Belo Horizonte: Fórum, 2018; COSTA, Márcia Bittencourt da. Corrupção, Improbidade Administrativa e o Tribunal de Contas da União. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/corruptao-improbidade-administrativa-e-o-tribunal-de-contas-da-uniao.htm>. Consulta em: 02 jul. 2022.

4 Cita-se a Auditoria Operacional sobre Obras Paralisadas realizada pelo Tribunal de Contas da União em 2019,

público, que deveria inspirar a atuação da administração pública. São constantes os desperdícios que decorrem de tal prática, posto que a alternância de gestões públicas, muitas vezes ideologicamente conflitantes, faz com que sejam desfeitas obras ou soluções já implementadas ou abandonados projetos iniciados ou mesmo em via de serem concluídos, tão somente para que os méritos de tais atuações sejam canalizados para objetivos estritamente político-partidários; ou ainda pelo mau planejamento das despesas públicas⁵, em detrimento do genuíno objetivo de atender aos anseios e necessidades da coletividade.

Apenas à guisa de exemplo, pode-se citar a matéria veiculada no *G1*, intitulada “Cinco anos depois, legado da Rio 2016 tem obras inacabadas, projeções fracassadas e projetos no papel”⁶, que dá conta de que a obra da estação Gávea da Linha 4 do Metrô do Rio continua paralisada, que ginásios não foram transformados em escolas, conforme era previsto, e que a Vila Olímpica tem apenas um terço de ocupações, além de que o VLT não atingiu sequer metade da meta prevista, tudo isso com uma previsão inicial de gastos de 28 bilhões de reais, 13 bilhões a menos dos 41 bilhões efetivamente utilizados até o momento em que foi divulgada a matéria.

Soma-se a isso o crônico problema de uma cultura de casuísmo⁷ no trato dos interesses públicos, o que faz com que o

que constatou que, num universo de cerca de 38 mil contratos referentes a obras públicas, 14 mil obras estavam paralisadas, apontando que mais de um terço das obras que deveriam estar em andamento não tiveram avanço ou apresentaram baixíssima execução no período analisado. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. Acórdão nº 1.079/2019. Relator: Min. Vital do Rêgo. 15 de maio de 2019. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/auditoria-operacional-sobre-obras-paralisadas.htm>. Consulta em: 15 jul. 2022.

5 Cita-se, como um exemplo de mau planejamento detectado, a Auditoria Governamental Extraordinária realizada pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro em 2020, que detectou inércia administrativa nas obras da estação Gávea da Linha 4 do Metrô, com risco de colapso das estruturas, determinando, dentre outras providências, a demonstração de destinação orçamentária dos recursos necessários para a execução de tal obra e inclusão do projeto no PPA. RIO DE JANEIRO. Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Processo TCE-RJ nº 100.941-7/2020. Auditoria Governamental Extraordinária. Relator: Cons. Subs. Christiano Lacerda Ghuerrén. 23 de maio de 2021.

6 LOUREIRO, Cláudia; COELHO, Henrique; RODRIGUES, Matheus. Cinco anos depois, legado da Rio 2016 tem obras inacabadas, projeções fracassadas e projetos no papel. *G1*. Rio de Janeiro, 18 jul. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/07/18/cinco-anos-depois-legado-da-rio-2016-especial.ghtml>. Consulta em: 06 jun. 2022.

7 O episódio na Boate Kiss, em que morreram 242 pessoas em um incêndio ocorrido em 27 de janeiro de 2013, na cidade de Santa Maria, ocasionou, apenas num primeiro momento, medidas drásticas e emergências, como se noticiou na seguinte manchete, veiculada em 04 de maio de 2013, que ilustra

devido planejamento e eventuais mudanças necessárias nas práticas administrativas não sejam efetiva e permanentemente incorporadas pela administração pública, subsistindo apenas pelo tempo em que tais questões estão sendo veiculadas nos meios de comunicação ou que atendem a algum outro interesse imediato de aplicabilidade.

Na Lei nº 8.666/1993, ainda não se identifica uma efetiva preocupação com o planejamento das licitações, limitando-se a exigir projeto básico e executivo nas obras e serviços, nos quais são considerados alguns requisitos inerentes ao projeto.

Por sua vez, a nova Lei nº 14.133/2021 deu um significativo avanço ao dedicar o capítulo II para o tratamento da fase preparatória dos certames, dando um novo tratamento à matéria, o que poderá favorecer a tomada de decisões mais bem planejadas.

O presente trabalho reflete sobre essa mudança de paradigma e procura avaliar em que medida tal disciplina efetivamente contribuirá com o melhor planejamento dos gastos públicos, levantando também alguns problemas que podem ser decorrentes do excesso de exigências feitas pelo novel diploma legal. O propósito é examinar em que medida as novas disposições legais trazidas pela Lei nº 14.133/2021 contribuirão para um melhor planejamento das contratações públicas, impactando também na aludida cultura casuística com que se trata a coisa pública no Brasil.

O principal método adotado é a pesquisa bibliográfica, com a avaliação crítica dos impactos de uma nova normatização do planejamento, com o advento da Lei nº 14.133/2021.

bem essa postura casuística: *“Após incêndio na Kiss, maioria das boates em Piracicaba segue fechada”*. A questão que se coloca é se efetivamente essa trágica experiência contribuiu para redimensionar as exigências de melhor planejamento ou, de algum modo, alterou as rotinas de fiscalização de boates, casas de shows e locais em geral que acomodam um número significativo de pessoas, quanto ao risco de incêndio, desabamentos e outras situações de perigo. Após incêndio na Kiss, maioria das boates em Piracicaba segue fechada. Sem autor: *G1*. Piracicaba, 04 mai. 2013. Disponível em: [14](https://g1.globo.com/sp/piracicaba-regiao/noticia/2013/05/apos-incendio-na-kiss-maioria-das-boates-empiracicaba-segue-fechada.html#:~:text=Ap%C3%B3s%20inc%C3%AAndio%20na%20Kiss%2C%20maioria,fechada%20%7C%20Piracicaba%20e%20Regi%C3%A3o%20%7C%20G1&text=Das%2010%20boates%2C%205%20est%C3%A3o,para%20fiscalizar%20estabelecimentos%20na%20%2C%20A9poca. Consulta em: 20 jul. 2022.</p></div><div data-bbox=)

2. PRINCÍPIO DO PLANEJAMENTO

A ideia de planejamento não é oriunda do Direito, sendo proveniente da Teoria Geral da Administração (TGA), assim concebida como “o campo do conhecimento humano que se ocupa do estudo da Administração em geral, não se preocupando onde ela seja aplicada, se nas organizações lucrativas (empresas) ou se nas organizações não-lucrativas”⁸. Por sua vez, concebe-se administração como a atividade de condução racional das atividades de uma organização, pressupondo o seu planejamento, direção e controle de suas atividades diferenciadas de acordo com as divisões internas de trabalho nela existentes⁹.

Planejamento, organização, direção e controle são funções do administrador, formando, nessa ordem, um ciclo contínuo¹⁰, sendo a primeira a função administrativa que determina antecipadamente os objetivos a serem perseguidos, bem como os planos, para que sejam alcançados da melhor maneira possível¹¹, evitando que as organizações ajam na base do improvisado, sendo a base da Administração por Objetivos (APO)^{12 13}.

Segundo Antônio César Amaru Maximiano¹⁴:

o processo de planejamento pode ser definido de várias maneiras: planejar é definir objetivos ou resultados a serem alcançados; é definir meios para possibilitar a realização de resultados; é interferir na realidade, para passar de uma situação conhecida a outra situação desejada, dentro de um intervalo definido de tempo; é tomar no presente decisões que afetem o futuro, para reduzir sua incerteza.

8 CHIAVENATO, Idalberto. *Introdução à Teoria Geral da Administração: uma visão abrangente da moderna administração das organizações*. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003, p. 2.

9 CHIAVENATO, *loc. cit.*

10 *Ibid.*, p. 167.

11 *Ibid.*, p. 168.

12 *Ibid.*, p. 235.

13 Segundo MAXIMIANO, “administração por objetivos (APO) é uma expressão cunhada por Peter Drucker em 1955, no livro *The practice of management*”. MAXIMIANO, Antônio César Amaru. *Introdução à administração*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 189

14 MAXIMIANO, *op. cit.*, p. 175.

Por sua vez, Anibal Sierralta Rios¹⁵ preleciona acerca da noção de *planificación*, fazendo uma distinção entre as atividades de planejamento e previsão:

La planificación es una relación anticipada de actividades públicas y privadas para la consecución de los objetivos nacionales esbozados en el Plano. Es un cuerpo legal que norma y ordena las actividades económicas en general hacia objetivos concretos.

Se debe distinguir claramente de la previsión. Esta pretende anticipar comentarios sobre fenómenos que se producirán en el futuro, sin la preocupación de establecer medios, políticas o conducta frente a ellos. En tanto la planificación traduce un proceso de ajuste de las diferentes conductas de los sujetos que intervienen en la actividad económica en orden a los lineamientos generales de política, movilizándolo para tal fin medios y recursos.

Idalberto Chiavenato¹⁶ destaca que a escola do planejamento estratégico, desenvolvida pelos neoclássicos, refere-se à maneira pela qual organizações decidem aplicar estratégias para alcançar seus objetivos, adotando um modelo prescritivo baseado em cinco estágios: formulação dos objetivos organizacionais, análise externa do ambiente ou auditoria externa, análise interna da empresa ou auditoria interna, formulação das alternativas estratégicas e escolhas das estratégias a serem utilizadas e desenvolvimento de planos táticos e operacionalização da estratégia¹⁷.

O planejamento estratégico, por outro lado, não pode desconhecer as mudanças, num mundo absolutamente dinâmico¹⁸, sendo um dos pecados capitais do planejamento neoclássico não desenvolver opções estratégicas, mas um único caminho estratégico¹⁹, o que pode justamente fazer vista grossa às mudanças impostas pela realidade.

15 RIOS, Anibal Sierralta. *Introducción a La Juseconomía*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988, p. 252-253.

16 CHIAVENATO, op. cit., p. 236.

17 *Ibid.*, p. 237.

18 *Ibid.*, p. 245.

19 *Ibid.*, p. 246.

Hernan E. Contreras Alday²⁰ testifica que o conceito de planejamento estratégico não se confunde com o de planejamento a longo prazo, já que o último consiste em uma metodologia desenvolvida nos Estados Unidos na década de 50, tornando-se projeção para cerca de dez anos ou mais, ao passo que o primeiro é uma metodologia que interage mais com o ambiente, e cuja direção engloba itens como âmbito de atuação, macropolíticas, estratégias funcionais, macro-objetivos e objetivos funcionais²¹.

Há, também, que se diferenciar o planejamento para o presente do planejamento para o futuro, posto que o primeiro requer uma estratégia própria, baseada na visão de como uma organização deve funcionar nos dias atuais, considerando-se suas competências e mercados-alvo, ao passo que o último é feito com base numa previsão do futuro aliada a uma estratégia para chegar lá²².

Buscando formular uma Teoria Geral de Planejamento, no âmbito da administração pública, Benedicto Silva²³ pontifica, como um dos princípios, o da previsão, assim concebido como discernimento aos comportamentos futuros dos fenômenos com os quais vai se deparar o administrador, consistindo em um esforço de consciência para que o mesmo anteveja o que ainda está por vir; e como um dos cânones éticos a máxima conveniência social, destacado pelo autor como uma aplicação particular do princípio utilitarista perfilhada por Jeremias Bentham²⁴.

O princípio do planejamento não é uma novidade no Direito pátrio e sempre norteou a execução orçamentária, recebendo um maior detalhamento a partir da Constituição da República de 1934²⁵, tendo sido erigido à categoria de princípio fundamen-

20 ALDAY, Hernan E. Contreras. O Planejamento Estratégico dentro do Conceito de Administração Estratégica. In: *Revista da Fae*. V. 3, n. 2. Maio/ago. Curitiba: FAE Centro Universitário, 2000, p. 10.

21 *Ibid.*, p. 11.

22 *Ibid.*, p. 15.

23 SILVA, Benedicto. *Uma Teoria Geral de Planejamento*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1964, p. 85.

24 *Ibid.*, p. 64.

25 Na referida Carta, o art. 50 foi dedicado à elaboração do orçamento, competindo aos ministros preparar as propostas dos orçamentos respectivos (art. 60, e) e ao ministro da Fazenda organizar a proposta geral do orçamento da receita e da despesa, com elementos fornecidos pelos outros ministérios (art. 60, parágrafo único, 1º), bem como ao Tribunal de Contas acompanhar a execução orçamentária (art. 99). BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (16 de julho de 1934). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Consulta em: 20 jul. 2022.

tal na orientação das atividades realizadas pela administração pública federal, juntamente com os princípios da coordenação, descentralização, delegação de competência e controle, nos termos do art. 6º do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967²⁶.

O aludido diploma legal preconiza que o planejamento seja implementado da seguinte forma:

Art. 7º A ação governamental obedecerá a planejamento que vise a promover o desenvolvimento econômico-social do País e a segurança nacional, norteando-se segundo planos e programas elaborados, na forma do Título III, e compreenderá a elaboração e atualização dos seguintes instrumentos básicos:

- a) plano geral de govêrno;
- b) programas gerais, setoriais e regionais, de duração plurianual;
- c) orçamento-programa anual;
- d) programação financeira de desembôlso.

Dentre os princípio gerais do Direito Administrativo, André Saddy²⁷ destaca que o princípio do planejamento é o primeiro sustentáculo para que o Estado alcance o interesse público, com o propósito de identificar os objetivos e metas prioritárias e definir o *modus operandi* que garanta a estrutura e os recursos necessários para execução de ações relevantes ao interesse público, como atividade de rotina para a racionalização administrativa e garantia de resultados.

Conquanto não seja propriamente o objeto deste trabalho o estudo da intervenção do Estado no domínio econômico, tampouco a regulação²⁸, destaca-se²⁹ a função de planejamento³⁰ como sendo determinante para o setor público e indicativa para o setor

26 BRASIL. Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Consulta em: 20 jul. 2022.

27 SADDY, André. *Formas de Atuação e Intervenção do Estado Brasileiro na Economia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 282.

28 Cf SADDY, André. *Regulação Estatal, Autorregulação Privada e Códigos de Conduta e Boas Práticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

29 SADDY, *Regulação Estatal...*, op. cit., p. 108-109.

30 Art. 174 da CRFB/1988.

privado, impondo ao Estado atuar como agente econômico e regulador, repudiando o dirigismo econômico, mas acolhendo o intervencionismo econômico, justificado pelo fato de que o Estado brasileiro é fundado na livre iniciativa³¹, citando-se, ainda, o planejamento na formulação, condução e gerenciamento de políticas utilizadas pelo Estado para intervenção no domínio econômico³².

Ainda no tocante à atuação de intervenção na economia, vale colacionar o entendimento de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino³³:

O planejamento impede que o Estado atue de forma aleatória ou caprichosa. É por meio do planejamento que o Estado pode identificar as necessidades presentes e futuras dos diversos grupos sociais e orientar (inclusive mediante indução positiva ou negativa) a atuação dos agentes econômicos visando o atingimento de fins determinados.

Para Luis S. Cabral de Moncada³⁴, “o plano económico pode ser definido como acto jurídico que define e hierarquiza objectivos de política económica a prosseguir em certo prazo e estabelece as medidas adequadas à sua execução”, composto de duas operações essenciais (o diagnóstico e o prognóstico)³⁵, consistindo em um conjunto de atos jurídicos que vão desde a sua previsão por lei até os atos materiais que põem em prática a sua execução³⁶. Quanto às modalidades de planejamento econômico³⁷, no tocante ao âmbito das atividades alcançadas, destacam-se o plano geral, setorial ou regional, ambos destacados na Constituição Portuguesa³⁸.

31 Art. 1º, inciso IV; art. 5º, inciso XIII e art. 170, *caput*, todos da CRFB/1988.

32 *Ibid.*, p. 251.

33 PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Agências reguladoras. In: *Série Coleção Síntese Jurídica*, no 2. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p. 05.

34 MONCADA, Luis S. Cabral de. *Direito econômico*. 5. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2007, p. 665.

35 *Ibid.*, p. 666.

36 SADDY, *Regulação Estatal...*, *op. cit.*, p. 406.

37 MONCADA, *op. cit.* p., 666.

38 *Ibid.*, p. 667.

No tocante ao planejamento nas contratações públicas, há de se destacar a necessidade de pesquisa de preços, especialmente nos casos de contratações diretas³⁹, e a adoção de boas práticas de contratação⁴⁰, respeitando-se as fases e etapas do processo⁴¹, assim como os principais documentos de planejamento das contratações, como documento de referência (projeto básico e termo de referência) e projeto executivo⁴², e mais recentemente o estudo técnico preliminar, que será abordado adiante; sem contar com a necessidade de ampla análise de mercado. Quanto a esse último aspecto, a Lei nº 8.666/1993 já continha diversos dispositivos que denotavam uma preocupação de alinhamento entre as práticas contratuais, no âmbito administrativo, e as práticas usuais de mercado⁴³, tendo sido essa tendência ainda reforçada com o advento da Lei nº 14.133/2021⁴⁴.

A Lei nº 8.666/1993, conquanto não contenha uma disciplina tão específica quanto ao planejamento, não deixou de estatuir a necessidade de tal, ao menos quando aludiu aos estudos técnicos, planejamento e projetos básicos ou executivos⁴⁵, bem como na própria conceituação de tais elementos⁴⁶, quanto também na necessidade de previsão e elaboração de orçamento estimado em planilhas⁴⁷.

Noutro giro, a Lei nº 14.133/2021 ampliou significativamente o elenco de princípios norteadores das licitações, quando se compara o seu artigo 5º com o art. 3º da Lei nº 8.666/1993,

39 CHAVES, Luiz Cláudio de Azevedo. *A atividade de análise de mercado para planejamento das contratações governamentais: estudo prático sobre a atividade de pesquisa de preços nas licitações dispensa e inexigibilidade da Administração Pública e do Sistema "S"*. Curitiba: JML, 2018, p. 27-32, p. 34-36.

40 *Ibid.*, p. 46-49.

41 *Ibid.*, p. 49-57.

42 *Ibid.*, p. 57-58.

43 Destacam-se, por exemplo, a pesquisa de mercado e a possibilidade de impugnação de preço, pelo cidadão, constante do quadro geral, em razão de sua incompatibilidade com os preços praticados no mercado (§§ 1º e 6º do art. 15 da Lei nº 8.666/1993), bem como a necessidade de desclassificação de propostas incompatíveis com os preços de mercado (art. 43, inciso IV c/c art. 48, inciso II da Lei nº 8.666/1993).

44 A análise das questões mercadológicas passou a ser um dos parâmetros a serem observados na nova fase preparatória (art. 18, *caput* da Lei nº 14.133/2021).

45 Art. 13, inciso I da Lei nº 8.666/1993.

46 Art. 6º, incisos IX e X da Lei nº 8.666/1993.

47 Citam-se, por exemplo, o inciso II do §2º do art. 7º; o inciso II do §2º do art. 40 e o inciso II do §1º do art. 46, todos da Lei nº 8.666/1993.

inserindo, além do princípio do planejamento, os princípios do interesse público, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da segurança jurídica, da razoabilidade, da proporcionalidade, da celeridade e da economicidade, princípios estes que não estavam explícitos no aludido dispositivo legal da lei anterior⁴⁸.

José dos Santos Carvalho Filho⁴⁹ pontifica o seguinte sobre tal princípio:

Sem dúvida, um dos mais importantes princípios da Administração Pública, e dos quais esta é mais carente, é o princípio do planejamento. O planejamento comporta a necessidade de definir projetos a serem executados, incluindo etapas, cronogramas, modos de fazer etc. Em verdade, planejar é o oposto de improvisar, porque o improvisado quase sempre redundando em fracasso quanto à conquista de metas, ao passo que o planejamento atua de forma prospectiva, com visão sobre o futuro e dentro da maior exatidão possível.

Marçal Justen Filho⁵⁰ esclarece que tal princípio impõe o dever de previsão futura, inclusive no tocante a aspectos não diretamente relacionados à atuação administrativa, compreendendo uma pluralidade de ações desenvolvidas de modo organizado e sistêmico. Com base em relações de causalidade, cabe ao agente público eleger ações e omissões necessárias à produção dos resultados a serem alcançados, numa análise de causalidade reversa, reconhecendo-se também ocorrências que podem produzir resultados não esperados ou impedir que os objetivos sejam alcançados⁵¹, demandando uma revisão permanente da atividade em curso e do desencadeamento da ação planejada.

48 O que é objeto de críticas, e inclusive da constatação de Edgar Guimarães de haver verdadeiro “festival principiológico” na nova lei. GUIMARÃES, Edgar. Inovações no Planejamento da Fase Interna das Contratações. In: DI PIETRO, Maria Sylvia. *Licitações e Contratos Administrativos: inovações da Lei 14.133 de abril de 2021*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 81.

49 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Barueri: Atlas, 2022, p. 249.

50 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. ed. 2021. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2021, RL 1.3. E-book. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/codigos/262297378/v1/page/RL-1.3>. Acesso em: 15 jan. 2022.

51 JUSTEN FILHO, *loc. cit.*

Para concretizar esse ideal de planejamento, a nova lei também estruturou uma fase preparatória⁵², agora formalmente incluída no inciso I de seu art. 17, dedicando o capítulo II, dos arts. 18 ao 52, para o tratamento de tal disciplina, o que será objeto de maior reflexão no item seguinte.

Joel Menezes Niebuhr⁵³ destaca que o princípio do planejamento, que incide sobretudo na fase interna, em que são realizados os procedimentos preparatórios para uma dada contratação específica, visa a evitar que sejam empreendidas licitações aventureiras, devendo a administração pública identificar e justificar a necessidade do objeto, além de formalizar uma autorização para a abertura do certame, pontificando que o Governo Federal, influenciado pela jurisprudência do Tribunal de Contas da União, já vinha há algum tempo editando instruções normativas com esse desiderato⁵⁴, tendo a Lei nº 14.133 encampado, em linhas gerais, o fluxo procedimental para o planejamento contido nas mesmas⁵⁵.

A governança das contratações; a gestão de riscos; a existência de controles internos para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e respectivos contratos, com o intuito de que sejam alcançados os objetivos legais; a promoção de ambiente íntegro e confiável; e o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias, para promoção da eficiência, efetividade e eficácia nas contratações, são responsabilidades da alta administração dos órgãos públicos e entidades licitantes⁵⁶.

Ademais, para contratações por inexigibilidade de serviços técnicos especializados, de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização,

52 Art. 18, *caput* da Lei nº 14.133/2021.

53 NIEBUHR, Joel Menezes et al. *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021, p. 28.

54 *Ibid.*, p. 81. O autor cita as seguintes: Instrução Normativa n. 01/2019, do Secretário de Gestão do Ministério da Economia; Instrução Normativa n. 05/2017, da antiga Secretária de Gestão do antigo Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão; Instrução Normativa n. 01/2019, da então Secretária de Governo Digital do Ministério da Economia, Instrução Normativa n. 40/2020, da agora Secretária de Desburocratização e Governo Digital do Ministério da Economia; e Instrução Normativa n. 73/2020, também da Secretária de Desburocratização e Governo Digital do Ministério da Economia.

55 *Ibid.*, p. 82.

56 Art. 11, parágrafo único da Lei nº 14.133/2021.

a nova lei exige, dentre outros, estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos ou projetos executivos⁵⁷.

Maria Sylvia Zanella di Pietro⁵⁸ enceta o princípio do planejamento como concretizador da eficácia, para que, por meio da licitação, se propicie a obtenção dos melhores resultados, destacando que tal princípio foi amplamente prestigiado em vários dispositivos⁵⁹ da Lei nº 14.133/2021. Ademais, o dever de planejamento liga-se, por certo, à ideia de eficiência⁶⁰, na medida em que impõe a eleição de escolhas aptas a concretizar um determinado tipo de resultado por ser este o melhor ou mais adequado à consecução dos fins públicos. Depois de fazer uma distinção entre eficiência, eficácia e efetividade, a autora conclui da seguinte forma a conexão desses princípios com o do planejamento:

A partir desta diferenciação, chega-se a duas conclusões: (i) a busca excessiva e cega pela eficiência em sentido estrito, incluindo a celeridade procedimental e a própria economicidade, podem comprometer a eficácia, daí a necessidade de que se busque um balanço entre meios e fins; (ii) não há como se falar de eficácia, num sentido de efetividade, sem planejamento. Como se poderá afirmar que um resultado foi atingido satisfatoriamente pela licitação e pelo contrato se a Administração não souber que resultado busca? O planejamento estatal é essencial, pois é nesse processo que se realiza um diagnóstico da realidade e da situação atual, define-se um cenário ideal, ou seja, fixam-se os resultados que se pretende atingir e, por fim, as medidas eficazes (entre as quais a precisa definição do objeto contratual, capaz de plenamente satisfazer as demandas públicas e atingir os resultados esperados), juntamente com meios de monitoramento e avaliação.

57 Art. 74, inciso I da Lei nº 14.133/2021.

58 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 505.

59 A autora destaca o artigo 6º, incisos XX, XXIV, XXV, XXVI, com os conceitos de estudo técnico preliminar, anteprojeto, projeto básico e projeto executivo; o artigo 12, VII, com a previsão do plano de contratação anual, que objetiva racionalizar as contratações dos órgãos e entidades, garantir o alinhamento com seu planejamento estratégico e subsidiar a elaboração das leis orçamentárias; o artigo 18, que estabelece normas sobre a fase preparatória da licitação, definindo-a como caracterizada pelo planejamento e exigindo a sua compatibilização com o plano de contratações anual e com as leis orçamentárias; o artigo 40, que trata do planejamento de compras, que deverá levar em conta a expectativa de consumo anual; o artigo 43, inserido no capítulo que trata das compras, estabelece as normas que devem ser observadas no processo de padronização. *Loc. cit.*

60 Cf. RODRIGUES, Eduardo Azeredo. *O Princípio da Eficiência à Luz da Teoria dos Princípios: (Aspectos dogmáticos de sua interpretação e aplicação)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

A preocupação com a efetividade é o que justifica a atenção especial que a nova Lei de Licitações confere ao planejamento, tema que se manifesta em inúmeros dispositivos.⁶¹

Ao dever de planejamento e de eficiência, pela ótica da administração pública, corresponde o direito fundamental à boa administração, como bem esclarece Paulo Fernando de Mello Franco⁶², na seguinte passagem:

Dito isto, concebe-se que a boa Administração Pública, aqui compreendida como aquela que visa a transbordar, sem timidez, o Texto do art. 37 da Constituição da República e atingir o elastério da norma que o fundamenta e o robustece, tem como corolário o dever de planejamento, cuja junção, imbuída de força centrípeta de círculo virtuoso, acredita-se, culmina na boa gestão do gasto público e, pois, na concretização do dever fundamental de administrar bem.

[...]

Desloca-se, assim, o debate da boa Administração Pública como costumeiramente se faz e, do direito de tê-la, passa-se a mensurar os deveres que dela decorrem. Pretende-se, valer dizer, que a predileção doutrinária pela sistemática das receitas públicas ceda lugar à mensuração das despesas públicas, o que se motiva pela crença de que a contenção de expensas pela redução de desperdícios, previamente planejada, tem o condão de munir os construtores de escolhas públicas de melhores condições de operabilidade e implementação de escolhas públicas.

Há, pois, como inerência do direito fundamental à boa Administração, o dever de escolher bem.⁶³

Quanto ao paradigma de resultado, instrumental à efetivação dos direitos fundamentais, por meio de um complexo de

61 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. Estrutura Geral da Nova Lei: Abrangência, Objetivos e Princípios. In: DI PIETRO, Maria Sylvia. *Licitações e Contratos Administrativos: inovações da Lei 14.133 de abril de 2021*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 34-35.

62 FRANCO, Paulo Fernando de Mello. *O Dever Fundamental de Administrar Bem*. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 41.

63 *Ibid.*, p. 38.

processos juspolíticos destinados a tal, se desenvolve, segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁶⁴, através de um primeiro nível predominantemente político que consiste na decisão de objetivos e elaboração do planejamento; de um segundo nível que entrelaça a formulação política à administração e consiste numa etapa financeiro-orçamentária; e do terceiro nível, predominantemente administrativo, responsável pela programação executiva dos planos orçamentários, onde os interesses gerais realmente atingem sua expressão juridicamente precisa. Para a realização desses três níveis, a Constituição contempla quatro fases distintas de procedimentos juspolíticos, de modo a atender ao princípio do devido processo da lei e dar transparência (i) à formulação, (ii) ao planejamento, (iii) à orçamentação e (iv) à execução de políticas públicas⁶⁵.

O princípio do planejamento nas licitações e contratos administrativos tem duplo conteúdo jurídico, sendo o primeiro o que impõe à administração pública o dever de planejar, não de qualquer modo, mas com comprometimento com um planejamento adequado, suficiente, tecnicamente correto e materialmente satisfatório, e o segundo com relação à responsabilidade por omissão própria que decorre da ausência de planejamento⁶⁶, uma vez caracterizado dolo ou erro grosseiro⁶⁷. Dessa forma, caracterizam o erro grosseiro a contratação sem existência de estudos e avaliações técnicas mínimas, bem como a inexistência de documentos técnicos com conteúdo proporcional à complexidade do objeto, tais como termos de referência, estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos, além da adoção de providências preliminares, a exemplo do devido licenciamento ambiental⁶⁸.

64 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 123-125.

65 *Ibid.*, p. 124.

66 Blog Zenite. Nova Lei de Licitações: o princípio do planejamento. Disponível em: <https://zenite.blog.br/nova-lei-de-licitacoes-o-principio-do-planejamento/>. Acesso em: 15 jun. 2022.

67 Art. 28 do Decreto nº 4657/1942, com a redação da Lei nº 13.655/2018.

68 Blog Zenite. Nova Lei de Licitações: o princípio do planejamento. Disponível em: <https://zenite.blog.br/nova-lei-de-licitacoes-o-principio-do-planejamento/>. Acesso em: 15 jun. 2022.

A Lei nº 14.133/2021 contém 12 (doze) vezes a palavra “planejamento” em seu texto, o que reflete em que medida o legislador estava, de fato, preocupado em estabelecer um novo paradigma de articulação das licitações e contratações com as pertinentes necessidades, justificativas, riscos e impactos sociais, políticos e econômicos decorrentes das contratações públicas em geral.

Um dos importantes instrumentos de planejamento é o plano de contratações anuais (PCA), que objetiva racionalizar as contratações dos órgãos e entidades, garantir o alinhamento com o seu planejamento estratégico e subsidiar a elaboração das respectivas leis orçamentárias, tendo como função secundária mitigar aquisições desnecessárias, indevidos fracionamentos de objeto e má alocação de recursos públicos⁶⁹, além de subsidiar a elaboração da lei orçamentária anual (LOA)⁷⁰.

Embora sendo de elaboração facultativa⁷¹, a nova lei exige que, sempre que elaborado, o estudo técnico preliminar demonstre a previsão da contratação no mesmo, de modo a indicar o seu alinhamento com o planejamento da administração⁷².

Contendo uma previsão de despesas a serem realizadas, tendo como parâmetro uma análise pretérita dos gastos, com planejamento de médio e longo prazo, uma vez elaborado o PCA, em nome da publicidade e da transparência, o mesmo deve ser divulgado e mantido em sítio eletrônico oficial⁷³, sendo utilizado em dois momentos: (i) no ano de sua elaboração e publicação, como subsídio na elaboração da LOA, e (ii) no exercício seguinte, por ocasião das licitações e contratações que forem realizadas⁷⁴.

O estudo técnico preliminar, um dos principais documentos da etapa de planejamento, que se destina a identificar e analisar a necessidade pungente, evidenciando o problema a ser

⁶⁹ GUIMARÃES, *op. cit.*, p. 82-83.

⁷⁰ Art. 12, inciso VII da Lei nº 14.133/2021.

⁷¹ É a correta observação de Edgar Guimarães. GUIMARÃES, *op. cit.*, p. 84.

⁷² Inciso II do §1º do art. 18 da Lei nº 14.133/2021.

⁷³ Art. 12, §1º da Lei nº 14.133/2021.

⁷⁴ GUIMARÃES, *op. cit.*, p. 83.

resolvido e as possíveis soluções⁷⁵, já vinha sendo exigido na jurisprudência do Tribunal de Contas da União⁷⁶, com base numa interpretação do art. 2º do Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997, e ganhou previsão expressa, inicialmente, com o advento da Instrução Normativa nº 4, de 11 de setembro de 2014, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação, para contratações de soluções de TI, passando posteriormente a figurar com uma exigência para a aquisição de bens e contratação de serviços e obras em geral, no âmbito da administração pública federal, direta, autárquica e fundacional, nos termos da Instrução Normativa nº 40, de 22 de maio de 2020, que criou o Sistema ETP digital.

O estudo técnico preliminar, que serve de base à elaboração do Projeto Básico (PB), é definido como documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação que caracteriza o interesse público envolvido e a sua melhor solução e dá base ao anteprojeto, ao termo de referência ou ao projeto básico a serem elaborados caso se conclua pela viabilidade da contratação⁷⁷. Nele estão descritas as necessidades da contratação, caracterizando o interesse público envolvido⁷⁸, devendo evidenciar o problema a ser resolvido e a sua melhor solução, de modo a permitir a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação⁷⁹, contendo ainda os seguintes elementos⁸⁰: descrição da necessidade da contratação, considerado o problema a ser resolvido sob a perspectiva do interesse público; demonstração da previsão da contratação no plano de contratações anual, sempre que elaborado, de modo a indicar o seu alinhamento com o planejamento da administração; requisi-

75 CAMARÃO, Tatiana. ONLL Observatório da Nova Lei de Licitações. *Estudo Técnico Preliminar: arquitetura, conteúdo, obrigatoriedade e a previsão no PL 1292/95*. Disponível em: <https://www.novaleilicitacao.com.br/2020/01/03/estudo-tecnico-preliminar-arquitetura-conteudo-obrigatoriedade-e-a-previsao-no-pl-1292-95/>. Consulta em: 08 jun. 2022.

76 A adoção massiva começou por volta de 2014, nas contratações de soluções de TI (tecnologia de informação). À guisa de exemplo, cita-se o Acórdão TCU nº 2.037/2019 - Plenário. GVP Parcerias Governamentais. *Qual a diferença entre ETP e TR/PB?* Disponível em: <https://www.parceriasgovernamentais.com.br/qual-e-a-diferenca-entre-etp-e-tr-pb/>. Consulta em: 08 jun. 2022.

77 Art. 6º, inciso XX da Lei nº 14.133/2021.

78 Art. 18, inciso I da Lei nº 14.133/2021.

79 Art. 18, §1º da Lei nº 14.133/2021.

80 Incisos I ao XIII do §1º do art. 18, §1º da Lei nº 14.133/2021.

tos da contratação; estimativas das quantidades para a contratação, acompanhadas das memórias de cálculo e dos documentos que lhes dão suporte, que considerem interdependências com outras contratações, de modo a possibilitar economia de escala; levantamento de mercado, que consiste na análise das alternativas possíveis, e justificativa técnica e econômica da escolha do tipo de solução a contratar; estimativa do valor da contratação, acompanhada dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, que poderão constar de anexo classificado, se a administração optar por preservar o seu sigilo até a conclusão da licitação; descrição da solução como um todo, inclusive das exigências relacionadas à manutenção e à assistência técnica, quando for o caso; justificativas para o parcelamento ou não da contratação; demonstrativo dos resultados pretendidos em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais e financeiros disponíveis; providências a serem adotadas pela administração previamente à celebração do contrato, inclusive quanto à capacitação de servidores ou de empregados para fiscalização e gestão contratual; contratações correlatas e/ou interdependentes; descrição de possíveis impactos ambientais e respectivas medidas mitigadoras, incluídos requisitos de baixo consumo de energia e de outros recursos, bem como logística reversa para desfazimento e reciclagem de bens e refulgos, quando aplicável; posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina. Com exceção de alguns elementos, os demais poderão ser dispensados mediante a apresentação das devidas justificativas⁸¹.

3. FASE PREPARATÓRIA DAS LICITAÇÕES

Conquanto a Lei nº 8.666/1993 não prescreva os atos a serem praticados na fase interna das licitações, entende-se que, nessa etapa, devem ser identificadas as necessidades da administração pública, feita a precisa definição do objeto, elaboradas as cotações de preço, cumpridas as formalidades para a deflagração

⁸¹ Art. 18, §2º da Lei nº 14.133/2021.

do certame, bem como elaboração e aprovação da minuta do instrumento convocatório e futuro contrato⁸².

Noutro giro, a Lei nº 14.133/2021, embora com uma certa ilogicidade na sistematização de suas normas⁸³, inspirada na conjugação de algumas instruções normativas editadas ao longo dos últimos anos⁸⁴, estruturou a chamada “fase preparatória”⁸⁵, elencando um conjunto de atos para assegurar a observância do princípio do planejamento e a necessária compatibilização com o plano de contratações anual e com as leis orçamentárias, sendo passível de crítica, pela excessiva burocracia, o extenso rol de providências compreendidas nessa fase⁸⁶ que, segundo a ótica do legislador, se aplica indistintamente a objetos mais complexos ou mais simples, dado que não há qualquer ressalva ou distinção na lei.

Além da exigência expressa de termo de referência para contratação de bens e serviços⁸⁷ e da elaboração do ETP, deverão ser devidamente planejados na fase preparatória dos certames, em consonância com o plano de contratação anual, elaborado com base nos documentos de formalização de demandas, para a racionalização das contratações e garantia do alinhamento com o planejamento estratégico, bem como subsidiar a elaboração das respectivas leis orçamentárias⁸⁸, todos os aspectos das contratações, abordando-se todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que possam

82 GUIMARÃES, *op. cit.*, p. 84.

83 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. Estrutura Geral da Nova Lei: Abrangência. Objetivos e Princípios. In: DI PIETRO, Maria Sylvia. *Licitações e Contratos Administrativos: inovações da Lei 14.133 de abril de 2021*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 5.

84 IN da Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão nº 05/2017 67 (contratação de serviços); IN da Secretaria de Gestão do Ministério da Economia nº 01/2019 (elaboração do plano anual de contratação); IN da Secretaria de Governo Digital do Ministério da Economia nº 01/2019 (contratação de solução de TI); IN da Secretaria de Gestão do Ministério da Economia nº 40/2020 (elaboração de estudo técnico preliminar); IN da Secretaria de Gestão do Ministério da Economia nº 73/2020 (procedimento para pesquisa de preços). GUIMARÃES. *Loc. cit.*

85 Art. 17, inciso I da Lei nº 14.133/2021.

86 GUIMARÃES, *op. cit.*, p. 86.

87 Conquanto já se afigure uma prática usual nas licitações, o termo de referência passou a ser um documento necessário nas licitações, com os parâmetros e elementos descritivos preconizados no inciso XXIII do art. 6º da Lei nº 14.133/2021. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. Estrutura Geral da Nova Lei: Abrangência. Objetivos e Princípios. In: DI PIETRO, Maria Sylvia. *Licitações e Contratos Administrativos: inovações da Lei 14.133 de abril de 2021*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 1.

88 Art. 12, inciso VII da Lei nº 14.133/2021.

interferir na contratação⁸⁹, compreendidos os seguintes elementos⁹⁰: a definição do objeto para o atendimento da necessidade, por meio de termo de referência, anteprojeto, projeto básico ou projeto executivo, conforme o caso; a definição das condições de execução e pagamento, das garantias exigidas e ofertadas e das condições de recebimento; o orçamento estimado, com as composições dos preços utilizados para sua formação; a elaboração do edital de licitação; a elaboração de minuta de contrato, quando necessária, que constará obrigatoriamente como anexo do edital de licitação; o regime de fornecimento de bens, de prestação de serviços ou de execução de obras e serviços de engenharia, observados os potenciais de economia de escala; a modalidade de licitação, o critério de julgamento, o modo de disputa e a adequação e eficiência da forma de combinação desses parâmetros, para os fins de seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a administração pública, considerado todo o ciclo de vida do objeto; a motivação circunstanciada das condições do edital, tais como justificativa de exigências de qualificação técnica, mediante indicação das parcelas de maior relevância técnica ou valor significativo do objeto, e de qualificação econômico-financeira, justificativa dos critérios de pontuação e julgamento das propostas técnicas, nas licitações com julgamento por melhor técnica ou técnica e preço, e justificativa das regras pertinentes à participação de empresas em consórcio; a análise dos riscos que possam comprometer o sucesso da licitação e a boa execução contratual; a motivação sobre o momento da divulgação do orçamento da licitação.

Diversas outras diretrizes deverão ser observadas pelos órgãos e entidades licitantes, para o devido planejamento das contratações públicas, tais como a instituição de instrumentos que permitam a centralização de procedimentos, a criação de catálogos de padronização, instituição de sistemas informatizados de acompanhamento de obras e a adoção de minutas, termos de referência, contratos e documentos padronizados⁹¹.

⁸⁹ Art. 18, *caput* da Lei nº 14.133/2021.

⁹⁰ Incisos II a XI do art. 18 da Lei nº 14.133/2021.

⁹¹ Incisos I ao IV do art. 19 da Lei nº 14.133/2021.

A convocação de audiências públicas, presenciais ou remotas, com disponibilização de informações prévias, quiçá do estudo técnico preliminar e de elementos do edital de licitação⁹² também são importantes mecanismos introduzidos pela nova lei, que vão permitir o amadurecimento do debate, conferindo legitimidade democrática, por meio da participação de especialistas e de interessados, o que certamente contribuirá com o ideal de concretização do princípio do planejamento.

Outra inovação da lei, que reflete sem dúvidas uma nítida preocupação com o devido planejamento, é a disciplina normativa trazida no tocante à matriz de alocação de riscos⁹³, que poderá estar contemplada no edital⁹⁴, devendo ser promovida a alocação eficiente dos riscos de cada contrato⁹⁵ e estabelecidas as responsabilidades de cada parte, bem como os mecanismos que afastem a ocorrência de sinistros e mitiguem seus efeitos⁹⁶, devendo o contrato refletir a alocação dos riscos especialmente quanto⁹⁷: às hipóteses de alteração para o restabelecimento da equação econômico-financeira do contrato nos casos em que o sinistro seja considerado na matriz de riscos⁹⁸ como causa de desequilíbrio não suportada pela parte que pretenda o restabelecimento; à possibilidade de resolução quando o sinistro majorar excessi-

⁹² Art. 21 da Lei nº 14.133/2021.

⁹³ A matriz de riscos é definida no inciso XXVII do art. 6º da Lei nº 14.133/2021 da seguinte forma: cláusula contratual definidora de riscos e de responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, contendo, no mínimo, as seguintes informações: a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato que possam causar impacto em seu equilíbrio econômico-financeiro e previsão de eventual necessidade de prolação de termo aditivo por ocasião de sua ocorrência; b) no caso de obrigações de resultado, estabelecimento das frações do objeto com relação às quais haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico; c) no caso de obrigações de meio, estabelecimento preciso das frações do objeto com relação às quais não haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, devendo haver obrigação de aderência entre a execução e a solução predefinida no anteprojeto ou no projeto básico, consideradas as características do regime de execução no caso de obras e serviços de engenharia.

⁹⁴ Art. 22, *caput* da Lei nº 14.133/2021.

⁹⁵ A matriz de alocação de riscos, que poderá estar prevista no contrato, tem previsão no art. 103 da Lei nº 14.133/2021.

⁹⁶ Art. 22, § 1º da Lei nº 14.133/2021.

⁹⁷ Incisos I a II do § 2º do art. 22 da Lei nº 14.133/2021.

⁹⁸ Destaca-se que a matriz de riscos não se confunde com a análise de riscos a que alude o inciso X do art. 18 da Lei nº 14.133/2021, sendo a primeira um documento essencialmente contratual, enquanto a segunda é uma atividade de planejamento, como destaca Joel de Menezes Niebuhr. *Op. cit.*, p. 93.

vamente ou impedir a continuidade da execução contratual; à contratação de seguros obrigatórios previamente definidos no contrato, integrado o custo de contratação ao preço ofertado.

Há também uma preocupação do legislador na estimativa da despesa⁹⁹, entre a compatibilidade do valor previamente estipulado e o valor de mercado, que deve considerar diversos aspectos, como os preços constantes de bancos de dados públicos, a observância de potencial economia de escala e o local da execução do objeto¹⁰⁰, considerados os preços constantes de bancos de dados públicos e as quantidades a serem contratadas, observadas a potencial economia de escala e as peculiaridades do local de execução do objeto, mediante a adoção de critérios e fórmulas a serem aplicadas em dados obtidos no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), contratações anteriores da administração pública, pesquisas públicas, tabelas de referência aprovadas pelo poder público e sítios especializados, além de utilização de pesquisa direta com fornecedores¹⁰¹; sendo no caso de obras acrescentado o percentual de BDI e encargos sociais cabíveis, definidos segundo os parâmetros legais¹⁰². Destaque-se que tal adequação não é propriamente uma inovação da nova lei, posto que a Lei nº 8.666/1993 já impunha a verificação da compatibilidade das propostas com o preços de mercado¹⁰³ e consequente desclassificação daquelas incompatíveis¹⁰⁴. No entanto, a nova lei prescreve de forma analítica todos os critérios e parâmetros a serem utilizados na averiguação dessa compatibilidade.

Importante inovação da Lei nº 14.133/2021, no tocante à fase preparatória, é a possibilidade de adoção, desde que justificado, de orçamento reservado^{105 106}, o que pode favorecer a

⁹⁹ GUIMARÃES, *op. cit.*, p. 88-89.

¹⁰⁰ Art. 23, *caput* da Lei nº 14.133/2021.

¹⁰¹ Art. 23, § 1º, incisos I a V da Lei nº 14.133/2021.

¹⁰² Art. 23, § 2º, bem como seus incisos, todos da Lei nº 14.133/2021.

¹⁰³ Art. 43, inciso IV da Lei nº 8.666/1993.

¹⁰⁴ Art. 44, § 3º c/c art. 48, inciso II, todos da Lei nº 8.666/1993.

¹⁰⁵ Art. 24 da Lei nº 14.133/2021.

¹⁰⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello adverte para se ter cuidado com a expressão “orçamento sigiloso”, posto que, nos termos do inciso XXXIII do art. 5º da Carta Magna as hipóteses de sigilo estão condicionadas

obtenção de melhores preços e condições¹⁰⁷, concretizando um dos principais objetivos das licitações¹⁰⁸, qual seja, a busca pela melhor proposta.

Por fim, ainda durante a fase inicial, compete à administração pública elaborar, aprovar (sob o prisma da legalidade)¹⁰⁹ e dar publicidade¹¹⁰ ao edital, com a escolha da modalidade licitatória¹¹¹, a eleição de fatores e critérios de julgamento¹¹², podendo ser estabelecida margem de preferência para bens manufaturados e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras, bem como bens reciclados, recicláveis ou biodegradáveis, denotando uma preocupação do legislador com a promoção do desenvolvimento nacional sustentável¹¹³ e proteção do meio ambiente.

4. CONCLUSÕES

Neste estudo, demonstrou-se que o legislador dedicou especial atenção ao princípio do planejamento nas licitações e contratações públicas, o que é um alento num país em que as soluções costumam ser casuísticas e que, tradicionalmente, não se tem arraigada uma cultura de planejamento e de preocupação com a coisa pública.

São alvissareiras as novas disposições que encampam na Lei de Licitações a exigência do estudo técnico preliminar, até então existente apenas em normas infralegais, e ainda de uma série de instrumentos de concretização do princípio do planejamento.

às determinadas informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 529.

107 Importante percepção é a de que, quando se divulga antecipadamente o valor que a administração pública está disposta a pagar, nem sempre os licitantes ofertam de acordo com suas reais possibilidades. *Ibid.*, p. 530.

108 Art. 11, inciso I da Lei nº 14.133/2021.

109 Art. 53 da Lei nº 14.133/2021.

110 Art. 54 da Lei nº 14.133/2021.

111 Arts. 28 a 32 da Lei nº 14.133/2021.

112 Arts. 33 a 39 da Lei nº 14.133/2021.

113 Art. 5º c/c art. 11, inciso IV da Lei nº 14.133/2021.

Por outro lado, tem-se a sensação de que o legislador foi extremamente prolixo na enunciação de tal disciplina, repetindo uma matriz excessivamente formalista – o que já era uma das principais críticas lançadas à Lei nº 8.666/1993 – e ainda adotando uma técnica legislativa muito analítica, com uma enunciação excessivamente extensa de cada um dos requisitos de tais instrumentos¹¹⁴, reduzindo também a margem de autonomia da administração pública frente à pluralidade de regras que estabelecem a forma como deverá ser o devido planejamento¹¹⁵.

Pensa-se que poderia ter enfatizado o dever de planejamento e exigido todos esses instrumentos, dispondo sobre a essência de cada qual, sem se ter prendido a pormenores e requisitos formais, deixando essa tarefa aos operadores e intérpretes do Direito.

Certamente a nova lei deu um passo importantíssimo na mudança do paradigma nas contratações públicas, que tenderão a ser menos casuístas e com uma melhor alocação de recursos públicos, em prol da eficiência que deve nortear a atividade administrativa. No entanto, tal deixará uma árdua tarefa aos agentes de contratação, procuradores, assessores jurídicos e agentes públicos que, em geral, participem da elaboração de editais e conduza os certames, agindo em busca da realização das contratações públicas. Isso porque, para a correta concretização de todos esses requisitos exaustivamente previstos na nova disciplina legal, haverá necessidade de desenvolvimento de novos cânones hermenêuticos para uma eventual compatibilização dos mesmos com as peculiaridades dos objetos a serem licitados, especialmente quando não forem tão complexos a ponto de demandarem, de modo absoluto, tamanhas formalidades; tal reflexão ficará, entretanto, para outra oportunidade. ❖

114 Joel de Menezes Niebuhr comunga deste entendimento, destacando que as regras sobre a etapa preparatória contida na nova lei condenam as licitações e contratos à burocracia exagerada e disfuncional, tendo se equivocado o legislador ao elaborar regras complexas, descritas em pormenores para todos os tipos de licitações, tornando o modelo pesado e amarrado. NIEBUHR, *op. cit.*, p. 82-83.

115 JUSTEN FILHO, Marçal. *Loc. cit.*

REFERÊNCIAS

ALDAY, Hernan E. Contreras. O Planejamento Estratégico dentro do Conceito de Administração Estratégica. In: *Revista da Fae*. V. 3, n. 2. Maio/ago. Curitiba: FAE Centro Universitário, 2000.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

Blog Zenite. Nova Lei de Licitações: o princípio do planejamento. Disponível em: <https://zenite.blog.br/nova-lei-de-licitacoes-o-principio-do-planejamento/>. Acesso em: 15 jun. 2022.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (16 de julho de 1934). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Consulta em: 20 jul. 2022.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Consulta em: 20 jul. 2022.

_____. Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Consulta em: 20 jul. 2022.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Consulta em: 20 jul. 2022.

_____. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Consulta em: 20 jul. 2022.

_____. Tribunal de Contas da União. Plenário. Acórdão nº 1.079/2019. Relator: Min. Vital do Rêgo. 15 de maio de 2019. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/auditoria-operacional-sobre-obras-paralisadas.htm>. Consulta em: 15 jul. 2022.

____. Tribunal de Contas da União. Plenário. Acórdão nº 2.037/2019. Relator: Min-Subs. Augusto Sherman Cavalcanti. 28 de agosto de 2019. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-2350481/NUMACORDAOINT%20asc/0. Consulta em: 15 jul. 2022.

CAMARÃO, Tatiana. ONLL Observatório da Nova Lei de Licitações. Estudo Técnico Preliminar: arquitetura, conteúdo, obrigatoriedade e a previsão no PL 1292/95. Disponível em: <https://www.novaleilicitacao.com.br/2020/01/03/estudo-tecnico-preliminar-arquitetura-conteudo-obrigatoriedade-e-a-previsao-no-pl-1292-95/>. Consulta em: 08 jun. 2022.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Barueri: Atlas, 2022.

CHAVES, Luiz Cláudio de Azevedo. *A atividade de análise de mercado para planejamento das contratações governamentais: estudo prático sobre a atividade de pesquisa de preços nas licitações dispensa e inexigibilidade da Administração Pública e do Sistema "S"*. Curitiba: JML, 2018.

CHIAVENATO, Idalberto. *Introdução à Teoria Geral da Administração: uma visão abrangente da moderna administração das organizações*. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.

COSTA, Márcia Bittencourt da. *Corrupção, Improbidade Administrativa e o Tribunal de Contas da União*. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/corruptao-improbidade-administrativa-e-o-tribunal-de-contas-da-uniao.htm>. Consulta em: 02 jul. 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. *Estrutura Geral da Nova Lei: Abrangência. Objetivos e Princípios*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia. *Licitações e Contratos Administrativos*:

inovações da Lei 14.133 de abril de 2021. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

FURTADO, Lucas Rocha. Brasil e Corrupção. *Análise de Casos (Inclusive da Operação Lava Jato)*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

FRANCO, Paulo Fernando de Mello. *O Dever Fundamental de Administrar Bem*. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

GUIMARÃES, Edgar. Inovações no Planejamento da Fase Interna das Contratações. In: DI PIETRO, Maria Sylvia. *Licitações e Contratos Administrativos: inovações da Lei 14.133 de abril de 2021*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

GVP Parcerias Governamentais. Qual a diferença entre ETP e TR/PB? Disponível em: <https://www.parceriasgovernamentais.com.br/qual-e-a-diferenca-entre-etp-e-tr-pb/>. Consulta em: 08 jun. 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. ed. 2021. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2021. E-book. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/codigos/262297378/v1/page/RL-1.3>. Acesso em: 15 jan. 2022.

LOUREIRO, Cláudia; COELHO, Henrique; RODRIGUES, Matheus. Cinco anos depois, legado da Rio 2016 tem obras inacabadas, projeções fracassadas e projetos no papel. *G1*. Rio de Janeiro, 18 jul. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/07/18/cinco-anos-depois-legado-da-rio-2016-especial.ghtml>. Consulta em: 06 jun. 2022.

MAXIMIANO, Antônio César Amaru. *Introdução à administração*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

MONCADA, Luis S. Cabral de. *Direito econômico*. 5. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

NIEBUHR, Joel Menezes *et al.* *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Agências reguladoras. In: *Série Coleção Síntese Jurídica*, no 2. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Processo TCE-RJ nº 100.941-7/2020. Auditoria Governamental Extraordinária. Relator: Cons. Subs. Christiano Lacerda Ghuerrén. 23 de maio de 2021.

RIOS, Anibal Sierralta. *Introducción a La Juseconomía*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988

RODRIGUES, Eduardo Azeredo. *O Princípio da Eficiência à Luz da Teoria dos Princípios*: (Aspectos dogmáticos de sua interpretação e aplicação). 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

SADDY, André. *Formas de Atuação e Intervenção do Estado Brasileiro na Economia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

_____. *Regulação Estatal, Autorregulação Privada e Códigos de Conduta e Boas Práticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

SANTOS, Lucimar Rizzo Lopes dos. Abusos e desperdícios nas licitações e contratações públicas. In: *Conteúdo Jurídico*. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/49282/abusos-e-desperdicios-nas-licitacoes-e-contratacoes-publicas>. Consulta em: 02 jul. 2022.

Sem autor: Após incêndio na Kiss, maioria das boates em Piracicaba segue fechada. *G1*. Piracicaba, 04 mai. 2013. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/piracicaba-regiao/noticia/2013/05/apos-incendio-na-kiss-maioria-das-boates-em-piracicaba-segue-fechada.html#:~:text=Ap%C3%B3s%20inc%C3%AAndio%20na%20>

Kiss%2C%20maioria,fechada%20%7C%20Piracicaba%20e%20Regi%C3%A3o%20%7C%20G1&text=Das%2010%20boates%2C-%205%20est%C3%A3o,para%20fiscalizar%20estabelecimentos%20na%20%C3%A9poca.Consulta em: 20 jul. 2022.

SILVA, Benedicto. *Uma Teoria Geral de Planejamento*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1964.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

Água: Bem Vital, Direito Essencial e de Apropriação Incondicional

João Batista Damasceno

Doutor em Ciência Política (Teoria Política) pelo Programa de Pós-graduação em Ciência Política da Universidade Federal Fluminense/PPGCP-UFF. Mestre em Ciência Política pelo Programa de Pós-graduação em Ciência Política da Universidade Federal do Rio de Janeiro/PPGCP-UFRJ. Mestre em Ciência do Desporto pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro/PPGCD-UERJ. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

1. INTRODUÇÃO

Os direitos humanos não decorrem da natureza, não são atributos metafísicos. Igualmente não decorrem de norma. Os direitos humanos decorrem da cultura de cada povo. A classificação dos direitos em geração os hierarquiza e oportuniza que o Estado programe o que considera relevante implementar. Tal concepção fundamenta a reserva do possível e posterga a realização substancial do direito do titular.

A teoria crítica dos direitos humanos não despreza a importância da norma. Ao contrário, reconhece a norma como instrumento imprescindível para contornar barreiras limitativas da dignidade da pessoa humana. No entanto, antes da dignidade da pessoa humana, há que se considerar os meios indispensáveis para a própria existência da vida humana, dentre as quais o direito de captação de água potável, indispensável à sobrevivência.

O Brasil foi ocupado por Portugal no período de formação dos Estados Nacionais, embora Portugal já tivesse nascido centralizado no século XII, e é expressão do capitalismo comercial

em expansão naquele tempo. A apropriação das riquezas transportáveis deu a tônica naquele momento nascente do capitalismo. No entanto, no século XIX, por meio da Lei nº 601, de 1850, conhecida como “Lei de Terras” (Brasil, 1850), a terra foi constituída como mercadoria, e sua apropriação originária foi negada a quem não pudesse pagar por ela. A terra, de forma comunal, foi transformada em bem econômico suscetível de apropriação privada, mesmo sem destinação a qualquer uso. A Constituição Brasileira de 1988 (Brasil, 2008) garantiu o direito de propriedade (art. 5º, XXII), mas ressaltou que a propriedade há de ter função social (art. 5º, XXIII).

O processo de transformação da terra em bem econômico se repetiu no final do século XX, no Brasil, em relação à água, quando as fontes hídricas deixaram de ser consideradas bens naturais e foram, por lei, declaradas como bem econômico. Daí é que não mais se passou a cobrar pelo serviço de disponibilização da água, mas pelo próprio bem.

Dessa forma, a captação na natureza passou a ser vedada, pois a água – em si – passou a ser considerada bem econômico. Isso resultou na violação ao direito à vida daqueles que não podem pagar pela apropriação da quantidade de água indispensável à sua sobrevivência. Até mesmo a captação direta nas fontes está vedada, notadamente em face da privatização dos recursos hídricos.

A construção de uma cultura dos direitos humanos depende dos valores de cada sociedade. Democracia, direitos humanos ou quaisquer outras formas relacionadas à organização ou convivência humanas não são exportáveis, tal como pretende a hegemonia da ordem mundial inaugurada após a queda do Muro de Berlim.

Simultaneamente ao discurso dos direitos humanos universalizados, o neoliberalismo se implanta desregulamentando as relações e estimulando o retorno a um Estado hobbesiano; mas, ao mesmo tempo, se apodera do aparato repressivo do Estado e promove a eliminação dos indesejáveis, párias indignos

de vida (Zaccone, 2015). Vivemos em permanente estado de exceção (Benjamin, 1992).

Os direitos humanos não podem ser uma abstração, pois sua validade e eficácia hão de estar fundamentadas nas condições materiais de existência. A dignidade da pessoa humana é categoria concreta. É o direito de viver. Mais que sobreviver com dignidade.

Direitos humanos é o conjunto de práticas sociais e culturais que geram um processo de participação e emancipação do ser humano numa determinada sociedade em relação com o meio ambiente, possibilitando a vida e gerando bem-estar e qualidade de vida.

O presente trabalho analisa o direito à água, indispensável à vida humana, como realização substancial dos direitos humanos.

2. ÁGUA, BEM INDISPENSÁVEL À VIDA; MAIS QUE UM BEM ESSENCIAL

As coisas necessárias à vida antecedem ao Direito, à produção do mundo e da cultura, e sua apropriação não pode ser suprimida pela ordem jurídica, sob pena de tornar impossível a própria subsistência. O fornecimento de água no quantitativo mínimo *per capita* por dia, definido pela ONU como indispensável à vida humana, transcende à possibilidade de contraprestação.

O direito à água no Brasil, além da consideração como bem vital que não pode ser negado, nos remete ao art. 1º, III, da Constituição da República (Brasil, 2008), que trata da dignidade da pessoa humana, e ao art. 6º, que assegura o direito à saúde, bem como aos estatutos infraconstitucionais, como o art. 6º, I, da Lei nº 8078/90 (Brasil, 1990), referente ao direito à vida.

O que a concepção empresarial – que impregna a interpretação ou construção jurídica – tem entendido, neste momento ampliada pela sanha neoliberal, é que as pessoas somente podem gozar daquilo para o qual puderem despender recursos pecuniários. Argumenta-se que, em se tratando de relação jurídica bilateral-sinalagmática, com recíprocas prestações entre as

partes, uma não pode exigir o cumprimento da obrigação pela outra, sem o cumprimento do que lhe compete.

No entanto, em se tratando de fornecimento de água, bem essencial à vida e sem o qual não seria possível subsistir, a construção jurídica há de ser diferente da análise quando se trate de bens que possam ser dispensados e sem os quais a pessoa possa subsistir.

Tal como a terra, originariamente comunal e depois realenga, mas de uso comum a todos, a água foi também tornada objeto de apropriação exclusiva, com subordinação do seu uso à contraprestação aos que dela, com fundamento na ordem jurídica, se apropriaram.

Admitidas pela ordem jurídica, a apropriação das fontes naturais, a transformação da água natural em bem *in commercio* e sua mercantilização – aquém dos limites necessários à sobrevivência – se afiguram lesivas à própria espécie humana.

Água é um bem essencial, mas, no limite mínimo, é mais que isso. É um bem vital. Daí a necessidade de distinção entre o que é vital e o que é essencial.

Serviço essencial é aquele ao qual se atribui caráter de imprescindibilidade, no que tange à manutenção de patamares mínimos de subsistência de acordo com o modo de vida da sociedade no qual é prestado e os costumes de cada época, e, para tanto, a ordem jurídica determina que seja prestado de forma contínua.

Assim, o Estado chama para si a prestação – diretamente ou por meio de delegação – dos serviços essenciais ou regula o fornecimento do serviço ou produto. Em regra, mas nem sempre, os serviços públicos se revestem de essencialidade, pois têm caráter de manutenção do interesse público. Não é a essencialidade que determina a natureza pública do serviço nem torna a prestação estatal em serviço essencial.

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, considera-se serviço público essencial *“toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que exerça diretamente ou por meio de seus*

delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público” (Di Pietro, 2005).

É essencial todo serviço que resguarda, em si, a manutenção da qualidade de vida e saúde do cidadão, razão pela qual é assente que deve ser prestado ininterruptamente, aos que quiserem adquirir.

Rizzatto Nunes diz que *“há no serviço considerado essencial uma perspectiva real e concreta de urgência, isto é, necessidade concreta e efetiva de sua prestação” (Nunes, 2005).*

Todo serviço considerado essencial há de ser prestado em obediência ao princípio da continuidade, ante a incidência efetiva do caráter de urgência de sua prestação.

Com o intuito de definir potencialmente quais serviços resguardam a essencialidade de sua prestação, extrai-se da Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989 (Brasil, 1989), a chamada “Lei de Greve”, os serviços considerados pelo ordenamento jurídico brasileiro como essenciais. Em seu art. 10, a Lei nº 7.783/89 enuncia as atividades que devem ser prestadas de forma contínua; assim, ainda que haja greve, os sindicatos dos trabalhadores grevistas deverão se organizar de maneira a não provocar a interrupção do serviço.

A aplicação da Lei nº 7.783/89 às relações de trabalho permite sua extensão às relações de consumo, quando se trate de prestação de um serviço público fornecido diretamente pelo Estado ou indiretamente por delegatários, e faz com que atividades como o fornecimento de água, energia elétrica, telecomunicação, entre outras, sejam consideradas insuscetíveis de interrupção.

Os serviços considerados essenciais pela Lei de Greve igualmente não de ser considerados essenciais, quando analisados sob a ótica das relações consumeristas, e disso decorre a aplicação do princípio da continuidade.

Desse modo, caracterizar determinado serviço como essencial é relacioná-lo ao princípio da continuidade, impondo a pres-

tação efetiva e contínua a quem o quiser ou puder adquirir, não podendo haver interrupção, sob pena de se infringir a qualidade de vida do cidadão, depreciando-o e o submetendo a situações de impossibilidade de manutenção de seu bem-estar.

Assim, serviço essencial é aquele imprescindível ao modo de vida numa determinada sociedade, com o conforto, segurança e bem-estar que lhe sejam considerados próprios, de acordo com cada época.

Os bens se revestem do atributo de essencialidade, de acordo com padrões temporais, e tornam a vida mais tranquila.

A prestação do serviço de fornecimento de água, de acordo com os padrões de exigência do modo de vida de determinada sociedade, é serviço essencial. No entanto, no mínimo necessário à subsistência, é mais que isso: é vital.

Os bens essenciais são necessários ao modo de vida de uma determinada sociedade. Os bens vitais são imprescindíveis à própria vida em qualquer sociedade e em qualquer época. Dentre eles, estão o ar e a água em quantidade mínima necessária para a hidratação, para o preparo de alimentos e para a higiene.

Água potável é um bem essencial e deve ser prestada continuamente a quem a queira adquirir mediante contraprestação; em quantidade mínima, indispensável à subsistência, é vital e deve, ainda assim, ser prestada mesmo quando o adquirente não disponha dos meios para a contraprestação.

No Estado do Rio de Janeiro, pela Lei n° 622, de 02 de dezembro de 1982 (Rio de Janeiro, 1982), foi instituída taxa de prevenção e extinção de incêndio, com amparo na Constituição da República, que, em seu art. 145, II, dispõe que os entes da Federação podem instituir taxas *“em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição”*, bem como no art. 194, II, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro (Estado do Rio de Janeiro, 1989), e no art. 77 do Código Tributário Nacional (Brasil, 1966).

Tal como a tarifa, as taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição. O que há de distinguir taxa e tarifa (ou preço público) é a compulsoriedade da exigência. Enquanto a tarifa somente é exigível do consumidor que contratar o serviço público, a taxa é exigível compulsoriamente pela mera disponibilização do serviço ao contribuinte. Porém, o inadimplemento da prestação pelo contribuinte não torna possível a interrupção do serviço público remunerado por taxa. Assim, o Estado não pode se negar a combater um incêndio dado o inadimplemento da taxa de prevenção e combate a incêndio pelo contribuinte. Isso porque o serviço é vital, mais que essencial. Da mesma forma, o fornecimento de água em quantia mínima para garantia da sobrevivência.

Os índices de aferição de consumo de água indicam que três quartos da água potável do mundo são usados em irrigação¹; uma parte tem destinação animal e outra tem uso industrial. Pouca é a quantidade de água doce empregada no consumo doméstico e humano. Mas o direito humano à água, em quantidades mínimas para a hidratação, higiene e preparo de alimentos, é direito relacionado ao próprio direito à vida e não pode estar condicionado ao pagamento. Trata-se do mínimo vital, sem o que não se pode existir.

O direito aos bens naturais, cuja existência independe de trabalho, vitais porque indispensáveis à existência da vida, preexiste à concepção do que sejam direitos fundamentais. A liberdade e o direito à liberdade são construções sociais, assim como os direitos sociais, culturais, econômicos, ambientais e consumeristas. Porém, antes da construção social dos direitos, não se pode negar o poder de apropriação primária dos bens necessários à subsistência.

1 Irrigação é responsável pelo consumo de 72% da água no Brasil: <https://www.teraambiental.com.br/blog-da-tera-ambiental/bid/320413/irrigacao-responsavel-pelo-consumo-de-72-da-agua-no-brasil>

Nenhuma ordem pode suprimir os meios necessários à vida.

Antecedente à concepção de Direito e à construção do mundo e da cultura, as necessidades humanas, dentre as quais a água, em quantidade mínima para a sobrevivência, é interesse vital. Não se trata de direito natural, mas de necessidade natural de coisa inalienável e indispensável à subsistência, tal como o ar atmosférico.

A regulamentação da captação de água doce no Brasil, editada na esteira da nova ordem mundial e do neoliberalismo que a acompanhou nos anos 90 do século XX, transmudou o serviço de prestação de fornecimento de água em alienação do próprio bem. Assim, a água potável passou a ser mercadoria, quando anteriormente o que se cobrava era tarifa pelo serviço de tratamento e transporte até a unidade consumidora, ou seja, o que se cobrava anteriormente era o serviço de abastecimento, e não o próprio produto. Água, em quantia mínima necessária à sobrevivência, é um bem comum à humanidade.

Mas os direitos demandam a ponderação de Maurice Hauriou, para quem *“não basta que um direito seja reconhecido e declarado. É necessário garanti-lo, porque virão ocasiões em que será discutido e violado”* (Hauriou, 1968). A alteração da natureza dos bens de comuns para privados ou estatais, porém exclusivos dos titulares, com possibilidade de transformação de sua natureza para mercadoria, implica a transmutação da natureza de sua apropriação: exclusiva por uns – ainda que entes estatais – em prejuízo de outros.

A alteração da natureza da terra no Brasil se operou por força da Lei nº 601, de 1850 (Brasil, 1850), que lhe atribuiu a natureza de mercadoria.

Tal como a mercantilização da terra com a Lei nº 601, de 1850 (Brasil, 1850), tivemos a mercantilização da água com a Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997² (Brasil, 1997), que, em seu art. 1º, II, dispôs que *“a Política Nacional de Recursos Hídricos baseia-se nos*

² Água como mercadoria e a luta dos movimentos sociais pelo acesso à água no Pontal do Paranapanema. OLIVEIRA, Jaqueline da Silva e CARVALHAL, Marcelo Dornelis. http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?pid=MSC000000142012000100005&script=sci_arttext

seguintes fundamentos: a água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico”.

A questão da água no mundo foi objeto de deliberação da Organização das Nações Unidas (ONU), organismo internacional do qual o Brasil faz parte e que proclamou a *Declaração Universal dos Direitos da Água*, em 1992 (ONU, 1992).

Essa declaração é, na verdade, uma convocatória aos cidadãos e aos países do mundo inteiro para que se esforcem no desenvolvimento da cultura do direito e dos deveres em relação à água.

Dispõe o art. 1º da declaração que *“a água faz parte do patrimônio do planeta”*, e o art. 2º dispõe que a água é condição essencial da vida de todo ser vegetal, animal ou humano, bem como que o direito à água é um dos direitos fundamentais do ser humano.

A declaração entende a água como um patrimônio da humanidade, condição essencial para a vida, um direito humano e um bem público.

No seu art. 6º, a mesma declaração diz que *“a água não é uma doação gratuita da natureza; ela tem um valor econômico”*.

Evidencia-se aparente contradição entre os arts. 1º, 2º e 6º da Declaração da Água. No entanto, temos que interpretá-los de acordo com o uso a que a água se destina. Se a água é considerada *“condição essencial de vida”* e *“patrimônio do planeta”*, não pode ser considerada bem econômico, desfrutável exclusivamente mediante pagamento. O único pagamento exigível, quando existente a possibilidade de prestação, há de ser pelo serviço de disponibilizá-lo para o consumo humano. Diversamente pode ser sua natureza quando se tratar de destinação industrial ou irrigação.

Foi no sentido da imprescindibilidade da água potável para uso humano que a Organização das Nações Unidas (ONU), no dia 28 de julho de 2010, aprovou Resolução A/RES/64/292 (ONU, 2010), proposta pela Bolívia, que reconhece o acesso à água potável e ao saneamento básico como um direito de todo ser humano.

Em novembro de 2002, o Comitê das Nações Unidas para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais já havia formulado seu Comentário Geral nº 15 sobre o direito à água, afirmando que: “O direito humano à água prevê que todos tenham água suficiente, segura, aceitável, fisicamente acessível e a preços razoáveis para usos pessoais e domésticos” (ONU, 2002).

Além disso, em abril de 2011, o Conselho dos Direitos Humanos adotou, através da Resolução A/HRC/RES/16/2 (ONU, 2011), o acesso à água potável segura como um direito humano; um direito à vida e à dignidade humana.

Para a ONU, água é dever, e não caridade, devendo ser distribuída em quantidade suficiente, ou seja, de 50 a 100 litros por pessoa ao dia, podendo o serviço ser cobrado, mas o valor não pode ultrapassar 5% da renda familiar. Inexistindo renda familiar aferível, não pode ser exigido valor pecuniário como contraprestação pelo mínimo necessário à sobrevivência, devendo o mínimo vital ser provido às expensas do Estado.

A imprescindibilidade da água, em quantidade mínima para a sobrevivência já foi tratada em decisão do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2011), nos seguintes termos:

“a hipótese versa sobre mínimo existencial, porquanto água é substância imprescindível à subsistência da humanidade, sendo de importância inexcedível no semi-árido nordestino. Está-se aqui diante do mínimo vital, a gravitar em torno do direito à vida (art. 5º, caput, CF), a justificar a intervenção do Judiciário na seara das políticas públicas”. G.N.

(AgRg no REsp 1211989 / RN. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2010/0161249-2. Relator(a): Ministro BENEDITO GONÇALVES. Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA. Data do Julgamento: 04/08/2011. Data da Publicação/Fonte: DJe 10/08/2011)

Em julgado no qual se tratou da essencialidade da água para a subsistência humana (Brasil, 2001), o Superior Tribunal de Justiça (STJ) assentou a impossibilidade da interrupção do

fornecimento, mesmo diante do inadimplemento do consumidor. Dispôs o acórdão daquele tribunal que o delegatário do serviço público há de utilizar-se de outros meios para o reembolso do serviço:

“EMENTA: Corte no fornecimento de água. Inadimplência do consumidor. Ilegalidade. 1. É ilegal a interrupção no fornecimento (...), mesmo que inadimplente o consumidor, à vista das disposições do Código de Defesa do Consumidor que impedem seja o usuário exposto ao ridículo. 2. Deve a concessionária de serviço público utilizar-se dos meios próprios para receber os pagamentos em atrasos. 3. Recurso não conhecido”.

(Processo: REsp 122812/ES. RECURSO ESPECIAL: 1997/0016898-0; Relator(a): Ministro MILTON LUIZ PEREIRA. Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA. Data do Julgamento: 05/12/2000. Data da Publicação/Fonte: DJ 26/03/2001 p. 369).

As razões expostas pelo magistrado foram as seguintes:

“O Senhor Ministro Milton Luiz Pereira (Relator): fundamentou-se o Acórdão recorrido, para negar provimento à apelação, no artigo 9º da Constituição Estadual do Espírito Santo, preceito que dispõe que “ninguém poderá ser privado dos serviços públicos essenciais”.

“Considerado o fornecimento de água como integrante desses serviços, não poderia a impetrada interrompê-lo, ainda que inadimplente o usuário. A CESAN, em seu Recurso Especial, não atacou essa fundamentação, limitando-se a sustentar a legalidade de seu Regulamento à vista do disposto na Lei 6.528 e no Decreto 82.587. Esse aspecto da questão, entretanto, não foi discutido pelo Tribunal de origem.

“Parece-me, portanto, que não merece o recurso ser conhecido pela alínea “a”, vez que não se infirmou o real fundamento do Acórdão recorrido.

“No tocante ao dissídio, nenhum dos arestos colacionados analisou a questão à luz do artigo 9º da Constituição Estadual do Espírito Santo, razão pela qual não vislumbro a configuração da divergência.

“Ainda assim não fosse, há decisões desta Primeira Turma, julgamentos dos quais participei, em que se concluiu pela impossibilidade de corte no fornecimento de água ou energia elétrica, mesmo que inadimplente o usuário,

A água potável, no mínimo indispensável à sobrevivência humana, não pode deixar de ser fornecida, ainda que inadimplente o usuário do serviço. Trata-se de bem vital, insuscetível de suspensão do fornecimento.

3. CONCLUSÃO

Água é um bem vital. A pessoa que não possa efetuar a prestação pecuniária exigida pelo fornecimento de água para consumo pessoal tem direito à vida, para a qual a água é indispensável.

A água, embora tenha sido classificada pela ordem jurídica brasileira vigente como bem econômico, é um bem natural vital. A necessidade de consumo para a sobrevivência assegura o direito de apropriação na quantidade necessária para a subsistência, independentemente da possibilidade de pagamento.

A delegação do serviço de prestação de fornecimento de água a empresas, cuja finalidade é o lucro, não autoriza que, em nome do empreendimento econômico, torne-se possível a interrupção do fornecimento no limite mínimo para a subsistência. Os bens vitais podem ser apropriados, mesmo sem contraprestação, no limite da necessidade da pessoa humana.

Os bens vitais, decorrentes da natureza e comuns a todos, apropriados com exclusividade por empresas ou corporações, com anuência do Estado e com autorização da ordem jurídica, hão de ser providos no mínimo necessário, como garantia da subsistência dos que não podem por eles pagar. ❖

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENJAMIN, Walter. *Sobre Arte, Técnica, Linguagem e Política*. Lisboa: Relógio D'água Editores, 1992.

BITTAR, Eduardo C. B. *Democracia, justiça e direitos humanos: Estudos de teoria crítica e Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2018.

_____. [Superior Tribunal de Justiça/STJ (2011)]. AgRg no REsp 1211989/RN. 2011. <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp> no dia 07/02/2023 às 20h53min.

_____. [Superior Tribunal de Justiça/STJ (2011)]. REsp 122812/ES. 2001. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp> no dia 07/03/2023 às 20h59min.

_____. [Lei 9.433 (1997)], Lei 9.433 de 08 de janeiro de 1997. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19433.htm no dia 07/03/2023 às 20h35min.

_____. [Lei 8078 (1990)]. Lei 8078 de setembro de 1990. Brasília: Presidência da República, 1990. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm no dia 07/03/2023 às 20h09min.

_____. [Lei 7783 (1989)]. Lei 7783 de 28 de junho de 1989. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7783.HTM no dia 07/03/2023 às 20h18min.

_____. [Lei 5172 (1966)]. Lei 5172 de 25 de outubro de 1966. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm no dia 07/03/2023 às 20h33min.

_____. [Lei 601 (1850)]. Lei 601 de 18 de setembro de 1850. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l0601-1850.htm#:~:text=LEI%20No%20601%2C%20DE,sem%20preenchimento%20das%20condi%C3%A7%C3%B5es%20legaisno dia 07/03/2023 às 20h18min.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DUMONT, Louis. *O individualismo: uma perspectiva antropológica da sociedade moderna*. Rio de Janeiro: Rocco, 1993.

FLORES, Joaquin Herrera. *Cultura y derechos humanos: La construcción de los espacios culturales*. *in* Teoria Crítica dos Direitos Humanos no século XXI. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2008.

_____. *Manifesto Inflexivo: Considerações intempestivas por uma cultura radical*.

Rio Grande do Sul: Notadez, 2007.

_____. *Los Derechos Humanos em el Contexto de la Globalización: Tres Precisiones Conceptuales* *in* Direitos Humanos e Globalização: Fundamentos e possibilidades desde a Teoria Crítica. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

HABERMAS, Jurgen. 1997. *Nos limites do Estado*. Folha de São Paulo, p. 5-4, São Paulo, 18 jul.

HAURIOU, Maurice. *La Teoria de la Institucion y de la Fundacion*. Traducción del francés, prólogo y bibliografía del autor çpor Arturo Enrique Sampay. Buenos Ayres: Abeledo-Perrot, 1968.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ONU. *Resolução A/HRC/RES/16/2*. 2011. Disponível em https://www.un.org/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitati_on_milestones_por.pdf no dia 0/03/2023 às 20h49min.

_____. *Resolução 64/292: El derecho humano al agua y el saneamiento*. 2010. Disponível em <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/479/38/PDF/N0947938.pdf?OpenElement> no dia 07/03/2023 às 20h42min.

_____. *Comentário Geral nº 15*. 2002 Disponível em https://www.un.org/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitati_on_media_brief_por.pdf no dia 07/03/2023 às 20h45min.

_____. *Declaração Universal dos Direitos da Água*. 1992. Disponível em <https://info.opersan.com.br/declaracao-universal-dos-direitos-da-agua#:~:text=A%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20da%20%C3%81gua%20foi%20redigida%20pela,j%C3%A1%20era%20identificado%20o%20desperd%C3%ADcio> no dia 07/09/2023 às 20h40min.

RIO DE JANEIRO. [Constituição estadual (1989)]. *Constituição do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: ALERJ, 1989. Disponível em <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/constest.nsf/PageConsEst?OpenPage> no dia 07/03/2023 às 20h31min.

_____. [Lei 622 (1982)]. *Lei 622 de 02 de dezembro de 1982*. Disponível em <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/f25571cac4a61011032564fe0052c89c/0292329d710869ab03256585005e494e?OpenDocument#:~:text=Lei%20Ordin%C3%A1ria&text=LEI%20N%C2%BA%20622%2C%20DE%20,FUNESBOM%20%2D%20E%20D%C3%81%20OUTRAS%20PROVID%C3%8ANCIA> no dia 07/03/2023 às 20h28min

ZACCONI, Orlando. *Acionistas do Nada: quem são os traficantes de drogas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan. 2011.

_____. *Indignos de vida: a forma jurídica de políticas de extermínio de inimigos da cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan. 2015.

Avaliação de Tecnologias em Saúde – Apontamentos a Partir da Ética, do Direito e da Economia

Fernanda Paes Leme Rito

Coordenadora da graduação em Direito do Ibmec/RJ. Professora Titular de Direito Civil do Ibmec/RJ. Doutora em Direito Civil. Mestra em Direito Civil - UERJ. Especialista em Direito Civil pela Veiga de Almeida. Advogada. Professora de Direito Civil do IBMEC. Professora convidada nos cursos de especialização da PUC/RJ, da EMERJ e da CEPED/UERJ.

Angélica Lúcia Carlini

Pós-Doutorado em Direito Constitucional. Doutora em Direito Político e Econômico. Mestre em Direito Civil. Pós-Graduada em Direito Digital. Graduada em Direito. Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Contratual. Diretora do Comitê Ibero-latino-americano da Associação Internacional de Direito de Seguros – CILA/AIDA.

Vivian Vicente de Almeida

Mestre e Doutora em Economia pela Universidade Federal Fluminense, Graduada em Direito pela Ib-mec e Graduada em Ciências Econômicas pela UFF, Consultora e Professora Titular no Ibmec.

RESUMO: Desenvolvido a partir de relatório do grupo de pesquisa do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (Ib-mec -RJ) e juntamente com a Federação Nacional de Saúde Suplementar (FenaSaúde), o presente estudo aborda de forma sistemática os critérios sobre a Avaliação de Tecnologias em Saúde (ATS). Busca-se apresentar um glossário expandido quanto às possibili-

dades de análise conjunta das ATS, de modo a refletir criticamente os desafios entre as coberturas dos sistemas público e privado brasileiro. Baseado em marcos da teoria econômica, discute-se ainda a melhor aplicação de tais tecnologias na saúde, tanto do ponto de vista macro quanto das réguas de produtividade.

PALAVRAS-CHAVE: Avaliação de Tecnologias em Saúde (ATS); Análise Econômica; Sistema de Saúde Público e Privado.

ABSTRACT: Developed from a report by the research group of the Brazilian Institute of Capital Markets (Ibmec-RJ) and together with the National Federation of Supplementary Health (FenaSaúde), this study systematically addresses the criteria for the Assessment of Health Technologies (AT). It seeks to present an expanded glossary regarding the possibilities of joint analysis of HTAs, in order to critically reflect the challenges between the coverage of the Brazilian public and private systems. Based on landmarks of economic theory, the best application of such technologies in health is still discussed, both from the macro point of view and from the productivity rules.

KEYWORDS: Health Technology Assessment (HTA); Economic Analysis; Public and Private Health System.

1. INTRODUÇÃO - TECNOLOGIA E SAÚDE

Na introdução à edição brasileira do livro *Técnica, Medicina e Ética*, de Hans Jonas, o professor Jelson Oliveira, do Grupo de Trabalho Hans Jonas da Associação Nacional de Pós Graduação em Filosofia – ANPOF, destaca que, no pensamento do pesquisador alemão nascido no início do século XX e que enfrentou todos os percalços das grandes guerras mundiais, a técnica é “uma expressão da abertura necessária à vida (...) e um risco sem precedentes” (OLIVEIRA, 2013, p. 13).

E afirma que Jonas, por meio do princípio da responsabilidade, propõe uma ética para a civilização tecnológica que se apoia no fato de que a tecnologia sempre traz perigo e que a vida “guarda uma exigência ética” (OLIVEIRA, 2013, p. 13). É nela, na vida, que Hans Jonas apoia o princípio da responsabilidade.

Tecnologia e inovação são palavras muito comuns em nossos tempos pré e pós-pandêmicos. Se antes da eclosão da pandemia da Sars-Covid-19 os recursos tecnológicos e de inovação já cresciam em alta velocidade, o período de isolamento social adotado como prevenção ao risco de contaminação tornou obrigatório o uso de novos instrumentos e meios de comunicação social para a execução do trabalho e, claro, para o atendimento à saúde.

A telemedicina ou telessaúde, que no Brasil era tratada de forma tímida, com intenso debate sobre a forma como deveria ser adotada, tornou-se realidade logo no início da pandemia e, na área da saúde suplementar, registra números impactantes. Somente as associadas da Federação de Saúde Suplementar – FENASAÚDE – estimam ter realizado, desde abril de 2020, 6,5 milhões de teleatendimentos e, aferido nível de satisfação dos usuários acima de 90% (VALENTE, 2022).

A tecnologia e a inovação estão presentes em todas as áreas da saúde, pública e privada, e a expectativa é que continuem a ser produzidas em larga escala, de forma a atingir todas as etapas de cuidado, da atenção primária aos tratamentos complexos para doenças raras ou autoimunes. O incentivo para o desenvolvimento tecnológico e disruptivo vem de todos os atores dessa rede de relações: pacientes, médicos, hospitais, indústria farmacêutica e, embora as fontes pagadoras diretas – governo e planos de saúde – vejam com apreensão o aumento dos custos decorrentes das novas tecnologias da saúde, também desejam melhor atendimento e desfecho clínico positivo para os beneficiários.

Mas a reflexão de Hans Jonas é pano de fundo necessário para os anseios por tecnologia e inovação. É preciso priorizar a responsabilidade e a ética quando se trata de introduzir a técnica em área tão sensível para a humanidade como é a saúde.

Com essa perspectiva filosófica e jurídica que envolve ética e responsabilidade, este trabalho tem por objetivo estudar a avaliação de tecnologia em saúde – ATS – como instrumento de

caráter técnico-científico para aferir maior segurança na implantação de tecnologia e inovação em saúde e, ao mesmo tempo, para garantir o respeito ao compromisso de responsabilidade e ética que deve orientar todas as condutas na área da saúde pública e privada.

Para concretizar esse objetivo, o trabalho pesquisa a responsabilidade pelo uso de tecnologia e inovação em saúde, define a avaliação de tecnologia em saúde e investiga aportes teóricos da Economia para construção de indicadores de inclusão e exclusão de tecnologias em saúde.

2. ÉTICA E RESPONSABILIDADE NA DECISÃO POR NOVAS TECNOLOGIAS

A reflexão em torno da ética e da responsabilidade na inovação em saúde se alicerça no aspecto fundamental da liberdade para a realização do trabalho e da pesquisa científica.

No Brasil, a Constituição Federal garante a liberdade de expressão da atividade científica, independentemente de censura ou licença, conforme consignado no artigo 5º, inciso IX, localizado no título Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Também consagra no artigo 207 a autonomia didático-científica das universidades e dos institutos de pesquisa científica e tecnológica. E, no artigo 216, inclui as criações científicas e tecnológicas no patrimônio cultural brasileiro.

A par disso, a Constituição Federal dedica o capítulo IV à Ciência, Tecnologia e Inovação e determina expressamente no artigo 218 que o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação. E enfatiza, no parágrafo primeiro, que a pesquisa básica e tecnológica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso da ciência, tecnologia e inovação.

Ciência, tecnologia e inovação são prioridades para o país que aprovou em 2016 a Lei n.º 13.243, marco regulatório que determina, no parágrafo único do artigo primeiro, que a promoção

das atividades científicas e tecnológicas devem ser estratégicas para o desenvolvimento econômico e social.

A liberdade de pesquisar e comunicar resultados é garantida pela Constituição Federal e incentivada por lei ordinária federal. E essa liberdade é guiada pelos fundamentos republicanos da cidadania, dignidade da pessoa humana e valor social da livre iniciativa.

O Código de Ética Médica do Conselho Federal de Medicina, Resolução CFM Nº 2.217/2018, no Capítulo I, que trata dos Princípios Fundamentais, determina como quinto princípio que “compete ao médico aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente e da sociedade”. Os médicos ficam autorizados por sua normativa máxima a agirem na busca dos melhores recursos científicos, o que, na atualidade, quase sempre corresponde aos melhores dispositivos tecnológicos no campo de procedimentos, materiais e/ou medicamentos.

A busca contínua pelo progresso da técnica é prática da humanidade desde antes da primeira Revolução Industrial, ocorrida na Inglaterra nos séculos XVIII e XIX. A história da humanidade é marcada pelos avanços técnicos na área da produção agrícola, do transporte, da construção civil e dos meios de cura dos males da saúde.

Se, por um lado, a trajetória histórica da humanidade é marcada pela convivência com os riscos naturais e sociais desde o início do processo civilizatório, por outro lado, a busca incessante pela técnica criou novas formas de risco, decorrentes do desenvolvimento das tecnologias e de sua utilização na vida prática.

O avanço da técnica trouxe novos riscos e, conseqüentemente, novas responsabilidades e a necessidade do debate sobre a ética na pesquisa científica. Em todas as fases da evolução tecnológica e muito em especial na atualidade, em que as inovações disruptivas têm crescido de forma vigorosa, os temas da responsabilidade e da ética na pesquisa científica adquirem maior relevância.

A Conferência de Asilomar, realizada em 1975, foi um momento histórico para o debate ético na pesquisa científica. Reunidos em balneário perto de Monterey, nos Estados Unidos, cientistas participaram de congresso internacional sobre recombinação de moléculas de DNA, convocados por Paul Berg, bioquímico, professor de importantes universidades e ganhador do Prêmio Nobel de Química, juntamente com Walter Gilbert e Frederick Sanger, em 1980.

Berg, na liderança do comitê, convocou a conferência para construir um debate em torno da autorregulação dos riscos de engenharia genética. Pretendiam os cientistas dessa área do conhecimento antecipar a avaliação de riscos decorrentes das pesquisas e utilização da biotecnologia.

Da conferência, resultou uma moratória voluntária das pesquisas que envolviam DNA recombinantes até que fossem definidos protocolos de segurança confiáveis para os riscos decorrentes dessas pesquisas. Somente poderiam prosseguir as pesquisas com salvaguardas e seria criado um comitê consultivo para tratar permanentemente do assunto.

A conferência de Asilomar não foi o primeiro encontro para essa discussão, mas é considerada a mais importante. No entanto, foi duramente criticada por ter sido realizada exclusivamente por cientistas, sem participação da sociedade, que não foi chamada para os debates. E a sociedade da época tinha motivos para se preocupar com a falta de diálogo com os cientistas porque, nas décadas de 1960 e 1970, vários fatos preocupantes sobre pesquisas científicas haviam se tornado públicos. Em todos eles, as pesquisas científicas haviam sido conduzidas sem respeito a preceitos de ética e transparência (PORTAL TECTONIA, 2022), o que resultou em riscos para a população. A atenção da sociedade começava a se orientar para este problema: a necessidade de ética e transparência nas pesquisas científicas e a ampliação da responsabilidade dos pesquisadores e dos financiadores de pesquisas.

Hans Jonas assinala que a ciência vive do retorno que sua aplicação técnica lhe confere, ou seja, já não se faz ciência por in-

teresse ou curiosidade do pesquisador, de forma desinteressada, mas sim para que algum resultado possa ser obtido no campo da utilização prática (2013, p. 107). Nesse contexto, o financiamento para custeio de pesquisa será mais facilmente obtido se dela resultarem benefícios no campo prático, o que também é positivo para a pesquisa científica, porque quanto maior a aplicabilidade, maiores recursos serão destinados aos pesquisadores e seus centros e institutos.

Hans Jonas conclui que, nessa dimensão, a ciência ingressa no campo da ação social e todos têm que responder pelos seus atos

(...) a onipresente experiência de que os potenciais de uso das descobertas científicas tornam-se irresistíveis no mercado de benefício e de poder – que o que mostraram como exequível se faz, com ou sem prévio consentimento a respeito – e ficará suficientemente claro que nenhuma insularidade da teoria protege agora o teórico de ser autor de enorme e incalculáveis consequências (2013, p. 108).

A responsabilidade na aplicação da ética nas pesquisas científicas cresce na mesma proporção em que as tecnologias se tornam mais presentes, mas também muito mais dispendiosas, em especial no campo da saúde.

Para os médicos contemporâneos, a responsabilidade pela tomada de decisão está ampliada em relação às práticas médicas de cinquenta anos atrás. De forma muito rápida, a evolução da pesquisa científica e da tecnologia colocaram à disposição dos médicos diferentes possibilidades de prescrição de exames diagnósticos e tratamentos, mas, ao mesmo tempo, ampliaram o potencial de verificação de eficácia, acurácia, eficiência, ou seja, a responsabilidade pelas escolhas. Se, de um lado, existem muito mais recursos tecnológicos e farmacêuticos para tratamentos, é inconteste que o espectro de responsabilidade pela decisão ficou igualmente maior.

A pressão econômica também contribuiu para a ampliação do campo da responsabilidade e da ética. As práticas de mercado estão presentes na área da saúde com especial vigor para a disseminação de novas tecnologias como representação de melhores resultados. A

força da informação disseminada por redes sociais, buscadores de internet e publicidade chega para médicos e para pacientes e contribui para fomentar a utilização de novas tecnologias em saúde.

A autonomia médica para utilizar progresso científico em benefício do paciente, a pressão econômica da indústria de novas tecnologias em saúde e o anseio dos pacientes por acesso a instrumentos que lhes garantam saúde e qualidade de vida podem se tornar elementos propulsores de gastos extraordinários e insuportáveis para os orçamentos públicos e privados.

A lógica de que aquele que prescreve o tratamento não é quem vai custear é fonte de preocupação. O médico toma decisões com fundamento em seu conhecimento científico e experiência clínica, com objetivo de fornecer o melhor para o paciente, porém não tem responsabilidade pelo custeio do tratamento. As fontes pagadoras – públicas e privadas – não têm e nem podem ter controle sobre prescrição médica, mas precisam administrar recursos que, pouco a pouco, vão se tornando mais escassos.

O conhecimento em economia e finanças é necessário nesse ambiente de interesses conflitantes, mas a ciência da avaliação das tecnologias é imprescindível para poder solucionar o difícil problema de identificar a melhor tecnologia – mais efetiva e mais segura –, pelo melhor custo, com o melhor desfecho clínico para o paciente.

Há, ainda, um outro aspecto que precisa ser considerado quando se trata da inserção de novas tecnologias na área da saúde.

O imaginário social de que novo é melhor afasta a reflexão sobre o risco de desenvolvimento. Ainda que existam dúvidas sobre o acerto dessa expressão, James Marins define o risco de desenvolvimento como sendo a possibilidade em que um determinado produto “venha a ser introduzido no mercado sem que possua defeito cognoscível, ainda que exaustivamente testado, atente o grau de conhecimento científico disponível à época de sua introdução” (1993, p. 128).

Hermann Vasconcellos e Benjamin trata o risco de desenvolvimento como:

(...) o risco que não pode ser cientificamente conhecido no momento do lançamento do produto no mercado, vindo a ser conhecido somente após certo período de uso do produto ou do serviço. É defeito que, em face do estado da ciência e da técnica à época da colocação do produto ou serviço em circulação, era desconhecido e imprevisível (2011, p. 167).

Stoco (2007, p. 47), Calixto (2004) e Breviglieri (2014), em importantes trabalhos, também estudam os riscos de desenvolvimento, sua caracterização e consequências. O que se destaca nesses trabalhos é que risco de desenvolvimento é parte do imprevisível no desenvolvimento de uma nova tecnologia, aquilo que ainda não é cientificamente conhecido no momento em que a ação prática se materializa. Os resultados da materialização do risco não podem ser conhecidos. Isso enseja a reflexão sobre quem deverá assumir a responsabilidade nessas circunstâncias. Quem será o responsável pela reparação dos danos decorrentes dos riscos de desenvolvimento? O pesquisador, o fabricante ou o prescritor do uso? Ou todos de forma concomitante?

Resistir ao impulso de escolher o novo só é viável se alguns fatores relevantes estiverem conjugados: evidências de que os resultados serão melhores, responsabilidade pela escolha e ética na tomada de decisão.

Nessa perspectiva, a avaliação de tecnologia em saúde assume contornos relevantes porque deixa de ser uma metodologia para auxiliar na alocação de recursos escassos para se transformar em concretização das melhores práticas éticas, na medida em que contribui para aferir se existem evidências que garantam a segurança para o usuário da tecnologia ou se ela é apenas uma estratégia de mercado com vistas a obter resultados para a indústria.

3. AVALIAÇÃO DE TECNOLOGIA EM SAÚDE: DESAFIOS DA COBERTURA EM SAÚDE

A avaliação de tecnologia se converteu em tema relevante para os setores público e privado de saúde em vários países, inclusive os de economia central. Com o aumento exponencial

de novas tecnologias em saúde e com os altos custos que elas representam, é necessário conhecer e avaliar adequadamente cada nova proposta da indústria, para incorporar apenas aquilo que atenda a indicadores seguros da relação custo-benefício, bem como de efetividade para o atingimento do propósito pretendido.

Conforme a declaração da Organização Mundial de Saúde em 1948, “saúde é o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença”. A abrangência do conceito pode ser explicada em razão do momento em que foi proposto, no pós-guerra, mas continua sendo utilizada e a guiar os estudos e pesquisas em saúde em todo o mundo.

De fato, em que pese a perspectiva quase utópica do conceito proposto pela OMS, é muito elucidativo dos diversos fatores envolvidos no atingimento do bem-estar e da saúde. Não se trata apenas da não doença, mas também, dentre outros, do potencial acesso aos tratamentos preventivos e paliativos que se mostrarem necessários.

Assim, partindo-se das premissas (i) de que saúde engloba a não doença e o bem-estar físico, mental e social; (ii) de que a oferta de serviços de saúde é finita, uma vez que condicionada aos recursos financeiros, de capital humano e de infraestrutura disponíveis; (iii) de que a demanda por saúde é infinita; e (iv) de que o *télos*, a finalidade dos sistemas de saúde, é alcançar o máximo de bem-estar coletivo, é essencial discutir técnica e racionalmente o custo-efetividade da incorporação de tecnologias em saúde.

A própria Organização Mundial de Saúde (OMS) já destacou que o acesso universal aos cuidados de saúde não será atingido sem um sistema de financiamento da saúde eficiente (OMS, 2010). Ao contrário, a ineficiência ou a racionalidade decisória dissociada da finalidade de universalização acaba por gerar exclusão do sistema para a maioria de pessoas. Assim, como estratégia para o atingimento da cobertura universal, foi proposta a otimização da utilização dos recursos disponíveis.

Nesse mesmo relatório, a OMS afirma que nenhum país, nem mesmo os mais ricos, foi capaz de assegurar cobertura uni-

versal à saúde em razão de três barreiras: disponibilidade de recursos; necessidade de pagamentos diretos pelo cidadão, seja de medicamentos ou procedimentos, independente da assistência pública ou privada; e o uso ineficiente e desigual de recursos.

A partir de tais constatações, a OMS conclui que, para alcançar a cobertura universal, os países deverão “angariar mais dinheiro, reduzir a dependência dos pagamentos diretos para financiar serviços e melhorar a eficiência e equidade” (OMS, 2010).

Certamente, há diferentes escalas de cobertura alcançada a depender do desenvolvimento econômico do país em análise. Mas nem os mais ricos foram capazes de assegurar cobertura universal, dentre outros fatores, pelas características da oferta e da demanda por serviços de saúde.

No Brasil, o tema assume especial relevância em razão das necessidades de a saúde pública atender em um país de grandes dimensões territoriais e populoso; e, na área da saúde suplementar, a necessidade de oferecer custos competitivos em uma sociedade com distribuição de renda bastante imperfeita e índices de desemprego da ordem de 12% da população em idade ativa, o que corresponde a cerca de 13,5 milhões de pessoas segundo dados do IBGE para o terceiro trimestre de 2021 (IBGE, 2021).

Ambas as áreas de saúde – pública e privada - ainda têm que administrar o aumento na longevidade da população brasileira, que é um fator positivo na atual quadra histórica do país, porém tem como consequência encargos decorrentes do maior decurso de tempo na utilização dos recursos terapêuticos necessários para garantia da qualidade da saúde.

Nesse ambiente desafiador para a sustentabilidade da saúde pública e privada, a avaliação de tecnologia em saúde se apresenta como instrumento importante na tomada de decisão sobre incorporação ou desincorporação de tecnologias.

A *Professional Society for Health Economics and Outcome Research* – ISPOR –, em seu portal, define a avaliação de tecnologia em saúde como sendo determinado processo multidisciplinar baseado em métodos explícitos, de modo a “determinar o valor

de uma tecnologia em diferentes pontos de seu ciclo de vida. O objetivo é informar a tomada de decisões para promover um sistema de saúde equitativo, eficiente e de alta qualidade” (ISPOR).

Letícia Krauss-Silva:

A avaliação tecnológica em saúde (ATS) é, na atualidade, em países desenvolvidos, um subsídio importante para decisões sobre cobertura de tecnologias/procedimentos e para a elaboração de diretrizes clínicas e, portanto, para os processos de planejamento/gerência e avaliação de serviços e programas, tanto ao nível nacional quanto ao nível de cada serviço. Ela ainda é questionada, todavia, em nosso país, como sendo um mero recurso tecnocrático vinculado ao pensamento neoliberal de contenção de gastos no setor, por compreender “a utilização de critérios de eficiência econômica”, o que simplifica a questão da falta de recursos e os problemas da baixa efetividade, eficiência e qualidade dos serviços de saúde no país (2004, p. 199).

A mesma autora aponta que o uso de novas tecnologias guiadas mais pelo fascínio do novo, decorrentes mais da eficiente difusão publicitária do que das evidências de benefício, fez com que a atenção dos gestores de recursos na saúde pública e nos planos e seguros saúde se voltasse para a necessidade de *produzir mais saúde, mais qualidade e mais valor*, ancorados em evidências científicas, e não apenas pelo entusiasmo pelo novo ou pela pressão dos fabricantes.

Lima, Brito e Andrade (2009) destacam os países de economia central que possuem programas de ATS e os objetivos da metodologia:

A difícil decisão de alocar recursos públicos finitos na atenção à saúde encoraja países com sistemas públicos de saúde a consolidar seus programas de Avaliação de Tecnologias em Saúde (ATS). Atualmente, Austrália, Canadá e Reino Unido são exemplos de vanguarda internacional quando o assunto é avaliação e incorporação, utilização ou suspensão de uso de tecnologias de seus sistemas de saúde.

A ATS tem como principal objetivo auxiliar os gestores em saúde na tomada de decisões coerentes e racionais quanto à incorporação de novas tecnologias, evitando a introdução de tecnologias cujo valor é incerto para os sistemas de saúde e optando por uma abordagem política responsável (*accountable*) pelas decisões para a população.

O cenário de expansão da demanda e da oferta por novas tecnologias em saúde, com recursos finitos e ampliação da longevidade, faz com que o Brasil tenha que tomar decisões corretas para construir orçamentos públicos e privados viáveis, o que torna a avaliação de tecnologias em saúde imprescindível para garantir a perenidade dos sistemas.

3.1 Desafios na Cobertura em Saúde

A avaliação de tecnologias em saúde (ATS), como referido, é um método técnico-científico para subsidiar a tomada de decisão acerca da incorporação ou desincorporação de tecnologias cobertas pelo sistema de saúde, público ou privado. O método se mostra necessário em razão das características da oferta e da demanda por serviços de saúde e também pelo propósito de ampliar e mesmo universalizar a população coberta.

Assim, determinado o propósito dos sistemas de saúde e reconhecidas as limitações inerentes aos sistemas de saúde, a discussão acerca das ATS deve ser guiada por parâmetros técnicos, desenvolvidos e aplicados com ética e voltados para o atingimento da finalidade pretendida.

Os grandes desafios na cobertura em saúde foram apresentados nesse estudo sob a forma de premissas para o estudo das ATS, a saber: (i) saúde engloba a não doença e o bem-estar físico, mental e social; (ii) a oferta de serviços de saúde é finita, uma vez que condicionada aos recursos financeiros, de capital humano e de infraestrutura disponíveis; (iii) a demanda por saúde é infinita; e (iv) o *têlos*, a finalidade dos sistemas de saúde é alcançar o máximo de bem-estar coletivo; é essencial discutir técnica e racionalmente o custo-efetividade da incorporação de tecnologias em saúde.

Se a saúde engloba o bem-estar físico, mental e social e não apenas a não doença, a cobertura deve ser minimamente acessível, de forma a garantir a todos o acesso aos serviços seja para a utilização preventiva, seja para o tratamento quando a doença se instala. Para que isso ocorra, é essencial a retirada ou, a minimização das barreiras de entrada ao sistema de saúde.

Esse debate, no caso brasileiro, requer necessariamente a compreensão da estrutura do sistema de saúde, que se compõe de um pilar público e pretensamente universal e de um pilar privado que é complementar ao primeiro.

O pilar público e universal está previsto nos artigos 196 a 198 da Constituição Federal, que determina que a saúde é direito de todos e dever do Estado e, sendo assim, deve ser custeada e operacionalizada pelo poder público. Já o pilar privado está previsto no artigo 199 do texto constitucional, tem fundamento na livre iniciativa e deve atuar em caráter complementar ao sistema público.

Essa conformação já nos indica que, não obstante a pretensão de universalização da cobertura pelo sistema público, o constituinte já reconhecia as dificuldades ou mesmo a impossibilidade de uma cobertura pública e universal, vez que abriu espaço para o serviço complementar privado.

É relevante destacar que o serviço privado de saúde existia no Brasil desde a década de 1950, quando foram criadas as empresas de medicina de grupo (CZAPSKI; MEDICI, 2011). Na década de 1960, foram criadas as cooperativas de médicos e o seguro saúde. O único setor regulador era o seguro saúde, pelo Decreto-Lei n.º 73, de 1966. Os demais atuavam sem regulação do Estado e foram fortemente incentivados pela indústria, em especial a automobilística, que desejava oferecer a seus empregados e familiares atendimento rápido, eficiente e que evitasse a ausência na linha de produção.

Assim, a Constituição Federal brasileira, ao definir que a saúde complementar poderia continuar atuando no país, reconheceu sua relevância histórica e, por se tratar de atividade da

livre iniciativa, delimitou que a atuação privada estaria condicionada aos princípios da ordem econômica e a toda a regulação incidente, resguardadas as funções do Estado e do agente econômico privado. De fato, não cabe ao agente privado substituir o Estado na garantia de saúde pública, universal e gratuita. A atuação da saúde privada é complementar e, exatamente por isso, não pode ser confundida com preposição ou substituição do Estado.

As especificidades da oferta e da demanda em saúde serão melhor analisadas mais detalhadamente no estudo de aspectos econômicos sobre ATS. Mas, desde logo, é possível afirmar que se trata de oferta finita e demanda infinita. A finitude da oferta deriva da restrição orçamentária, mesmo no caso do pilar público, de capital humano e de infraestrutura disponíveis. Já a demanda é infinita porque resultante da combinação de fatores pessoais de milhões de pessoas diferentes em sua conformação física, social e econômica; do surgimento ou conhecimento de novas doenças e patologias; e, também, do desenvolvimento tecnológico.

Por fim, se a finalidade dos sistemas de saúde é alcançar o máximo de bem-estar coletivo, é essencial definir de forma técnica e racional o que é cobertura universal e quais são as responsabilidades e atribuições dos agentes envolvidos na oferta de serviços de saúde.

Essa definição pode até se alicerçar em um ideal teórico, mas deve ser compatibilizada com a viabilidade concreta. Além disso, é necessário distinguir a cobertura pública e a cobertura privada, uma vez que possuem funções, atribuições e responsabilidades diversas.

Nesse sentido, um primeiro esboço para definir cobertura universal será concebê-la como a cobertura integral da população alvo em relação a todas as atuais e potenciais demandas por serviços de saúde, incluídos atendimento médico-hospitalar, procedimentos e medicamentos. Sem dúvida, essa definição contempla o que pode ser considerado como ideal, porém também pode ser considerado como utópico.

Nessa definição, dois aspectos estão contemplados: integralidade da cobertura populacional e integralidade da cobertura por serviços. Cada um desses aspectos, por certo, deve ainda ser analisado à luz da oferta pelo setor público ou privado de saúde.

Sobre a integralidade da cobertura populacional, é possível dimensionar com certa precisão o quantitativo populacional a ser coberto dentro de um país – seja no sistema público, seja no privado –, utilizando para isso as taxas de fecundidade, nascimentos com vida, expectativa de vida e tábuas de mortalidade, entre outros indicadores acessíveis.

Mas é preciso levar em conta para o setor público, que deve viabilizar acesso universal, que os órgãos oficiais de estudos e pesquisas estatísticas sofrem com pressões orçamentárias, o que dificulta a realização de pesquisas essenciais. Quase sempre há decurso de tempo entre a realização das pesquisas, sua sistematização e divulgação. Além disso, a dotação orçamentária é feita a partir de estimativas que não necessariamente coincidem com a realidade, seja em decorrência do lapso temporal informacional, seja da própria e inexorável sujeição à restrição orçamentária.

Já para o setor privado, é possível a utilização dos dados compilados pela própria Agência Nacional de Saúde e também os dados internos das seguradoras e operadoras de saúde suplementar. As projeções, no entanto, estarão sempre condicionadas a fatores não controláveis como, por exemplo, aumento de preço dos insumos da cadeia de fornecimento do setor, preços de serviços, ativismo judicial e a própria capacidade financeira da fonte pagadora.

Em síntese, a adoção de um conceito de universalização da cobertura condizente com o viés populacional esbarra em entraves técnicos – o conhecimento da população – e orçamentários. Essa concepção se mostra incompatível com a realidade do setor público e muito difícil de ser alcançada pelo setor privado, o qual, independentemente do seu caráter complementar

e, conseqüentemente, da inexistência de compromisso com a universalização, deve equilibrar o atendimento da demanda potencial com a responsabilidade de garantir a viabilidade financeira da operação.

Uma vez estimada a população de beneficiários do sistema de saúde público, é necessário estabelecer políticas públicas para garantia da cobertura universal, agora pensada em termos de serviços de saúde que incluem atendimento, procedimentos médicos e medicamentos.

Em outras palavras, a cobertura universal sob a ótica de serviços pressupõe o conhecimento da demanda potencial e de todos os serviços possíveis, o que é impossível do ponto de vista prático, seja porque a cada dia surgem novas necessidades até então não existentes, seja porque o desenvolvimento de novas tecnologias e medicamentos na área de saúde ocorre de forma contínua e não controlável.

A impossibilidade fática atinge também o setor privado, que sofre a mesma pressão contínua do desenvolvimento de novas tecnologias e medicamentos, em situação de recursos finitos e obrigatoriedade de garantia de solvência e sustentabilidade da operação. O desenvolvimento tecnológico é muito desejável por toda a sociedade, não há dúvida, porém, a incorporação nos sistemas de saúde requer coerência e racionalidade.

No setor privado, especificamente, é preciso analisar a questão do financiamento sem perder de vista a função social da atividade que desempenham as operadoras de saúde.

Independentemente da modalidade empresarial – medicina de grupo, cooperativas ou seguradoras – as operadoras de saúde precisam compatibilizar três centros de interesse: (i) do segurado ou beneficiário e do segurador ou operador do plano, em uma perspectiva individual; (ii) do conjunto de segurados e/ou beneficiários e do fundo por eles constituído, em uma perspectiva coletiva interna; e (iii) dos centros de interesses acima descritos com o da coletividade externa (RITO, 2012, p. 284-285).

O seguro e os planos privados de saúde conformam um contrato comunitário e, sendo assim, a relação estabelecida entre os beneficiários e as operadoras de planos de saúde deve atender não apenas os objetivos perquiridos pelas partes em suas relações isoladas, mas também o fim almejado pelo conjunto de relações que compõem a base mutuária do sistema, permitindo a sua própria existência e os objetivos socialmente relevantes, na medida em que, além da sua função econômica própria, o contrato de seguro deve atender a função social desse contrato específico.

A precificação adequada e com bases técnicas dos planos privados de saúde é essencial para a viabilidade financeira do sistema, para o ingresso e a permanência das pessoas. O erro na precificação coloca em risco a viabilidade de todo o sistema tanto para aqueles que já se encontram incluídos como para aqueles que desejam contratar. O equilíbrio e a acessibilidade ao sistema dependem de gestão de recursos e coberturas com racionalidade, técnica e objetividade.

Assim, não é razoável elaborar políticas de incorporação de tecnologias em saúde a partir de uma perspectiva individual, de um beneficiário específico que pretende, a partir da prescrição de seu médico, a cobertura para tratamento não previsto no momento da contratação. E isso não guarda nenhuma relação com o merecimento de cada um, porque todos merecemos buscar alternativas viáveis para a promoção de nossa saúde, mas porque, quando inseridos em um contrato comunitário cuja estrutura só se sustenta por ser comunitário, o interesse coletivo deve preponderar.

Com esses pressupostos, é defensável afastar a primeira definição abrangente de cobertura universal. Ela se torna inviável pelo viés da população e dos serviços cobertos.

Há, contudo, uma *segunda* concepção de cobertura universal que pode ser analisada e que tem como foco a universalização do acesso aos serviços de saúde. Também é possível pensar em uma *terceira* concepção que tenha como foco a universalização dos serviços para uma população restrita.

A adoção de uma ou outra concepção será definida a partir de fatores de ordem econômica, política e social que interferem diretamente nas escolhas e tomadas de decisão.

A segunda concepção, com foco na universalização do acesso aos serviços, pressupõe a inexistência de um rol de procedimentos previamente estabelecidos e a incorporação automática de toda e qualquer tecnologia em saúde no âmbito do sistema público e do sistema privado.

Certamente importará em aumento da judicialização e da interferência indevida e não republicana do setor judiciário, que, por suas decisões, interferirá diretamente na alocação de recursos públicos e modificará a legislação na esfera privada. É preciso considerar, ainda, que o impacto das decisões judiciais alcançará a todos, embora beneficie apenas os que tiverem movido as demandas para obter novas coberturas não previstas na legislação e nos contratos. Essa situação poderá representar ampliação das barreiras de entrada e de permanência no setor. Com o aumento dos custos da saúde suplementar, um número cada vez menor de pessoas poderá adentrar no segmento e muitos que já se encontram serão expulsos, o que compromete o pacto intergeracional, que também dá sustentação técnica ao sistema mutual de planos e seguros saúde.

Por fim, a última concepção possível para a cobertura universal seria aquela tendente à universalização do contingente populacional coberto, considerando-se, para tanto, o emprego racional dos recursos e reconhecendo-se que a cobertura de serviços é predeterminada.

Neste estudo, essa última concepção é a escolhida. Entende-se que a melhor estratégia seja a ampliação da população coberta em serviços de atendimento primário e básicos de saúde, seguida da adoção de técnicas racionais para incorporação de novas tecnologias em saúde sempre que o estado da arte da ciência médica indicar um resultado positivo na análise de custo-benefício, considerando-se a finalidade de ampliação das coberturas.

4. ASPECTOS ECONÔMICOS RELEVANTES DA ATS

As análises relativas à saúde em sua instância de promoção do bem-estar, como já discutido previamente neste relatório, pressupõe uma discussão ética como basilar à garantia, no Brasil, desse Direito Fundamental. Se o direito à saúde parece inequívoco, seria, portanto, a discussão em torno da avaliação um exercício infundado e inócuo? A garantia irrestrita de saúde tornaria desnecessárias avaliações sobre seu resultado? Obviamente, um texto que se propõe a uma abertura e inauguração de uma linha de pesquisa multidisciplinar entre Direito e Economia no âmbito da Saúde Suplementar torna as perguntas retóricas e infundadas, mas convida a uma conceituação e distinção entre avaliação em saúde e avaliação *econômica* em saúde.

Nesse sentido, portanto, deparamo-nos com uma espécie de bifurcação teórica, muito presente, inclusive, na própria ciência econômica. Se esta diferencia-se da prática *economia* ao estudar fenômenos, especialmente no que se refere às escolhas, ou de modo formal: a ciência que estuda a alocação ótima dos recursos escassos, enquanto por economia se entende o conjunto de ações que levam indivíduos a interagirem através da oferta e demanda de bens, no caso da saúde há similaridades importantes que distinguem avaliação em saúde e avaliação econômica em saúde. Naquela, a discussão inequívoca de garantia de saúde à população remete à avaliação das práticas de saúde e dos resultados por estas alcançados. Nesse sentido, a discussão *a posteriori* validaria o funcionamento e os serviços prestados à comunidade numa perspectiva de resultado. Já na avaliação econômica de saúde, tal qual na própria Ciência Econômica, recorre-se à avaliação do processo a partir do reconhecimento de que escolhas perduram no espaço e no tempo e que a abundância e desperdícios presentes podem representar uma escassez futura. Nesse sentido, a avaliação econômica é respaldada não apenas pelo ferramental teórico da economia, mas por conceitos que avaliam e calibram a utilização de insumos para a garantia e estabilidade da provisão da saúde no espaço e no tempo.

Nesse campo, como em outros, há um estreitamento entre a ciência econômica e a avaliação de políticas públicas, que transita entre um (quase) óbvio desdobramento desse ramo do pensamento e uma instrumentalização da teoria que auxilia o processo de tomada de decisão. Por ciência que estuda a alocação ótima dos recursos escassos, a ciência econômica se debruça por questões de distribuição, redistribuição, mas também crescimento e tecnologia que estruturam a produtividade, o desempenho e, por definição, o resultado das ações. Nessa ramificação teórica, associamos e amplificamos o debate entre objeto e instrumentalização da ciência e incluímos à Ciência Econômica os objetivos típicos de avaliações, sejam de programas sociais, sejam de políticas públicas, sejam de resultados. As potenciais diferenças de abordagens analíticas provocam um sem número de possibilidades teóricas de avaliação que, aqui, procuraremos delimitar no escopo das ATS. Tipicamente associada a bens meritórios¹ e, portanto, sujeitos a análises que transcendam os pilares das *boas escolhas* em economia – Efetividade, Eficiência e Eficácia descritos na Figura 1 – a oferta de saúde também se insere num conjunto de avaliações que alternam entre uma busca irrestrita de eficiência focada, portanto, na minimização de custos e maximização de resultados, mas rivaliza com a percepção de que alguns programas podem – e, talvez, devam – estar disponíveis às escolhas sociais pactuadas. Numa perspectiva da literatura de bem-estar, políticas podem servir a um amplo conjunto de pessoas, ou num contexto de escolha social, *extrawelfarista*, ou uma medida de resultado a partir de utilidades e preferências, que não necessariamente estejam associadas a escolhas sociais, mas a demandas individuais, a abordagem *welfarista* (SANCHO, 2012).

1 De acordo com o dicionário da Enap: “Bens meritórios são bens que, embora possam ser explorados economicamente pelo setor privado, devem ou podem ser produzidos pelo governo para evitar que a população de baixa renda seja excluída de seu consumo por não poder pagar o preço correspondente. Por exemplo, podemos citar os serviços de saúde e de educação”. ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. *Introdução ao Estudo da Economia do Setor Público, módulo 3, razões da intervenção do Estado (Governo) na economia*. Brasília: Enap Escola Nacional de Administração Pública, 2017, p. 9.

Figura 1 - Definições para Avaliação de Políticas Públicas



Fonte: Marinho e Façanha (2001)

Assim, observamos a evolução da análise econômica da saúde assentada sobre alguns necessários conceitos no Quadro 1, a seguir descritos e, por extensão, o processo de tomada de decisão em saúde.

Quadro 1 - Conceitos de Avaliação Econômica em Saúde

CONCEITO DE ANÁLISE	DEFINIÇÃO
ECONÔMICA EM SAÚDE (AES)	Avaliação econômica em saúde compreende a análise comparativa de diferentes tecnologias, no âmbito da saúde, referentes aos seus custos e aos efeitos sobre o estado de saúde. As principais técnicas de avaliação econômica completa são a análise de custo-efetividade, custo-utilidade, custo-minimização e custo-benefício.
DE CUSTO-EFETIVIDADE (ACE)	É um tipo de avaliação econômica que compara distintas intervenções de saúde, cujos custos são expressos em unidades monetárias, e os efeitos, em unidades clínico-epidemiológicas (mortalidade, morbidade, hospitalização, eventos adversos etc.).

DE CUSTO-UTILIDADE (ACU)	É um tipo de análise de custo-efetividade em que os efeitos das tecnologias são medidos em Anos de Vida Ajustados pela Qualidade (AVAQ). Os custos de intervenções de saúde são expressos em unidades monetárias.
DE CUSTO-MINIMIZAÇÃO (ACM)	É um tipo de análise de custo-efetividade que compara somente os custos de duas ou mais tecnologias, uma vez que os efeitos sobre a saúde que resultam das tecnologias comparadas são considerados similares.
DE CUSTO-BENEFÍCIO (ACB)	É uma avaliação econômica em que tanto os custos das tecnologias comparadas quanto seus efeitos são valorizados em unidades monetárias.

O constructo teórico que envolve a percepção do que seja Avaliação Econômica em Saúde, contrastada com avaliação em saúde e referenciada pela teoria econômica, estabelece uma triangulação analítica em que, em certa medida, se assentam as Tecnologias em Saúde. Isso porque, se baseada na Teoria Neoclássica e em seus pressupostos, de que indivíduos são racionais e maximizam individualmente sua utilidade, a oferta de saúde não necessariamente se estabelecerá a partir do máximo social possível, ou até do modo responsivo às questões éticas, como discutidas no início deste texto. Ao mesmo tempo, o olhar simplesmente equitativo de distribuição igualitária de serviços de saúde, reduz a eficiência, contratando escassez futura.

As avaliações de tecnologia em saúde, então, referem-se a um conjunto, não necessariamente pré-definido, de técnicas de análise, que analisam comparativamente duas ou mais tecnologias/programas/ações por meio da mensuração sistemática de custos e resultados de cada uma delas. Por seu caráter subsidiário à tomada de decisão, os indicadores de avaliação associados às ATS ora referem-se aos custos da aplicação das tecnologias de saúde em sentido amplo – Análise de Custo Efetividade –,

ora comparam valores estritamente de aplicação de tecnologias em saúde – Análise Custo Minimização. Sendo uma abordagem eminentemente microeconômica, a ACE avalia diversas possibilidades de tratamentos, não restritos nem à utilização de tecnologias. É, por esse ponto, uma comparação entre ferramenta e resultado. Nas ACMs, de modo mais focado, são comparados os custos de uma ou mais tecnologias nos tratamentos e avaliados a partir dos resultados no estado de saúde da população, tal qual nas ACEs, a depender das métricas pactuadas e refletoras do bem-estar. Numa lógica complementar, as ACUs tratam do incremento no bem-estar a partir da utilização das tecnologias de saúde. Quaisquer que sejam as medidas, por não excludentes, observa-se que a teoria econômica instrumentaliza as ATS e confere ao uso das tecnologias em saúde processos de decisões estruturados e com base tanto em resultados quanto em insumos a serem otimizados.

Portanto, é adotando a abordagem extrawelfarista (*Decision-Maker Approach*), na qual se assenta a perspectiva de maximização da saúde, em que o *quality adjusted life years* (QALY) – medida de resultado – é melhor representado pelas *capabilities* do que pela utilidade, que a utilização e, sobretudo, a difusão das tecnologias em saúde, que podemos ofertar um olhar crítico, sem desconsiderar a efetividade, eficiência e eficácia.

CONCLUSÃO

Nesta primeira etapa, a pesquisa tratou de aspectos mais amplos que formam importante pano de fundo para as reflexões sobre avaliação de tecnologias em saúde. Ainda que em caráter preliminar, é fundamental destacar que a complexidade, a amplitude e a dinâmica das tecnologias em saúde demandam uma sistematização de escopo constante. Oscilando entre a necessidade de uma homogeneização conceitual e o incremento multidisciplinar das análises jurídicas e econômicas, este trabalho buscou construir uma explanação analítica do que se pode entender por

ATS no cenário contemporâneo da ciência, da ética, da responsabilidade, do direito e da economia. Nessa medida, este primeiro relatório se propõe a um glossário expandido sobre as possibilidades de análise conjunta da ATS a partir de aportes dessas áreas do conhecimento.

No entrelaçamento dos aportes, foi possível enfrentar o desafio de refletir sobre os desafios das coberturas de saúde no sistema público e privado brasileiro, para identificar que caminhos deverão ser trilhados para garantir estratégias que permitam a ampliação da população coberta em serviços de atendimento primário à saúde e como adotar técnicas de incorporação de tecnologia que priorizem a racionalidade sempre que o estado da arte da ciência médica indicar um resultado positivo na análise de custo-benefício, considerando-se a finalidade de ampliação das coberturas.

Partindo-se de uma premissa de adequação ética ao desenvolvimento e aplicação das tecnologias de saúde na oferta de serviços à população, foram estabelecidos marcos de teoria econômica para entender e considerar a aplicação das tecnologias à luz da teoria econômica. Seja numa discussão macro, de fomento e investimento em pesquisa e tecnologia para choques tecnológicos sucedidos de difusão para a população, seja do aspecto micro na metrificação e análise tanto dos indicadores de saúde quanto das réguas de produtividade com relação à aplicação de tecnologias, este relatório mapeou a discussão bibliográfica para delimitar os objetivos de pesquisa que, num segundo momento, ensejarão os estudos de dados e a ampliação da construção sobre métodos e efeitos da avaliação de tecnologia em saúde. ❖

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antônio Hermann de Vasconcellos e. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Gen Forense, 2011.

BREVIGLIERI, Etienne Maria Bosco. *Desenvolvimento & Responsabilidade Civil. Os Riscos e Custos do Desenvolvimento Tecnológico*. S.Paulo: Boreal Editora, 2014.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A Responsabilidade Civil do Fornecedor de Produtos pelos Riscos do Desenvolvimento*. S. Paulo: Renovar, 2004.

CZAPSKI, Silvia. MEDICI, André. *Dr. Julian Czapski. O Cavaleiro da Saúde*. S.Paulo: Novo Século, 2011.

ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. *Introdução ao Estudo da Economia do Setor Público, módulo 3, razões da intervenção do Estado (Governo) na economia*. Brasília: Enap Escola Nacional de Administração Pública, 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Desemprego: o que é desemprego*. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/explica/desemprego.php>>. Acesso em 17 de fevereiro de 2022.

JONAS, Hans. *O Princípio da Responsabilidade. Ensaio de uma Ética para a Civilização Tecnológica*. Rio de Janeiro: Contraponto: Edição PUC Rio, 2006.

MARINS, James. *Responsabilidade da Empresa pelo Fato do Produto: Os Acidentes de Consumo no Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. S.Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

OLIVEIRA, Jelson. *Introdução à Edição Brasileira*. In JONAS, Hans. *Técnica, Medicina e Ética*. S.Paulo: Paulus, 2013.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Relatório Mundial da Saúde: financiamento dos sistemas de saúde. O caminho para cobertura universal*, 2010. Disponível em: <<https://www.who.int/eportuguese/publications/WHR2010.pdf?ua=1>>. Acesso em 17 fevereiro 2022.

PORTAL TECTONIA. *Estudo da Sífilis não Tratada de Tuskegee, Estados Unidos, 1932; Experimentos humanos da Willowbrook State School de Staten Island (Nova Iorque), Estados Unidos, durante as décadas de 1959 a 1970; Experimentos humanos de Chester Southam, Estados Unidos, anos 1960; e, Caso da Vacina da Poliomelite, administradas nos anos de 1953 a 1963, com*

suspeita de que causassem câncer em seres humanos. Disponível em: <<https://www.tectonia.com.br/biotecnologia/conferencia-de-asilomar/>>. Acesso em 17 de fevereiro de 2022.

PROFESSIONAL SOCIETY FOR HEALTH ECONOMICS AND OUTCOME RESEARCH. Disponível em: <<https://www.ispor.org/heor-resources/health-technology-assessment-central/what-is-hta>>. Acesso em 17 de fevereiro de 2022.

RITO, Fernanda Paes Leme Peyneau. Notas sobre o contrato de seguro no Código Civil de 2002. In: EHRHARDT JUNIOR, Marcos (Org.). *Os 10 anos do Código Civil: evolução e perspectivas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SILVA-KRAUSS. Leticia. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, 20 Sup 2:S199-S207, 2004.

STOCO, Rui. *Defesa do consumidor e responsabilidade pelo risco do desenvolvimento*. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 96, n. 855, p. 47, jan., 2007.

VALENTE, Vera. *O Preço do Sucesso*. Disponível em: <<https://www.correiobraziliense.com.br/opinioao/2022/02/4983480-vera-valente-o-preco-do-sucesso.html>>. Acesso em 08 fevereiro 2022.

A Inclusão Social no Acolhimento Institucional: O Papel da Educação e da Inclusão Escolar. Um Estudo com as Adolescentes do Espaço Dandara

Cristina Reis Maia

Mestre em Estudos Literários pela Faculdade de Formação de Professores/ UERJ (2019) e Antropologia Social pela Universidade Federal Fluminense (1997). Especialista em Estudos Literários. Graduação em Serviço Social, Psicologia, Letras e Pedagogia. Atua como Analista Judiciário na área Sociojurídica.

I. INTRODUÇÃO:

Este trabalho busca refletir como a educação – e, mais particularmente, a inclusão escolar – influencia na inclusão social dos adolescentes em acolhimento institucional.

Considerando a enormidade e complexidade do tema, o recorte efetuado focará especificamente em adolescentes do gênero feminino abrigadas junto a uma mesma instituição, o Espaço de Reinserção Familiar Dandara. A escolha dessa instituição se deu em razão de sua localização – o município de São Gonçalo, na região metropolitana do Rio de Janeiro – e de sua função social – enquanto estabelecimento público vinculado à prefeitura e voltado para a proteção juvenil ante situações de risco iminente. Tais

parâmetros abrangem, além do espaço físico e suas correlações, um perfil particular (com faixa etária e gênero estipulados e pertencente às camadas mais vulneráveis da população) e a política social implementada. Características que permearão as condutas e o desenvolvimento de estratégias no meio em questão.

A partir da apresentação de casos, avaliaremos a importância da consecução de uma educação inclusiva para o desenvolvimento da cidadania de suas acolhidas. Para isso, este estudo se desdobrará em três etapas: 1) a caracterização do acolhimento institucional; 2) a importância da educação (e da inclusão escolar) enquanto medida protetiva; 3) o reporte de casos. Tomando como referência situações concretas envolvendo as adolescentes do abrigo em questão, essa metodologia visa a demarcar e a problematizar a conjuntura na qual categorias como acolhimento, escolaridade e inclusão se entrelaçam e operam em prol da construção da cidadania.

No âmbito de uma sociedade que estigmatiza aqueles que não tiveram acesso à educação, lançar luz sobre uma categoria tão exprobada quanto a das adolescentes acolhidas – que além da defasagem escolar ocupam condição social subalterna e ainda são desqualificadas pelo gênero e idade –, representa importante ponto de inflexão. Significa pensar os fatores histórico-conjunturais que permeiam a realidade institucional a partir do microcosmos representado pelo Dandara para se pensar novas alternativas, discutindo o avanço da jurisprudência, as políticas públicas que permeiam o universo dos abrigos e direcionam propostas educacionais ou seus projetos políticos pedagógicos.

Nesse sentido, o relato de casos assume função didática, ilustrando e exemplificando o tema.

II. O ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL

O acolhimento institucional é uma medida de amparo legal utilizada para resguardar a população diante de situações de risco iminente, que implica na colocação do sujeito sob a tutela do Estado. Assumindo um caráter de ser excepcionalidade (e provi-

soriedade), essa prerrogativa traz em seu bojo a judicialização da história pessoal daqueles que dela se utilizam.

As entidades que integram esses serviços são geralmente de ordem pública ou administradas por organizações sem fins lucrativos e têm por finalidade preservar direitos e proporcionar melhor qualidade de vida a seus usuários, devendo se adequar às normatizações federais, sendo sujeitas a fiscalizações periódicas e acompanhamento pelo sistema judiciário. No caso de crianças e adolescentes, a implementação dessa modalidade é regulada pelo ECA (BRASIL, 1990), obedecendo às orientações técnicas produzidas pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (BRASIL, 2009a).

A principal característica desse tipo de acolhimento é a promoção dos direitos e proteção da criança e do adolescente, resguardando-os de maus-tratos físicos e emocionais derivados de abusos e carência sofridos. Isso pode ser feito com a potencialização de sua família e implicação da rede de apoio de modo a possibilitar sua reintegração ou, ante a impossibilidade de um retorno para o lar, através de sua colocação em uma nova família que substitua a de origem. Quando essas alternativas falham, o foco volta-se para a preparação dos acolhidos para sua futura emancipação e o exercício da cidadania, uma vez que muitos são os que permanecem nas instituições por não conseguirem ser reinseridos em suas próprias famílias ou irem para um novo lar. Assim, é deveras importante que desenvolvam nesse ambiente o máximo de atividades cotidianas, sempre focadas na capacitação e promoção de sua autonomia, sendo a educação a principal delas.

Para uma melhor funcionalidade, as unidades de acolhimento devem ter uma capacidade de atendimento diferenciada (de até 20 pessoas), que permita simular ambientes caseiros. Assemelhando-se a uma moradia comum, de modo a facilitar a socialização e adaptação dos acolhidos, buscam reproduzir de certa forma o *modus operandi* de uma família padrão, mesmo que dentro das estruturas mais impessoais do abrigo. Isso implica ocupar imóveis que se assentem em áreas residenciais da comu-

nidade, cujas arquiteturas não os diferenciem das demais construções nem apresentem qualquer indicação de sua natureza e cuja localização se encontre geográfica e socioeconomicamente próxima da origem desses acolhidos (BRASIL, 2009a).

Sob tal aspecto, é essencial que os acolhidos tenham garantidos atendimentos individuais e coletivos, a fim de que possam desenvolver sua individualidade. Além disso, o espaço institucional deve oferecer segurança – seja para preservar a integridade física, os objetos pessoais ou os registros relacionados à história de vida de seus usuários, seja para acolher suas demandas internas. A instituição precisa pautar-se por um Projeto Político Pedagógico e um Plano Personalizado de Atendimento, executados por uma equipe interdisciplinar composta por técnicos, educadores e funcionários administrativos que operacionalizem a saúde, educação, cultura, o lazer dos acolhidos, desenvolvendo seus focos de interesse e trabalhando suas relações familiares, afetivas e sociais. Deve ainda acompanhar os aspectos jurídicos envolvendo seu acolhidos e travar parcerias com a rede de apoio ao seu redor, costurando pactos para tecer uma logística que contemple as especificidades inerentes a cada caso. Como muitas vezes as intervenções demandadas extrapolam sua competência, precisam acionar instâncias complementares – como as Varas da Infância, Juventude e Idoso (VIJI), o Ministério Público (MP), a Defensoria Pública (DP) e as Secretarias (Municipal e Estadual) de Educação, Saúde e Desenvolvimento Social. Tal organização influi na utilização dos espaços institucionais e nos atendimentos oferecidos.

O fato é que, embora sirva como “teto” e proteção, o abrigo não é autossuficiente. Nem todas as intervenções necessárias são realizadas dentro do seu ambiente, fazendo-se necessário um intercâmbio de ações pedagógicas e assistenciais com a comunidade. Essa singularidade mantém a dinâmica das relações interpessoais no meio extrainstitucional – ao contrário, por exemplo, da medida socioeducativa de internação, que, estruturada a partir da privação de liberdade e voltada para a reabilitação dos adolescentes, oferece uma rede de apoio interna (com escola, atendi-

mento médico e terapêutico). Concretamente, o acolhimento permite que se preserve a rotina diária de qualquer atividade que supostamente se teria em um ambiente familiar comum – como ir à escola, a atendimentos médicos especializados, passeios e eventos –, trazendo uma certa normalidade para o cotidiano daqueles sob sua proteção. Essa estratégia busca instrumentalizá-los e socializá-los, tornando-os aptos a uma possível (re)integração familiar ou comunitária.

Nesse contexto, vemos surgir uma articulação importante entre as instituições de acolhimento e educacionais, ambas visando a garantir a expressão dos direitos civis de seus usuários, conquistados através da educação. Essa configuração segue o preconizado pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Brasileira (Lei 9.394/96), que considera o processo educativo não restrito à sala de aula, expandindo-o para os mais diversos níveis:

Art.1º. A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais.

§ 1º Esta Lei disciplina a educação escolar, que se desenvolve, predominantemente, por meio do ensino, em instituições próprias.

§ 2º A educação escolar deverá vincular-se ao mundo do trabalho e à prática social (BRASIL, 1996).

Por outro lado, o modo como os acolhidos passam pela escola influencia sua trajetória e o êxito do acolhimento – uma vez que o seu fracasso (ou inadequação) diante do universo escolar refletirá nas conquistas reconhecidas pela instituição. Essa “aprendizagem cotidiana construída nas instâncias sociais da qual a escola, por sua natureza histórica, representa uma dimensão fundamental” (TAVARES, 2014, p. 48) compõe uma “cultura de direitos” (ARENDDT, 1995) que tem na cidadania seu maior expoente. Nessa construção, a escolarização representa

um dos suportes para a qualificação e inserção do sujeito no mercado de trabalho e, por conseguinte, para o reconhecimento de seus direitos.

III. O PROJETO EDUCACIONAL E A INCLUSÃO ESCOLAR

Seguindo as prerrogativas socialmente instituídas, os abrigos se organizam no sentido de oferecer aos seus acolhidos acesso à educação básica e ocupações variadas – desde desportos e atividades culturais, a cursos profissionalizantes e inserção no mercado de trabalho (via Jovem Aprendiz ou empreendedorismo). Tal diretriz os obriga a direcionar seus usuários à rede mais próxima quando não possuem estrutura interna para disponibilizar tais opções, cabendo às escolas receber essa demanda e responder aos princípios de igualdade e universalidade previstos constitucionalmente (BRASIL, 1988; BRASIL, 2009b; BRASIL, 2011; BRASIL, 2012).

No entanto, embora haja certo empenho para a facilitação do acesso à educação, a manutenção dos acolhidos na rede exige uma delicadeza que muitas vezes o sistema não oferece.

Múltiplos são os problemas a serem enfrentados: desde dificuldades econômicas vivenciadas, diferenças culturais que atravessam sua realidade, histórico de violência e/ou negligência, até a não valorização da educação no meio em que habitam. Essas circunstâncias fazem com que esses estudantes, percebendo-se alheios à dinâmica do ensino implementada, acabem por se afastar, incrementando os índices de repetência e evasão, sem que suas particularidades sejam incorporadas nas estatísticas. Nesses casos, a perscrutação de medidas que possam melhor atendê-los são prejudicadas.

De fato, não é incomum para aqueles que passam parte de suas vidas em situações de acolhimento institucional que suas *performances* sejam diluídas no contexto genérico do fracasso escolar (encampando estatísticas de abandono, evasão e repetência), sem que se discriminem as causas para seu baixo rendimento ou sejam apontadas soluções para tal ocorrência. Frequentemen-

te relegados ao senso comum da incapacidade e dos distúrbios cognitivos elencados nos relatórios de desempenho e retenção, passam pela escola sem uma averiguação precisa sobre suas reais necessidades ou uma proposta mais efetiva que vise a promover suas habilidades. Muitas vezes, a percepção pré-conceituosa consolidada com que são recebidos contribui para que evadam, sedimentando a concepção de que efetivamente não respondem aos estímulos propostos e/ou aos esforços dispendidos – o que justificaria a falta de empenho e investimento para com eles.

Levando em consideração ser a educação o principal motor para a emancipação dos indivíduos (FREIRE, 1997), aceitar e trabalhar com as diferenças (SASSAKI, 1997) é essencial para se promover a inclusão social. Para isso, faz-se necessário conhecer a realidade daqueles a quem a escola deve atender, para se traçar intervenções potentes. Quando alunos são invisibilizados no ambiente escolar – sem expectativas ou investimentos que contribuam para o desenvolvimento de suas capacidades individuais, descartados em sua potência e promessa –, também o são no processo produtivo. Esse movimento tende ainda a produzir a culpabilização do sujeito pelo seu insucesso, sem problematizar os motivos que levaram a isso. Diante de tais circunstâncias, a inserção desses alunos na rede de ensino não é suficiente; antes, torna-se primordial que se viabilize a sua *inclusão* nesse espaço – o que dependerá das articulações institucionais, dos projetos políticos pedagógicos e da capacidade de *acolhimento* das demandas reportadas.

Apesar do movimento realizado pela legislação brasileira nas últimas décadas de buscar a inserção do maior número de alunos nas escolas, permanece insatisfatória sua manutenção nelas, uma vez que *estar inserido não é o mesmo que estar incluído*. Essa operação tampouco operacionaliza a aceitação das diferenças, propiciando a vinculação necessária para a efetivação de uma educação consistente e produtiva. Estar incluído pressupõe a necessidade, antes de mais nada, de uma relação afetiva, de *pertencimento*. Significa que, para além da subsunção ao meio, o

aluno precisa estar envolvido com os projetos e atividades propostos pela entidade de ensino, em uma associação colaborativa com os membros que a compõem, na qual divide espaços, atenção e experiências.

O direito à educação ultrapassa o fornecimento de escolas para todos: ele precisa ser contíguo ao incentivo da aprendizagem e do desenvolvimento da competência dos alunos no aprimoramento de suas habilidades cognitivas relacionais. Não basta asseverar que haja políticas especiais para disponibilização de vagas nas instituições de ensino ou campanhas que promovam levadas de matrículas sem que sejam viabilizadas condições para que quem entre na escola possa realmente ser por ela acolhido e participe de seus programas.

Presume-se ainda que, durante o processo educacional, práticas educacionais que visem à padronização e homogeneização dos estudantes sejam revistas (CORREIA, 2010), desconstruindo estereótipos que afastam os sujeitos do processo educativo – como alcunhá-los de “preguiçoso”, “incompetente”, “relaxado” ou “desinteressado” – e ressignificando condutas naturalizadas. Que durante esse processo, a normatividade (e seus conceitos afins, como “desviante” e “padrão”) possa ser repensada, sem objetivar ou esvaziar as potencialidades de cada um (FASOLO, 2017), aceitando os diferentes ritmos de aprendizagem, histórias pessoais e singularidades (SILVA, 2012). Mas, principalmente, que seja capaz de se abrir à multiplicidade cultural representativa da sociedade na qual subsiste, concretizando a socialização e as redes de solidariedade em seu meio. A acessibilidade à educação e a viabilização de uma construção do conhecimento mais abrangente e extensiva são frutos da conjugação entre mecanismos de inserção e inclusão escolar. Elas não só impactam diretamente a constituição da cidadania como refletem o modo como as pessoas se relacionam entre si e com o mundo, compondo a diferença entre aceitar ou excluir determinada categoria de indivíduos.

Mais do que um *locus* do conhecimento, a escola deve assegurar o desenvolvimento de seus aprendizes enquanto sujeitos.

No caso dos acolhidos, a efetivação da escolarização passa não apenas pela adesão aos projetos políticos pedagógicos, mas pela interface estabelecida entre instituição de ensino e de acolhimento – o que, muitas vezes, implica na diferença entre a permanência ou a evasão (da escola e do abrigo) desses jovens.

IV. O PAPEL DA INCLUSÃO ESCOLAR NA SOCIALIZAÇÃO DAS ADOLESCENTES DO DANDARA

Diante desse quadro, tomaremos alguns exemplos para refletir a associação estabelecida entre inclusão escolar e socialização. Optamos por retratar alguns casos emblemáticos originários do Dandara – instituição pública da região metropolitana do Rio de Janeiro que acolhe adolescentes do gênero feminino em situação de vulnerabilidade social – que traduzem tanto o sucesso quanto o malogro do processo de socialização a partir da inclusão escolar. No decorrer das narrativas, os nomes foram modificados para preservação das identidades das retratadas.

Reportaremos, assim, as trajetórias emblemáticas de Glória C., Manu E., Gabrielle S. e Thaylane C., cuja inclusão escolar acarretou na sua inclusão social.

Glória C. chegou ao Dandara com a idade de 12 anos, em situação precária, após uma busca e apreensão que a retirou de sua família biológica. A negligência com que era tratada e a falta de informação da família – que não sabia como lidar com o quadro de encefalopatia da menina – levaram-na a desenvolver um quadro severo, no qual não conseguia deambular, falar, ou realizar qualquer atividade da vida diária autonomamente. Vivendo sob a companhia de uma genitora dependente química e um avô idoso, a menina comportava-se fisiologicamente como um bebê.

Ao longo do acolhimento, foi aos poucos conquistando suas funções corporais – aprendeu a andar, controlar os esfíncteres, comer e higienizar-se sozinha –, porém a falta de estimulação precoce cobrou seu preço na operacionalização da área cognitiva. De fato, embora respondesse a comandos simples, não conseguia se expressar adequadamente pela fala, balbuciando umas

poucas palavras. Seu entendimento também era limitado, com uma idade mental aquém da idade física.

Tão logo a adolescente adquiriu um mínimo de autonomia, o abrigo buscou inseri-la na escola, pois, apesar de suas dificuldades comunicacionais, era imprescindível que vivenciasse o ambiente da comunidade escolar, interagindo e se socializando com o maior número possível de pessoas, a fim de incentivar sua inclusão social. Assim, visto que não sabia ler e escrever, após os trâmites necessários, Glória C. foi alocada em uma turma do primeiro ano fundamental.

Esse acordo, contudo, esbarrou em inúmeras dificuldades operacionais que precisaram ser superadas. Muitos pactos foram necessários para tecer uma logística que contemplasse todas especificidades inerentes ao caso, o que incluiu alianças com diferentes esferas – desde a Vara da Infância, Juventude e Idoso, o Ministério Público e a Defensoria Pública até as Secretarias Municipal de Educação, de Saúde e de Desenvolvimento Social.

Um dos efeitos foi a disponibilização de vaga para Glória C. em uma unidade escolar mais próxima com a assessoria de uma mediadora. Para além disso, as reuniões frequentes entre escola e instituição de acolhimento propiciaram uma gradativa inclusão da adolescente, que, apesar de não apresentar, em um primeiro momento, avanços na linguagem escrita, pôde socializar no ambiente escolar e desenvolver outras potencialidades. Apesar das diferenças cognitivas, da defasagem de idade e mesmo da eventual ausência de uma mediadora, ela foi gradativamente incluída na dinâmica da sala de aula, apoiada pelos demais alunos. E de tal modo, que quando atingiu a idade para ser inserida na Educação de Jovens e Adultos (EJA), pôde ser negociada sua permanência no turno diurno e na turma que frequentava.

Diferentemente de Glória C., abrigada devido à negligência familiar decorrente da incapacidade de lidar com a deficiência da adolescente, Manu E. nunca apresentou limitações de ordem cognitiva ou física. A motivação de seu acolhimento foi a rejeição de sua opção sexual transgênero.

Aos 16 anos, Manu E. decidiu assumir para o público uma nova identidade de gênero, surpreendendo a todos. Sua família, contudo, não aceitou a repentina quebra de paradigmas e expectativas cultivadas. Agredida e expulsa de casa, a adolescente foi acolhida pela escola, que acionou os órgãos competentes, buscando um lugar para abrigá-la.

Apesar de acolhida muito distante de sua zona de convivência, Manu E. não deixou de ser acompanhada pela escola, a qual manteve sua matrícula e sempre esteve disponível para ela – sua vaga nunca foi indisponibilizada, tendo permanecido em sua escola até a finalização do ensino médio. A parceria com a escola foi essencial para seu suporte psíquico, mesmo sendo acompanhada por apoio psicológico externo – durante o período do acolhimento, foi apadrinhada por professores e chegou a desenvolver atividades remuneradas para eles. Esse esforço conjunto teve como resultado a aprovação da adolescente em seu primeiro Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) para uma instituição pública renomada.

Já Gabrielle S. era uma adolescente de 14 anos quando chegou ao acolhimento encaminhada pelo Conselho Tutelar após ter sido “devolvida” pela família dos padrinhos que detinham sua guarda.

Embora fosse criada desde pequena pelos padrinhos, questões mal resolvidas envolvendo sua entrega pela família de origem afloraram quando chegou à adolescência. Em meio à crise existencial que vivenciava, Gabrielle S. passou a assumir comportamentos contestatórios (especialmente contrapondo-se a uma das filhas do casal que a criava) e autodestrutivos (cortando-se quando ansiosa ou deprimida). A situação veio a piorar quando passou a utilizar drogas. Sem o auxílio de um tratamento adequado, Gabrielle S. reincidia nos sintomas, ao ponto de culminar em uma tentativa frustrada de suicídio. Assustados e sem conseguirem lidar com a situação, os guardiões a entregaram para um órgão de proteção.

Quando a adolescente chegou ao abrigo, encontrava-se depressiva – não se expressava com os demais e se automutilava

constantemente com qualquer objeto afiado que encontrasse – e sequer frequentava as aulas. As idas e vindas entre a família de origem e a casa dos padrinhos lhe ocasionaram um atraso considerável na escolaridade, agravado pelo desenvolvimento do quadro clínico.

Após avaliação e início da terapêutica, Gabrielle S. foi inserida em uma outra instituição de ensino, com a qual o abrigo procurou desenvolver um trabalho em equipe. O objetivo era proporcionar sustentação emocional para que ela pudesse se sentir incluída – tanto na escola quanto nos demais ambientes que frequentava. Paralelamente, procurou-se fornecer à jovem cursos profissionalizantes (de cabeleireiro e maquiagem), de reforço e aceleração, para que sua autoestima fosse trabalhada e seu acesso ao mercado de trabalho (através do Jovem Aprendiz¹) fosse viabilizado. Esse movimento só foi possível por meio da parceria construída entre o abrigo, a escola e a VIJI, que permitiu à jovem investir na autonomia, melhorando sua segurança e autoestima – o que propiciou uma evolução de seu desempenho e socialização, bem como a interrupção das automutilações.

Outra situação na qual a educação potencializou a inclusão social é de Thaylane C., de 16 anos. Com baixíssima escolaridade, a adolescente chegou ao Dandara por intermédio do Conselho Tutelar, oriunda de uma situação de risco social – sem uma família com qualquer poder interventivo sobre ela, assediada pelo tráfico e sem frequentar a escola.

A estratégia com Thaylane C. foi trabalhar a inclusão escolar associando-a ao desenvolvimento da sua autoestima através do estímulo para atividades com as quais ela se identificasse. Inscrita em projetos que incentivavam atividades desportivas – como na escola de futebol feminino e de *taekwondo* – a adolescente começou a competir, obtendo excelentes resultados regionalmente. Suas conquistas trouxeram um progressivo ganho de autoconfiança,

¹ Programa de incentivo ao ingresso no mercado de trabalho para jovens e adolescentes entre 14 e 24 anos, visando a uma articulação da teoria com a prática, instituído pela Lei 10.097/2000. Prevê que toda empresa de médio ou grande porte deve apresentar entre seus funcionários, de 5% a 15% de aprendizes. Para participarem da seleção das vagas oferecidas, os participantes devem estar cursando pelo menos o 8º ano do Ensino Fundamental em escola da rede pública (BRASIL, 2000).

mudando sua percepção de si mesma e empoderando-a de tal forma que seu desempenho escolar e as relações pessoais melhoraram sensivelmente. A adolescente analfabeta funcional evoluiu a tal ponto que não só completou o Ensino Fundamental como passou a se relacionar satisfatoriamente com todos os colegas.

Nesse caso, a inclusão passou pela dinâmica corporal e das habilidades físicas. Tal movimento constituiu elemento-chave para o estabelecimento de uma ponte a ligar a *performance* esportiva ao rendimento em sala de aula e o *start* necessário para promover uma socialização eficiente.

Entretanto, apesar dos esforços inclusivos, nem sempre o sucesso é garantido nessas empreitadas. Nas instituições de acolhimento, é corriqueira a existência de intercorrências e disputas quando suas crianças ou adolescentes são inseridos no espaço escolar, sendo muito comum encontrarmos situações de estigmatização e rejeição para com esse público, especialmente quando apresentam desempenho ruim. Outro fator que impacta a inclusão social é o surgimento de idealizações derivadas de identificações positivas – essenciais para o estabelecimento de conexões interpessoais e a construção do processo inclusivo. A não ocorrência (ou uma construção negativa) de identificações e/ou idealizações com essas jovens compromete todo o processo inclusivo. Tal foi o caso com as adolescentes Kayllane S., Jennifer X., Lorraine A. e Sara S.

Kayllane S. entrou no acolhimento aos 12 anos, após as dificuldades de relacionamento com sua genitora tornarem-se insustentáveis. Fruto de uma relação ruim, desde sua gestação ela foi rejeitada pela mãe. Quando a genitora constituiu nova família, o trato entre mãe e filha piorou sensivelmente, a tal ponto que, à medida que a nova filha cresceu, o comportamento da mais velha involuiu. Ao tentar chamar a atenção, Kayllane S. passou gradativamente de pequenas atitudes inconvenientes a ações potencialmente perigosas. A resposta da família foi rejeitar ainda mais a menina, a qual era constantemente cobrada e comparada com a irmã mais nova. Essa conduta gerou uma verdadeira re-

ção em cadeia, na qual, a cada repressão, a menina respondia reativamente com maior intensidade. E a tal ponto que, apesar de todas as intervenções efetuadas pelos diversos órgãos competentes, não se obteve um resultado satisfatório, o que culminou no seu acolhimento.

Quando Kayllane S. chegou ao abrigo não era sequer alfabetizada. Sua revolta pelo abandono da figura materna era grande e explosiva, encerrando violentos acessos de raiva. Grande parte de sua frustração era canalizada para a comida, mas quando contrariada ou se dava conta da inércia da genitora para reavê-la, seus assomos se tornavam virulentos. Essa dificuldade de convivência se estendia a todas as relações interpessoais, mas, sobremaneira, afetava sua convivência nos espaços escolares – onde era cobrada por um desempenho para o qual não foi preparada.

Assim, a adolescente se converteu em um enorme problema na escola. O fato de ter sido colocada em uma turma com crianças menores – pois, apesar de não ser letrada, não tinha idade para seguir para turmas direcionadas à educação de jovens e adultos – e que compareciam acompanhadas por seus familiares, potencializava sua agressividade. Os professores, por sua vez, não conseguiam contornar a situação quando a adolescente ficava contrariada e, em sua frustração, reagia. Seus comportamentos autorreferenciados e sem qualquer senso crítico foram assumindo um caráter de rejeição crescente e sem qualquer controle que lhe impusesse limites. Dessa forma, para ela, era legítimo pegar para si o alvo de seu interesse (como, por exemplo, o lanche do colega) ou agredir quem se interpusesse entre seu objeto de desejo (sem levar em conta seu tamanho e força). Além disso, uma vez que apresentava dificuldade em se concentrar ou apreender o que se ensinava, procurava meios de se fazer notar e afastar o tédio, circulando pela sala e desviando a atenção de todos – o que, inevitavelmente, causava tumultos e paralisava as aulas. Sem qualquer avaliação ou mediação que pudesse envolvê-la nas dinâmicas da aula, seu comportamento foi rotulado

como problemático, culminando muitas vezes na sua retirada da sala. Essa atitude contribuiu para sua reiterada evasão das aulas (ou mesmo seu não comparecimento), levando-a simplesmente a circular pela escola durante o período letivo sem qualquer investimento em uma potencial inclusão.

Apesar das diversas tentativas do abrigo de trabalhar conjuntamente com a instituição de ensino, esta não se mostrou permeável. Como Kayllane S. não tinha um laudo fechado (o processo para sua obtenção é burocrático, demorado e demanda uma série de exames específicos e avaliações profissionais), não havia professor de apoio disponível para ela. A escola tratava a adolescente como qualquer outro aluno em situação de atraso escolar, sem observar a contextualização da realidade da qual emergia ou a elaboração de um plano educacional individualizado, encarando a culpa pelo atraso como sendo responsabilidade da própria. Sua pedagogia era limitada às comunicações regulares com o abrigo, pautando-se especialmente nas condutas inadequadas apresentadas por Kayllane S., sem a preocupação de traçar estratégias que a fizessem se interessar e realmente se inserir no universo educacional. Sem uma supervisão adequada da unidade escolar, a adolescente logo passou a se comunicar com aqueles que pareciam aceitá-la: os traficantes que rondavam a comunidade.

O envolvimento de Kayllane S. com as drogas foi praticamente uma tragédia anunciada. Sentindo-se rejeitada por todos, a droga pareceu-lhe o passaporte para pertencer a algum lugar. Sua inadequação nos espaços em que circulava (na família, na escola e com os próprios colegas) a isolaram cada vez mais, tornando-a suscetível aos apelos de um mundo paralelo onde poderia se expressar sem os limites que a prendiam. Seu comprometimento socioafetivo alargou-se ao ponto de torná-la sem freios sociais, até que, em uma de suas crises, destruiu todo o equipamento da escola e do abrigo. Esse ato desencadeou sua ida imediata a uma emergência psiquiátrica e à delegacia para um boletim de ocorrência, tornando-a passível de cumprir medi-

da socioeducativa (já que destruição de patrimônio público configura ato infracional). Entretanto, assim que pôde, Kayllane S. fugiu do sistema e hoje continua fora da escola.

Outro exemplo de uma inclusão escolar fracassada é Jennifer X., que chegou ao Dandara aos 16 anos, acompanhada de uma colega. Bonita e articulada, essa adolescente vinha de uma família para a qual o uso de drogas ou qualquer outra substância ilícita era permitido. Entretanto, quando ela resolveu seguir pelo mesmo caminho, a família lhe virou as costas, o que a levou a procurar as ruas para satisfazer sua necessidade. Inevitavelmente, o caminho encontrado foi o do tráfico de drogas.

Em sua trajetória, Jennifer X. passou pelas etapas de “coruja”, “avião”, “soldado” e “mulher” do tráfico². Chegou ao acolhimento suja e faminta, depois de levar uma surra e ser expulsa da comunidade que habitava, sob risco de vida.

Sua (tentativa de) inclusão escolar emblematiza a situação vivenciada por tantos outros jovens e os procedimentos institucionais usualmente adotados para com estes. Atravessada por preconceitos arraigados, metodologias antiquadas e problemas estruturais, a escola apresentou uma baixa receptividade à situação da adolescente, a qual, após determinado tempo, sem conseguir alcançar um desempenho satisfatório, acabou por desistir. Sem um foco definido para onde direcionar suas habilidades – as atividades escolares e paraescolares não eram capazes de manter seu interesse – e sentindo-se em desvantagem diante de uma turma mais nova que ela, Jennifer X. optou por retornar ao ambiente no qual se sentia dominante: o tráfico. Uma escolha que acabou por interferir na sua própria permanência no abrigo, levando-a a evadir. Essa não adesão às propostas educacionais não é incomum e reforça uma conduta “expulsiva” para com os alunos considerados “problema”, tornando Jennifer X. mais uma entre tantas nessa estatística.

2 No linguajar do tráfico, “coruja” é olheiro, “avião” é mensageiro e/ou entregador, “soldado” é aquele que defende a facção, dispondo-se a lutar e a morrer – conquistando, nessa posição, o privilégio de usar armas ostensivamente. Já a “mulher”, geralmente está associada à posição que ocupa na vida amorosa de seus líderes.

Com Lorraine A. (15) não foi diferente. A adolescente chegou ao acolhimento transferida de cidade, sob a justificativa de correr risco de vida por seu envolvimento com o tráfico local. Outras questões também atravessavam sua relação no cotidiano, como sua indefinição sexual e uma abordagem reativa violenta para com aqueles que dela discordassem, ocasionando sérias dificuldades no trato com os demais, muitas vezes expressa através da intimidação. Sua escolarização era muito baixa, configurando-a como analfabeta funcional.

Essas peculiaridades custaram à adolescente uma identificação negativa e um empenho muito menor quanto à sua inclusão nos espaços institucionais. Sem uma mediação adequada ou um projeto que lhe chamasse a atenção e a envolvesse inclusivamente, Lorraine A. acabou por sair do abrigo, abandonar a escola e voltar para o tráfico – talvez o único *locus* onde se sentisse realmente incluída.

Outra adolescente cooptada pelo tráfico e excluída do processo escolar é Sara S.(15).

Acolhida depois de sobreviver ao “tribunal do tráfico” – durante uma disputa amorosa com outra adolescente, foi acusada de roubo e ferida pelo tráfico –, não conseguia manter vínculos estáveis nem com a própria família. Tampouco a escola se apresentava atraente para ela, que buscava compensações e emoções fortes devido a uma fragilidade emocional.

Por outro lado, o fato de estar sob risco de morte causava certa consternação nas instituições, que não souberam como conduzir de modo assertivo e envolvente uma intervenção mais inclusiva – enquanto as identificações de Sara S. eram com o tráfico, as idealizações construídas sobre ela a percebiam como desinteressada e ausente. Essa situação não só estimulou sua marginalização, como culminou na sua evasão – do abrigo e da escola.

Esses relatos exemplificam situações distintas nas quais a inclusão escolar tem influência direta para a concretização da inclusão social. Isto é, de como pode potencializar e integrar os

acolhidos ou (quando não efetivada) contribuir para marginalizá-los, arremessando-os para fora do sistema.

Finalmente, importa dizer que, embora a inserção nas escolas seja um direito previsto por lei, a inclusão escolar não se realiza sozinha. Durante todo o processo educacional acontecem idealizações e identificações (positivas e/ou negativas) entre o corpo técnico da escola e os alunos, que podem influir na consecução da inclusão dos estudantes. No caso das adolescentes acolhidas, a expectativa acerca do que se espera delas e a reprodução das representações instituídas assumem uma grande proporção. No entanto, quando as identificações são positivas, a chance de sucesso da inclusão é maior.

Os exemplos aqui expostos refletem como a inclusão escolar de adolescentes abrigadas pode ocorrer de maneira diferenciada, mesmo considerando toda a articulação desenvolvida pela instituição de acolhimento. Ressalte-se que a permanência e o desempenho na escola formalizam os meios pelos quais essas adolescentes podem se instrumentalizar e se potencializar para virem a se posicionar de forma autônoma e independente, superando os preconceitos e estereótipos vivenciados, e assumirem o protagonismo de suas próprias vidas. Ou seja, a efetivação da inclusão escolar abre espaço e permeia a inclusão social.

Entretanto, esse movimento não se dá espontaneamente; ao contrário, precisa de empenho e dedicação, porque, mesmo sob a égide da inclusão, o preconceito naturalizado incorpora elementos de marginalização e segregação, alimentando seu potencial reativo (CROCHÍK, 2011). Isso é muito comum nas instituições escolares e deve ser cuidadosamente problematizado em seus projetos político-pedagógicos, para que a proposta de inclusão social seja realmente efetivada.

V. CONCLUSÃO

Por tudo isso, é inevitável que a inclusão social tão arduamente buscada no acolhimento institucional seja intimamente associada à inclusão escolar. Seu processo de implementação não

é tarefa fácil: exige uma interação que ultrapassa o mero contato entre as diferenças – de sair da cômoda posição de espectador para a de ator, comungando na diversidade sem deixar de expressar a identidade particular na coletividade.

É importante lembrar que a perspectiva de investimento na educação busca subsidiar conhecimentos e instrumentos para se conquistar a autonomia, possibilitando uma oportunidade de inserção no mercado de trabalho. Oportunizar a inclusão na vida escolar ia além da socialização, visto que

A finalidade da educação é libertar-se da realidade opressiva e da injustiça; (...) visa à libertação, à transformação radical da realidade, para melhorá-la, para torná-la mais humana, para permitir que os homens e as mulheres sejam reconhecidos como sujeitos da sua história e não como objetos (...) A educação deve permitir uma leitura crítica do mundo (GADOTTI, 1996 p. 89).

No universo do acolhimento institucional envolvendo crianças e adolescentes, não bastam políticas públicas que atendam à demanda de inclusão escolar. Faz-se necessário reconhecer as especificidades da construção de subjetividades em face das conjunturas apresentadas diante dos espaços institucionais (de acolhimento e de ensino) e refletir sobre a influência exercida pelo gênero, idade e classe social, a fim de sistematizar estratégias possíveis para a melhor realização desse processo. Sua relevância implica na identificação e visibilização de um problema crônico, permitindo que sejam sistematizados procedimentos para melhor atendê-los – desenvolvendo um trabalho com aqueles cujas inconsistências familiares, dificuldades materiais de existência, pertinência cultural e sociabilidade incerta convergem para tornar sua passagem pela escola um período de difícil sustentação. Visa ainda a promover meios para que essas adolescentes possam se organizar e se inserir no mercado de trabalho, saindo da instituição. Especialmente porque, independentemente de serem reinseridas na família, a chegada da maioria as impediria de permanecer no abrigo.

A opção do Dandara pelo investimento educacional de suas acolhidas não é aleatória: avalia-se que um dos motivos para o insucesso do acolhimento é a falta de perspectivas diante do eventual desligamento, uma vez que a escolaridade muito baixa compromete a autonomia das adolescentes. A escolarização torna-se, assim, essencial para a inclusão social dessas adolescentes. Essa percepção foi crucial para que novos projetos fossem pensados. Para tanto, além de uma nova abordagem junto às direções das unidades escolares disponibilizadas, firmaram-se convênios com projetos de reforço, cursos extracurriculares e o programa Jovem Aprendiz para a obtenção do primeiro emprego. Também foram intensificados esforços para propiciar a aceleração escolar das adolescentes e inscrições no ENCCEJA (Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos) para aquelas cuja relação idade/escolaridade estivesse desproporcional.

Isso não apenas reflete diretamente na performance dessas crianças e adolescentes, como aponta para uma estandardização de cunho elitista e homogeneizante no processo formativo que pesará contra elas. Uma das contradições de uma rede excludente de relações, tal padronização não respeita as características particulares, individuais, dos alunos e tampouco os processos específicos (e subjetivos) de aprendizagem (ANJOS et. al., 2013). Conseqüentemente, contribui para que essa população perca o interesse pelo processo educacional e frequentemente o abandone. Romper com conceitos arraigados e a postura hermética do ambiente escolar permite que a nova práxis inclusiva estenda-se ao lugar de fala e à inscrição no mundo daqueles cujo desempenho e aprendizagem eram comprometidos.

Assim, é necessário que se tenha uma atenção especial para crianças e adolescentes vulneráveis, vítimas de negligência, abusos e abandono. Pois, à medida que essas meninas – oriundas de diferentes meios culturais e sociais e frequentemente sem acesso ao capital cultural exigido pela própria escola – não conseguem corresponder às expectativas criadas, tornam-se mais estigma-

tizadas e alvos de discriminação. O fato é que os micropoderes que operam nos ambientes escolares (FOUCAULT, 2008) reproduzem certas formas de dominação que atuarão implacavelmente sobre essas adolescentes. E que tanto podem voltar-se para uma educação enquanto prática libertadora direcionada a sujeitos históricos em busca da construção do conhecimento, que problematizem o futuro e recusem sua inexorabilidade (FREIRE, 2002; FREIRE, 2000), quanto meramente reproduzir o *script* que lhe foi designado.

Entender o processo de inclusão escolar como forma de desconstrução de certas percepções preconceituosas consolidadas sobre essas acolhidas – de serem elas culpadas por eventuais insucessos, uma vez que não respondem aos estímulos propostos e/ou aos esforços despendidos – abre novas perspectivas para sua inclusão social.

Em outras palavras: a educação enquanto garantia para a consecução do estado de direito deve assegurar àqueles sob sua supervisão a possibilidade de evoluir, independentemente de sua etnia, gênero e grupo social, para que usufruam em igualdade de condições das mesmas oportunidades (TRINDADE, 2006). Já que, mais do que facultar acesso ao conhecimento, ela serve como base para a construção da história coletiva e representa uma experiência de cidadania que não pode ser menosprezada. ❖

VI. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ANJOS, Hildete Pereira dos, *et. al.* **Práticas pedagógicas e inclusão: a sobrevivência da integração nos processos inclusivos.** In: *Educação & Sociedade*, Campinas, v. 34, n. 123, p. 495-507, abr.-jun. 2013 Disponível em <<https://www.cedes.unicamp.br>> Acesso em: 29/01/21.

ARENDDT, H. *A Condição Humana*. São Paulo: Forense universitária, 1995.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto>.

gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13/08/2022.

BRASIL. Lei 8.069 de 13 de julho de 1990. *Estatuto da criança e do adolescente*. 1990. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 13/08/2021.

BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. *Diretrizes e bases da educação nacional*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm. Acesso em: 24/05/2020.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. *Orientações técnicas. Serviços de acolhimento para crianças e adolescentes*. Brasília, junho de 2009a. Disponível em: http://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Cadernos/orientacoes-tecnicas-servicos-de-acolhimento.pdf. Acesso em: 07/05/22.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 59, de 11 de novembro de 2009*. Prevê a obrigatoriedade do ensino de quatro a dezessete anos e amplia a abrangência dos programas suplementares para todas as etapas da educação básica. Brasília, 2009b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc59.htm. Acesso em: 26/09/22.

BRASIL. Decreto 7.611, de 17 de novembro de 2011. Dispõe sobre a educação especial, o atendimento educacional especializado e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7611.htm. Acesso em: 19/08/22.

BRASIL. Lei 12.764 de 27 de dezembro de 2012. Institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12764.htm#:~:text=Institui%20a%20Pol%C3%ADtica%20Nacional%20de,11%20de%20dezembro%20de%201990. Acesso em: 19/08/22.

CORREIA, F. G. Reflexões Sobre o Conceito de Cidadania e Suas Bases Históricas no Brasil. In: *Revista de Ciência Política*. Janeiro/Dezembro 2010. In: www.achegas.net/numero/43/editorial_43. Acesso em 06/01/2019.

CROCHÍK, J. L. Preconceito e Inclusão. In: *Revista do Instituto Cultural Judaico Marc Chagall*. v. 3, nº 1, jan-jun 2011.

FASOLO, L. B. *Escuta e experiência nas rodas de conversa com professores no contexto da inclusão: da “rua de mão única” às “passagens”*. Dissertação apresentada ao Instituto de Psicologia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como parte dos requisitos para obtenção do grau de Mestre em Psicanálise: Clínica e Cultura, Porto Alegre: UFRS, 2017.

FOUCAULT, M. *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro, Graal, 2008.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia da esperança: um reencontro com a pedagogia do oprimido*. Rio de Janeiro: Ed. Paz e Terra, 1997.

FREIRE, P. R. *Educação como prática de liberdade: a sociedade brasileira em transição*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

FREIRE, P. R. *Pedagogia da Autonomia: saberes necessários à prática educativa*. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

SASSAKI, Romeu Kazuma. *Inclusão: construindo uma sociedade para todos*. Rio de Janeiro: WVA, 1997.

SILVA, L. B. Instituições escolares, problemas de aprendizagem e estratégias de intervenção e atuação psicopedagógicas. In: *Revista de Educação do Ideau*, Vol. 7, Nº 15, jan./jun. 2012, <https://www.ideau.com.br/getulio/revista/index/1> Acesso em: 24/06/18.

TAVARES, M. T. G. Infância(s) em periferias urbanas: o direito à cidade e a formação das professoras da infância numa escola de educação infantil. In: *Revista Aleph*, ano XI, Nº 22, Dezembro 2014.

TRINDADE, A. L. Em busca da cidadania plena. Fragmentos de um discurso sobre afetividade. In: *Saberes e fazeres, v.1: modos de ver*. Rio de Janeiro: Fundação Roberto Marinho, 2006.

A Inteligência Artificial e o Processo Penal: A Utilização da Técnica na Violação de Direitos

Catiane Steffen

Doutoranda na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (Direito). Bacharela em Direito. Pesquisadora e cientista.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Desenvolvimento. 2.1 Conceitos e noções iniciais de inteligência artificial. 2.2 A utilização da inteligência artificial na violação de direitos no processo penal. 3. Conclusão. Referências

RESUMO: Este artigo apresenta um estudo introdutório sobre como a inteligência artificial pode reproduzir a discriminação e outras violações de direitos na persecução penal. A metodologia do trabalho se ampara na abordagem dialética, e a técnica de pesquisa, na documentação indireta, especialmente bibliográfica. Como principal conclusão, merece ser destacado que, diferentemente do que alguns autores sustentam – que a tomada de decisão realizada por procedimentos automatizados seria mais objetiva, consistente e neutra –, o que se verifica na prática é que a tomada de decisão orientada por mecanismos que se utilizam de estratégias de emulação do comportamento humano pode resultar na potencialização da violação de direitos. A principal contribuição deste trabalho é demonstrar a necessidade de se reconhecer que o desenvolvimento, a exploração e o uso da inteligência artificial ou de qualquer algoritmo deve acontecer num espaço de comprometimento com o respeito e a promoção dos direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Algoritmos – Discriminação – Inteligência Artificial – Processo Penal – Violação de Direitos.

ABSTRACT: This article presents an introductory study on how artificial intelligence may reproduce discrimination and other rights violations in criminal prosecution. The methodology of this work is based on the dialectical approach, and the research technique is indirect documentation, especially a bibliographical review. The main conclusion is that, unlike what some authors claim that decision making performed by automated procedures would be more objective, consistent, and neutral, what actually happens is that decision making guided by mechanisms that use strategies to emulate human behavior may result in the enhancement of rights violation. The main contribution of this work is to demonstrate the need to recognize that the development, exploration, and use of artificial intelligence or of any algorithm must take place in a space of commitment to the respect and promotion of human rights.

KEYWORDS: Algorithms – Artificial Intelligence – Criminal Procedure – Discrimination – Violation of Rights.

RESUMEN: Este artículo presenta un estudio introductorio sobre como la inteligencia artificial puede reproducir la discriminación y otras violaciones de derechos en la persecución penal. La metodología del trabajo se ampara en el abordaje dialéctico y la técnica de pesquisa en la documentación indirecta, especialmente bibliográfica. Como principal conclusión merece ser destacado que diferentemente de lo que algunos autores sustentan que la tomada de decisión realizada por procedimientos automatizados sería más objetiva, consistente y neutra, lo que se verifica en la práctica es que la tomada de decisión orientada por mecanismos que utilizan estrategias de emulación del comportamiento humano puede resultar en la potencialización de la violación de derechos. La principal contribución de este trabajo es demostrar la necesidad de reconocer que el desarrollo, la explotación y el uso de la inteligencia artificial o de cualquier algoritmo debe suceder en un espacio de comprometimiento con el respeto y la promoción de los derechos humanos.

PALABRAS-LLAVE: Algoritmos – Discriminación – Inteligencia Artificial – Proceso Penal – Violación de Derechos.

RÉSUMÉ: Cet article présente une étude introductive sur la façon dont l’intelligence artificielle peut reproduire la discrimination et d’autres violations de droits et de persécution pénale. La méthodologie du travail s’ancre à l’approche dialectique et la technique de recherche dans la documentation indirecte, spécialement bibliographique. Comme conclusion principale il mérite d’être souligné que, différemment de ce que certains auteurs soutiennent à propos de l’utilisation de procédures automatisées pour une prise de décision plus objective, consistante et neutre, ce qui est vérifié dans la pratique est qu’il est possible qu’une prise de décision orientée par des mécanismes qui s’utilisent de stratégies d’émulation du comportement humain, origine l’intensification de la violation de droits. La principale contribution de ce travail est de démontrer le besoin de reconnaître que le développement, l’exploration et l’utilisation de l’intelligence artificielle ou tout algorithme doit se passer dans un espace de compromis par le respect et la promotion des droits humains.

MOTS-CLÉS: Algorithmes – Discrimination – Intelligence Artificielle – Procédure Pénale – Violation de Droits.

1 INTRODUÇÃO

A inteligência artificial é parte de um processo de revolução digital que cada vez mais demonstra protagonismo na sociedade. Alguns autores colocam a inteligência artificial como um dos desenvolvimentos da chamada “quarta revolução industrial” (Schwab, 2016). Enquanto a primeira revolução industrial foi marcada pela invenção da máquina a vapor, a segunda revolução industrial teve como propulsor o advento da eletricidade e da linha de montagem, que permitiu a produção em massa dos produtos. A terceira revolução industrial abriu a revolução digital, na década de 1960, impulsionada pelo desenvolvimento de tecnologias – como a internet – e de elementos de hardware computacional. Por fim, a quarta revolução industrial, conforme Schwab (2016), é caracterizada por três vetores.

O primeiro vetor é a velocidade, pois avança num ritmo exponencial no qual as novas tecnologias dão origem a tecnologias cada vez mais recentes e melhoradas. O segundo vetor é a amplitude e a profundidade, pois combina várias inovações em diversas áreas, alterando a forma como se faz as coisas. Por fim, o terceiro vetor é o impacto sistêmico, pois os seus efeitos atingem não somente uma sociedade local, mas o mundo, seja nos negócios, na política ou nas relações sociais de modo geral.

A inteligência artificial enquanto conceito tem diferentes definições na literatura, que são abordadas a seguir, na Seção 2, especificamente na Subseção 2.1, mas todas convergem numa mesma direção: a da emulação do comportamento humano. Na Seção 3, apresenta-se uma revisão da literatura da área sobre a violação de direitos a partir da aplicação de técnicas como a inteligência artificial, destacando-se aspectos e casos que envolvem o processo penal. Em seguida, são apresentadas as considerações finais.

No mundo fático, as violações de direitos costumam ser percebidas mais facilmente quando são materializadas pela ação ou omissão de agentes humanos do que quando são resultantes de processamento e de decisões produzidas por algoritmos. Isso porque, computacionalmente, as regras e as definições que estruturam a lógica dos programas e que podem determinar os resultados produzidos costumam estar encobertas pela opacidade (ausência de transparência), ou, ainda, pela imprevisibilidade e pela autonomia de alguns sistemas complexos.

A fim de tornar o texto de melhor compreensão para os leitores e de padronizar a escrita à forma como outros autores se expressam no Direito, utiliza-se neste trabalho o termo “algoritmo” de um modo mais amplo, sem o rigor técnico da palavra, englobando também aquilo que na Computação entende-se como “código”. Essa intercambialidade entre os termos é adotada na escrita especificamente pelos motivos citados.

2 DESENVOLVIMENTO

A inteligência artificial é apresentada nesta seção por meio de definições expressas na Subseção 2.1. Essas definições são importantes porque, quando se pensa em inteligência artificial, tem que se entender que a técnica não garante a efetiva inteligência de um algoritmo e não assegura que as decisões e os resultados produzidos serão melhores do que aqueles que um ser humano é capaz de produzir. Em seguida, na Subseção 2.2, apresentam-se estudos que demonstram a utilização da técnica na conformação de cenários de discriminação algorítmica na persecução penal.

2.1 Conceitos e noções iniciais de inteligência artificial

No trabalho de Kaplan e Haenlein (2019), os autores definem a inteligência artificial como a habilidade de um sistema de interpretar corretamente dados externos, aprender a partir desses dados e utilizar esses aprendizados para atingir metas e objetivos específicos por meio de uma adaptação flexível. Os autores Poole e Mackworth (2017) definem inteligência artificial como um campo que estuda a síntese e a análise de agentes computacionais que agem de maneira inteligente. Em Russell e Norvig (2020), os autores definem o conceito de inteligência artificial como o estudo de agentes (inteligentes) que recebem preceitos do ambiente e agem.

Nas últimas duas décadas, houve o desenvolvimento de novas técnicas computacionais. Essas técnicas, combinadas com o aumento da capacidade do hardware disponível e o uso de conjuntos de dados para o treinamento e o desenvolvimento de aprendizado de máquina, permitiram a aplicação de algoritmos matemáticos no campo da inteligência artificial.

Desse modo, viabilizou-se que tarefas humanas mais complexas fossem desenvolvidas e implementadas por meio de algoritmos. A evolução das técnicas computacionais chegou ao ponto de ser possível que um algoritmo, a partir de um conjunto de dados iniciais, consiga estabelecer funções, relações e fazer

previsões de dados sem a necessidade de intervenção humana direta no processo de treinamento.

A expressão “inteligência artificial” tem sido usada com frequência de modo intercambiável com outros termos, como “aprendizagem de máquina”, a qual pode ser supervisionada (que se refere a algoritmos e modelos estatísticos que aprendem com os dados de treinamento fornecidos) ou não supervisionada (quando reconhecem novos padrões que são identificados nos dados processados sem a influência de nenhum conhecimento prévio). Por conseguinte, a aprendizagem de máquina permite reconhecer e inferir padrões, assim como executar tarefas específicas sem a necessidade de instruções explícitas de um operador humano.

Um termo muito utilizado quando se fala em inteligência artificial é “agente”, que é algo ou alguém que age. No entanto, nem todo agente é um agente inteligente. Na definição de Bartneck *et al.* (2020), um agente pode ser definido como inteligente quando exerce ações apropriadas para as suas circunstâncias e para os seus objetivos, é flexível e compreende as mudanças de ambiente e de metas, aprende com a experiência e faz escolhas apropriadas dadas as suas limitações tanto de percepção quanto computacionais.

A inteligência artificial pode ser classificada em vários níveis, que incluem forte (geral) (Strauß, 2018) e fraca (Mántaras, 2019). A inteligência artificial forte é aquela em que o agente emula um comportamento humano de tal maneira que o torna quase indistinguível do comportamento proveniente de um ser humano. A inteligência artificial fraca se verifica quando o agente apresenta alguns traços de inteligência semelhantes aos de seres humanos, porém, em um campo ou tarefa específica. Esse é o caso do *chatbot*, que se limita a responder perguntas sobre um determinado assunto para o qual foi treinado.

Nas palavras de Jordan (2019):

Artificial Intelligence (AI) is the mantra of the current era. The phrase is intoned by technologists, academicians, journalists, and venture capitalists alike. As with many phrases that cross over from technical academic fields into general circulation,

there is significant misunderstanding accompanying use of the phrase. However, this is not the classical case of the public not understanding the scientists—here the scientists are often as befuddled as the public. The idea that our era is somehow seeing the emergence of an intelligence in silicon that rivals our own entertains all of us, enthralling us and frightening us in equal measure. And, unfortunately, it distracts us.¹

Às vezes, as pessoas tendem a compreender a expressão “inteligência artificial” como um sinônimo de “inteligência humana”. No entanto, ainda que alguns agentes sejam inteligentes e autônomos em certos aspectos, provavelmente permanecerão máquinas inconscientes ou sendo utilizados como dispositivos que apoiem os seres humanos em tarefas complexas e específicas. A realidade de um processamento digital é diferente daquela do processamento biológico, das qualidades e das habilidades cognitivas que se encontram nas criaturas, como nos seres humanos e em outros animais (Aïmeur, 2021).

Os algoritmos com inteligência artificial ainda não conseguem criar representações semânticas, não se engajam profunda e criativamente, não têm emoções e não fazem inferências em condições de colocá-las como idênticas às de um ser humano. Ao mesmo tempo, os algoritmos podem ser desvirtuados para refletir fenômenos sociais complexos e danosos, que necessitam da sensibilidade humana para análise, numa contraposição à tomada de decisão produzida a partir da análise meramente objetiva.

Além disso, vícios como vieses e discriminações algorítmicas potencializam lesões a direitos e possuem a capacidade de naturalizar a violação de direitos e de garantias constitucionalmente asseguradas. Isso acontece porque tende a haver uma percepção de credibilidade absoluta no processamento computacional, principalmente em decorrência da associação de que

1 “A Inteligência Artificial (IA) é o mantra da era atual. A frase é entoada por tecnólogos, acadêmicos, jornalistas e capitalistas de risco. Tal como acontece com muitas frases que passam dos campos acadêmicos técnicos para a circulação geral, há um equívoco significativo acompanhando o uso da frase. No entanto, este não é o caso clássico de o público não entender os cientistas – aqui os cientistas são muitas vezes tão confusos quanto o público. A ideia de que nossa era está de alguma forma vendo o surgimento de uma inteligência em silício que rivaliza com a nossa nos diverte, encanta e assusta em igual medida. E, infelizmente, isso nos distrai.” (tradução nossa)

as decisões emitidas por máquinas seriam mais confiáveis por estarem desprovidas de subjetividades humanas.

A seguir, na Subseção 2.2, apresenta-se uma revisão da literatura da área. Por meio do estudo, percebe-se que mesmo com a dificuldade de se obter acesso à estrutura e à codificação com que são implementados os algoritmos de inteligência artificial, nas análises das decisões por eles produzidos, encontram-se reflexos das mesmas práticas violadoras de direitos que acontecem nas sociedades no plano fático.

2.2 A utilização da inteligência artificial na violação de direitos no processo penal

A revisão da literatura da área mostra que mesmo nas sociedades mais evoluídas tecnologicamente, nascedouro ou aperfeiçoadoras das mais inovadoras técnicas computacionais, a tomada de decisão orientada por mecanismos que se utilizam de estratégias de emulação do comportamento humano pode resultar na potencialização de políticas públicas e de políticas privadas discriminatórias. Além disso, pode incentivar a coisificação do indivíduo e a instrumentalização do ser humano, produzindo sociedades disfuncionais.

Um dos cenários de potencial aplicação de viés discriminatório pelos algoritmos que se utilizam de inteligência artificial é no campo da persecução penal. No trabalho de Yarovenko, Shapovalova e Ismagilov (2021), os autores destacam as possíveis consequências problemáticas do uso de ferramentas modernas de hardware e de software e dos métodos de fixação de penas e de reconhecimento facial pelo Estado.

Conforme o estudo destaca, o reconhecimento facial pode auxiliar as autoridades na localização de pessoas procuradas e na confirmação de autoria e de materialidade de crimes, porque permite objetivar e otimizar a produção da prova. Nesse sentido, a inteligência artificial, em conjunto com outras técnicas, permite analisar características, construir perfis e revelar relacionamentos entre diversas variáveis e atores de delitos.

No entanto, ao mesmo tempo em que se aumenta a capacidade preventiva e punitiva do Estado, abre-se a possibilidade de se violar o direito dos cidadãos sobre os seus dados pessoais armazenados – com ou sem o seu consentimento – nas bases estatais de segurança pública. Outra das várias possibilidades de lesão a direitos está na criação de perfis criminosos que concluam pelo potencial de lesividade de um indivíduo a partir de características físicas, emocionais e sociais, aumentando-se a atuação do Estado sobre núcleos já estigmatizados ou discriminados numa determinada sociedade.

Por esse motivo, é importante que o Estado defina regras por meio de legislação específica para estabelecer legitimidade ao reconhecimento facial na segurança pública. Considerando as amplas consequências sociais das ofensas, as oportunidades de abuso estatal na persecução penal e o desvirtuamento da ação, Shapiro (2019) discorre sobre o tema analisando que sistemas preditivos na persecução penal podem operar sobre as práticas sociotécnicas das autoridades e que essas podem concretizar uma atuação contraditória do Estado ao tentar promover a segurança produzindo danos.

A Comissão Europeia já se manifestou pelo desenvolvimento de uma inteligência artificial – com extensibilidade às demais técnicas computacionais modernas de manipulação de dados – dentro da legalidade, projetada e implementada de modo a refletir um processamento de dados ético e tecnicamente robusto, que respeite os valores democráticos, os direitos humanos e o Estado de Direito. A inteligência artificial aplicada no reconhecimento facial, cada vez mais utilizada em sistemas de monitoramento e de vigilância em massa, pode ser explorada de maneira a exacerbar a discriminação.

Conforme discorre Barrett (2020):

Attempts to infer personal attributes or emotions from someone's facial expression also invite privacy invasions and discrimination.⁸⁷ The long and ugly history of pseudoscientific attempts to connect physical appearance to mental and

moral aptitude will not be improved or corrected by incorporating those methods into algorithms. Systems that promise to “assess criminality” or assess a job applicant’s candidacy for the position will only reify existing inequality by providing a supposedly scientific justification for discrimination.⁸⁸ Studies have found that (...) these systems introduce an additional form of racial bias by misinterpreting the facial expressions of Black people,⁹⁰ generally providing them with more negative scores on average than people of other ethnicities.²

Cada vez mais a análise preditiva e a inteligência artificial são utilizadas na persecução penal, e essas técnicas têm impactos profundos na vida das pessoas envolvidas, como se verifica na aplicação de benefícios no cumprimento da pena pelo juízo da execução penal. Na direção dos trabalhos que defendem a aplicação dessas técnicas (Siegel, 2018; Corbett-Davies; Goel; González-Bailón, 2017), muito se divulga sobre a potencialidade de a análise automatizada de dados tornar a tomada de decisão no processo penal mais objetiva, consistente, rigorosa, neutra e sem a colocação de valoração pessoal na decisão.

No entanto, conforme refere Shapiro (2019), ao se investigar criticamente esses sistemas, verifica-se que essas são reivindicações de justiça que não se sustentam. A análise preditiva que se utiliza de dados já enviesados torna essa análise limitada e tendenciosa, fazendo com que o poder público volte a atenção da atuação policial para as comunidades que já são mais policiadas, enquanto causas subjacentes do crime – como a falta de investimento naquelas pessoas e a pobreza – são ignoradas.

Os Estados Unidos é um país que utiliza muito a inteligência artificial no sistema judiciário local – são mais de sessenta ferramentas de avaliação de risco utilizadas atualmente. Essas

2 “As tentativas de inferir atributos pessoais ou emoções a partir da expressão facial de alguém também convidam a invasões de privacidade e discriminação.⁸⁷ A longa e feia história de tentativas pseudocientíficas de conectar a aparência física à aptidão mental e moral não será melhorada ou corrigida pela incorporação daqueles métodos em algoritmos. Sistemas que prometem ‘avaliar a criminalidade’ ou avaliar a candidatura de alguém a uma vaga de trabalho só irão reafirmar a desigualdade existente ao fornecer uma justificativa supostamente científica para a discriminação.⁸⁸ Estudos descobriram que (...) esses sistemas introduzem uma forma de preconceito racial ao interpretar mal as expressões faciais de pessoas negras,⁹⁰ geralmente fornecendo-lhes pontuações mais negativas, em média, do que as pessoas de outras etnias.” (tradução nossa)

ferramentas alcançam desde a etapa policial, na identificação, na previsão e na intervenção nos locais com maior probabilidade de acontecerem crimes até a vigilância em tempo real. No trabalho de Angwin *et al.* (2016), os autores demonstram como um algoritmo usado para determinar a fiança era mais propenso a classificar acusados afro-americanos como pessoas de alto risco do que os acusados brancos.

Uma das realidades que já se verifica é a da discriminação geográfica, quando algumas áreas nas quais são aplicadas técnicas de inteligência artificial passam a ser mais monitoradas e controladas do que outras, o que resulta em mais prisões num determinado cenário local. No trabalho de Babuta e Oswald (2019), os autores mostram como a inteligência artificial pode fazer com que pessoas de certas comunidades sejam paradas e revistas mais frequentemente do que as demais. Em ambos os casos, as pessoas estão sendo privadas dos princípios de justiça, igualdade e equidade.

Nos últimos cinco anos, a imprensa também passou divulgar mais sobre como os algoritmos de aprendizado de máquina e a inteligência artificial podem ser impregnadas dos preconceitos dos que desenvolvem os seus algoritmos ou da sociedade no qual ele será aplicado. Nesse sentido, os textos de jornais de Crawford (2016); Lohr (2018); WachterBoettcher (2017).

Dedica-se uma atenção maior ao processo penal neste trabalho porque a restrição de liberdade é uma das mais severas penalidades de um sistema judicial. É exatamente na esfera penal que se tem visto o maior investimento estatal e privado no mundo, na criação de bases de dados com informações pessoais assim como no desenvolvimento de técnicas e de ferramentas de tomada de decisão que operem e concluam sobre tais dados, a fim de atingir um determinado objetivo.

A dificuldade para se enxergar e questionar a configuração explícita da discriminação algorítmica acontece porque tudo isso se desenvolve num contexto de baixa ou quase nenhuma transparência. Isso dificulta a demonstração de como o algorit-

mo pode estar estruturado para concluir – ou para direcionar o processo de aprendizagem a concluir – por respostas que carregam nelas mesmas a violação de direitos e de garantias. Assim, pode-se direcionar a tomada de decisão para uma determinada resposta que não corresponde ao correto, nem ao que implemente as disposições do ordenamento jurídico ou o que efetive os direitos humanos, mas ao desejado por um núcleo num certo contexto, como o político ou o social.

No trabalho de Rodríguez (2020), o autor explora algumas ferramentas desenvolvidas com inteligência artificial, que são aplicadas no sistema judiciário da Espanha. O pesquisador mostra como uma ferramenta, ao operar sobre parâmetros tendenciosos e subjetivos, tende a determinar que indivíduos de uma certa etnia apresentam um maior risco criminal do que indivíduos de outra. A presença de parâmetros racistas e desiguais torna o processo de decisão uma expressão de discriminação, e não uma ferramenta de concretização ou de promoção da justiça.

No momento em que um processo de análise algorítmica é instituído para operar sobre uma base de dados não condizente com a realidade, limitada ou incorreta, provavelmente, a conclusão a que se chegará será distorcida ou falsa. Isso possibilita a violação de direitos, incluindo a proteção dos dados pessoais, o direito à privacidade e o direito à não discriminação.

Uma das maiores preocupações do uso da inteligência artificial no processo de decisão judicial na esfera penal está na substituição da figura do juiz pelo julgamento dos indivíduos por meio de algoritmos e de máquinas sem consciência (Aïmeur, 2021). Isso porque uma sentença não deve ser construída substanciada na simples consideração de aspectos objetivos, como a adequação de um fato a uma tipificação pelo teor do evento praticado.

A inteligência artificial não tem a sensibilidade humana que permite o processo criativo de capturar a semântica no caso concreto, de avaliar e imaginar os fatos considerando a complexa rede de detalhes que se escondem nos elementos de sintaxe, motivo

pelo qual não consegue adaptar a forma de construir as diferentes decisões (Andrés, 2019) a partir das mudanças de um cenário para o outro quando há circunstâncias nos autos tão importantes quanto a objetividade da definição do enquadramento dos fatos. Por isso, tende a produzir decisões fossilizadas (Fenoll, 2018).

O Parlamento Europeu já se manifestou pela necessidade de que a inteligência artificial e as demais técnicas computacionais de extração, de análise e de manipulação de dados tenham de respeitar plenamente os direitos fundamentais consagrados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, assim como a Legislação da União Europeia sobre a privacidade e proteção de dados, especialmente a Diretiva da União Europeia nº 2016/680.

O Parlamento Europeu também já destacou a necessidade de que os algoritmos sejam desenvolvidos aplicando-se na codificação e em todo o ciclo de vida dos mesmos vários princípios básicos. Dentre os quais destacam-se a aplicabilidade algorítmica e a transparência, a rastreabilidade, a implementação obrigatória de constantes avaliações de impacto do algoritmo sobre os direitos fundamentais antes da aplicação ou da implantação de qualquer sistema que se utilize de inteligência artificial e o desempenho de auditorias obrigatórias nesses sistemas.

Conforme expressa Escobedo, Meza e Trejo (2020), as relações intrínsecas que estão presentes nos dados refletem estruturas por vezes não explícitas numa sociedade, como a discriminação. Por conseguinte, uma ferramenta que aprenda sobre tais dados tenderá a apresentar resultados igualmente discriminatórios. A União Europeia tem reafirmado para a sociedade que o ponto de partida e a premissa ética para se desenvolver e se utilizar a inteligência artificial é a dignidade humana e os direitos fundamentais.

No trabalho de Gutierrez (2021), o autor destaca que uma das situações que torna difícil o combate da discriminação algorítmica é o fato de que as pessoas costumam perceber aquilo que é automatizado – como as decisões produzidas por algoritmos – como mais justas do que as que são produzidas pelos seres humanos. Isso também deriva do fato de que as empresas tentam

introduzir no imaginário do público uma certeza de que aquilo que desenvolveram é objetivo na consecução do que se essas se propõem a entregar.

Um estudo realizado pelo Pew Research Center (2018) indicou que 40% das pessoas nos EUA acreditavam que algoritmos podiam tomar decisões sem preconceito. No entanto, os dados brutos com os quais esses algoritmos trabalham são extraídos do mundo fático, dentro de um contexto, e podem estar enviesados mesmo que originalmente sejam neutros.

Conforme explica O'Neil (2017, p. 10):

Do you see the paradox? An algorithm processes a slew of statistics and comes up with a probability that a certain person might be a bad hire, a risky borrower, a terrorist, or a miserable teacher. That probability is distilled into a score, which can turn someone's life upside down.³

Na mesma direção, escreve Eubanks (2018, p.12) sobre como pessoas de alguns grupos deixados à margem pelo Estado são reduzidas e discriminadas pelas características conhecidas, ou construídas, a partir das informações descobertas, levantadas e/ou tratadas pelos algoritmos. No texto da escritora:

Automated decision-making shatters the social safety net, criminalizes the poor, intensifies discrimination, and compromises our deepest national values. It reframes shared social decisions about who we are and who we want to be (...) And while the most sweeping digital decision-making tools are tested (...) where there are few expectations of political accountability and transparency, systems first designed for the poor will eventually be used on everyone. America's poor and working-class people have long been subject to invasive surveillance, midnight raids, and punitive public policy that increase the stigma and hardship of poverty.⁴

3 "Você vê o paradoxo? Um algoritmo processa uma série de estatísticas e apresenta uma probabilidade de que uma determinada pessoa possa ser uma má contratação, um tomador de empréstimo arriscado, um terrorista ou um professor miserável. Essa probabilidade é destilada em uma pontuação, que pode virar a vida de alguém de cabeça para baixo". (tradução nossa)

4 "A tomada de decisão automatizada destrói a rede de segurança social, criminaliza os pobres, intensifica a discriminação e compromete nossos valores nacionais mais profundos. Ele reformula as decisões sociais compartilhadas sobre quem somos e quem queremos ser (...) E enquanto as ferramentas digitais de tomada

Conforme demonstrado, a inteligência artificial permite a reprodução de cenários de discriminação semelhantes aos que se encontram nas sociedades atuais. Os algoritmos de inteligência artificial são comumente utilizados em conjunto com outras técnicas que permitem a análise, a extração e a manipulação de imensas quantidades de dados pessoais em segundos, viabilizando a concretização de cenários de discriminação individual e coletiva, com a possibilidade, ainda, da indeterminação da responsabilização. A seguir, são apresentadas as considerações finais do trabalho, fortalecendo-se a necessidade de se definir e de se efetivar princípios universais no desenvolvimento dos algoritmos e na utilização das técnicas computacionais a fim de se evitar lesões a direitos.

3 CONCLUSÃO

A tecnologia tem como característica, decorrente do próprio ciclo de desenvolvimento, a projeção de cenários futuros, antecipando-se ao evento não desejado, a fim de se ajustar a codificação para evitá-lo. Para tanto, existe a fase de testes. Em direção distinta, no Direito, se espera o fato acontecer para então se verificar a incidência da norma. Isso faz com que regras sejam instituídas tardiamente, após o estado fático de lesão de direitos já estar configurado.

Quando se trata de matéria computacional – diante da alta capacidade de armazenamento de dados, da velocidade de processamento, da ampla possibilidade de compartilhamento e da descentralização do controle da informação –, torna-se quase impossível restabelecer às vítimas o estado anterior à lesão aos seus direitos. Pode se ter uma pretensa ideia de controle sobre a propagação do dano, mas não se o tem de fato.

Desde que a inteligência artificial começou a ser pensada, algumas décadas atrás, houve um desenvolvimento técnico-cien-

de decisão mais abrangentes são testadas (...) onde há poucas expectativas de responsabilidade política e transparência, os sistemas projetados inicialmente para os pobres acabarão sendo usados para todos. As pessoas pobres e da classe trabalhadora dos Estados Unidos há muito estão sujeitas à vigilância invasiva, incursões policiais de madrugada e políticas públicas punitivas que aumentam o estigma e as dificuldades da pobreza.” (tradução nossa)

tífico muito acelerado. Isso permitiu que a sociedade se desenvolvesse num movimento que, mesmo sem alguma regulamentação mais centralizada sobre aquelas tecnologias emergentes, fosse de algum modo limitado (quanto a alguns dos potenciais riscos de lesão a direitos) pelas próprias características da tecnologia existente à época e pelo cenário social.

No entanto, com o avanço do tempo e devido à forma como as sociedades foram se organizando, com as fronteiras econômicas e políticas sendo cada vez menores e mais convergentes entre si, as técnicas computacionais deixaram de ser objetivadas para criar ou animar coisas e passaram a ser aplicadas de maneira mais direta e invasiva sobre o ser humano. Dessa forma, os Estados passaram a experimentar o uso das técnicas computacionais como uma maneira de se exercer controle sobre a população.

Esse mesmo controle passou a ser visto pela iniciativa privada como uma forma de se fazer dinheiro. Com isso, enquanto a capacidade de armazenamento de dados aumentava, a internet ia alcançando um maior número de Estados e de estratos sociais, a velocidade de processamento seguia uma curva ascendente e as ferramentas computacionais iam sendo desenvolvidas sem a obrigação de satisfação de princípios ou de regulamentações. Então percebeu-se que o maior ativo econômico que havia era o próprio ser humano porque ele era uma fonte de dados.

Numa estrada sem obstáculos, a caixa preta da codificação permitia o desenvolvimento algorítmico marcado pela liberdade da violação de direitos. Assim, sem que forças direcionassem os valores locais ou universais que o processamento algorítmico deveria implementar – e se comprometer a efetivar – no ciclo de vida e no próprio código, abriu-se a possibilidade da objetificação do homem.

O ser humano como objeto, como coisa, o ser humano como instrumento, mas dentro da legalidade. Essa visão pautou a pesquisa científica de várias áreas por muitas décadas. Foi assim que grandes atrocidades foram praticadas na humanidade.

Esse é um ponto interessante: quando há lacunas na norma, ou vácuos de eficácia normativa, há a possibilidade de se lesionar gravemente direitos e garantias fundamentais. De maneira afrontosa à dignidade humana, pode se preencher os espaços e se subverter a proteção dos direitos previstos nos dispositivos constitucionais.

Isso é perigoso principalmente quando uma sociedade enfrenta crises econômicas, porque a pobreza amplifica o estado de necessidade. Onde falta a possibilidade do exercício da vida com dignidade, abre-se o espaço para a internalização de ideias que atingem o cerne da democracia e que desmontam a necessidade de se efetivar a dignidade humana.

Quanto a isso, diferentemente do que alguns pretendem fazer crer, da existência de normas e da instituição de fiscalização sobre o cumprimento dessas não deriva a implicação de retrocesso de desenvolvimento, tampouco de elevação de custos. Pelo contrário. Verifica-se que o progresso se efetiva no real sentido da palavra porque o índice de desenvolvimento humano tende a aumentar ao mesmo tempo em que se impede o retrocesso social e histórico das práticas violadoras de direitos humanos.

O volume de dados humanos a que se tem acesso hoje por meio das bases de dados públicas e das bases de dados privadas é da ordem de bilhões de registros. O avanço das técnicas computacionais permite a extração, o rápido cruzamento dessas informações, a inferência e a predição a tal ponto que o indivíduo se torna um ser consumido por modelos estatísticos e econômicos que valoram os dados pessoais como um dos principais ativos. Muito mais do que isso: o ser humano em si é transformado numa unidade de dados consumível.

Sobre dados em que se aplicam procedimentos e funções objetivas para se concluir quem é o indivíduo no mundo, tem-se o desaparecimento da perspectiva produzida pela sensibilidade humana. A mesma sensibilidade com que se construiu a ideia universal dos direitos humanos.

Por meio da sensibilidade aplicada à racionalidade, e não da objetificação, foi que se construiu o complexo processo de socialização humana com ênfase em direitos universais. Esses direitos nos permitiram evoluir ao ponto de se conviver em sociedade com um mínimo padrão de igualdade – até mesmo de segurança na escala de valorização da vida de cada ser humano – a ser observado por todos.

Nesse sentido, quando o ser humano é reduzido a um conjunto de dados disponíveis para manipulação – e dados são elementos manipuláveis –, o ser humano está sendo igualmente manipulado. E se não se depende mais dele como pessoa natural, mas de um conjunto de dados para se definir quem ele é diante das regras de quem o avalia, ainda que seja o algoritmo o avaliador, então esse indivíduo tem seu espaço de construção de identidade pessoal e social violado.

Ele não é mais quem ele sabe ser nem é entendido ou contado pela história que constrói. Ele passa a ser o que o algoritmo diz que ele é. O indivíduo perde não só a capacidade de se autodeterminar em muitas de suas decisões, como passa a ter um significado no mundo construído não mais a partir de si mesmo, mas a partir das conclusões dos outros, das conclusões a que chegaram algoritmicamente sobre ele.

Isso pode ter consequências intra e extra indivíduo avassaladoras, principalmente quando, deliberadamente, apoia-se a decisão na resposta algorítmica. Nesses casos, a tomada de decisão acontece sem qualquer análise humana permeada de sensibilidade, e os algoritmos não apresentam a habilidade e a flexibilidade necessária para o entendimento de contextos.

Essa situação é igualmente preocupante quando acontecem as parcerias entre Estado e empresas privadas, porque podem representar a violação de direitos legalizada em prol de um pretensão benefício comum. O que se verifica é que, nesses casos, muitas vezes não se alcança os ganhos que a sociedade teria com a atuação ou com o investimento do próprio Estado se ele agisse pautado nos princípios a que se vincula o exercício da administração pública.

Ao mesmo tempo, quanto mais projeção e controle sobre os perfis dos cidadãos um Estado possui, mais ele se direciona a alcançar um estado de potencial violação de direitos civis quando as bases democráticas começam a ser ruídas ou quando são efetivamente destruídas. Nesse sentido, nem toda a ausência de norma com real eficácia na tutela de direitos significa uma dificuldade do poder público em tratar um tema. Pode ser uma estratégia para que as violações de direito aconteçam sob o olhar complacente do Estado, a fim de beneficiar os interesses particulares de alguns.

Concluiu-se com a revisão da literatura da área que mesmo nas sociedades mais evoluídas tecnologicamente, verifica-se que a inteligência artificial pode ser utilizada para (re)produzir graves violações a direitos, potencializando a estigmatização, a coisificação e a instrumentalização do ser humano. Conforme demonstrado neste artigo, as correlações e as causalidades estabelecidas entre dados objetivos, subjetivos, sensíveis ou inferidos oportunizam graves lesões aos direitos.

Há de se pensar no desenvolvimento de algoritmos que promovam a inovação, mas que ao mesmo tempo respeitem os valores e os direitos fundamentais, assim como atendam aos princípios éticos. Ainda, com a possibilidade da determinação da responsabilidade pelo que se conclui e efetiva e nos quais haja transparência sobre as regras de processamento.

Não raro, as conclusões algorítmicas – seja pela inconsistência de dados, pelos dados enviesados ou pelo direcionamento tendencioso da codificação, entre outras situações – fundamentam muitas das atuações estatais violadoras de direitos (perpetradas diretamente pelo Estado ou pelos agentes que a ele respondem). Conforme demonstrado, alguns dos algoritmos usados na persecução penal norte-americana se utilizam de dados das bases imensas dos sistemas de dados dos diferentes órgãos do país, e dos processos judiciais, para apoiar ou, ainda, substituir a tomada de decisão humana na persecução penal.

Algumas daquelas ferramentas permitem concluir pela concessão de liberdade ao indivíduo, analisando elementos como

as dificuldades financeiras, os problemas vocacionais ou educacionais, a criminalidade familiar, o meio ambiente, a instabilidade residencial e a personalidade. Essas situações aumentam o preconceito, a estereotipagem e a vulnerabilidade das pessoas.

As possíveis violações de direitos podem levar os indivíduos a desistir de buscar a efetivação dos seus direitos pelos riscos de uma exposição social prejudicial e dos demais resultados danosos decorrentes de um dia terem buscado a tutela jurisdicional. Assim, diminui-se a força normativa da Constituição e desacreditam-se as bases do Estado Democrático de Direito, ao mesmo tempo em que o Estado olha de maneira complacente para as violações de direitos e de garantias fundamentais.

A potencialidade da inteligência artificial e das demais técnicas computacionais modernas de análise, de extração e de manipulação de dados cria um cenário propício para a (re)produção ou para a (re)criação das subjetividades excludentes existentes nas diferentes sociedades, que são transportadas do mundo fático para um contexto algorítmico. Assim, quanto mais disfuncional é uma sociedade na proteção dos direitos das pessoas, maior a probabilidade de que os algoritmos sejam desenvolvidos, aprendam ou expressem resultados compatíveis com a discriminação praticada na realidade local ou que sejam compatíveis com determinada diferenciação que alguns queiram promover.

Essas situações podem aumentar o preconceito, a estereotipagem e a vulnerabilidade das pessoas na persecução penal. Não se está dizendo que a inteligência artificial ou que qualquer outra técnica é por si mesma um problema, mas que há de se determinar que a criação e a exploração de seu uso aconteça dentro de um espaço de respeito aos direitos humanos e de efetivação dos direitos dos indivíduos expressos no ordenamento jurídico pátrio. Para tanto, entende-se que não bastam apenas regramentos (leis), é preciso pensar em algo maior, como em princípios universais que pautem todo o ciclo de vida das ferramentas computacionais, mas isso é assunto para outro artigo. ❖

REFERÊNCIAS

AÏMEUR, Esmá. Human versus artificial intelligence. *In: FRONTIERS IN ARTIFICIAL INTELLIGENCE*, Soesterberg, 25 mar. 2021. Disponível em: <https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/frai.2021.622364/full>. Acesso em: 25 abr. 2022.

ANDRÉS, Núria. La verdad y la ficción de la inteligencia artificial en el proceso penal. *In: FUENTES, Jesús; HOYO, Gregorio (coords.). La justicia digital en España y la Unión Europea*. Barcelona: Atelier, 2019. p. 31-39.

ANGWIN, Julia; JEFF, Larson; MATTU, Surya; KIRCHNER, Lauren. Machine Bias: there's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against blacks. *In: PROPUBLICA*. Chicago, 23 mai. 2016. Disponível em: <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>. Acesso em: 25 abr. 2022.

BABUTA, Alexander; OSWALD, Marion. Data analytics and algorithmic bias in policing. *In: ROYAL UNITED SERVICES INSTITUTE FOR DEFENCE AND SECURITY STUDIES*. Londres, 15 jul. 2019. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/831750/RUSI_Report_-_Algorithms_and_Bias_in_Policing.pdf. Acesso em: 25 abr. 2022.

BARRETT, Lindsey. Ban facial recognition technologies for children and for everyone else. Boston University **Journal of Science and Technology Law**. Boston, v. 26, n. 2, p. 223-285, jul. 2020. Disponível em: <https://www.bu.edu/jostl/files/2020/08/1-Barrett.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2022

BARTNECK, Christoph; LÜTGE, Christoph; WAGNER, Alan; WELSH, Sean. What is AI? *In: BARTNECK, Christoph; LÜTGE, Christoph; WAGNER, Alan; WELSH, Sean (coords.). An Introduction to Ethics in Robotics and AI*. Cham: Springer, 2020. p. 5-16. Disponível em: https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-030-51110-4_2. Acesso em: 25 abr. 2022.

CORBETT-DAVIES, Sam; PIERSON, Emma; FELLER, Avi; GOEL, Sharad. A computer program used for bail and sentencing decisions was labeled biased against blacks. It's actually not that clear. **Washington Post**, Washington, 17 out. 2016. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/news/monkey-cage/wp/2016/10/17/can-an-algorithm-be-racist-our-analysis-is-more-cautious-than-propublicas/>. Acesso em: 25 abr. 2022.

CORBETT-DAVIES, Sam; GOEL, Sharad, GONZÁLEZ-BAILÓN, Sandra. Even imperfect algorithms can improve the criminal justice system. **New York Times**, Nova York, 20 dez. 2017. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2017/12/20/upshot/algorithms-bail-criminal-justice-system.html#:~:text=the%20main%20story-Even%20Imperfect%20Algorithms%20Can%20Improve%20the%20Criminal%20Justice%20System,biased%20nature%20of%20human%20decisions>. Acesso em: 25 abr. 2022.

CRAWFORD, Kate. Artificial intelligence's white guy problem. **New York Times**, Nova York, 25 jun. 2016. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2016/06/26/opinion/sunday/artificial-intelligences-white-guy-problem.html>. Acesso em: 25 abr. 2022.

ESCOBEDO, Fernanda; MEZA, Iván; TREJO, Sofía. Hacia los comités de ética en inteligencia artificial. *In: ARXIV - CORNELL UNIVERSITY*. Ithaca, 11 fev. 2020. Disponível em: <https://arxiv.org/ftp/arxiv/papers/2002/2002.05673.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2022.

EUBANKS, Virginia. **Automating inequality: how high-tech tools profile, police, and punish the poor**. Nova York: St. Martin's Press, 2018. p.12.

EUROPA. Parlamento Europeu. **Propuesta del Parlamento Europeo sobre la inteligencia artificial en el derecho penal y su utilización por las autoridades policiales y judiciales en asuntos penales**. Bruxelas, BE: Parlamento Europeu, 2020. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2021-0232_ES.html. Acesso em: 25 abr. 2022.

EUROPA. Comissão Europeia. **Livro Branco sobre a inteligência artificial - uma abordagem europeia virada para a excelência e a confiança**. Bruxelas, BE: Comissão Europeia, 2020. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_pt.pdf. Acesso em: 25 abr. 2022.

FENOLL, Jordi. **Inteligencia artificial y proceso judicial**. Madri: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2018.

GUTIERREZ, Miren. Algorithmic gender bias and audiovisual data: a research agenda. **International Journal of Communication**, [s. l.], v. 15, n. 1, p. 439-461, jan. 2021. Disponível em: <https://ijoc.org/index.php/ijoc/article/viewFile/14906/3333>. Acesso em: 25 abr. 2022.

JORDAN, Michael. Artificial intelligence - the revolution hasn't happened yet. In: HARVARD DATA SCIENCE REVIEW – MIT PRESS, Cambridge, 01 jul. 2019. Disponível em: <https://hdr.mitpress.mit.edu/pub/wot7mkc1/release/9>. Acesso em: 25 abr. 2022

KAPLAN, Andreas; HAENLEIN, Michael. A brief history of artificial intelligence: on the past, present, and future of artificial intelligence, **California Management Review**, Califórnia, v. 61, n. 4, p. 5-14, ago. 2019. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0008125619864925>. Acesso em: 25 abr. 2022.

LOHR, Steve. Facial recognition is accurate, If you're a white guy. **New York Times**, Nova York, 09 fev. 2018. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2018/02/09/technology/facial-recognition-race-artificial-intelligence.html>. Acesso em: 25 abr. 2022.

MÁNTARAS, Ramon. Towards artificial intelligence: advances, challenges, and risks. **Metode Science Studies Journal**, [s. l.], v. 1, n. 9, p. 119-125, mar. 2019. Disponível em: <https://ojs.uv.es/index.php/Metode/article/view/11145>. Acesso em: 25 abr. 2022.

O'NEIL, Cathy. **Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy**. Nova York: Broadway Books, 2017. p. 10.

POOLE, David; MACKWORTH, Alan. **Artificial intelligence foundations of computational agents**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

RODRÍGUEZ, Ana. The impact of artificial intelligency on penal procedure. **Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura**, Cáceres, v. 1, n. 36, p. 695-728, dez. 2020. Disponível em: <https://publicaciones.unex.es/index.php/AFD/article/view/489>. Acesso em: 25 abr. 2022.

RUSSELL, Stuart; NORVIG, Peter. **Artificial intelligence: a modern approach**. New Jersey: Pearson. 2020.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2016.

SHAPIRO, Aaron. Predictive policing for reform? Indeterminacy and intervention in big data policing. **Surveillance and Society**, [s. l.], v. 17, n. 3-4, p. 456-472, set. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.24908/ss.v17i3/4.10410>. Acesso em: 25 abr. 2022.

SIEGEL, Eric. How to fight bias with predictive policing. *In*: **SCIENTIFIC AMERICAN**. Nova York, 19 fev. 2018. Disponível em: <https://blogs.scientificamerican.com/voices/how-to-fight-bias-with-predictive-policing>. Acesso em: 25 abr. 2022.

SMITH, Aaron. Attitudes toward algorithmic decision making. *In*: **PEW RESEARCH CENTER**. Washington, 16 nov. 2018. Disponível em: <https://www.pewresearch.org/internet/2018/11/16/attitudes-toward-algorithmic-decision-making/>. Acesso em: 25 abr. 2022.

STRAUß, Stefan. From big data to deep learning: a leap towards strong AI or 'intelligentia obscura'?. **Big Data and Cognitive Computing**, [s. l.], v. 2, n. 3, p. 1-19, jul. 2018. Disponível em: <https://www.mdpi.com/2504-2289/2/3/16/pdf>. Acesso em: 25 abr. 2022.

WACHTER-BOETTCHER, Sara. How Silicon Valley's blind spots and biases are ruining tech for the rest of us. **Washington Post**, Washington, 13 dez. 2017. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/news/posteverything/wp/2017/12/13/how-silicon-valleys-blind-spots-and-biases-are-ruining-tech-for-the-rest-of-us/>. Acesso em: 25 abr. 2022.

YAROVENKO, Vasily; SHAPOVALOVA, Galina; ISMAGILOV, Rinat. Some problems of using the facial recognition system in law enforcement activities. **Правовое государство теория и практика**, [s. l.], v. 17, n. 1, p. 189-200, mar. 2021. Disponível em: <https://pravgos.ru/index.php/journal/article/view/160>. Acesso em: 25 abr. 2022.

A Legitimação da Desvalorização do Ócio pelos Mecanismos do Direito

Rebeca Lima Andrade

Graduanda em Psicologia pela Universidade Federal Fluminense, estagiária de psicologia do TJRJ e foi participante do projeto de pesquisa e extensão Introdução ao Pensamento de Michel Foucault pela UFF - Rio das Ostras.

RESUMO: O artigo objetiva analisar a relação e significação da nossa sociedade para com o ócio, que frequentemente é desvalorizado e dotado de uma carga pejorativa, assim como analisar o trabalho – a partir do qual o ócio se constitui –, passando, assim, por uma análise filosófica e histórica, baseada em autores como Michel Foucault e Domenico De Masi, de modo a analisar a forma com que essa visão pejorativa do ócio foi legitimada na legislação brasileira através do direito desde o Brasil Império. Busca-se também traçar reflexões a respeito do quanto essa mentalidade ainda impregna a contemporaneidade e, em última instância, até a Reforma Penal de 1940.

PALAVRAS-CHAVE: Ócio, Trabalho, Direito, Pena.

ABSTRACT: The article aims to analyze the relationship and significance of our society towards leisure, which is often devalued and endowed with a pejorative charge, as well as analyzing work - from which leisure is constituted. Going through a philosophical and historical analysis, based on authors such as Michel Foucault and Domenico De Masi; in order to analyze the way in which this pejorative view of leisure was legitimized in Brazilian legislation through law since the Brazilian Empire.

It also seeks to draw reflections on how much this mentality still permeates contemporaneity and, ultimately, until the Penal Reform of 1940.

KEYWORDS: leisure, work, law, penalty

I- UMA ANÁLISE INICIAL DOS VERBETES

A nossa sociedade confere uma carga pejorativa ao ócio e esse modo de enxergá-lo implica em muitos desdobramentos, a começar pela valorização daquilo que é oposto ao ócio: o trabalho. Ocorre que a centralização do trabalho como pilar da contemporaneidade é capaz de gerar excessos que têm comprometido, inclusive, a saúde da população de forma generalizada. Como veremos com Foucault mais à frente, as formas de poder são sempre exercidas junto a um discurso que a legitima. Neste trabalho, veremos como essa mentalidade que deprecia o ócio foi justificada pelos mecanismos do direito. Mas, antes, nos dedicaremos a compreender melhor as relações de significação entre “ócio” e “trabalho” através da análise dos verbetes.

Na “*Análise de Verbetes: ‘Vadio’ e ‘Ócio’*” (MENECHIN JÚNIOR *et al*, 2008, p.322-324), podemos encontrar as seguintes definições:

Dicionário da Língua Portuguesa - MORAES -1922:

Ócio, s.m. Desocupação, ociosidade §.Folga, ou tempo de folga.§. Ocupação entretida, que não exige grande aplicação, ou ponderação: v.g. estás com as Musas em honesto ócio ocupado.Ferr.

Ociôso, adj. Vadio, que não se ocupa em coisa alguma. § Que está sem exercício: v.g. “tropas, e armas ociosas” M. Lus

Vádição, s.f. Vida de vadio Vadiamente, adv. Errando vagando ociosamente “meus desatinos onde me levais vadiamente assim de monte em monte.” Sá Mir. Carta 6. **Vadio**, adj. O que não tem amo, ou senhor com quem viva, nem trato honesto, negocio, ou mester, ou officio, emprego, nem modo de vida, vagamundo, ocioso. Ord.5.T.68.§. O que não é arreigado na terra, e vive nella de sua industria; v.g. pescando, carregando, e passando gente em barcas. Ord. Af. 1.70.16.v.B.1.4.4.

Ócio (Do Lat. Otui). S.m. 1. Descanso do trabalho; folga, repouso. 2. Tempo que se passa desocupado; vagar, quietação, lazer, ociosidade. 3. Falta de trabalho; desocupação, inação, ociosidade. 4. Preguiça, indolência, moleza, mandriice, ociosidade. 5. Trabalho mental ou ocupação mental suave, agradável.

Ociososo (ô) (Do lat. Otiosu) Adj. 1. Que não trabalha; desocupado; inativo: indivíduo ocioso 2. Em que há ócio: vida ociosa. 3. Que vive na ociosidade (2); preguiçoso, mandrião; vadio 4. Improdutivo, improfícuo, estéril: discussão ociosa. 5. Supérfluo, desnecessário, inútil: palavras ociosas S.m. 6. Indivíduo ocioso.

Vadiagem s.f. 1. vadiação 2. vida de vadio, vadiice, matulagem 3 Os vadios 4. Bras. Jur. Contravenção penal que consiste em entregar-se alguém, por hábito, à ociosidade, apesar de ser válido para o trabalho e não contar com renda que lhe assegure subsistência, ou em prover a esta por meio de ocupação ilícita.

Vadio (Do Lat. Vagativu vagabundo) Adj. 1. Que não tem ocupação, ou que não faz nada, desocupado, tunante, vagabundo. 2. vagabundo(1) 3. Próprio de gente ociosa: “vida vadio”. 4. Diz-se do estudante pouco estudioso, inaplicado, vagabundo. 5. Bras. Fam. Diz-se de certa quantia de dinheiro para a qual não se tem aplicação imediata, que está sobrando em um orçamento, em geral doméstico: “Aproveitei uns dinheirinhos vadios e resolvi aplicá-los”. ~ V. Mulher –^a o S.m. 6. Indivíduo vadio, pé-leve.

Em concordância com MENEGHIN JÚNIOR *et al* (2008), podemos notar nos verbetes acima que o conceito de “ócio” está muito ligado ao de “vadio”, sendo dotado de uma carga pejorativa referente àquele que não trabalha. Há também uma certa mudança entre as definições dos dicionários ao longo do tempo. Percebe-se que o Novo Dicionário da Língua Portuguesa, apesar de conceitualizar o ócio de uma forma negativa (como “vagar”, “inação” e “preguiça”), acrescenta um novo sentido: “Trabalho mental ou ocupação mental suave, agradável.”, de modo a admitir uma visão positiva da ordem de uma atividade prazerosa que beire o intelectual e o artístico.

De todo modo, não se pode deixar de notar que o conceito de ócio se constituiu historicamente em nossa sociedade de forma pejorativa e pelo negativo, ou seja, por aquilo que ele não é – e “negativo” aqui, ressaltado, se refere àquilo que se constitui pela falta, que se é concebido pelo contraste. Podemos fazer uma aproximação didática com a fotografia: antigamente, ao fotografar com uma câmera analógica, utilizava-se o filme contido nela para revelar a fotografia. O filme também pode ser chamado de “negativo”, pois os claros e escuros da imagem real são gravados nele de forma invertida. Desse modo, o filme é o “negativo” da imagem real, é o seu contraste, e um só é concebido a partir do outro. Assim também o conceito “ócio” foi constituído na nossa sociedade, pois só possui sentido dentro de seu contexto sociocultural.

Daí surgem as seguintes configurações: trabalhadores/vagabundos; atividade/inatividade; potente/impotente, dentre muitos outros pares de opostos maniqueístas, baseados numa oposição entre o bem e o mal. E é assim que diversas atividades que não geram um retorno financeiro ou não são capazes de produzir algo são todas açambarcadas na caixinha inútil e degenerada da ociosidade. Muitas vezes, lá se encontram entulhados bons livros, o dedilhar de um violão ao cair da tarde, as artes, a contemplação, por exemplo.

De todo modo, nem sempre foi assim. Antes da Idade Média, o ócio e o trabalho continuavam articulados, contudo as cargas positivas e negativas eram invertidas, ou seja, o ócio era almejado, enquanto o trabalho era considerado algo inferior. A palavra “trabalho”, inclusive, deriva do latim *tripalium*, que era um tipo de instrumento de tortura que os romanos usavam para empalar os soldados, ressaltando, assim, o valor pejorativo que era atribuído ao trabalho nos tempos antigos.

Podemos tomar como exemplo os gregos, cuja influência no ocidente é inegável: foram os trezentos mil escravos da Atenas de Péricles que permitiram aos quarenta mil homens livres dedicarem-se à política, às artes e à produção de conhecimento (DE MASI, 2000). Não legitimando a escravidão que baseava a

economia ateniense, podemos perceber que o ócio, longe de ser algo improdutivo, é capaz de trazer grandes contribuições para o coletivo. Além de ser essencial para a manutenção da qualidade de vida, também promove ideias, e ideias são capazes de trazer avanços para a humanidade. Justamente por reconhecer a importância do ócio é que a sociedade ateniense o almejava. Contudo a forma que instituíram para garanti-lo é muito pouco louvável.

É importante compreender que essa relação com o trabalho não era um aspecto isolado, mas estava intimamente ligada à mentalidade e, conseqüentemente, ao modo de vida dos atenienses. A forma com que se concebe o trabalho interfere diretamente na forma como se vive quando não se está trabalhando. Isso significa que as bases de uma sociedade exercem influência em sua totalidade e que é preciso um olhar sobre seus fundamentos para compreendê-la.

Gorz (2003) demonstra que o trabalho servil na Antiguidade – como podemos observar na sociedade ateniense – era indigno do cidadão. Aquele que servia era considerado escravo de suas necessidades. O autor também elenca as ideias de Platão, que contrapunha liberdade à necessidade. O cidadão só poderia ser verdadeiramente livre enquanto suas necessidades não o aprisionassem. Aquele que está preso a suas necessidades básicas leva uma existência pautada na sobrevivência e não é capaz de usufruir plenamente da vida, muito menos da plenitude de sua capacidade intelectual.

Gorz (2003, p.21) ainda afirma: “O que chamamos ‘trabalho’ é uma invenção da modernidade. A forma sob a qual o conhecemos e praticamos, aquilo que é o cerne de nossa existência, individual e social, foi uma invenção mais tarde generalizada do industrialismo.”. E quando o autor considera o trabalho como invenção da modernidade, não se refere ao ato humano de modificar a natureza com fins de extrair algo desta, pois essa prática já existia havia muito. Mas se refere à forma como essa prática se dá atualmente, ou seja, a forma com a qual se organizam as relações e o modo de pensar que as envolve.

E é nesse sentido que Gorz (2003) afirma ser o trabalho uma invenção da modernidade. Mas, ao mesmo tempo em que o homem moderno constituiu o trabalho, o trabalho também o constituiu, uma vez que alterou todo o seu modo de funcionamento. A revolução industrial não apenas modernizou as formas produtivas, industrializou também a civilização. Chegando ao século XX, podemos observar esse modo como a modernidade industrializou a civilização numa bela caricatura da sociedade contemporânea ilustrada por uma cena de Charlie Chaplin no filme “Tempos Modernos”.

Nesse filme, Chaplin elabora uma forte crítica social à nova configuração do trabalho durante a revolução industrial, assim como os males gerados como subprodutos, tais quais o desemprego e a marginalização daquilo que foge ao trabalho. Em uma cena específica, logo no início, o personagem Carlitos – também chamado de “vagabundo” – apertava parafusos na esteira de montagem de uma fábrica tradicional e, em determinado momento, ao sair da esteira, acometido de um “esgotamento nervoso”, continua repetindo mecânica e involuntariamente o mesmo movimento de forma bastante cômica. De certa forma, nós também tendemos a esse tipo de inércia. Assim como ocorreu com Carlitos, o ritmo das esteiras de montagem passou também a ritmar a própria vida, e tudo aquilo que desacelera é quase invariavelmente desmoralizado.

II - O REFINAMENTO DA PRÁTICA SOB UMA PERSPECTIVA FOUCAULTIANA

Até aqui, apontamos que uma das principais diferenças entre a sociedade ateniense – que tomamos como exemplo – e a sociedade contemporânea hegemônica – que nos foi legada pela revolução industrial – é que aquela compreendia a importância do ócio e essa outra não, pois o condenava. Não obstante, vale a pena deter-se um pouco mais sobre essa diferença. É necessário compreender o que está por trás dessa mudança. E começaremos isso apontando uma semelhança entre essas duas culturas.

A escravidão foi supracitada como base da economia ateniense – como também em grande parte do globo. Dessa forma, muitos deveriam manter o rosto voltado para a terra, para que alguns pudessem erguer os olhos e contemplar as estrelas. De todo modo, a nossa sociedade não se distancia muito desse modelo: é uma massa de trabalhadores que mantém o privilégio de poucos. O que nos distingue está mais para um “refinamento da prática” que – em vez da força bruta – passa a se utilizar da interiorização de discursos moralistas, de forma a manter a ordem estabelecida. Uma vez que as pessoas acreditam que no muito trabalhar estão mantendo a dignidade, a exploração passa a ser voluntária.

Antes, o trabalho era visto como algo pejorativo que atrapalhava os homens a atingir uma vida plena, necessitando da força bruta para manter escravos em produtividade. Contudo, com esse refinamento (característico das sociedades modernas) das técnicas de poder – para usar uma expressão de Michel Foucault –, não é mais necessário que haja um capataz segurando um chicote para manter produtividade, pois quem estala o chicote é a nossa própria consciência, que nos acusa, que nos impele e nos domina. Nós nos tornamos, de algum modo, nossos próprios algozes. Logo, não é apenas questão de dizer que algumas sociedades antigas valorizavam o ócio e a nossa não.

Ocorre que, uma vez que todos os homens desejam o ócio, é necessária a força para mantê-los produtivos. Entretanto, se o trabalho é inculcido no ideário comum como a essência dignificadora do ser, essa servidão exaustiva se dá de um modo muito mais dócil – sobretudo quando aliada ao medo do desemprego, intensificado em momentos de crise. Mantendo em nosso contexto, poderíamos compreender esse processo como resultado do refinamento das técnicas de poder em Foucault, como produto daquilo que ele chamou de técnicas disciplinares.

Essas “tecnologias de poder” que emergiram juntamente com a revolução industrial foram capazes de elevar por demais a produtividade humana através de uma generalizada *docilização*

dos corpos. E Foucault (2002) traz à baila justamente a noção de corpo, pois o ser humano passa a não mais ser enxergado apenas como um indivíduo, mas sobretudo como um objeto útil à produtividade: uma máquina orgânica domesticada por técnicas muito específicas de poder, a saber: a disciplina – também chamada por Foucault (2002) de anátomo-política.

Em *Vigiar e Punir*, Foucault (2002) afirma ser a nossa sociedade moderna o que ele chama de “disciplinar”. A disciplina, para o autor, seria o emprego de técnicas que permitam o controle minucioso das operações do corpo, que realizam a sujeição constante de suas forças e lhes imponham uma relação de docilidade. Ou seja, uma forma de poder sem que se tenha posse daquele ser corpo objetificável. Esse método disciplinar já existira há muito – nos conventos, nos exércitos e nas oficinas –, mas apenas nos séculos XVII e XVIII se tornaram fórmulas gerais de dominação (FOUCAULT, 2002, 118). De modo geral, dentre as técnicas utilizadas pela disciplina, se encontram a distribuição dos indivíduos no espaço e o controle das atividades, como o horário e o ritmo do ato, por exemplo. “A disciplina é a anatomia política do detalhe”, afirma o autor (FOUCAULT, 2002, p. 120). E isso pelo motivo de que cada detalhe assume um papel de grande importância para que se atinja o máximo de eficiência possível. Assim, o controle disciplinar incide minuciosamente sobre a organização espaço-temporal, sobre o corpo e, em nível de discurso, sobre a própria interioridade do ser.

Sob tais considerações, não se pode afirmar que a mentalidade que envolve o estigma trabalho/ociosidade seja inteiramente nova. Assim como a disciplina já existia havia muito, mas apenas há alguns séculos veio a se tornar uma técnica hegemônica, os ditos sobre o trabalhar enquanto centralidade da vida ganharam uma nova dimensão com a Revolução Industrial. Segundo um dos aspectos mais centrais das teses foucaultianas, o poder produz discursos com efeitos de verdade (FOUCAULT, 2003). Sendo assim, a transformação das formas de produção mediante as técnicas disciplinares de poder produziram também

a massificação de um saber que lhe é útil. O saber funciona como um dispositivo estratégico ligado ao poder. Logo, podemos afirmar que os discursos que permeiam a prática laboral estão estreitamente ligados ao poder disciplinar que opera na sociedade, em especial no modo de funcionamento fabril.

O filósofo ainda distingue claramente as técnicas disciplinares da forma de poder relativa à escravidão quando afirma: “Diferentes da escravidão, pois não se fundamentam numa relação de apropriação dos corpos; é até a elegância da disciplina dispensar essa relação custosa e violenta obtendo efeitos de utilidade pelo menos igualmente grandes.” (2002, p.118). Assim, a escravidão ter caído em desuso teria sido, para Foucault, muito mais uma transformação nas tecnologias de poder do que um ato de humanização social, embora pode-se notar que traga também outras vantagens para quem explora. O mundo nunca deixou de lado as ideias que mantiveram a escravidão de forma generalizada e oficial, apenas passou por um refinamento da prática, encontrando formas mais eficientes e discretas de controle. Dentre elas, as técnicas da disciplina que multiplicam a eficiência produtiva em detrimento da qualidade de existência dos sujeitos objetificados. A generalização de um discurso disciplinar é uma delas. E é por esse motivo que a incorporação do trabalho como centro da existência teve papel importante para manter esse novo modo de produção. O trabalho se tornou o pilar moral da sociedade, a linha que dicotomiza o mundo entre os dignos e indignos.

Portanto, se com Foucault vimos que as técnicas disciplinares tornaram possíveis a noção de indivíduo moderno e o trato de seu corpo por via da serialização do trabalho, vemos, com o exemplo de De Masi, que uma das consequências é a sujeição dos indivíduos à condição de “não-mais-sujeitos”; não-mais-sujeitos por, abrindo mão da própria qualidade de vida para executar exaustivamente tarefas apropriadas para um maquinário, recaem no risco perpétuo – como Chaplin já mostrava – da total redução do homem à máquina. Sobre o que, realmente, Foucault já abria margem para reflexão, uma vez que a elevação da

exigência de produtividade somada à evolução progressiva do controle do tempo e do espaço pode ser tão infinitesimal, isto é, refinada, precisa e amiúde que passa a exigir uma performance inexecutável para o ser humano enquanto repleto de subjetividade e limitado fisicamente.

Desse modo, os efeitos do poder – não somente os que se relacionam com as atividades laborais – permeiam a sociedade no nível das relações de uma forma generalizada. Portanto o discurso relativo a esse mesmo poder não incidiria apenas sobre as classes baixas da sociedade, mas nesta como um todo. Desse mesmo modo, a propagação do poder disciplinar durante a Revolução Industrial veio acompanhado pela incorporação da mentalidade que deslegitima o “ócio”, de forma que toda a sociedade se encontraria numa posição que se sujeita à posição privilegiada conferida ao trabalho.

Dentro do nosso propósito, podemos afirmar que, quando a produtividade se sobrepuja à qualidade de vida, as consequências são devastadoras. A ninguém é permitido parar. E essa proibição, como vimos, não necessita mais de um agente externo, mas é garantida pela mentalidade de cada indivíduo. É a tecnologia disciplinar que incide muito além do corpo, sendo capaz – através de tal refinamento – de penetrar a alma, recrutando sem custos cada indivíduo para ser vigilante de si e dos demais. As técnicas disciplinares – das quais fala Foucault – são capazes de moldar a subjetividade, e não é possível escapar delas, que formatam tanto a sujeição quanto os ideais de liberdade. Aqui neste trabalho, estamos explorando o quão negativas essas consequências podem se apresentar, se manifestando de diversas formas: na vergonha do funcionário que se vê desempregado, demitido para corte de gastos; na compulsão dos recém-categorizados *workaholics*, que nem mesmo nas férias conseguem parar de trabalhar; nos consequentes índices de aumento de ansiedade; e se manifesta até em formas legitimadas pelo Estado, como através da oficialização da exploração no trabalho e até mesmo através de mecanismos do direito, como veremos a seguir.

III- A LEGITIMAÇÃO DO DISCURSO PELOS MECANISMOS DO DIREITO

Para pensar o processo de legitimação do estigma trabalho/ociosidade, veremos a seguir como esse modo de pensar o tema se expressa inclusive na legislação de nosso país. Voltemo-nos então para a própria lei: o capítulo quarto do Código Criminal do Império do Brasil de 1886. Este reserva uma seção especial intitulada “vadios e mendigos”, na qual especifica os crimes de “vadiagem” passíveis de punição. Afirma-se que seria crime andar “mendigando” (art. 296.):

1º Nos lugares em que existem estabelecimentos públicos para os mendigos, ou havendo pessoas que se ofereçam a sustentá-los;

2º Quando os que mendigarem estiverem em termos de trabalhar, ainda que nos lugares não haja os ditos estabelecimentos;

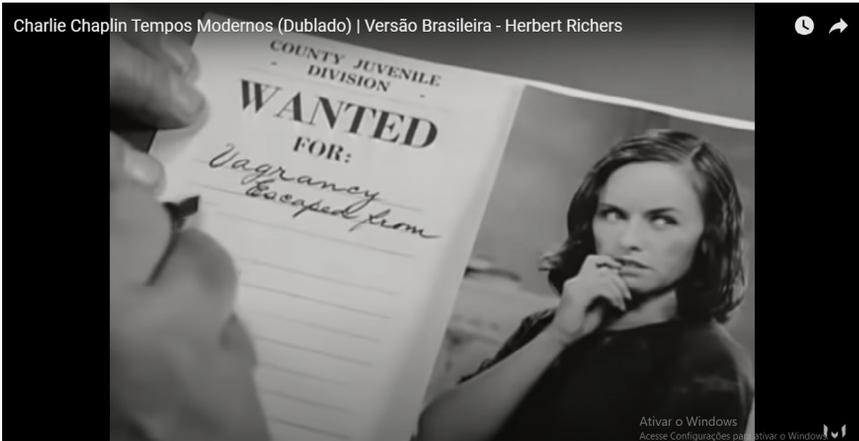
3º Quando fingirem chagas ou outras enfermidades;

4º Quando os mesmos inválidos mendigarem em reunião de quatro ou mais, não sendo pai e filhos, não incluindo no número de quatro as mulheres que acompanharem seus maridos e os moços que guiarem os cegos.

Segundo Santos (2016), foi o Código Penal de 1940 que transferiu os crimes de vadiagem e mendicância para a Lei de Contravenções Penais (Decreto-Lei 3.688/1941), sendo um dos artigos o seguinte:

Art. 59 - Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover a própria subsistência mediante ocupação ilícita: Pena - prisão simples, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses.

Ainda em “Tempos Modernos”, Chaplin faz alusão a esse tipo de sentença quando a mocinha do filme, órfã que foge do sistema de proteção de menores, passa a ser procurada por “vadiagem”, como se vê na cena a seguir:



CHAPLIN, C., **Tempos Modernos**, 1936, disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=fCkFjIR7-JQ>, acessado em 26 de maio de 2022

Assim, as figuras “mendigo”, “vadio” são postas a mesmo nível que “delinquente”, por serem consideradas potencialmente perigosas. Não só no Brasil, mas sobretudo pela cultura europeia ocidental, se concretizando pela criação de instituições que dessem conta de conter e gerir a classe “vadia” (GONÇALVES E BRANDÃO, 2018).

A legislação que criminalizava a “vadiagem” não julgava apenas os atos praticados, ou seja, o crime, mas julgava o “criminoso”. E aí há uma grande diferença, uma vez que a personalidade do indivíduo passa a estar em jogo. Desse modo, não vale apenas o ato, mas a propensão de cometê-lo, implicando, assim, na patologização do delito.

Chegando ao ponto, não sem a participação do saber da psicologia, de almejar transformar a essência dos condenados. E é sobre esse ponto que Foucault versa ao dizer que a tecnologia disciplinar pretende não só reger o corpo, mas também incidir em nível da alma, da individualidade – possibilitando emergirem saberes como a Psicologia e se ligarem aos mecanismos do Direito.

Nesse sentido, como considera-se o trabalho como oposto da ociosidade, passasse a considerá-lo também como sua cura. Diversos países europeus faziam uso do trabalho escravo no sé-

culo XVI. Segundo Castel (1998), na Inglaterra de 1547, os condenados que se recusavam a trabalhar eram sentenciados à escravidão e até condenados à morte. Já no Brasil, o trabalho forçado nas galés é instituído no Código Criminal do Império de 1830, pelo qual os condenados ficavam reclusos nas Cadeias Públicas ou Casas de Correção, realizando as tarefas durante o dia.

Santos (2016, p. 118) afirma que “a prisão com o trabalho parecia a solução mais adequada, como tentativa de inscrever no criminoso o apego ao trabalho.” Interessante pensar que o mesmo trabalho que é considerado pela estruturação social como maior valor da sociedade, capaz de dignificar o homem, também é usado como método de punição.

De todo modo, em 1890, aproximadamente, com o Código Penal da República, o trabalho forçado deixa de ser a pena mais frequente para os crimes, sendo mais comum o encarceramento e as multas. Segundo Santos (2016), essa mudança pode significar o reconhecimento da ineficácia desse tipo de medida enquanto mecanismo de restauração e reinserção, de forma a visar, sobretudo, ao afastamento dos apenados do convívio social.

No Brasil, os crimes de vadiagem e mendicância só serão totalmente extintos até 2012 (SANTOS, 2016) e o trabalho forçado só será proibido judicialmente pela Constituição Federal de 1988, permitindo, contudo, a prestação de serviço social como medida alternativa à pena de restrição de liberdade. (COUTINHO, 1999) Atualmente, a Lei da Execução Penal (nº 7.210) de 1984 entende o trabalho como um direito, que pode ser exercido ou não a desejo do apenado, funcionando como algo produtivo e reeducativo, sendo regularizado por uma série de direitos.

Tanto a prestação de serviços quanto o direito do ofício como medida reeducativa não podem ser considerados de modo algum como trabalho forçado, contudo, à luz de tudo o que foi dito, podemos entender, em última análise, que estão ainda fortemente ligados à mesma mentalidade. Essa em que o trabalho impera em detrimento de tudo o que é considerado ocioso, sendo capaz de dignificar a essência humana. Portanto, uma pos-

tura crítica é necessária ao refletirmos sobre a Reforma Penal de 1984, que traz à baila princípios norteadores de individualização e ressocialização – correndo o risco de recair na ideia de “tratamento penal”, sobretudo quando vem alinhado ao ofício.

IV - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se que o trabalho, ao mesmo passo que é tido como o bem maior da humanidade, conferindo dignidade e respeito ao cidadão, também é usado como punição e como um método restaurativo. Essas sentenças nos revelam a intensidade com que era cunhado o dogma do trabalho na nossa cultura. Nota-se que o trabalho e a ociosidade emergem num mesmo discurso como duas faces de uma mesma moeda. Tudo aquilo que foge ao trabalho se torna associado também à criminalidade. Isso se deu no imaginário popular de uma forma tão intensa que passou a constituir também a legislação da jurisprudência penal. Entretanto, apesar das reformulações na legislação, as reverberações desse estigma ainda ecoam.

Desse modo, uma vez que a lei exigia que a população fosse produtiva e marginalizava até mesmo a improdutividade, acabou por oferecer respaldo para a perpetuação dessa visão em outros níveis da sociedade. Por mais que muitas sentenças legais já tenham sido extintas, sabemos que ainda residem na mentalidade contemporânea. A respeito dessa temática, Santos afirma:

Os enunciados legais são atravessados por poderes que muitas vezes escapam ao controle dos agentes da justiça e se comunicam com outros discursos e práticas, advindos de outras instâncias que não a jurídica. Eis o alcance e o poder discursivo do texto legal. (SANTOS, 2016, p. 113)

Portanto a mentalidade que legitima os mecanismos disciplinares relacionados à atividade laboral está impregnada em nossa sociedade como um todo: na culpa que sentimos ao nos dedicarmos a um *hobby* enquanto as demandas nos esperam; na pouca honra concedida a cursos de formação dedicados às artes e à filosofia; no desprezo e na invisibilidade conferidos aos mo-

radores de rua; na patologização do crime, muitas vezes; e, se investigarmos bem, quem sabe essa mentalidade não se esconde por trás de valores considerados politicamente corretos como “medidas educativas” e “ressocialização”?

À luz dessas reflexões, é preciso bastante resguardo ao pensarmos questões como a ressocialização e o fazer do perito no âmbito jurídico, para que possamos ultrapassar o olhar estigmatizante, que, não raramente, o direito acaba tendo até mesmo na contemporaneidade. É preciso nos desvincularmos dos valores que centralizam o trabalho como cerne da dignidade humana, principalmente quando isso gera uma percepção depreciativa de tudo o que não é trabalho, chegando ao ponto de patologizar a ociosidade, enquanto fechamos nossos olhos para os excessos que nossa sociedade comete a bem de manter a primazia do ofício.

Sendo assim, a preocupação não recai somente neste estigma que deslegitima o que desacelera, mas, sobretudo, sobre as consequências que essa visão é capaz de provocar para a saúde do indivíduo e da civilização. Em 2017, a Organização Mundial de Saúde (OMS) constatou mais de 300 milhões de pessoas afetadas por depressão em todo o mundo, considerando, assim, a depressão como a principal causa de adoecimento no globo. Os altos índices apontados pela OMS são um grave alarme, um chamado para que venhamos a repensar as nossas próprias diretrizes.

É por esse motivo que as questões apresentadas no presente texto, em última instância, versam sobre a própria vida e sobre uma das questões existenciais basilares que desencadearam, inclusive, toda a história da filosofia e das ciências: “qual é o sentido da existência?”. Isso porque falar sobre o lugar do ócio e do trabalho dentro da sociedade é falar sobre os propósitos de nossa existência; é falar sobre a própria construção de nossa subjetividade. Podemos perceber que esta está intrinsecamente conectada ao modelo social hipermoderno desde o *check list* sob o qual estruturamos a nossa rotina diária e até mesmo sobre uma das perguntas mais sugestivas que todos ouvem desde pequenos: “O que você vai ser quando crescer?”. A inocente questão

apresentada em tão tenra idade já salvaguarda explicitamente a própria constituição do sujeito mediante o trabalho, que ocupa uma posição tão avantajada a ponto de definir, sobretudo, a essência do ser.

Refletir sobre essas questões no âmbito jurídico se faz necessário mais que nunca, para que não venhamos a recair naquilo que já julgamos ter superado. Por mais que se altere a lei, nem sempre as marcas na mentalidade social podem ser transformadas com tanta facilidade. Para tanto, é requerido de nós um esforço constante para tornarmos os mecanismos do direito a cada dia mais próximos do ideal de justiça. ❖

REFERÊNCIAS:

BRASIL IMPÉRIO, Código Criminal do Império do Brasil anotado. Lei 16 de novembro de 1830, Art. 296. (TINOCO, Antônio L. F. História do Direito Brasileiro. Brasília: 2003.)

BRASIL, Lei das Contravenções Penais. Decreto-Lei nº 3.688, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <[https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/110062/lei-das-contravencoes-penais-decreto-lei-3688-41#:~:text=Direito%20Penal-,Lei%20das%20Contravencoes%20Penais%20%2D%20Decreto%2Dlei%203688%2F41%20%7C,3%20de%20outubro%20de%201941&text=t%C3%B3pico%20\(120%20documentos\)-,Art.,ser%20dispensado%20o%20isolamento%20noturno](https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/110062/lei-das-contravencoes-penais-decreto-lei-3688-41#:~:text=Direito%20Penal-,Lei%20das%20Contravencoes%20Penais%20%2D%20Decreto%2Dlei%203688%2F41%20%7C,3%20de%20outubro%20de%201941&text=t%C3%B3pico%20(120%20documentos)-,Art.,ser%20dispensado%20o%20isolamento%20noturno)>. Acesso em 05 de novembro de 2022.

BRASIL, Código Penal dos Estados Unidos do Brasil. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>. Acesso em: 05 de novembro de 2022.

BRASIL, Lei de Execução Penal. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%207.210%2C%20DE%2011%20DE%20JULHO%20DE%201984.&text=Institui%20a%20Lei%20de%20Execu%C3%A7%C3%A3o%20

Penal.&text=Art.,do%20condenado%20e%20do%20internado. Acesso em: 05 de novembro de 2022.

CASTEL, R. *As metamorfoses da questão social*: uma crônica do salário. Petrópolis: Editora Vozes, 1998.

COUTINHO, Aldacy Rachid. *Trabalho e pena*. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Paraná., v. 32, p.7-24, 1999.

DE MASI, Domenico; PALIERI, Maria Serena. *O ócio criativo*. 1ª edição, Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

FOUCAULT, Michel. (1975) *Vigiar e Punir*: história da violência nas prisões. 26ª edição. Petrópolis: Vozes, 2002.

FOUCAULT, Michel. (1976) *História da sexualidade I: A vontade de saber*. 15 ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2003.

GONÇALVES, Hebe Signorini; BRANDÃO, Eduardo Ponte (Ed.). *Psicologia jurídica no Brasil*. 3ª edição, Rio de Janeiro: Nau Editora, 2011.

GORZ, André. *Metamorfoses do trabalho*. 1º edição, São Paulo: Annablume, 2003.

OMS - ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Notícias. *Dia Mundial da Saúde 2017*: Vamos falar sobre depressão e tuberculose. 2017. Disponível em: <<https://www.who.int/news/item/07-04-2017-world-health-day-2017-let-s-talk-about-depression-and-tb>> acesso no dia 16 de junho de 2022.

SANTOS, Adriana Cabral dos, *et al.* *Vagabundos e criminosos: o trabalho como mecanismo de poder e índice de criminalização no discurso jurídico-penal de reinserção social dos apenados*. tese (doutorado), Universidade Tecnológica Federal do Paraná.: Curitiba, 2016.

Planejamento Sucessório Vantagens da Instituição de uma *Holding* Familiar como Instrumento para uma Sucessão mais Econômica e Desburocratizada

Renata Alfradique Carpi Paiva

Professora de Direito no Centro Universitário Uni-Redentor. Especialista em Civil e Processo Civil pela Uniflu (2015). Graduada em Direito pela Universidade Iguacu.

Leonardo Gomes Malvino

Graduando em Direito pela UniRedentor/Afya.

RESUMO: Inicialmente saliento que o presente artigo tem como escopo principal manifestar considerações acerca da elaboração de um planejamento sucessório mediante constituição de uma *holding* patrimonial, abrangendo assuntos relacionados a patriarcas e herdeiros e discorrendo sobre a tributação, o tipo societário e a doação de quotas com reserva de usufruto como estratégia de sucessão patrimonial.

PALAVRAS-CHAVE: Planejamento. Sucessório. Holding. Familiar.

ABSTRACT: Initially, I point out that the main scope of this article is to express considerations about the elaboration of succession planning through the constitution of an Equity Holding, covering matters related to patriarchs and heirs, discussing

taxation, the corporate type, and the donation of reserved shares of usufruct as a strategy of succession of assets.

KEYWORDS: Planning. Succession. Holding. Familiar.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como finalidade apresentar o conceito de *holding* e como ela influencia o processo sucessório e a gestão de uma empresa familiar. As *holdings*, em uma empresa familiar, asseguram seus sócios ou acionistas de problemas relativos à sucessão, que serão capazes de afetar o crescimento da empresa e o gerenciamento. Dessa forma, prejudicaria não somente a empresa em si, mas também todo o seu patrimônio. Com isso, a *holding* tem a função de administrar e assegurar os bens em forma de quotas, que visam a contribuir com toda a administração patrimonial e empresarial.

O presente trabalho encontra sua justificativa na importância da *holding*, assim como na sua constituição, no procedimento do planejamento sucessório e na proteção patrimonial. O propósito não é modificar a legislação que trata das sucessões, mas sim demonstrar como facilitar o trâmite de inventários.

Assim sendo, este estudo se baseia na seguinte questão: em que medida a instituição de uma *holding* familiar protege o patrimônio e contribui como instrumento para uma sucessão mais econômica e desburocratizada?

Como resposta ao presente questionamento, aponta-se o seguinte objetivo geral: descrever a importância de se pensar no planejamento sucessório ainda em vida, como um mecanismo de proteção patrimonial e de redução de custos, apontando os benefícios trazidos pela *holding* familiar em relação ao titular do patrimônio. Nesse contexto, como objetivos específicos, pretende-se mostrar os instrumentos do planejamento sucessório; discorrer sobre as características e procedimentos fundamentais na criação da *holding* e sua importância na gestão; e destacar as principais vantagens e desvantagens na constituição da *holding* e a proteção do patrimônio dos sócios.

Para a elaboração deste trabalho, com a finalidade de analisar a temática das *holdings* como planejamento sucessório e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, foram utilizadas pesquisas teóricas a respeito do assunto e foram feitas buscas em sites específicos, visando a analisar toda a problemática e gerar uma discussão acerca do tema em comento. Além da pesquisa bibliográfica, utilizou-se do método dedutivo.

A pesquisa bibliográfica (GIL; 2019) foi de suma importância para o desenvolvimento teórico, uma vez que é indispensável a presença do ordenamento jurídico como amparo ao estudo, através da Constituição Federal, Código Tributário Nacional, Código Civil, entre outras leis, bem como situações concretas em que a lei é aplicada, com a finalidade de aprofundar conhecimentos e discussões.

Outrossim, o método dedutivo segundo Prodanove (2013) consiste na compreensão de todos os benefícios da blindagem patrimonial para sucessão de bens, a fim de concluir-se particularmente quais são suas garantias e os métodos de efetivação das mesmas.

2. A CONSTITUIÇÃO DE UM PATRIMÔNIO E SEUS DESDOBRAMENTOS PARA FINS SUCESSÓRIOS

2.1 Conceito de Patrimônio

De acordo com Gomes (2001), conceitua-se patrimônio como a soma de direitos e obrigações estimáveis pertencentes a uma pessoa. No patrimônio, leva-se em conta os créditos, débitos, as coisas, ou seja, todos os vínculos jurídicos de cunho econômico que estão associados à pessoa, ativa ou passivamente. Em continuidade, Gomes (2019, p. 149) assevera que o patrimônio está associado, inicialmente, à personalidade. Segundo a teoria clássica, o patrimônio é a “expressão do poder jurídico em que toda pessoa está investida como tal”.

As consequências da vinculação do patrimônio à personalidade consubstanciam-se no elemento coesão,

que explica o princípio de identidade e continuidade do patrimônio, pelo qual a substituição dos bens e seu aumento ou diminuição não ferem a substância conceitual da unidade abstrata, que se conserva a mesma durante toda a vida da pessoa. Na conceituação tradicional definida pelo Professor Orlando Gomes, o patrimônio obedece a quatro princípios fundamentais: só as pessoas, naturais ou jurídicas, podem ter patrimônio; toda pessoa tem necessariamente um patrimônio; cada pessoa só pode ter um patrimônio e o patrimônio é inseparável da pessoa. (GOMES, 2019, p. 149).

Não obstante, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona corroboram com o contexto acima, afirmando:

Em expressão clássica, o patrimônio é ‘a representação econômica da pessoa’, vinculando-o à personalidade do indivíduo, em uma concepção abstrata que se conserva durante toda a vida da pessoa, independentemente de substituição, aumento ou decréscimo de bens. (GLAGLIANO e PAMPLONA, 2020, p.348).

Para a doutrina contemporânea, a coesão patrimonial vem sendo explanada pelo vínculo objetivo, segundo o qual o patrimônio é uma universalidade de direitos, com a destinação que lhe der seu titular. Na concepção moderna, os princípios de unidade e indivisibilidade não sobrevivem (GAGLIANO e PAMPLONA).

Da economicidade essencial do patrimônio, no Direito, classificam-se em *patrimoniais* e *extrapatrimoniais*. O modo distintivo é dado pela capacidade econômica do sujeito. Patrimoniais são os direitos avaliáveis em dinheiro. Extrapatrimoniais são os que não têm valor econômico. Os direitos patrimoniais são *transmissíveis*; apenas os de uso e habitação fazem exceção a esse princípio, de acordo com a jurisprudência, *in verbis*:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXTINÇÃO DE CONDOMÍNIO CUMULADA COM COBRANÇA DE ALUGUÉIS. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. COMPANHEIRA SUPÉRSTITE. NEGATIVA DE PRES-

TAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. EXTINÇÃO DE CONDOMÍNIO E ALIENAÇÃO DE IMÓVEL COMUM. INVIABILIDADE. ALUGUÉIS. DESCABIMENTO. JULGAMENTO: CPC/2015. 1. Ação proposta em 06/04/2018, da qual foi extraído o presente recurso especial interposto em 28/06/2019 e atribuído ao gabinete em 07/01/2020. 2. O propósito recursal é dizer se a) houve negativa de prestação jurisdiciona; b) **o direito real de habitação assegurado à companheira supérstite constitui empecilho à extinção do condomínio do qual participa com os herdeiros do de cujus** e c) é possível a fixação de aluguel a ser pago pela convivente e por sua filha, também herdeira do falecido, em prol dos demais herdeiros, em consequência do uso exclusivo do imóvel. 3. O capítulo da sentença não impugnado em sede de apelação e, assim, não decidido pelo Tribunal de origem, impede o exame da matéria por esta Corte, em razão da preclusão consumativa. 4. Se o Tribunal de origem, aplicando o direito que entende cabível à hipótese, soluciona integralmente a controvérsia submetida à sua apreciação, ainda que de forma diversa daquela pretendida pela parte, inexistente ofensa ao art. 1.022. 5. **O direito real de habitação é ex lege (art. 1.831 do CC/2015 e art. 7º da Lei 9.272), vitalício e personalíssimo, o que significa que o cônjuge ou companheiro sobrevivente pode permanecer no imóvel até o momento do falecimento. Sua finalidade é assegurar que o viúvo ou viúva permaneça no local em que antes residia com sua família, garantindo-lhe uma moradia digna.** 6. O advento do Código Civil de 2002 deu ensejo à discussão acerca da subsistência do direito real de habitação ao companheiro sobrevivente. Essa questão chegou a este Tribunal Superior, que firmou orientação no sentido da não revogação da Lei 9.278/96 pelo CC/02 e, conseqüentemente, pela manutenção do direito real de habitação ao companheiro supérstite. 7. **Aos herdeiros não é autorizado exigir a extinção do condomínio e a alienação do bem imóvel comum enquanto perdurar o direito real de habitação (REsp 107.273/PR; REsp 234.276/RJ).** A intromissão do Estado-legislador na livre capacidade das pessoas disporem dos respectivos patrimônios só se justifica pela igualmente relevante proteção constitucional outorgada à família (203, I, CF/88), que permite, em exercício de ponderação de valores, a mitigação de

um deles – in casu – dos direitos inerentes à propriedade, para assegurar a máxima efetividade do interesse prevalente, que na espécie é a proteção ao grupo familiar. 8. **O direito real de habitação tem caráter gratuito, razão pela qual os herdeiros não podem exigir remuneração do companheiro sobrevivente pelo uso do imóvel. Seria um contrassenso atribuir-lhe a prerrogativa de permanecer no imóvel em que residia antes do falecimento do seu companheiro, e, ao mesmo tempo, exigir dele uma contrapartida pelo uso exclusivo.** 9. Em virtude do exame do mérito, por meio do qual foi acolhida a tese sustentada pelas recorrentes, fica prejudicada a análise do dissídio jurisprudencial. 10. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido. (BRASIL, 2019, p. 1-2, grifo nosso).

De acordo com o Código Civil brasileiro, os direitos extrapatrimoniais são considerados um direito personalíssimo, sendo, portanto, intransmissíveis. É o que se depreende do art. 11: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária” (BRASIL, 2002). Ainda no mesmo entendimento, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 807.849 – RJ, *in verbis*:

Direito civil. Família. Ação de declaração de relação avoenga. Busca da ancestralidade. Direito personalíssimo dos netos. Dignidade da pessoa humana. Legitimidade ativa e possibilidade jurídica do pedido. Peculiaridade. Mãe dos pretensos netos que também postula seu direito de meação dos bens que supostamente seriam herdados pelo marido falecido, porquanto pré-morto o avô. - **Os direitos da personalidade, entre eles o direito ao nome e ao conhecimento da origem genética são inalienáveis, vitalícios, intransmissíveis, extrapatrimoniais, irrenunciáveis, imprescritíveis e oponíveis erga omnes.** - Os netos, assim como os filhos, possuem direito de agir, próprio e personalíssimo, de pleitear declaratória de relação de parentesco em face do avô, ou dos herdeiros se pré-morto aquele, porque o direito ao nome, à identidade e à origem genética estão intimamente ligados ao conceito de dignidade da pessoa humana. - O direito à bus-

ca da ancestralidade é personalíssimo e, dessa forma, possui tutela jurídica integral e especial, nos moldes dos arts. 5º e 226, da CF/88. - O art. 1.591 do CC/02, ao regular as relações de parentesco em linha reta, não estipula limitação, dada a sua infinitude, de modo que todas as pessoas oriundas de um tronco ancestral comum, sempre serão consideradas parentes entre si, por mais afastadas que estejam as gerações; dessa forma, uma vez declarada a existência de relação de parentesco na linha reta a partir do segundo grau, esta gerará todos os efeitos que o parentesco em primeiro grau (filiação) faria nascer. - A pretensão dos netos no sentido de estabelecer, por meio de ação declaratória, a legitimidade e a certeza da existência de relação de parentesco com o avô, não caracteriza hipótese de impossibilidade jurídica do pedido; a questão deve ser analisada na origem, com a amplitude probatória a ela inerente. - A jurisprudência alemã já abordou o tema, adotando a solução ora defendida. Em julgado proferido em 31/1/1989 e publicado no periódico jurídico NJW (Neue Juristische Woche) 1989, 891, o Tribunal Constitucional Alemão (BVerfG) afirmou que “os direitos da personalidade (Art. 2 Par. 1º e Art. 1º Par. 1º da Constituição Alemã) contemplam o direito ao conhecimento da própria origem genética.” - Em hipótese idêntica à presente, analisada pelo Tribunal Superior em Dresden (OLG Dresden) por ocasião de julgamento ocorrido em 14 de agosto de 1998 (autos n.º 22 WF 359/98), restou decidido que “em ação de investigação de paternidade podem os pais biológicos de um homem já falecido serem compelidos à colheita de sangue”. - Essa linha de raciocínio deu origem à reforma legislativa que provocou a edição do § 372a do Código de Processo Civil Alemão (ZPO) em 17 de dezembro de 2008, a seguir reproduzido (tradução livre): “§ 372a Investigações para constatação da origem genética. I. Desde que seja necessário para a constatação da origem genética, qualquer pessoa deve tolerar exames, em especial a coleta de amostra sanguínea, a não ser que o exame não possa ser exigido da pessoa examinada. II. Os §§ 386 a 390 são igualmente aplicáveis. Em caso de repetida e injustificada recusa ao exame médico, poderá ser utilizada a coação, em particular a condução forçada da pessoa a ser examinada.” - Não procede a alegada ausência de provas, a obstar o pleito deduzido pelos netos, porque ao acolher a preliminar

de carência da ação, o TJ/RJ não permitiu que a ação tivesse seguimento, sem o que, não há como produzir provas, porque não chegou o momento processual de fazê-lo. - Se o pai não propôs ação investigatória quando em vida, a via do processo encontra-se aberta aos seus filhos, a possibilitar o reconhecimento da relação avoenga; exigem-se, certamente, provas hábeis, que deverão ser produzidas ao longo do processo, mas não se pode despojar do solo adequado uma semente que apresenta probabilidades de germinar, lançando mão da negativa de acesso ao Judiciário, no terreno estéril da carência da ação. - O pai, ao falecer sem investigar sua paternidade, deixou a certidão de nascimento de seus descendentes com o espaço destinado ao casal de avós paternos em branco, o que já se mostra suficiente para justificar a pretensão de que seja declarada a relação avoenga e, por consequência, o reconhecimento de toda a linha ancestral paterna, com reflexos no direito de herança. - A preservação da memória dos mortos não pode se sobrepor à tutela dos direitos dos vivos que, ao se depararem com inusitado vácuo no tronco ancestral paterno, vêm, perante o Poder Judiciário, deduzir pleito para que a linha ascendente lacunosa seja devidamente preenchida. - As relações de família tal como reguladas pelo Direito, ao considerarem a possibilidade de reconhecimento amplo de parentesco na linha reta, ao outorgarem aos descendentes direitos sucessórios na qualidade de herdeiros necessários e resguardando-lhes a legítima e, por fim, ao reconhecerem como família monoparental a comunidade formada pelos pais e seus descendentes, inequivocamente movem-se no sentido de assegurar a possibilidade de que sejam declaradas relações de parentesco pelo Judiciário, para além das hipóteses de filiação - Considerada a jurisprudência do STJ no sentido de ampliar a possibilidade de reconhecimento de relações de parentesco, e desde que na origem seja conferida a amplitude probatória que a hipótese requer, há perfeita viabilidade jurídica do pleito deduzido pelos netos, no sentido de verem reconhecida a relação avoenga, afastadas, de rigor, as preliminares de carência da ação por ilegitimidade de parte e impossibilidade jurídica do pedido, sustentadas pelos herdeiros do avô. - A respeito da mãe dos supostos netos, também parte no processo, e que aguarda possível meação do marido ante a pré-morte do avô dos seus filhos, segue mantida, quanto a

ela, de igual modo, a legitimidade ativa e a possibilidade jurídica do pedido, notadamente porque entendimento diverso redundaria em reformatio in pejus. Recurso especial provido. (BRASIL, 2010, p. 1-3, grifo nosso).

Totalmente patrimoniais são os direitos das coisas e das obrigações. Nos direitos de família e das sucessões, eles possuem um lado patrimonial e outro extrapatrimonial.

2.2 A legítima, a parte disponível e a meação

Como estabelece, expressamente, o artigo 1.846 do Código Civil, “pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima” (BRASIL, 2022). Havendo herdeiros, a metade dos bens em questão fica reservada para estes. Nas situações em que não há herdeiros, é plena a liberdade de testar, não havendo impedimento que disponha todo o patrimônio, ainda que haja colateral (DELGADO, 2005).

Legítima é a parcela de bens que a lei retém para o herdeiro necessário. No Brasil, essa fração é a metade do patrimônio, por força da legislação citada, cabendo aos herdeiros necessários essa parcela, não podendo ser disposta em testamento, conforme o artigo 1.789 do Código Civil: “Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança”.

Nesse sentido, o testador pode dispor de 100% de seu patrimônio, desde que não exista no momento de sua morte nenhum herdeiro necessário. Logo, se o falecido deixar herdeiros necessários, o seu poder de dispor de todo seu patrimônio será delimitado pela legítima ao máximo de 50%.

Assim sendo, fica entendido que metade da herança está reservada aos herdeiros necessários, conforme disposto no artigo 1.846 do Código Civil, e, havendo estes, só poderá o testador dispor da outra metade da herança, que é chamada de “disponível”.

Conforme Sílvio de Salvo Venosa (2018, p. 168): “É importante destacar que herança não se confunde com meação”. Meação equivale à metade dos bens que são comuns ao ca-

sal, variando o seu montante de acordo com o regime de bens escolhido pelos cônjuges ou companheiros. Ainda vale destacar que o cônjuge/companheiro que tem direito à meação não pode usufruir do instituto da renúncia, haja vista que ela não se apresenta como um direito que passa a receber em razão do óbito do seu cônjuge. Quem tem direito à meação o tem desde que casou, em razão do regime de bens escolhido para o casamento (VENOSA, 2018).

2.3 O Direito Sucessório

Afirmção interessante de Venosa (2018, p. 10) é que “sucedo é substituir, tomar o lugar de outrem no campo dos fenômenos jurídicos”. Assim, na sucessão, existirá uma modificação do titular de um direito, conceito amplo de sucessão no Direito.

Sobre esse aspecto, quando houver uma sucessão no direito ou uma transmissão, o conteúdo ou o objeto da relação jurídica permanecem os mesmos, alterando apenas os titulares. O donatário sucede ao doador, o comprador sucede ao vendedor, o herdeiro sucede ao *de cujus* na titularidade de uma coisa, etc.

Na ciência jurídica, faz-se uma divisória entre as formas de transmissão: a que origina de um ato entre vivos – como contratos, por exemplo – e a que deriva da morte. Em Direito das Sucessões, trata-se de uma especificidade do Direito Civil: transmissão de bens, direitos e obrigações em razão da morte. Nas palavras de Venosa (2018, p. 11):

Assim como entre vivos a sucessão pode-se dar a título singular (num bem ou em certos bens determinados), ou a título universal (como, por exemplo, quando uma pessoa jurídica adquire a totalidade do patrimônio de outra, direitos e obrigações, ativo e passivo), também no direito das sucessões, que ora passamos a estudar, existem os dois tipos de sucessão. Quando, pela morte, é transmitida uma universalidade, ou seja, a totalidade de um patrimônio (ver noção do instituto no v. 1 desta obra), dá-se a sucessão hereditária, tem-se a *herança*, que é uma universalidade, pouco importando o número de herdeiros a que seja atribuída. A sucessão a título singular,

no direito hereditário, ocorre, por via do testamento, quando o testador, nesse ato de última vontade, aquinhoa uma pessoa com um bem certo e determinado de seu patrimônio, um legado. Cria, assim, a figura do legatário o titular do direito, e o legado, o objeto da instituição feita no testamento. Tais noções introdutórias serão retomadas em breve.

Portanto, o Direito das Sucessões, disciplinado no Código Civil no Livro V, trata dos dispositivos legais que regularão a transmissão de bens em consequência da morte do titular e disciplina as situações jurídicas existentes no momento da morte. O legislador estabelece uma ordem de sucessores a ser seguida no caso de o *de cuius* não ter deixado testamento, ou quando, mesmo diante de um testamento, ele não puder ser cumprido.

3. OS INSTRUMENTOS DE ORGANIZAÇÃO PATRIMONIAL EM VIDA

3.1 A proibição de pacto sucessório

Sobre esse aspecto, Venosa (2018, p.60) salienta: “Pacto sucessório é, portanto, a crença que tem por objeto a herança de pessoa viva”. Conforme art. 426 do Código Civil, “*não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva*”. É esse o princípio geral que traz a proibição de um pacto sucessório, não podendo uma pessoa dispor de herança de pessoa viva, o que é considerado pela doutrina majoritária como “imoral”.

É importante destacar que não é admitida a alienação de direitos sobre herança de pessoa viva, o que chamamos de “pacto de corvina”, nos termos da legislação acima citada. O herdeiro pode realizar a cessão desde a abertura da sucessão até a partilha dos bens deixados pelo falecido.

3.2 Do testamento

O atual Código Civil não definiu o instituto. O testamento é um negócio jurídico por excelência e só poderá ser feito por pessoas capazes de redigi-lo, isto é, que tenham capacidade testa-

mentária ativa; é revogável, é personalíssimo, é solene, é gratuito, produzindo seus efeitos após a morte (CATEB, 2011, p. 156).

É um documento pelo qual uma pessoa expõe a sua intenção e como deseja que seja feita a divisão de seu patrimônio após sua morte, possibilitando, assim, definir quais bens irão para quais herdeiros.

Pontes define testamento como sendo o documento público ou particular em que o falecido informou qual era a sua vontade quanto aos seus bens (Miranda, 2005, p. 35).

Aprofundando ainda mais essa definição, testamento é definido como um “ato unilateral, de última vontade, pelo qual alguém, nos limites da lei, e para depois da sua morte, dispõe dos seus bens, no todo ou em parte” (Miranda, 2005, p.45). Ao afirmar que é um ato de última vontade, Pontes diz que está implícita a revogabilidade essencial. De outra maneira, não poderia ser entendido como de última vontade, bem como está nítido ser personalíssimo. De outro modo, não estaria falando na vontade do testador, mas de outro que o ajudou. Quanto às disposições, Pontes fala que as de caráter de atribuição a outrem são positivas, e as com o intuito de revogação são as negativas (Miranda, 2005, p. 46).

Da definição, conclui-se que a natureza jurídica do testamento é: um negócio jurídico unilateral, personalíssimo e revogável (BRASIL, 2002, art. 1.858) – salvo quanto ao reconhecimento de filhos nele declarado, que é sempre irrevogável (BRASIL, 2002, art. 1.610) –, pelo qual o testador pode definir regras de caráter patrimonial ou não (BRASIL, 2002, art. 1.857, § 2º). Tendo em consideração que sua eficácia se manifesta apenas com a morte do testador, trata-se de um negócio jurídico *mortis causa*.

É importante dizer também que o testamento é um negócio jurídico solene e que a inobservância de suas formalidades terá como consequência a nulidade do testamento nos termos do art. 166, incisos IV e V, do Código Civil (BRASIL, 2002), bem como que o testamento é ato personalíssimo por excelência, nos termos do art. 1.863 do Código Civil (BRASIL, 2002). É inviável fazer um

testamento conjunto, sincrôno, mútuo ou correspectivo. O legislador previu três formas ordinárias (o particular, o público e o cerrado) e três formas especiais (marítimo, aeronáutico e militar) de fazer o testamento.

3.3 Da doação

No Direito atual, a doação é contrato unilateral, consensual e gratuito. É negócio jurídico de natureza especial. Doação é, pois, contrato pelo qual uma pessoa se obriga a transferir sem ônus um bem de sua titularidade para a de outra. O sujeito que doa denomina-se “doador”, e o que recebe a doação, “donatário”. Trata-se de contrato unilateral, porque apenas o doador terá obrigações; consensual, pois não precisa, para seu desenvolvimento, a entrega da coisa ao donatário. Desde que o tratado aconteça, o negócio está perfeito e acabado. É na concordância do donatário que surge para o doador o dever de transferência do bem.

A natureza jurídica da doação perdeu força com a majoritária e ampla opinião sobre o que é um contrato. Sua natureza contratual é hoje incontestável; os códigos a trazem na parte dos contratos, ainda que se tenha o conhecimento de ter que submeter a doação em algumas regras para o testamento.

3.4 Do usufruto

Segundo Clóvis Bevilacqua, “o usufruto é o direito real, conferido a uma pessoa, durante certo tempo, que autoriza a retirar, de coisa alheia, os frutos e a utilidade que ela produz”. Em outras palavras, é um direito total de gozo, sem alterar-se a essência da coisa.

Para a pessoa física, o usufruto não pode ultrapassar o tempo de sua vida, e para a pessoa jurídica, não ultrapassará 30 anos, podendo reincidir sobre todo o bem em 100%, ou em uma fração dele, bem como pode incidir sobre a totalidade dos frutos, ou parte deles.

Para uma perfeita definição e distinção do usufruto, é importante conhecer suas características.

Temporiedade: conforme dispõe o Código Civil, o usufruto se extingue pela renúncia ou morte do usufrutuário (art. 1.410, I); pelo termo de sua duração (art. 1.410, II); pelo decurso do prazo de trinta anos da data em que se começou a exercer, se instituído em favor de pessoa jurídica (art. 1.410, III); e pela cessação do motivo de que se origina (art. 1.410, IV) (BRASIL, 2002).

É intransmissível tanto entre vivos quanto causa *mortis*, considerando seu caráter *intuitu personae*. Daí decorre a impossibilidade de usufruto sucessivo, ou seja, aquele em que se beneficia mais de um usufrutuário em momentos diferentes (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 571).

É inalienável, conforme disciplina o art. 1.393, 1ª parte, do Código Civil. Comentando o entendimento de Clóvis Beviláqua, que via na inalienabilidade sua principal vantagem, por respeitar a vontade do instituidor, assim se manifesta Rodrigues (2006, p. 298):

O mestre talvez estivesse com a razão se a inalienabilidade fosse absoluta. Mas, como se permite a alienação em favor do proprietário, mais angustiosa se torna a posição do usufrutuário necessitado, que fica à mercê do nuproprietário, quando precisar vender. No meu entender, não se justifica esse exagerado zelo do legislador, na proteção da pretensa vontade do instituidor.

É impenhorável, por conta da inalienabilidade.

É divisível: pela leitura do art. 1.411 do Código Civil, percebe-se a possibilidade de sua constituição em favor de duas ou mais pessoas, o que gera o cousufruto. Afirma Silvio de Salvo Venosa (2003, p. 431) que “o usufruto é divisível, podendo ser atribuído simultaneamente a mais de uma pessoa, mais de um usufrutuário, estabelecendo-se o co-usufruto”

Necessita de conservação da forma e substância: diferentemente da locação, em que o locatário, ao usar a coisa, deve ater-se à sua finalidade, definida em contrato, no usufruto a exigência limita-se à preservação da forma e substância. Ao exercer o seu direito, o usufrutuário deve conduzir-se como *o bom proprietário*,

ou seja, com prudência e cuidado. Pode-se igualmente dizer com Windscheid: “O usufrutuário deve exercitar o seu direito como um bom pai de família...” (Gonçalves, p. 475).

É suscetível de posse, assim como os direitos reais em geral. O usufrutuário, embora não detenha a posse da nua-propriedade, é possuidor do direito real de usufruto. Para Mazeaud, Mazeaud e Chabas, “o possuidor de um usufruto é a pessoa que se comporta em relação à coisa como um usufrutuário” (Gonçalves, p. 463). O usufrutuário, em consequência, pode valer-se das ações possessórias, na tutela de seus interesses, bem como da ação confessória de usufruto. Ao nu-proprietário, é reconhecida a propriedade indireta.

Apesar de não trazer uma definição legal do usufruto, o Código Civil vigente foi minucioso ao regulamentar o instituto. Isso pode ter advindo de sua larga aplicabilidade, que se estende ao Direito de Família, Direito das Sucessões, Direito das Obrigações e Direito das Coisas.

3.5 Das cláusulas de incomunicabilidade, indisponibilidade e da impenhorabilidade

O legislador previu a chance de o testador e o doador definir restrições à disponibilidade do patrimônio testado ou doado, aprovando a inclusão de cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade, produzindo efeitos vitalícios por tempo determinado.

A cláusula de inalienabilidade determina a vedação à alienação do bem registrado por ela, por qualquer que seja a transação jurídica. Por sua vez, a cláusula de incomunicabilidade separa a comunicabilidade do bem em qualquer que seja o regime de bens adotado pelo donatário, herdeiro testamentário ou legatário em seu matrimônio, incluindo até o da comunhão universal (BRASIL, 2002, art. 1.668, I).

Já a cláusula de impenhorabilidade evita que o bem seja penhorado, constrito para satisfação de uma execução. O Código Civil (BRASIL, 2002) estabelece algumas regras quanto a essas possibilidades.

Conforme o art. 1.911, “a cláusula de inalienabilidade, imposta aos bens por ato de liberalidade, implica impenhorabilidade e incomunicabilidade” (BRASIL, 2002). Ou seja, ainda que não expressamente declaradas a impenhorabilidade e incomunicabilidade, o bem que não pode ser alienado também não pode ser penhorado nem comunicado com o cônjuge, já que lhe necessita do requisito essencial: a qualidade da disponibilidade vinda do direito de propriedade.

Segundo o § 1º do art. 1.857 do Código Civil, “a legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento” (Brasil, 2002), todavia, se justificado, o testador poderá registrar a legítima com cláusulas restritivas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade. Exclusivamente só poderá ser alienado por meio de autoridade judicial devidamente justificada e com a condição de que o produto seja transformado em outros bens, que ficarão sub-rogados nos ônus dos primeiros (BRASIL, 2002, art. 1.848, *caput* e § 2º).

4. DAS HOLDINGS

4.1 Origem

Conforme colocações de Oliveira (2015), a partir do ano de 1976, as empresas *holding* começaram a se despontar no Brasil, sustentadas na Lei nº 6.404, a Lei das Sociedades por Ações, que expressa em seu art. 2º, § 3º que “a empresa pode ter por objetivo participar de outras empresas” consolidando assim a formação da *holding* no Brasil (BRASIL, 1976, p. 1).

A expressão “holding” tem origem na expressão em inglês “to hold”, que significa “controlar”, “sustentar”, “segurar”, “deter”, “manter”. À vista disso, Mamede e Mamede (2014, p. 9) exibem a definição de que “*holding* (ou *holding company*) é uma sociedade que detém participação societária em outra ou de outras sociedades, tenha sido constituída exclusivamente para isso (sociedade de participação), ou não (*holding* mista)”. Os autores ainda pontuam que a sociedade *holding* estabelece-se como uma

empresa titular de bens e direitos, podendo englobar “bens imóveis, bens móveis, participações societárias, propriedade industrial (patente, marca, etc.), investimentos financeiros etc” (MAMEDE e MAMEDE, 2019, p. 13-14).

A *holding* gerencia os bens da companhia que controla, e também o controle acionário de outras companhias, atuando em outras sociedades como sócia ou acionista. Contudo, a *holding* também pode ser uma companhia individual, sem que haja atuação em outras sociedades. Assim sendo, a empresa é composta para o exclusivo propósito de controlar o patrimônio dos sócios, tencionando a segurança patrimonial, a organização dos recursos, gerenciamento dos bens, o proveito dos subsídios fiscais, tributários e a sucessão hereditária (MAMEDE; MAMEDE, 2014).

4.2 Classificação

Na contemporaneidade, a *holding* dispõe de mais de 22 classificações ou tipologias. Para melhor esclarecimento/entendimento, será restringido a explanação dos tipos mais usuais. É válido ponderar que a escolha da *holding* irá depender dos objetivos dos acionistas. Mamede e Mamede (2019, p. 16) classificam inúmeras modalidades de *holdings*, segundo sua finalidade. Assim, observam-se as classificações:

Holding pura: sociedade constituída com o objetivo exclusivo de ser titular de quotas ou ações de outras sociedades. É também chamada de sociedade de participação.

Holding de controle: sociedade de participação constituída para deter o controle societário de outra ou de outras sociedades.

Holding de participação: sociedade de participação constituída para deter participações societárias, sem ter o objetivo de controlar outras sociedades.

Holding de administração: sociedade de participação constituída para centralizar a administração de outras sociedades, definindo planos, orientações, metas etc.

Holding mista: sociedade cujo objeto social é a realização de determinada atividade produtiva, mas que detém participação societária relevante em outra ou em outras sociedades.

Holding patrimonial: sociedade constituída para ser a proprietária de determinado patrimônio. É também chamada de sociedade patrimonial.

Holding imobiliária: tipo específico de sociedade patrimonial, constituída com o objetivo de ser proprietária de imóveis, inclusive para fins de locação.

Desse modo, tem-se que a *holding* é pura quando tenciona exclusivamente a participação societária, independentemente de ser majoritária ou não. Nessa mesma linha de raciocínio, Prado, Costalunga e Kirschbaum (2011, p. 295) relatam que “[...] a sociedade *holding* pura é aquela que tem por objeto único ser titular de participação no capital social, normalmente controladora de outra(s) pessoa(s) jurídica(s)”.

Logo, através da *holding* pura, acontece a subdivisão conforme seu objetivo e quantidade de participação: quando pretende centralizar a administração de uma controlada, por intermédio de formulação de planos e de gestão, é *holding* administrativa; quando tem basicamente participação societária, sem que haja controle ou administração, é *holding* de participação; quando é maioritária em dada sociedade, é *holding* de controle (PRADO, COSTALUNGA E KIRSCHBAUM, 2011).

É exequível também que certa sociedade não disponha da participação societária como única tarefa, operando outras tarefas produtivas. Essa será intitulada *holding* mista. Tomazette (2013, p. 614) alude à *holding* mista, uma vez que a “participação em outras sociedades é a atividade primordial, mas não a única; a *holding* mista também desenvolve atividade econômica produtiva. Já na *holding* pura, a única atividade desenvolvida é a participação relevante no capital de outras sociedades.”

É possível verificar também a existência de *holdings* patrimoniais (gênero) e imobiliárias (espécie), que zelam pela admi-

nistração de bens próprios, isto é, das quais os bens são de domínio da própria sociedade. A diferença entre *holding* patrimonial e *holding* imobiliária consiste no tipo de bem administrado: a primeira pode favorecer a mais extensa gama de bens (imóveis, móveis, imateriais, entre outros), e a segunda limita-se a bens imóveis (MAMEDE e MAMEDE, 2019).

Sob esse viés, a *holding* patrimonial é desenvolvida para ser titular, proprietária de dados bens, podendo integrar ações ou quotas de outras sociedades, concentrando e resguardando os recursos da família por meio da formação da pessoa jurídica. Prado, Costalunga e Kirschbaum (2011, p. 295) explicam que “a *holding* imobiliária é aquela que tem por objeto deter e/ou explorar patrimônio imobiliário; para isso, as pessoas físicas conferem seus bens para a *holding*, que passa a ser titular deles”.

Com base nessas classificações, nota-se a vasta gama de possibilidades ofertada ao empreendedor, quer seja para a solução de alguma questão, quer seja para a (re)estruturação empresarial e patrimonial. Em síntese, é preciso analisar intimamente o caso concreto, tencionando a verificação sobre se existem, verdadeiramente, vantagens ou desvantagens em sua utilização.

É possível constatar que a *holding* familiar não está inclusa em nenhuma das classificações supracitadas. Isso se dará em detrimento da compreensão de que esta não consiste em um tipo específico, mas uma contextualização específica em que se dá o emprego de uma ou mais espécies de sociedade de participação, no contexto de uma família (MAMEDE e MAMEDE, 2019). Defende-se que o uso de um tipo de *holding* não caracteriza a não utilização de outro.

4.3 Tipos societários

No ordenamento jurídico brasileiro, existem inúmeros tipos societários, sendo a escolha de incumbência do empreendedor; assim, este deverá analisar a estrutura que melhor se adequa aos seus negócios e necessidades particulares. As possibilidades que a legislação apresenta consiste nas seguintes: Microempre-

endedor Individual (MEI), Empresário Individual (EI), Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI), Sociedade Limitada, Sociedade Anônima, Sociedade Empresarial, Sociedade em Comandita Simples, Sociedade em Nome Coletivo e Sociedade Simples (KOCH, 2019).

Inegavelmente, na atualidade, se observa um crescente movimento em prol do empreendedorismo no Brasil, ou seja, dia após dia, despontam-se mais pessoas sendo donas de seus próprios negócios. Todavia, o que falta é, após a formação societária, o empresário se preocupar no que tange à proteção de seu patrimônio e também ao planejamento tributário, com o intuito de diminuir a carga tributária, para que a empresa usufrua sempre de vantagens. Partindo dessa premissa, é possível compreender a necessidade da criação de uma *holding*.

Ponderada as alternativas vigentes no que compete à formação societária e à problemática de não refletir a possibilidade de criação de uma *holding*, surge um questionamento: em qual dos tipos societários poderá ser criado uma *holding*? A respeito dessa questão, salienta-se que inexistente impedimento legal de que a *holding* seja desenvolvida na forma de limitada ou de qualquer outro tipo societário, haja vista que, como já elucidado anteriormente, a *holding* não concerne a um tipo societário, ela é responsável pela administração e controle da sociedade da qual dispõe a maior das quotas ou ações. Desse modo, conforme o esclarecimento de MAMEDE, 2015, p.112, conclui-se que:

A *holding* pode ser constituída como sociedade simples ou empresária (artigo 982 do Código Civil), com registro, respectivamente, em Cartório de Registro de Pessoas Jurídicas ou em Junta Comercial. Contudo, atente-se para o fato de que só as sociedades empresárias tem o direito ao instituto da recuperação, judicial ou extrajudicial, conforme previsto pela Lei n. 11.101/05. Podem ser sociedade por quotas (contratuais) ou por ações (estatutárias), assim como também é indiferente se adotam, por tipo societário a sociedade simples (em sentido estrito ou comum), sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples, sociedade limitada, sociedade anônima

ou sociedade em comandita por ações. O tipo societário, contudo, deve ser um dos contemplados em lei, certo vigor do Direito Brasileiro o princípio da tipicidade societária: só pode se criar uma sociedade, simples ou empresária, seguindo um dos tipos (formas) previstos na legislação; não se pode inventar um tipo novo, nem se pode pretender criar uma sociedade que adote uma conformação mista, combinando tipos diversos.

Diante da elucidação supramencionada, é evidente que a *holding* poderá ser criada em qualquer tipo societário, uma vez que o tipo societário não altera as características, muito menos compromete sua finalidade, contanto que seja amparado em lei, sendo uma sociedade simples ou empresária. No que tange à composição societária da *holding*, MAMEDE (2015, p.112) afirma que:

Os sócios de uma *holding* podem ser pessoas físicas e/ou pessoas jurídicas, indiferentemente; se sociedades, podem ter tipos societários diversos. Não há limitação sobre o tipo de pessoa, nem mesmo de sua natureza jurídica. As pessoas jurídicas podem ser até associações, fundações e pessoas jurídicas de Direito Público. Contudo, há algumas limitações, como sociedades contratuais ajustadas entre cônjuges casados pelo regime da comunhão universal de bens ou pelo regime de separação obrigatória de bens.

Ademais, os indivíduos que estão inábeis para empreender também não serão administradores societários. Sobre isso, MAMEDE (2015, p.112) explica que:

Tais pessoas podem ser sócias de uma *holding* e, mesmo, de outras sociedades, como suas controladoras e filiações, apenas não podem exercer funções de administração. São elas: Magistrados; Membros do Ministério Público; Servidores públicos; Militares da ativa; O falido, se não forem declaradas extintas suas obrigações; Moralmente inidôneos, como tal compreendidos os condenados por crime falimentar, de prevaricação, suborno, concussão, peculato, contra a economia popular, contra o Sistema Financeiro Nacional, contra as normas de defesa da concorrência, contra as relações de con-

sumo, contra a fé pública ou a propriedade, ou a pena criminal que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos e estrangeiros com visto temporário.

A seguir, será abordado mais sucintamente sobre a *holding* patrimonial do tipo familiar.

4.4 A *holding* patrimonial do tipo familiar: uma mudança de perspectiva

A *holding* patrimonial, também intitulada “sociedade patrimonial”, é a pessoa jurídica formada com o objetivo de ser proprietária de dado patrimônio. Para tal propósito, pessoas físicas e jurídicas outorgam seus bens à *holding*, passando a substituir esses indivíduos na titularidade dos bens, resguardando, assim, a evidenciação dos seus sócios. Já os antigos proprietários, as pessoas físicas ou jurídicas, agora sócias da *holding*, começam a receber participações nessa sociedade. Sobre essa temática, postula-se:

Tem sido crescente o estímulo à personalização destacada do patrimônio, por meio da criação de uma pessoa jurídica societária à qual é transferida parte ou totalidade do patrimônio de pessoas físicas ou jurídicas. Acontece, assim, uma mudança na forma de titularidade dos patrimônios, já que os sócios, de antigos proprietários dos bens, passam a ser quotistas/acionistas de uma outra pessoa jurídica, o novo proprietário (PITA, 2011, p. 225).

É de suma importância na contemporaneidade, em virtude da redução de tributos através da elisão fiscal, a constituição dessa modalidade de *holding*, promovendo ainda a proteção patrimonial, uma vez que a sua implantação “decorre dos riscos e custos elevados de se ter um patrimônio substancial em nome de pessoas físicas” (ROCHA JÚNIOR, ARAÚJO e SOUZA, 2014, p. 27).

Pautado nesse entendimento, compreende-se como *holding* patrimonial familiar a sociedade que centraliza a totalidade ou parte do patrimônio dos membros de uma mesma família com o propósito de organizar a administração dos bens e auxiliar a sucessão hereditária, assim assegurando a continuidade

sucessória, além de oportunizar a blindagem patrimonial e a diminuição da carga tributária. Nesse ínterim, é o preceito doutrinário que segue:

A chamada *holding* familiar não é um tipo específico, mas uma contextualização específica. Pode ser uma *holding* pura ou mista, de administração, organização ou patrimonial, isso é indiferente. Sua marca característica é o fato de se enquadrar no âmbito de determinada família e, assim, servir ao planejamento desenvolvido por seus membros, considerando desafios como organização do patrimônio, administração de bens, otimização fiscal, sucessão hereditária, etc (MAMEDE e MAMEDE, 2019, p. 12).

Portanto, elencando os conhecimentos nos estudos de Mamede e Mamede (2019), é válido constatar que a *holding* patrimonial familiar existe desde a inserção dos bens dos membros de uma mesma família em uma pessoa jurídica, a qual é desenvolvida objetivando a concentração e administração do patrimônio familiar. Por meio da presente *holding* familiar, os familiares compartilham entre si os seus bens e passam a ser sócios quotistas dessa sociedade, de modo que as decisões no que compete ao patrimônio passam a ser tomadas por intermédio de deliberações sociais com a participação dos sócios constituidores da *holding*.

Outrossim, por questões administrativas e fiscais, a tipologia de *holding* mista é a mais adequada ao sistema econômico brasileiro, ao passo que, no que se refere à *holding* patrimonial familiar, o aconselhável é incluir no seu objeto social, além do controle e administração do patrimônio familiar, o desenvolvimento de alguma atividade empresarial.

No que se refere à estruturação do tipo societário da *holding*, é necessário ponderar os propósitos a serem alcançados com a constituição desta. Contudo, referindo-se à *holding* patrimonial familiar, a forma limitada exibe-se de modo mais atrativo e apropriado, principalmente em virtude de duas características, sendo elas a limitação da responsabilidade dos sócios e a contratualidade.

A sociedade limitada é orientada pelo Código Civil, operacionalizada por contrato social, dividida em quotas, e a atribuição de cada sócio pelas incumbências desse tipo de sociedade fica restrita ao valor integral de suas quotas, mesmo que todos sejam solidariamente responsáveis pela integração total do capital social. Desse modo, se todo o capital social estiver integrado, os sócios não serão mais responsabilizados pelas responsabilidades da sociedade, salvo em casos de desconsideração da personalidade jurídica (MAMEDE e MAMEDE, 2019).

Já nas competências contratuais, a sociedade limitada outorga um perfil mais personalizado à sociedade, pois os sócios têm maior liberdade para deliberar sobre os aspectos relevantes à constituição, ao andamento e à dissolução da sociedade, de forma que as decisões tomadas em consonância com a lei e o contrato social conectam todos os sócios. Compreende-se assim que, nas sociedades limitadas, há o caráter *intuitu personae*, privilegiando a pessoa do sócio quotista, pelo que se justifica a *affectio societatis* como o pilar da sociedade limitada, isto é, a confiança que os sócios dispõem uns nos outros na união de esforços para alcançar determinado objetivo comum. Portanto, “as relações entre os sócios podem pautar-se nas disposições de vontade destes, sem os rigores ou balizamentos próprios do regime legal da sociedade anônima, por exemplo” (COELHO, 2011, p. 153).

Além disso, a predileção pela formação de uma *holding* patrimonial familiar na forma de sociedade limitada exhibe outras duas vantagens atenuantes: faz com que a sociedade se torne economicamente mais viável, em virtude da isenção da publicação obrigatória dos balanços, assim como preserva a empresa da afiliação de indivíduos desconhecidos à família no quadro societário, dado que oportuniza a disposição de cláusulas no contrato social que impossibilitam ocorrências nesse sentido e privilegiam um quadro societário fechado. Oposto ao que acontece na sociedade anônima, expressa na Lei nº 6.404/1976, regida por estatuto social e que o capital social divide-se em ações, em que o mais importante é a conjunção de capital, e não o indivíduo sócio

acionista, uma vez que torna-se insignificante o *intuitu personae*, além de dispor um custo administrativo mais elevado.

5. AS VANTAGENS DA *HOLDING* FAMILIAR COMO OPÇÃO AO PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO

5.1 Aspectos gerais

No âmbito da sucessão patrimonial, existe o planejamento sucessório. Para Madaleno (2014, p. 5), esse é um “conjunto de projeções realizadas em vida, para serem cumpridas como manifestação de um querer especial”. A recomendação é, ao contrário de na ocasião do óbito a família iniciar o processo de sucessão, que em vida haja o planejamento de quem será o sucessor responsável, viabilizando um encaminhamento mais coeso, respeitando a vontade estabelecida em vida pelo antecessor.

Pozzetti *et al.* (2018) colocam que a sucessão é um modo de transmissão de herança e que ela está associada a inúmeras adversidades que podem ser observadas nesse contexto. Pontua-se que o planejamento tem por função basilar evitar eventuais conflitos em sentidos diversos.

Pozzetti *et al.* (2018) ainda expõem que o processo de sucessão está previsto na Carta Magna de 1988 e no Código Civil de 2002, sendo os presentes textos legais responsáveis por várias atualizações e melhorias na interpretação dessa temática, mas que elas ainda dispõem de uma visão bastante limitada, haja vista que só tratam o tema de forma superficial e quanto aos bens, sem que sejam ponderados outros pontos, como afetividade e peculiaridades.

Nesse sentido, existe um contrato social que alude questões como cotas que podem ser preenchidas. Logo, consiste em uma das maiores vantagens das *holdings* familiares, pois esse espaço viabiliza que as decisões e as discussões sejam demarcadas e, concomitantemente, capazes de serem direcionadas de modo mais seguro, sem haver a necessidade de um processo judicial, por exemplo. Outras vantagens da *holding* familiar podem ser observadas no quadro a seguir:

Quadro 1: Vantagens da *holding* familiar

Proteção patrimonial de bens
Pagamento de menos impostos, o que gera uma economia tributária
Administração vitalícia, sem a anuência de herdeiros
Planejamento sucessório nas atividades empresariais
Evitam-se os conflitos e a morosidade do inventário
Harmonia e tranquilidade para toda a família

Fonte: Brites (2020, p. 1).

Sob esse viés, não há como ignorar que uma *holding* também direciona a discussão para o que é o melhor para a empresa, sem que haja a necessidade de considerar se um ponto ou outro está sendo favorecido nessa disputa. Outro tópico que o autor também aponta e que está relacionado diretamente com o modo de decisão que se tem nesse modelo é a possibilidade de antecipação de decisões, o que diminui o tempo em que se passa tentando encaminhar a questão.

5.2 Redução da carga tributária

Barbosa e Jesus (2015) salientam em seu estudo que as principais vantagens da *holding* familiar consistem na redução da carga tributária imputada a pessoas físicas que passam a ser tributadas pela pessoa jurídica, o resguardo do patrimônio através da pessoa jurídica e a facilidade na outorga de garantias e planejamento sucessório, uma vez que empresas familiares no decurso da sucessão representam um proeminente desafio a ser conjecturado e enfrentado. No caso especificamente da carga tributária, é preciso aclarar que qualquer redução é muito bem-vinda para as pessoas físicas e jurídicas, haja vista que o Brasil dispõe de um sistema tributário brutal, com uma das cargas tributárias mais elevadas do mundo, se comparado a outros países. Sobre essa questão, Lima e Rezende discorrem que:

O Brasil possui atualmente uma das maiores cargas tributárias do mundo, atingindo quase 40% do Produto Interno Bruto (PIB) e elevando, assim os custos dos produtos e serviços nele produzidos. Na recente história do Brasil, os governos, de uma maneira geral, têm adotado medidas que elevaram a carga tributária. Os impostos transformados em receitas são os recursos necessários aos governos para o alcance dos objetivos públicos. (LIMA, REZENDE, 2019, p.03).

Uma das maiores reformas já efetivadas no sistema tributário brasileiro foi durante o período dos governos militares, que esforçaram-se em pôr em prática os Planos de Desenvolvimento Econômico e modernização da agricultura brasileira, objetivando tornar o sistema mais dinâmico e coeso. Todavia, o sistema aos poucos ficou regressivo, ao alcançar as parcelas mais pobres da população brasileira e ao sobrecarregar demasiadamente o setor econômico do país.

A Constituição Federal de 1988 promoveu inúmeras inovações no tocante aos tributos, sendo que os artigos 145 a 162 da referida Constituição regulam o sistema tributário brasileiro, ao definir os princípios gerais da tributação; as competências tributárias da União, dos estados, dos municípios e do Distrito Federal; a forma de repartição das receitas tributárias; e as limitações do poder de tributar do Estado. Posto isso, a legislação complementar – Código Nacional Tributário – e as legislações dos estados não podem se opor às disposições constitucionais (MACHADO e FERRAZ, 2018; BRASIL, 1988).

Mesmo havendo todo um aporte legal de regulamentação dos tributos, estes não param de aumentar e de representar uma parcela considerável dos produtos e serviços consumidos pelo povo brasileiro. A *holding* familiar pode promover economia tributária, tal como alude Tarbini (2021). Contudo, tributos como o Imposto de Renda (IR), o Imposto sobre Transmissão de Bens (ITBI) e o Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD) devem continuar a serem pagos, mas de um modo planejado, podendo refletir de forma benéfica na redução da carga tributária. É necessário realçar que todos os impostos aqui

mencionados possuem previsão constitucional. Buscando uma exemplificação, o ITBI é um imposto de alçada municipal, que se encontra expresso no seguinte artigo:

Art.156 - transmissão inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, cessão de direitos a sua aquisição. § 2º O imposto previsto no inciso II: I - não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrentes de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil. (BRASIL, 1988, p. 1).

No que tange ao ITCMD, consiste em um tributo de alçada estadual que tem como fato gerador a cedência de eventuais bens ou direitos por intermédio de causa *mortis* ou doação. Assim sendo, o ITCMD irá incidir sobre a doação de quotas com reserva de usufruto na *holding*, conforme a literatura especializada.

No entendimento de Viscardi (2018), a *holding* pode diminuir as alíquotas do IR em cerca de 11,33% para receitas com a venda e locação de imóveis (pessoas jurídicas) e de 27% para as pessoas físicas. Pode-se conquistar uma redução de até 16,17% na tributação em geral das empresas familiares que escolhem pela criação de uma *holding* familiar.

5.3 Sucessão sem inventários e partilhas

Defronte o prisma do Direito Sucessório, o inventário pode ser definido como uma explicação detalhada do patrimônio do autor da herança (*de cuius*), atividade esta dirigida a posterior partilha ou adjudicação dos bens. Já sob a perspectiva processual, o inventário pode ser interpretado como uma sequência ordenada de atos propensos a um final específico (GAGLIANO, PAMPLONA, 2017).

Inventário é o rol de todas as riquezas e compromissos patrimoniais de um indivíduo. De modo extenso, é o processo no qual se descrevem e avaliam os bens do indivíduo que veio a falecer, e é dividido entre os seus sucessores o que sobra, depois de pagos os impostos, os dispêndios judiciais e as dívidas passivas identificadas pelos herdeiros (GONÇALVES, 2017).

De acordo com o artigo 1.784 do Código Civil de 2002, à medida que a sucessão é aberta, a herança é conduzida aos herdeiros legítimos e testamentários, no entanto, é necessário a instauração do inventário:

Embora os herdeiros adquiram a propriedade desde a abertura da sucessão, os seus nomes passam a figurar no Registro de Imóveis somente após o registro do formal de partilha. (...) A abertura da sucessão instaura entre os herdeiros um verdadeiro condomínio sucessório, um estado de comunhão, relativamente aos bens do acervo hereditário, que só cessará com a partilha. A tão só constatação dessa realidade é suficiente a revelar a importância capital do processo de inventário, que tende a pôr fim à situação de indivisão do espólio, considerada fonte de litígio e de permanente tensão. (GONÇALVES, 2017, p.558).

Segundo o dispositivo 1.796 do Código Civil, no “prazo de trinta dias, a contar da abertura da sucessão, instaurar-se-á inventário do patrimônio hereditário, perante o juízo competente no lugar da sucessão, para fins de liquidação e, quando for o caso, de partilha da herança” (BRASIL, 2002, p. 1). No entanto, é preciso considerar que, com o Novo Código de Processo Civil do ano de 2015, em seu artigo 611, foram estendidos o prazo e a disciplina com que o processo de inventário e partilha deve ser executado – no espaço de dois meses a contar da abertura da sucessão, assim como terá que ser finalizado em até 12 meses seguidos, prazo este que pode vir a ser prorrogado de ofício pelo juiz ou a requerimento.

O ordenamento jurídico brasileiro prevê duas espécies de inventário: o judicial e o administrativo ou extrajudicial. Discorre-se:

Art. 610. Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial.

§ 1º Se todos forem capazes e concordes, o inventário e a partilha poderão ser feitos por escritura pública, a qual constituirá documento hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras.

§ 2º O tabelião somente lavrará a escritura pública se todas as partes interessadas estiverem assistidas por advogado ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

A respeito do inventário administrativo ou extrajudicial, Venosa coloca que:

Finalmente, a Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007, atendeu nossos ingentes reclamos. Permitiu-se que, sendo todos os interessados capazes e concordes, poderá fazer-se o inventário e a partilha por escritura pública, a qual constituirá título hábil para o registro imobiliário. Havendo testamento ou interessado incapaz, o inventário será judicial. Quanto ao incapaz, a judicialidade é importante para a fiscalização e proteção de seus interesses. Quando há testamento, há interesse público para a plena eficácia do ato de última vontade, embora entendam alguns que mesmo assim, se todos os interessados forem capazes, não há impedimento para a escritura. É importante que se libere o Judiciário da atual pleora de feitos de cunho administrativo e o inventário, bem como a partilha, quando todos os interessados são capazes, podem muito bem ser excluídos, sem que se exclua o advogado de sua atuação (VENOSA, 2017, p. 50).

No que tange ao inventário judicial, Gonçalves postula:

Dispõe o art. 615, caput, do Código de Processo Civil de 2015: “O requerimento de inventário e de partilha incumbe a quem estiver na posse e na administração do espólio, no prazo estabelecido no art. 611”. Acrescenta o parágrafo único que “o requerimento será instruído com a certidão de óbito do autor da herança”. Deve ser juntada, também, procuração outorgada

ao advogado, com poderes para prestar compromisso de inventariante. Incumbe, assim, prioritariamente, a quem estiver na posse e administração do espólio requerer o inventário e a partilha, no prazo de sessenta dias. Os arts. 613 e 614 do Código de Processo Civil de 2015 referem-se ao administrador provisório como o encarregado da herança até que haja a nomeação do inventariante, que passará então a representar a massa hereditária (art. 75, VII). Antes da abertura do inventário e até a nomeação do inventariante cabe, pois, ao administrador provisório a representação ativa e passiva do espólio. A provisoriedade e a urgência caracterizam e legitimam o encargo de administrador provisório (GONVALÇVES, 2017, p. 565).

Já focalizando o olhar para a partilha, é preciso defini-la. No Direito Sucessório, a partilha é a repartição do patrimônio líquido do responsável da herança entre os seus sucessores, consistindo, assim, na fase final do inventário, podendo também se exteriorizar no contexto administrativo (extrajudicial) e judicial. A partilha extrajudicial é aquela sucedida em cartório, por dispositivo público, no âmbito de um inventário administrativo, cuja escritura pública será lavrada pelo tabelião se todas as partes interessadas estiverem representadas por advogado ou defensor público. Já a partilha por ato judicial se sucede quando os herdeiros discordarem ou se qualquer deles for incapaz, tal como expresso no art. 2.016 do Código Civil, apresentando assim um pronunciamento decisório do juiz sobre a divisão dos bens (GAGLIANO e PAMPLONA, 2017).

A partilha deve ser reivindicada na configuração do artigo 615 do CPC, isto é, pelo indivíduo que estiver no poder e gestão do espólio, dentro do prazo do artigo 611, sendo este requerimento letrado da certidão de óbito do *de cuius*. A herança é mantida até a partilha e, em seguida, se converterá de indivisível para divisível entre os herdeiros. Pontua-se que a partilha, por ser um componente jurídico, é passível de anulação, caso seja evidenciado algum vício ou defeito (VENOSA, 2017).

Portanto, é possível salientar que a última fase do inventário judicial consiste na partilha, em que os bens, antes indivisí-

veis, passam a ser divisíveis, findando os direitos hereditários. A partilha pode ser reclamada, assim como o inventário, de modo judicial ou de modo administrativo, por escritura pública e por ser um negócio jurídico; se constatados vícios ou defeitos, esta pode ser passível de anulação.

6. CONCLUSÃO

O desenvolvimento deste trabalho viabilizou a análise e reflexão frente ao procedimento de sucessão, previsto no Código Civil de 2002, bem como o papel da *holding* familiar como instrumento de planejamento sucessório, para um processo mais econômico e desburocratizado. No que se refere ao inventário, foram apresentadas as características do inventário extrajudicial/administrativo e do inventário judicial.

Percebeu-se, por meio de estudos concisos, que o planejamento sucessório consiste em uma estratégia pertinente quando objetiva-se evitar a demora do processo de inventário, a alta aplicação de tributos, assim como eventuais disputas entre herdeiros. É por essas razões que a *holding* familiar apresenta-se como uma forma de planejamento sucessório.

A *holding* familiar é estabelecida com a criação de empresa, como sociedade empresária ou até mesmo EIRELI, com o propósito de administrar o patrimônio de uma família, possibilitando a sucessão de modo mais efetivo e rápido. Com a criação da *holding* familiar, é cedido todo patrimônio da família para a companhia, visto que os membros da família, futuros herdeiros, também poderão integrar o corpo social da *holding*, tornando-se sócios. Por intermédio da *holding* familiar, é autorizado que o autor da herança passe aos herdeiros apenas parte das cotas, permanecendo como usufrutuário, sendo que, com o óbito, extingue-se o usufruto, devendo haver somente uma alteração contratual ou estatutária, realizada em até trinta dias para que os herdeiros tenham acesso à herança.

Conclui-se, assim, que a *holding* familiar é um modo de planejamento sucessório, sendo uma alternativa viável ao pro-

cesso de inventário, notabilizando-se pelas vantagens no procedimento sucessório, assim como pelas vantagens tributárias ao patrimônio da família, proporcionando, assim, agilidade ao processo sucessório. ❖

REFERÊNCIAS

BARBOSA, J. E; JESUS, J. L. B. **Holding**: Uma Alternativa de Planejamento Tributário e Sucessório. Revista de Administração e Contabilidade, (RAC) Rio Grande do Sul, v.14, nº 27, p.71-96, jan/jun. 2017.

BRASIL. **Código Civil, 2002**. Brasília, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 14 de jun. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 de out. 2022.

BRASIL. **Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre as sociedades por ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404compilada.htm#:~:text=LEI%20No%206.404%2C%20DE%2015%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201976.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20as%20Sociedades%20por%20A%C3%A7%C3%B5es.&text=Art.%201%C2%BA%20A%20companhia%20ou,das%20a%C3%A7%C3%B5es%20subscritas%20ou%20adquiridas.>. Acesso em 19 de out. 2022.

BRASIL. **Código de Processo Civil, 2015**. Brasília, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 14 de jun. 2022;

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2010.406%2C%20DE%2010%20DE%20JANEIRO%20DE%202002&text=Institui%20o%20>

C%C3%B3digo%20Civil.&text=Art.,e%20deveres%20na%20ordem%20civil>. Acesso em: 11 de nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL Nº 1.846.167 - SP** (2019/0326210-8). Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2018697&num_registro=201903262108&data=20210211&formato=PDF>. Acesso em: 11 de nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL Nº 807.849 - RJ**. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=5995681&tipo=5&n-reg=200600032847&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20100806>. Acesso em: 11 de nov. 2022.

BRITES, E. E. **A Holding Familiar como instrumento de planejamento sucessório no ordenamento jurídico brasileiro**. 2020. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/85217/a-holding-familiar-como-instrumento-de-planejamento-sucessorio-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 29 out. 2022.

CATEB, S. de A. **Direito das sucessões**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

COELHO, F. U. **Manual de Direito Comercial: direito de empresa**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DELGADO, M. L. **Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente**. Uma proposta de harmonização do sistema. In: Mário Luiz Delgado; Jones Figueirêdo Alves (org.). **Questões controvertidas no direito de família e das sucessões**, vol. 3. São Paulo: Método, 2005, pp. 417-446

DINIZ, M. H. **Código Civil anotado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FARIAS, C. C. de; ROSENVALD, N. **Sucessões**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Manual de Direito Civil**. 4^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

GAGLIANO, P. S. **Novo Curso de Direito Civil**. Volume I: parte geral / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho – 8. Ed. rev., atual. e reform. – São Paulo: Saraiva, 2006.

GIL, A. C. **Como elaborar um projeto de pesquisa**. 6. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2019.

GOMES, O. **Introdução ao Direito Civil**. 18ª Edição. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2001.

GONÇALVES, L. da C, **Tratado de Direito Civil**, ed. cit., vol. XI, tomo II.

KOCH, K. M. **Constituição da sociedade de propósito específico (spe) por microempresa e empresa de pequeno porte optante do simples nacional, com fulcro na lei complementar 128/2008**. Santa Cruz do Sul, 2019.

MACHADO, C; FERRAZ, A. C. **Constituição Federal Interpretada**. 4 ed. São Paulo: Manole, 2018.

MADALENO, R. **Planejamento sucessório**. Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões, 2014.

MAMEDE, G. e MAMEDE, E. C. **Blindagem patrimonial e planejamento jurídico**. 5ª Edição. São Paulo: Atlas, 2015.

MAMEDE, G, MAMEDE, E. **Holding Familiar e suas Vantagens: Planejamento Jurídico e Econômico do Patrimônio e da Sucessão Familiar**. 8ª edição.08/04/2016;

MAMEDE, G; MAMEDE, E. C. **Holding Familiar e suas Vantagens**. 6 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

MAMEDE, G; MAMEDE, E. C. **Holding familiar e suas vantagens**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MIRANDA, P. de. **Tratado de direito de família**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001. v. II, p. 147. (meação).

MIRANDA, P de. **Tratado dos Testamentos**: do testamento em geral. Da capacidade para fazer testamento. Das formas ordinárias do testamento. São Paulo: BH Editora, 2005. v.1. Atualizada por Wilson Rodrigues Alves, em conformidade com o código civil de 2002. 425 p.

NADER, P. **Curso de Direito Civil**: Direito das Coisas. v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 2006;

OLIVEIRA, D. de P. R. de. **Holding, administração corporativa e unidade estratégica de negócio**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PITA, F. A. **A cobrança do crédito tributário e as holdings patrimoniais**. Revista. Revista Tributária e de Finanças Públicas. vol 101. São Paulo: Ed. RT. nov.-dez. 2011.

POZZETTI, V. C. et al. **PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO: UMA ABORDAGEM TRIBUTÁRIA E EMPRESARIAL**. Revista Jurídica, v. 4, n. 53, p. 324-352, 2018.324-352.

PRADO, et al. **Direito Societário**: estratégias Societárias, planejamento tributário e sucessório. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PRODANOVE, C. C. **Metodologia do trabalho científico** [recurso eletrônico]: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico / Cleber Cristiano Prodanov, Ernani Cesar de Freitas. – 2. ed. – Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

ROCHA JÚNIOR, A. L.; ARAÚJO, E. C. de; SOUZA, K. L. N. de. **Holding – Aspectos Contábeis, Societários e Tributários**. São Paulo: IOB Folhamatic, 2014.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito das Coisas**. v. 5, 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

TARBINI, R. M. **A tributação na holding familiar**. 2021. Disponível em: <<https://maruantarbine.com.br/a-tributacao-na-holding-familiar/>>. Acesso em: 30 out. 2022.

TOMAZETTE, M. **Curso de direito empresarial**: teoria geral e direito societário. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

VENOSA, S. de S. **Direito civil**: sucessões. 17. ed. São Paulo: Atlas. 2017.

VENOSA, S. de S, **Direito civil**: sucessões / Sílvio de Salvo Venosa. – 18. ed. – São Paulo: Atlas, 2017.(Coleção Direito Civil; 6).

VENOSA, S. de S. **Direito Civil**: Direitos Reais. v. 5. 3. ed. atual. de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2003.

VISCARDI, D. **Planejamento Sucessório** – Cláusula de inalienabilidade estruturada para planejar a sucessão da terceira geração familiar. Artigo, Holding familiar, 2018.

Governança e Sustentabilidade: Por Que esse Tema Importa no Brasil?

Renato Cader

Doutor em Ambiente e Sociedade pela Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP). Mestre em Administração Pública pela Fundação Getulio Vargas (FGV) e graduado em Administração pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental do Ministério da Economia. Prêmio Inovação na Gestão Pública da Enap. É também professor da Enap.

Teresa Villac

Doutora em Ciência Ambiental (USP). Filósofa (USP). Advogada (USP). Educadora Ambiental com formação pela Secretaria do Verde e Meio Ambiente da Prefeitura de São Paulo (UMAPAZ). Advogada da União. Coordenadora da Câmara Nacional de Sustentabilidade da Consultoria-Geral da União. Consultora da União Substituta no Estado de São Paulo.

1. INTRODUÇÃO¹

As relações entre governança pública e sustentabilidade ainda seguem embrionárias na literatura nacional. A junção de dois temas, por si só complexos e ainda não suficientemente disseminados nos órgãos públicos brasileiros, é o desafio que se propõe a desenvolver o presente estudo.

O fundamento é constitucional, ético, racional e humanístico. Pressuposto de que a eficiência nos órgãos públicos é muito

¹ Artigo excerto do livro *Governança e Sustentabilidade: um elo necessário no Brasil*, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2022.

mais do que econômica, dos prazos e resultados mensuráveis. A mensuração é necessária, pressuposto básico para o monitoramento e a avaliação do que é implementado e como o é. Eficiência, contudo, tem assento constitucional e como tal deve ser considerada, sistemicamente encadeada com as demais diretrizes constitucionais, dentre as quais se destaca a imposição de o Poder Público defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

Sob essa perspectiva, as instituições devem se ancorar na concatenação da ideia da eficiência com os conceitos de eficácia e de efetividade. O primeiro está atrelado aos resultados, e o último está associado à qualidade da prestação do serviço público e à satisfação do usuário. Com efeito, a sociedade passa a ser o elo principal entre a governança e a sustentabilidade, o que sugere a análise dos elementos que constituem cada uma dessas dimensões.

O desenvolvimento sustentável, por sua vez, é concepção ampla, fruto de processo histórico de décadas, e sua referência passou a também constar de leis, decretos e normas infralegais brasileiras que disciplinam as políticas públicas setoriais, as licitações e contratações públicas, a aquisição de bens e serviços comuns e obras, as orientações quanto ao planejamento das contratações e os planos de logística de órgãos públicos. Como trazer ao gestor público brasileiro essa concepção, para que possa operacionalizá-la?

Nessa senda, pode-se vislumbrar o elo necessário com a governança. A análise de como o conceito de governança se insere na perspectiva da sustentabilidade envolve o conhecimento de mecanismos e instrumentos que se fazem necessários para o estabelecimento de uma noção aplicável do que é ou não uma boa governança. Isso implica muitas vezes na inovação organizacional, na transformação de valores e de cultura nas instituições públicas, haja vista a necessidade cada vez mais urgente de adotar ações mais efetivas para o fortalecimento da governança.

Sob esse prisma, é oportuno destacar que as instituições públicas brasileiras, de uma forma geral, carecem da imple-

mentação de medidas voltadas à melhoria da transparência, do ambiente de *accountability*, de *compliance*, de integridade, entre outras que se fazem necessárias. Tais elementos devem contribuir, sobretudo, para um país socialmente justo, ambientalmente equilibrado, economicamente eficiente e culturalmente diverso.

Ademais, é válido salientar que essas concepções estão em consonância com a perspectiva dos organismos internacionais, tais como os chamados Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS), da ONU, e as recomendações da OCDE. Dessarte, as lideranças assumem papel cada vez mais relevante nesse desafio. São peças vitais para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, o desenvolvimento nacional sustentável e o enfrentamento das mudanças climáticas.

Os autores atuam com governança e gestão pública, consultoria jurídica e sustentabilidade e verificam na prática cotidiana quantas barreiras ainda existem para a efetivação de uma governança pública sustentável que se constitua e se desenvolva amplamente na União, nos Estados e Municípios. Comungam do entendimento de que a temática é transversal, não persevera a longo prazo se constituída com atuação voluntária ou visão reducionista técnico-burocrática; que há indicadores não uniformes e dos mais variados em órgãos públicos, ausência de diagnóstico nacional no assunto e que a atualmente tão falada mudança de cultura organizacional nem sempre é efetivada. Acreditam nas palavras conjugadas com ações, reconhecem a complexidade do tema e sentem-se amparados pela bússola de Edgar Morin.

Esta é uma publicação que objetiva ser contributiva, com todas as limitações e críticas a que possa estar sujeita por desbravar tema novo. As contribuições são bem-vindas, fomentam o debate e aprimoram um campo em formação no Brasil, governança pública e sustentabilidade: o elo que faltava.

Há necessidade de que a teoria da governança pública se encadeie com a sustentabilidade e, nesse sentido, são apresentados conceitos, princípios, dimensões e a inafastável contextualização histórica, internacional e nacional dos dois campos e as

suas ferramentas, a fim de que uma nova teoria da governança pública possa ir se constituindo coletivamente no Brasil e, almeja-se, com contribuições e outros escritos teóricos sobre o tema.

2. SUSTENTABILIDADE NO SETOR PÚBLICO: CONTEXTUALIZAÇÃO

Para se compreender a relevância, a necessidade de emprendermos avanços urgentes e as origens do tema da sustentabilidade no setor público brasileiro, é inegável a importância da Conferência Rio 92, realizada no Brasil, suas consequências no âmbito interno na gestão pública por iniciativas governamentais desencadeadas pelo Ministério do Meio Ambiente e, antes ainda de 1992, o marco da Política Nacional de Meio Ambiente (PNMA).

Assim, a Política Nacional de Meio Ambiente (Lei nº 6.938/1981) tem por objetivo a preservação, a melhoria e a recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando a assegurar, no país, condições para o desenvolvimento socioeconômico, para os interesses da segurança nacional e para a proteção da dignidade da vida humana (artigo 1º). As ações governamentais (inciso I do mesmo artigo), no recorte que se confere neste estudo, devem efetivar-se também internamente no Poder Público, porque, afinal, o Estado Administração não pode se olvidar de aplicar as leis que, como Legislador, traz ao mundo, e que, como Juiz, aplica.

Esse olhar da sustentabilidade voltada internamente aos entes públicos, considerando suas rotinas e fluxos organizacionais, contratações, gestão de resíduos, dentre outras ações, é imperativo humano e ético de uma racionalidade compassiva² e, apesar disso, nem sempre se verifica nos órgãos públicos brasileiros.

Sabatier e Kingdon enfatizam, respectivamente, a relevância da formação de coalizões³ e da identificação das janelas de

2 VILLAC, T. Advocacia pública consultiva: reflexões à luz do pensamento de Martha Nussbaum e Amartya Sen. O novo papel da advocacia pública consultiva no século XXI. In: MENDONÇA, André Luiz de Almeida *et al.* (Orgs.). Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2020.

3 SABATIER, Paul A.; WEIBLE, Christopher M. The advocacy coalition framework: Innovations and clarifications. In: *Theories of the policy process*. Routledge, 2019.

oportunidade⁴ para o avanço das agendas públicas. Sob essas perspectivas, aos intérpretes, operadores do direito, gestores públicos e governantes incumbe o comprometimento na aplicação das políticas públicas instituídas de acordo com as atribuições institucionais desses agentes.

Assim, é preciso entender, apesar da previsão expressa na PNMA acerca da relevância das “ações governamentais”, por que: (i) muitos órgãos públicos brasileiros, em 2022, não possuem indicadores de sustentabilidade; (ii) é incipiente a cultura organizacional pró meio ambiente; (iii) a governança sustentável continua sendo um caminho em construção na práxis brasileira pública.

Em resposta, parece haver uma relação entre os modelos de gestão pública que foram sendo implementados no Brasil com a dissociação entre planejamento na Administração Pública e a sustentabilidade. Nesse sentido, observe-se, com criticidade, os princípios da administração federal previstos no Decreto-Lei nº 200/67: *planejamento, coordenação, descentralização, delegação de competência e controle*.

Cotejando-os com as delimitações estabelecidas para a “ação governamental”, verifica-se que “a ação governamental obedecerá a planejamento que vise a promover o desenvolvimento econômico-social do país e a segurança nacional, norteados segundo planos e programas elaborados, na forma do Título III, e compreenderá a elaboração e a atualização dos seguintes instrumentos básicos: a) plano geral de governo; b) programas gerais, setoriais e regionais, de duração plurianual; c) orçamento-programa anual; d) programação financeira de desembolso”. (Artigo 7).

Ao se empreender uma análise de discurso que considere a historicidade, os fatores externos e o discurso como observatório do político,⁵ verifica-se que os títulos e capítulos que compõem o Decreto-Lei nº 200/67 enfatizam vernáculos como *supervisão, auxílio, organização, finanças, contabilidade*, que não alcançam os

⁴ KINGDON, J. W. *Agendas, alternatives and public policies*. 2. ed. New York: Longman Publishing Group, 1997.

⁵ ORLANDI, E. L. P. Discurso e argumentação: um observatório do político. *Fórum Linguístico*, v. 1, n. 1, p. 73-81, 1998; ORLANDI, E. L. P. A Análise de Discurso em suas diferentes tradições intelectuais: o Brasil. *Seminário de Estudos em Análise de Discurso*, v. 1, p. 8-18, 2003.

desafios do que seria uma governança mais dialógica e transversal, características das temáticas da sustentabilidade.

A opção normativa é reflexo do momento histórico brasileiro (1967), ao qual acrescenta-se que somente em 1972 realizou-se – em Estocolmo – a Primeira Conferência Mundial sobre o Homem e o Meio Ambiente, quando as questões referentes ao modelo de crescimento econômico passaram gradativamente a ter maior visibilidade em âmbito internacional.

No Brasil, a temática ambiental teve atuações precursoras, destacando-se José Antonio Lutzenberger, um dos fundadores da Associação Gaúcha de Proteção ao Ambiente Natural (AGAPAN), bem como Paulo Nogueira Neto, que atuou à frente da Secretaria Especial de Meio Ambiente (SEMA), órgão do governo federal ligado ao Ministério do Interior, e membro da Comissão Brundtland, responsável pelo disseminado conceito de desenvolvimento sustentável em 1987.

Nesse contexto, pela relevância, destaque-se que anteriormente ao Relatório Brundtland, a Política Nacional de Meio Ambiente brasileiro já apresentou concepção tripartite de desenvolvimento, com a previsão expressa de “compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico” (artigo 4, I, Lei nº 6.93/1981).

Apesar da relevante Política Nacional de Meio Ambiente (1981), as conexões entre meio ambiente, estrutura organizacional e governança pública brasileira não se verificaram como diretrizes gerais orientadoras para todos os órgãos públicos federais, sendo o regramento orientador do Decreto-Lei nº 200/67 aplicado isoladamente, sem conexões com a PNMA no que tange ao objeto ora em estudo.

Avanços para a temática do meio ambiente foram verificados na Constituição Federal de 1988, conforme detalharemos no tópico a seguir.

2.1. A Constituição Federal de 1988 e a Declaração do Rio

A Constituição Federal de 1988, que impõe ao poder público o dever de defender e preservar o meio ambiente para as

presentes e futuras gerações, conjugada à Conferência do Rio (1992), fortaleceu iniciativas em prol da sustentabilidade no setor público.

Neste ponto da análise, a inter-relação que se objetiva desenvolver nesta pesquisa sobre governança pública e sustentabilidade e a consideração de que versa sobre campo transdisciplinar tem por decorrência a apresentação do estudo a leitores não exclusivamente do direito ou da administração e a necessidade de que o conteúdo trazido seja incluído em mais de uma área do conhecimento.

Assim, tem-se por pertinente destacar que o constituinte de 1988 alçou o meio ambiente a patamar antes não existente. A proteção ao meio ambiente, reconhecido como bem jurídico autônomo e em uma concepção holística,⁶ foi um avanço inegável e deve-se à eleição e atuação do ambientalista Fabio Feldmann como deputado federal constituinte.

O dever estatal previsto no artigo 225 da Constituição Federal de 1988 já era fundamento imperativo para que iniciativas governamentais tivessem sido adotadas amplamente pela sustentabilidade nos órgãos públicos nacionais. Gestão de resíduos adequada, consumo consciente e coleta seletiva são alguns dos exemplos de ações que poderiam ter sido disseminadas e implementadas em larga escala na Administração Pública, mas não o foram.

Os motivos referem-se à mencionada dissociação de governança pública com a Política Nacional de Meio Ambiente, bem como ao processo gradativo de conscientização ecológica na sociedade brasileira, ao reconhecimento de que os recursos naturais são finitos e de que há responsabilidades individuais e organizacionais a serem assumidas.

A Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro em 1992, poucos anos após a constitucionalização brasileira do direito ao meio am-

6 BENJAMIN, A. H. de V. O Meio Ambiente na Constituição Federal de 1988. *Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*, v. 19, n. 1, p. 37-80, jan./jun. 2008.

biente, estabeleceu que os países têm a responsabilidade de assegurar que as atividades sob sua jurisdição ou controle não causem danos ao meio ambiente (Princípio 2 da Declaração do Rio).

Há expressa referência a que a proteção ambiental constitui parte integrante do processo de desenvolvimento (Princípio 4), do objetivo de erradicação da pobreza (Princípio 5), da redução e eliminação dos padrões insustentáveis de produção e consumo (Princípio 8) e da conscientização e participação popular em questões ambientais (Princípio 10).

Ainda que se trate de *soft law*, a Declaração do Rio apresenta norteadores relevantes para o tema ora em estudo e que podem ser extraídos e adotados como constructos à governança pública brasileira com sustentabilidade. Trata-se da indissociabilidade, da dimensão social, do consumo sustentável e da participação.

No tocante à indissociabilidade, a governança pública não pode focar exclusivamente na economicidade e desconsiderar os impactos ambientais. A dimensão social é característica marcante da legislação nacional que embasa as contratações públicas, como as licitações exclusivas para micro e pequenas empresas, aliada à exigência de regularidade trabalhista.

O consumo estatal sustentável deve ser premissa básica e inafastável na governança das contratações e a participação refere-se ao elemento humano, que trará maior ou menor adesão às iniciativas, sendo fator primordial sua consideração e incentivo.

2.2. Dos Objetivos do Milênio aos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável – ODS

A Declaração do Milênio⁷ foi assinada por líderes de 189 países⁸ e estabeleceu oito Objetivos do Milênio, com o propósito de que fossem atingidos até 2015. São eles: acabar com a fome e a miséria; oferecer educação básica de qualidade para todos; pro-

7 PNUD. *Declaração do Milênio*. 2000. Disponível em: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/ods/declaracao-do-milenio.html#:~:text=Em%20setembro%20de%202000%2C%20191,dever%20ser%20alcan%C3%A7ados%20at%C3%A9%202015>. Acesso em 09 nov. 2021.

8 ONU Brasil. *Os objetivos de desenvolvimento sustentável no Brasil*. 2015. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs#:~:text=e%20no%20mundo.,Os%20Objetivos%20de%20Desenvolvimento%20Sustent%C3%A1vel%20no%20Brasil,de%20paz%20e%20prosperidade>. Acesso em 09 nov. 2021.

mover a igualdade entre os sexos e a autonomia das mulheres; reduzir a mortalidade infantil; melhorar a saúde das gestantes; combater a aids, a malária e outras doenças; garantir qualidade de vida e respeito ao meio ambiente e estabelecer parcerias para um desenvolvimento mais sustentável.

Em 2015, Os Objetivos do Milênio foram substituídos pelos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, que podem ser considerados como um chamado para a ação, com vistas ao fim da pobreza, à proteção planetária e à garantia da paz e da prosperidade a todas as pessoas até 2030,⁹ mediante a adoção de um plano de ação global composto por dezessete objetivos.

Os 17 Objetivos desdobram-se em 169 metas e pressupõem a atuação sistêmica das categorias: *peçoas, planeta, prosperidade, paz e parceria*, reconhecendo-se que a complexidade dos desafios demanda a identificação e a implantação de soluções integradas.¹⁰

Efetuada uma análise crítica dos ODS na esfera internacional, tendo-se por recorte os mecanismos existentes para sua implementação e por propósito identificar as metodologias utilizadas¹¹ e sua possível adoção para uma governança pública brasileira com sustentabilidade, o quadro a seguir apresenta facilitadores, temas e funções relevantes que contribuem para uma abordagem sistêmica.

Quadro 1

Mecanismos para integrar governança pública e sustentabilidade

FACILITADORES:
Dados e análise
Orçamento
Inovação e aprendizado
Programas integrados

9 PNUD, What are the Sustainable Development Goals? sem data. Disponível em: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/sustainable-development-goals.html>. Acesso em: 12/05/2022.

10 Idem.

11 PNUD. Data Futures Platform. Website. <https://data.undp.org/about/> Acesso em:12/05/2022.

TEMAS:

Integração das Ferramentas de governança e sustentabilidade

Avaliação do progresso e alinhamento das ações

Aceleração: pensamento sistêmico

Cocriação, colaboração e engajamento

Coerência e necessidade de coordenação institucional (sem voluntarismo)

Perspectiva de trabalho inclusiva e colaborativa

Participação significativa

Ferramentas para identificar os riscos, inclusive os climáticos

Avaliação de riscos, alerta precoce e gerenciamento de informações

Redução de riscos e resiliência

Adaptabilidade às mudanças climáticas e redução de riscos ambientais

Consideração do princípio da precaução nas decisões

Diálogo e parcerias

Planejamento de recuperação e resposta à pandemia – COVID-19

Planejamento de enfrentamento às mudanças climáticas

FUNÇÃO:

Diretrizes e diagnóstico

Ferramentas baseadas na tecnologia

Modelos

Indicadores

Colaboração com os stakeholders

Instrumentos e fundos para financiamento

Programas de treinamento e capacitação

Conhecimento, plataformas e suas funções

Fonte: adaptado pelos autores a partir da categorização proposta pelo PNUD.

A governança pública com sustentabilidade, com ferramentas a serem implementadas na premissa da atuação interdisciplinar e integradora, conjuga valores éticos, pensamento sistêmico, planejamento e avaliação de riscos, indicando a necessidade de se empreender no Brasil a sua instituição não centralizada em um único ministério, mas de forma transversal. Há iniciativas bem-sucedidas nesse sentido no Brasil, conforme pontuam Warpechowski *et al.*¹²

Há exemplos nacionais que evidenciam o êxito da constituição prática da governança com transversalidade, como o grupo de estudos criado no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, com participação interinstitucional na sua composição, prazos pré-definidos e agenda de trabalho objetiva, findando em normativo sobre a governança com sustentabilidade das contratações públicas no Poder Judiciário, aprovado pela Resolução nº 347/2020-CNJ.

Assim, da experiência em matéria finalística ambiental, há o aprendizado social de que a efetividade da transversalidade na constituição da governança pública sustentável é muito além da abertura pontual de consultas públicas para contribuições. Refere-se à instituição de mecanismos de governança pública ampliativos e interdisciplinares, com a agregação de expertises no *próprio processo* de elaboração das ações de governança.

3. INSTRUMENTOS DE GOVERNANÇA E SUSTENTABILIDADE: DESAFIOS

A ideia de se implantar novos instrumentos que conjuguem as perspectivas da governança e da sustentabilidade nas organizações públicas brasileiras reside no fato de que os modelos atuais (Plano de Logística Sustentável e Agenda Ambiental na Administração Pública) não refletem de forma efetiva e sistêmica a atuação das instituições referente à sustentabilidade, haja vista que tais organizações, de uma forma geral, reportam suas atividades mais internas e, também, com uma maior ênfase

12 WARPECHOWSKI, A. C. M.; GODINHO, H. H. A. M.; IOCKEN, S. N. *Políticas Públicas e os ODS da Agenda 2030*. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

naquelas voltadas para a dimensão ambiental e econômica da sustentabilidade, relegando a segundo plano aspectos atinentes à dimensão social.

Essa visão não tira o mérito do que foi feito até agora, tampouco dos avanços metodológicos existentes nos últimos anos. No entanto, sugere que é preciso avançar ainda mais na aplicação dos conceitos de sustentabilidade e de governança nos órgãos públicos, sobretudo no que toca à forma como tais instituições comunicam suas ações, para que alcancemos um controle social mais efetivo.

Nesse sentido, convém sugerir os elementos mínimos relevantes ou necessários que possam estar incluídos em modelos e instrumentos gerenciais, no sentido de cumprir com maior efetividade a prestação de contas e, assim, fortalecer o elo entre a governança e a sustentabilidade. Sendo assim, cabe a seguinte pergunta: o que está faltando? Em quais aspectos tal perspectiva pode ser melhorada?

Não existe uma resposta certa para essas perguntas, visto que não se trata de uma equação matemática. Com efeito, percebe-se que a visão do elo entre governança e sustentabilidade tem se tornado cada vez mais necessária. Por exemplo, um órgão público que publica um bom programa de integridade e não adota critérios de sustentabilidade em seus projetos foge dessa perspectiva. Sob essa lógica, é preciso analisar o contexto de cada organização e, acima de tudo, ter uma espécie de raio X sobre como a organização atua nos temas *governança* e *sustentabilidade* e, também, como ela comunica suas ações para as partes interessadas, o que se revela um cenário desafiador.

Nessa senda, é válido recomendar que as organizações tratem em um único instrumento aspectos relacionados à governança e à sustentabilidade. Se a instituição já tem uma política de governança e outra de sustentabilidade, é importante que ela tenha mecanismos específicos de alinhamento entre tais documentos. Todavia, se ela já tem uma política de sustentabilidade, é importante que tenha um capítulo dedicado à governança ou

vice-versa. À luz dessa perspectiva, a figura 1, a seguir, demonstra como esses elementos se relacionam entre si. Sob esse viés, é relevante lembrar ainda que a atuação nos temas *sustentabilidade* e *governança* deve abarcar tanto a gestão interna da organização quanto sua missão institucional, à luz do interesse da sociedade.

Figura 1

Aspectos de Governança e de Sustentabilidade nas Políticas Organizacionais



Nota-se que a Figura 1 é acompanhada de uma frase de John Elkington, precursor do conceito de *Triple Bottom Line*, demonstrando as vantagens de conciliar essas perspectivas nas políticas organizacionais. Essa ótica, de alguma forma, já tem sido adotada nas empresas privadas em suas políticas e relatórios de sustentabilidade. Basta fazer uma rápida pesquisa na Internet para verificar a quantidade de empresas que aderiram aos padrões ESG e GRI.

Por outro lado, é preciso que governos e instituições públicas avancem nessa direção. Mas é natural que venham questionamentos sobre como de fato implementar isso na prática. Primeiramente, faz-se necessário que as instituições conheçam a relação de sua missão com os aspectos relacionados à sustentabilidade e à governança. Por exemplo, uma instituição pública responsável pelas políticas voltadas ao Agronegócio de seu país poderia incluir em uma política de sustentabilidade e de gover-

nança daquele Ministério a necessidade de relatar quais ações e programas finalísticos envolvem esses aspectos, bem como seus indicadores e metas.

Diante do exposto, é mister que as instituições públicas procurem inovar na forma como lidam com os temas *sustentabilidade* e *governança*. É preciso que relatem e incluam em suas políticas e estratégias aspectos relacionados a Transparência, *Accountability*, *Compliance*, Integridade, contemplando ações e políticas voltadas à promoção de mais justiça social, mais eficiência econômica e menor impacto ambiental – elementos basilares da sustentabilidade. Em outras palavras, pode-se dizer que não basta fazer coleta seletiva, reduzir o consumo de água e energia, fazer ações de educação ambiental e organizar eventos sobre sustentabilidade se, na prática, a instituição não está priorizando também a sustentabilidade e a governança em suas políticas finalísticas e ações voltadas à missão institucional. ❖

Qualidade e Ordem

Mauriti Maranhão¹

Engenheiro, Estatístico e Mestre em Ciências. É membro da Academia Brasileira da Qualidade. Autor de oito livros pertinentes a gestão empresarial.

Este artigo é uma tentativa de evidenciar a analogia entre a luta da natureza para manter a vida e os esforços humanos para criar e manter um mundo melhor.

Tento estabelecer, tanto em bases intuitivas quanto epistemológicas, a relação entre ordem e qualidade. Após fazer uma breve introdução ao tema “qualidade”, apresento as razões da relação intuitiva e normativa entre ordem e qualidade. Após tecer considerações técnicas sobre informação, procuro incluir esse tema na relação, assim formando a tríade relacional **qualidade, ordem e informação**.

Faço uma breve argumentação sobre a natureza do conhecimento, passo por notícia sobre entropia e resumo o improvável milagre da vida no Planeta Terra. Finalizo o conteúdo com considerações sobre redes de informação, apresentando alguns exemplos de boa e de má convivência de algumas dessas redes com a ordem e a qualidade.

A) UMA INTRODUÇÃO À QUALIDADE

Minha inspiração para escrever este artigo nasceu quando cheguei a uma grande rotatória¹ em Dublin, àquela hora com intenso trânsito. O tráfego fluía natural e velozmente, causando-me uma indagação natural: o que estava por trás dessa harmonia, que soava como uma sinfonia, sem buzinas, freadas bruscas, sem altercações, sem interrupções?

Bingo: intuitivamente, a ordem. Ordem na engenharia de tráfego, na urbanização da rotatória, nas regras estabelecidas e

¹ *Roundabout*, em inglês, significa “ferramenta de trânsito sem sinais”, cuja finalidade é aumentar a segurança e reduzir perda de tempo no tráfego.

estritamente cumpridas. Imediatamente associei essa harmonia ao tema “qualidade”. Incontestavelmente, o funcionamento da rotatória em tela é um bom exemplo do elevado grau de ordem desse ambiente, o mesmo que dizer elevado grau de ordem desse sistema.

Dessa experiência, me veio à mente uma outra indagação: como tudo isso foi criado, é mantido e continuamente aperfeiçoado?

Vamos começar do início, com o fim de não assustar leitores não iniciados no assunto da qualidade.

Qualidade, o que é isso? De acordo com a Norma Técnica NBR ISO 9000:2015, a compreensão do termo “qualidade” pode ser simplificada (sempre há risco em simplificar) como conformidade a determinados requisitos estabelecidos *a priori* entre fornecedor e cliente.

Requisitos são padrões ou características que firmam o entendimento comum entre fornecedor e cliente sobre o que vai ser transacionado. A NBR ISO 9001:2015 inclui como requisitos tanto aqueles que são próprios dessa norma quanto outros mais específicos sobre a organização, tudo em prol de bem satisfazer as necessidades do cliente. Em outras palavras, a qualidade é o nível de “perfeição” de um contrato pertinente a processo, serviço ou produto, entregues por um fornecedor aos seus clientes, de modo a obter a satisfação destes.

Resta claro que a NBR ISO 9001:2015 tem por objetivo estabelecer determinada ordem na gestão de uma organização, o que é necessário para tornar os seus processos mais robustos e mais previsíveis, assim evitando o cometimento de falhas evitáveis.

Há o pressuposto de que essa organização, antes da intervenção para mudanças na gestão, não tivesse o necessário grau de ordem requerido.

De onde vem essa natural necessidade por qualidade, desenvolvimento e progresso na economia?

A essência da virtude² “qualidade” é orgânica da evolução do homem. A história dessa evolução sugere que o homem, desde suas origens como *Homo sapiens*, tem sido condicionado primeiro a fazer e a construir, mediante comparação das propriedades não fundamentais das coisas com que se depara (textura, cor, brilho, sabor, odor etc.) com as percepções dos seus sentidos. O impulso de construir se dá em razão da busca incessante para melhorar a funcionalidade dos utensílios que tinha em mãos³.

Isso acontece porque o homem necessita compreender a realidade com que se defronta, de modo a assegurar a sua sobrevivência. A necessidade de compreender a sua realidade condiciona o homem a pensar e a fazer análises da sua situação.

Como resultado das análises (que são inconscientes), a cada evento, o homem gera juízos (pensamentos) que podem ser afirmativos, negativos ou indefinidos. Tais juízos provocam, respectivamente, reações de aceitar e aprimorar a sua compreensão do evento ou de rejeitá-lo, nesse caso lutando ou fugindo, caso perceba riscos à sua sobrevivência.

A singularidade está na essência dos *sapiens*, o DNA, que é sempre único, tal como são as suas digitais. Daí decorre que os homens nutrem diferentes forças internas motivadoras (*anima mundi*) para sair de sua zona de conforto, indo além do simples fazer, mas agora na busca da perfeição, da sofisticação.

O notável cientista Joseph Juran identificou que a busca espontânea para agir e aperfeiçoar está presente não na cúpula das organizações, mas em algumas pessoas⁴ do nível médio das organizações, que são intrinsecamente motivadas ou idealistas.

² Impulsos de agir, de sair da zona de conforto e de aperfeiçoar, conhecidos como *anima mundi*.

³ Este impulso revelaria a essência do Ciclo PDCA de Deming? PDCA enfeixaria as iniciais das ações Planejar-Desenvolver-Checar (Verificar)-Agir (aprender e atuar corretivamente). Busca criar funcionalidade nas coisas que o cercam.

⁴ Na virada do século XIX para o século XX, o psicanalista Carl Gustav Jung defendeu a existência de oito padrões de comportamentos humanos. Um desses tipos, que ele denominou “Pensamento” e que pode ser introvertido ou extrovertido, nutre o impulso de criar funcionalidade em todas as coisas presentes em sua realidade (PDCA?). Um outro tipo, denominado “Sentimento” (também introvertido ou extrovertido), nutre apelo para criar ou manter situações das quais emanam ordem, harmonia, beleza, estética etc. São atributos que nutrem mais o espírito do que o corpo, presentes em artistas, estetas, inventores, cientistas, músicos, arquitetos, construtores, urbanistas etc. São pessoas mais sensíveis à contemplação do que à produção. A ironia é que a mesma história que evidencia inacreditáveis avanços tecnológicos também aponta o dedo para o risco de destruição da raça humana.

São essas pessoas que espontaneamente assumem a espinhosa tarefa de promover, de difundir e de implementar a qualidade nas organizações. São pessoas que se empenham diuturnamente na busca incessante da melhoria contínua, em fazer melhor, em alinhar produtos e serviços às necessidades e expectativas dos clientes. Em outras palavras, essas pessoas têm o olho preparado para aprimorar a ordem em todos os processos da organização.

B) CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE AS RELAÇÕES ENTRE QUALIDADE E ORDEM

Tentemos confirmar a relação entre qualidade e ordem, estabelecida intuitivamente ao início deste conteúdo. Para tanto, torna-se oportuno lembrar dois conceitos estabelecidos pela Academia Brasileira da Qualidade (ABQ), diante da necessidade de melhor caracterizar os limites de abrangência de aplicação da qualidade para fins do Prêmio Mario Csilag.

O primeiro deles, qualidade *stricto sensu*, restringe a extensão da qualidade aos aspectos formais, às relações normativas entre cliente e fornecedor, estabelecidas pela NBR ISO 9001:2015.

O segundo conceito, qualidade *lato sensu*, alarga a sua compreensão, estendendo-a às ações para promover um ambiente de bem-estar geral⁵, em busca de relações econômicas sustentáveis, no afã de alcançar ordem superior, harmonia, justiça, equidade, motivados por anseios mais nobres, mais sofisticados.

Neste ponto, chegamos a uma primeira e fundamental conclusão empírica: tanto para a qualidade *stricto sensu*, quanto para a qualidade *lato sensu*, é imperioso haver e manter ordem. Nesse contexto, a palavra “ordem” é utilizada de acordo com um dos seus sentidos vernáculos: “sistema de regras e princípios jurídicos aplicados, em caráter comum, às atividades privadas dos cidadãos e que estabelecem as normas que se avocam para a defesa de seus interesses”.

⁵ A qualidade *lato sensu* tem a sua confirmação filosófica em Immanuel Kant (Crítica da Razão Pura), que estabeleceu um imperativo categórico: “Age sempre de tal modo que o teu comportamento possa vir a ser princípio de uma lei universal.”

Ordem implica estabelecer regras comuns a todos e respeitá-las, de modo a manter a harmonia no ambiente considerado⁶, objeto da nossa atenção.

Tentemos encaixar a essência de ordem à natureza que nos cerca.

Esbarramos numa séria dificuldade: a ciência demonstra que a existência de ordem contraria a natureza. Como assim?

A Terceira Lei da Termodinâmica⁷ mostra que o mundo caminha velozmente para destruir toda a ordem vigente. Em outras palavras, a existência de ordem e, portanto, de qualidade é antinatural. Criar ordem (ou qualidade) implica consumir uma quantidade e um tipo específico de energia. Daí dizer-se, com propriedade, que a gestão, a governança, a manutenção da ordem vigente sempre desgastam. O gestor tem prazo de validade, já que a sua energia útil vai sendo consumida e desgastada com o tempo (perda da sua utilidade marginal).

Por decorrência, a execução de toda e qualquer atividade da economia, pequena, grande, simples ou complexa, implica alguma perda de energia útil do repositório existente, com maior ou menor impacto ao meio ambiente. Por decorrência, manter qualidade requer a aplicação contínua de energia coerente, capaz de gerar mudanças construtivas no ambiente considerado, seja ele um objeto, um indivíduo ou uma organização de qualquer tamanho.

Suponhamos que queiramos avaliar o grau de qualidade, informação ou ordem física existente em um automóvel. Imaginemos duas condições: o grau de ordem física existente em um Corolla novo e a ordem física de um Corolla que sofreu um acidente e teve perda total.

6 O ambiente considerado é definido pela NBR ISO 9000:2015 como “conjunto de elementos inter-relacionados ou interativos de uma organização para estabelecer políticas, objetivos e processos para alcançar esses objetivos”. Por simplicidade, é adequado aceitar os termos “sistema de gestão” como equivalente a “sistema de gestão da qualidade”, bem como a “sistema de gestão integrado”.

7 A ciência comprova que, desde o *Big Bang*, existe uma marcha inexorável de perda de energia útil em todas as coisas. Energia útil é aquela capaz de produzir trabalho. A inexorável tendência à desordem é associada a aumento da entropia, propriedade da natureza descrita pela Terceira Lei da Termodinâmica. Em resumo, isso indica que tudo que teve um começo terá um fim.

O Corolla novo custa R\$ 150.000,00 e pesa cerca de 1.400kg. Fazendo as contas, concluímos que o valor específico de mercado do Corolla novo é R\$ 150.000/1400kg, o que dá aproximadamente R\$ 107/kg. Já o Corolla sinistrado será vendido pelo valor de sucata e terá valor de mercado aproximado de R\$ 5/kg (cerca de vinte vezes menos).

O que explica tanta diferença de valor? Simples: o Corolla novo tem grande ordem física (informação) de todos os seus elementos construtivos. Dispensado afirmar que isso consumiu grande quantidade de energia útil dos seus fabricantes. Já o Corolla sinistrado apresenta enorme desarranjo físico, uma vez que toda ou quase toda a ordem física original foi destruída.

Notável é que a quantidade de matéria de um e outro são praticamente iguais. A única diferenciação se dá no arranjo físico dos átomos, ou seja, na ordem física dos seus elementos.

O mercado⁸ soluciona essa questão ao atribuir valor de acordo com o grau da qualidade, informação e ordem física existentes em ambas as situações, do que decorre a enorme diferença de valor entre um Corolla original e um Corolla sinistrado.

É fácil perceber que, no Corolla novo, foi necessário incorporar grandes quantidades de conhecimento, *know-how* e capital, o que consumiu energia útil. Sua configuração⁹ é plenamente específica e ordenada, sem grandes variedades, tudo dentro de uma especificação conhecida (todos os Corollas novos de determinado modelo são “iguais”).

A relação entre ordem e qualidade pode ser vista também na economia. Friedrich Hayek percebeu que, em um sistema no qual a informação é bem difundida entre muitas pessoas (sociedade ordenada), os preços podem atuar para coordenar as ações separadas de muitas pessoas, por vezes milhões ou mesmo bilhões. Observar que a informação atua como fator organizador da sociedade, imprimindo-lhe algum grau de ordem.

⁸ Mercado: “lugar teórico onde se processam a oferta e a procura de determinado produto ou serviço”.

⁹ Arranjo dos seus elementos constituintes.

Essa coordenação é denominada como a “mão invisível do mercado”. Importante ressaltar que a “mão invisível do mercado” somente atua quando as informações são simétricas, isto é, são ordenadas, bem distribuídas e relativamente uniformes no seio das sociedades. Em outras palavras, a classe média de uma sociedade é construída com base em simetria das informações, cuja resultante é a ordem vigente, a qualidade das relações econômicas.

É o que acontece em sociedades mais igualitárias (Europa Ocidental, países nórdicos, Japão, Austrália, Nova Zelândia etc.). É a ordem (e qualidade) em benefício da sociedade. Dispensado dizer que a construção da ordem vigente consumiu muita energia útil e sofrimento.

Também é fato que, como determinado pela propriedade da entropia, manter a ordem em qualquer ambiente requer o dispêndio constante de energia. Toda ordem estabelecida é instável, permanentemente ameaçada de ser destruída. Toda ordem estabelecida carece de reconstrução permanente. Essa instabilidade¹⁰ da ordem está presente em todas as democracias conhecidas.

Do mesmo modo que a existência de ordem (informações simétricas) explica o poder regulador do mercado (condições para transações justas), a carência de simetria de informações explica a sua deterioração. É o baixo grau de ordem da maioria das sociedades, incluindo países da América Latina e África, o que aumenta a desigualdade social. Mais uma vez, é a desordem causando danos e sofrimento à sociedade.

C) INFORMAÇÃO E CONHECIMENTO

A informação nada mais é que a ordem física dos seus elementos constituintes (bits). A informação não é tangível, não é um sólido nem um líquido. A informação não tem corpo, mas é fisicamente incorporada em objetos. A informação não é uma coisa em si, mas o arranjo físico de todas as coisas construídas pelo homem ou pela própria natureza. Informação, nesse caso,

¹⁰ Fato descrito no livro “Como as Democracias Morrem”, de Steven Levitsky e Daniel Ziblatt.

significa ordem física das coisas, causando amortecimento dos conflitos humanos.

A informação é composta de conhecimento e de *know-how*. Conhecimento é o resultado de relacionamentos ou ligações entre entidades. Já *know-how* é a capacidade de realizar ações a partir do conhecimento existente.

O *know-how* é um tipo de conhecimento tácito e, portanto, não documentável. Pode ser individual ou coletivo – ambos são fundamentais para o acúmulo e a incorporação de informações na economia e na sociedade.

A revolucionária digitalização da informação surgiu em 1948, concebida pelo gênio de Claude Shannon, matemático e engenheiro americano. Shannon conseguiu quantificar a informação, reduzindo-a a uma sequência de bits 0 (desligado) ou 1 (ligado). A digitalização da informação constituiu a base para o desenvolvimento dos computadores digitais¹¹. A particular ordem da sequência 0 ou 1, portanto, define um conteúdo que, gerado em lugar, pode ser fielmente reproduzido em outro lugar.

A partir daí, tornou-se possível transmitir, processar e armazenar informação em bases digitais, assim formando, quantitativamente, o arcabouço estrutural do desenvolvimento moderno.

Antes de Shannon, a informação era regulada apenas por regras empíricas. A célebre máquina alemã de codificação de mensagens chamada “Enigma” foi retratada no famoso filme “O Jogo da Imitação”, sobre a vida de Alan Turing, que desvendou as regras empíricas da Enigma.

O incremento da informação requer a circulação de novos conteúdos (conhecimento e *know-how*) para todos os envolvidos no sistema considerado. Lembra-se que o incremento de informação somente se concretiza após incorporação do seu conteúdo no cérebro, o que requer consistência, perseverança, talento e arte.

¹¹ A lógica dos computadores é fundamentada pela Álgebra Booleana, utilizada por Shannon nos seus estudos de circuitos elétricos. Shannon também estabeleceu as bases da criptografia. É considerado “pai” da Teoria da Informação.

Por conta da insuficiência na comunicação, decorre a perda de recursos das organizações quando falham em transmitir a informação para os seus colaboradores. O recurso é consumido, mas a informação não circula, por não ter sido adequadamente incorporada ao cérebro das pessoas. A informação é ouvida, mas não é escutada.

Desse modo, o desenvolvimento humano acontece pelo acúmulo sucessivo de conhecimento e de *know-how*. O desenvolvimento também implica no aumento contínuo do grau de qualidade (ou ordem) na economia. Sendo a informação (conhecimento e *know-how*) o conteúdo intelectual da qualidade, fica confirmada a estreita relação orgânica entre ordem, informação e qualidade. Implementar qualidade, portanto, é o mesmo que promover o incremento da informação, de modo a aprimorar a ordem no ambiente considerado.

Por outro lado, o inexorável aumento da entropia implica que a informação existente tende a ser destruída. Para assegurar a sobrevivência, a natureza criou engenhosos mecanismos para esconder a informação em sólidos; caso contrário, ela teria vida curta, não cresceria e se deterioraria, desaparecendo, e não haveria vida na Terra, como ocorre em outros planetas.

A compreensão mais completa do tema “informação” requer pensarmos em dois conjuntos distintos: a informação que permite todas as formas de vida criadas pela natureza, contraposta àquilo que é fruto do trabalho inteligente do homem. Ambas as abordagens têm como ponto comum a possibilidade de “esconder” a informação em sólidos, uma vez que, como já vimos, se não estiver escondida em algum sólido, a informação será destruída.

No que tange à vida orgânica, a informação é incorporada aos respectivos DNAs, específicos de cada espécie viva. Os DNAs são replicados a cada nova geração do ser considerado, na forma de sementes, vírus, bactérias ou células.

No caso da vida inteligente, toda informação é “escondida”, armazenada pelo homem nos objetos que ele cria ou produz.

Essas informações são armazenadas em chips, sistemas, bases de dados, normas, leis, automóveis, aviões, navios etc.

Sempre que alguém compra um produto, recebe junto boa parte das informações que foram utilizadas para construí-lo, sendo essa uma das formas importantes de transferência de tecnologia entre mercados. Por exemplo, ao comprar os jatos Gripen, o Brasil recebeu da Suécia enorme quantidade de informações tecnológicas incorporadas aos aviões durante a sua produção, bem como todo o acervo da documentação orgânica dessas aeronaves.

O extraordinário gênio inventivo do homem é concretizado e multiplicado pela sucessiva incorporação de ordem física aos objetos durante os processos da economia, que transformam insumos em produtos, sejam eles bens ou serviços.

Qualquer descuido com a ordem existente provoca retorno ao estado de desordem anterior, ou pior. Assim é a nossa saúde física e mental: não havendo esforço físico e mental, ela se deteriora. Tudo explicado pela força da entropia.

Importante também lembrar que tudo que não se transforma, não cria e não inova tende a perder a ordem, ficando mais exposto à ação da entropia, o que abre caminho à sua destruição. Em outras palavras, tudo que não melhora piora.

Doenças podem ser vistas como uma perda da ordem incorporada na sequência do DNA, dado que cada um dos genes é um corpo físico que acumula informações. Vida saudável implica ordem; vida não saudável implica alguma desordem. Vistas de outro modo, doenças são provocadas por perda da ordem que deveria existir.

D) O MILAGRE DO CRESCIMENTO DA ORDEM

Para trazer alguma luz sobre as raízes do improvável aparecimento de ordem em um ambiente caótico, que marcha para a sua própria destruição, utilizei informações do trabalho de César Hidalgo¹².

12 César Hidalgo: Why the information grows – Basic Groups – New York. Hidalgo é líder do Macro Connections, do MIT.

Surge uma intrigante questão: se tudo, desde o Big Bang, tende à desordem e à destruição, como nasceram alguns estados de ordem na Terra, ou seja, a vida que emerge na flora, na fauna, na família, nas empresas, nas sociedades, no mundo?

A aparente contradição da vida é explicada pela ciência, que revelou a existência de três extraordinários mecanismos naturais capazes de criar ordem¹³, assim “contrariando” a natureza: fluxo de energia em sistemas fora de equilíbrio, acumulação de energia em sólidos e a habilidade de a matéria computar ou processar informações.

É fato que qualquer sistema pode estar em um estado de equilíbrio ou fora de equilíbrio. Sistemas fora de equilíbrio implicam instabilidades energéticas, que geram fluxos de energia. São os fluxos de energia que provocam mudanças, isto é, a alteração do estado de ordem anterior. A vida é, por excelência, um sistema fora de equilíbrio, com sucessivos fluxos de energia. Enquanto houver vida, haverá mudanças. A ausência de mudanças implica a morte dos seres vivos.

Além dos três mecanismos naturais citados, para que haja vida, é necessária mais uma condição: adição de energia¹⁴, na forma de luz, calor, centelha etc. É a energia que provoca os fluxos e o desequilíbrio nos sistemas. Felizmente, temos o Sol como uma maravilhosa fonte de energia. Mas o Sol é também submetido aos efeitos da entropia e, em algum dia, resfriará, provocando a extinção da vida na Terra (se os homens não o fizerem antes).

Como os sólidos permitem que a informação neles incorporada perdue, ela se recombina e cresce. A recombinação é essencial para o contínuo crescimento da informação. O produto do processamento de informações é a criação de ordem física, que implica existência de rearranjos físicos dos seus elementos cons-

13 São esses mecanismos: 1) Fluxo de energia em sistemas fora de equilíbrio; 2) Acumulação de energia em sólidos; e 3) Habilidade de a matéria computar.

14 Supõe-se que a vida na Terra tenha sido gerada após resfriamento da crosta terrestre. No seio de um “caldo” de matérias orgânicas, com energia provinda do Sol ou diretamente de um raio, formaram-se moléculas cada vez mais complexas, até serem capazes de se replicarem. Assim, a informação (ou ordem) existentes nas moléculas poderiam ser preservadas, recombinadas e multiplicadas.

tituintes do objeto considerado, pertença ele a qualquer sistema, simples ou complexo, orgânico ou inorgânico. Essa é a dinâmica da economia e da vida.

A vida, em resumo, é consequência da habilidade de a matéria computar, como faz nosso cérebro, um órgão interno do nosso corpo, uma semente ou um programa de computador.

A informação não pode florescer em ambientes hostis. A vida na Terra somente é possível porque ainda vivemos em uma estreita faixa de condições climáticas capazes de permitir que a informação apareça e seja armazenada em sólidos complexos, como o DNA.

Tanto ambientes gelados como ambientes muito quentes (o Sol, por exemplo) são estéreis à vida. Daí o porquê de ser baixa a probabilidade de encontrar vida como a conhecemos em outros mundos: seria necessário ter essa ocorrência simultânea e específica de fatores que tornam a vida possível entre nós. Lamentavelmente, o homem está transformando as condições climáticas da Terra, a ponto de colocar a vida em risco.

Por vezes, esquecemos de tecer analogias entre a natureza e a vida das organizações sociais (que envolvem pessoas). Ora, uma organização é um sistema, razão pela qual tudo o que foi explanado se aplica integralmente a qualquer organização, a quaisquer sistemas vivos, que processam e armazenam informações. Lembra-se que a informação está incorporada em sólidos, na flora, na fauna, desde uma célula até seres humanos, organizações empresariais, cidades, países etc.

Organizações que mantêm ambientes hostis a mudanças poderão dificultar ou até impedir a geração de ordem, de qualidade, de criação de inovação, de criação de valor. São organizações com prazo de validade. As tentativas de transformar o ambiente terão vida breve, provocando desgaste e desânimo naqueles que tentaram aprimorar o sistema. Dificilmente farão outra tentativa de criação de ordem e, por consequência, de melhoria.

E) REDES DE INFORMAÇÃO

Incorporar mais conhecimento e *know-how* a apenas alguns indivíduos ou objetos é de pouco valor, em face da sua pequena abrangência social. Para ser sustentável, a economia tem que crescer, e o crescimento implica aumentar o conhecimento e o *know-how*, de modo que ela se torne cada vez mais eficaz e eficiente. A economia tem o poder de amplificar o conhecimento e a imaginação, produzindo a vida que temos hoje.

A história revela que, desde os primeiros registros do Homo sapiens, tudo que mudou na face da Terra decorreu da reorganização da informação em vetores, volumes, quantidades e complexidade cada vez maiores. Novas informações trazem sempre novas mudanças na vida das pessoas.

A cada nova invenção, são criados inúmeros objetos (alimentos, roupas, máquinas, edifícios, aviões, relógios, telefones, computadores, estradas etc.) que são verdadeiros depósitos de informação. Hoje vivemos imersos em um emaranhado de incríveis objetos, com quantidade e complexidade de informações que escapam à capacidade de tudo compreender, mesmo de um super-humano.

Como solução natural às suas limitações individuais, o homem criou redes de informação¹⁵ cada vez maiores, de modo a amplificar a utilidade e o processamento das informações. Hoje essas redes de informação são gigantescas e continuam a processar, a computar. Por decorrência, essas redes aumentam em quantidade e em complexidade de processamento. São essas redes que permitem operar e controlar toda a economia ou atividade humana na Terra.

As sociedades são compostas por grupos afins de pessoas, que recebem a denominação genérica de “organizações”. Essas organizações são compostas por dois conjuntos principais de elementos: um arsenal de **ferramentas** (equipamentos, resumidos a *hardwares* e *softwares*) e **pessoas**, que operam essas ferramentas.

15 As primeiras redes de informação criadas pelo homem constituem-se na disseminação de fofocas.

Convencionou-se chamar de **sistema de gestão da qualidade** o conjunto de elementos humanos e materiais capazes de organizar e operar as organizações, de modo a transformar entradas (matérias-primas, serviços e informações) em produtos e serviços. Em outras palavras, o **sistema de gestão da qualidade** conecta de forma inteligente as ferramentas e as pessoas das organizações.

Quando restringimos o nosso pensamento a um sistema de gestão da qualidade¹⁶, não podemos ignorar que ele é constituído de sólidos, ferramentas e seres humanos, que armazenam e processam informações pertinentes ao conhecimento e ao *know-how* que nos foi legado por outras gerações.

Ressalta-se que conhecimento e *know-how* somente podem ser úteis e utilizáveis quando os destinatários dessas informações os incorporarem (internalizarem) na medida adequada. Sem isso (informação não incorporada ao cérebro), conhecimento e *know-how* não terão utilidade prática; a informação será destruída.

Ora, se conhecimento e *know-how* não estiverem incorporados ao cérebro (que é físico) do indivíduo, ele não conseguirá processar essas informações. Nesse ponto, o sistema sofreu descontinuidade, o que significa perda de informação, aumento de entropia e perda de eficácia e eficiência¹⁷ do sistema de gestão.

O fato surpreendente é que isso ocorre com inacreditável frequência, tanto na área empresarial quanto, especialmente, na gestão de governos. É a certeza de desperdícios e de fracassos.

Todos concordamos que seria extremamente perigoso entregar um avião comercial a um piloto com carência de conhecimento e *know-how* para pilotá-lo.

¹⁶ Sistema de gestão da qualidade, sistema de gestão ou sistema integrado de gestão são expressões de mesmo conteúdo semântico.

¹⁷ Eficácia significa alcançar resultados planejados, impactos percebidos. Eficiência diz respeito aos recursos consumidos em determinada ação ou processo. Um bom sistema de gestão deve ter eficácia e eficiência, na extensão adequada.

F) CONCLUSÃO

Um sistema de gestão da qualidade eficiente e eficaz funciona como um grande computador conectado a cada um dos seus elementos constituintes (ferramentas e pessoas), por meio de uma rede de informações capaz de crescer continuamente, com ordem (e qualidade).

O vigor dessa rede de informações nos dará uma medida do conhecimento e do *know-how* que ela conseguiu amearhar e dará uma medida da força desse sistema. Por decorrência, esse vigor espelha a sua capacidade de produzir novas conexões, de gerar produtos e serviços, que aumentam a riqueza, o progresso e a prosperidade, enfim a capacidade de criar e de inovar.

Parece-me que, definitivamente, a expressão do grau da qualidade de um sistema de gestão da qualidade é retratado pela quantidade e qualidade da ordem ou informações incorporadas a esse sistema, que determina a “melodia que ele toca”, vigorosa e harmônica, ou barulhenta e desconfortável.

Falar de ordem, de informação e de qualidade é falar sobre coisas afins¹⁸. É a ordem que promove o estabelecimento de regras, bem como o respeito consentâneo ou compulsório a elas. É esse exercício contínuo que desenvolve os hábitos, que gera a cultura do sistema observado.

A observação mais atenta de tais sistemas ao fim e ao cabo revelam em que medida operam as redes de conexões, quanto elas mostram consistência das informações disponíveis, bem como se há eficácia e eficiência no processamento dessas informações. Sintetizam o esforço coerente de todos e de cada uma das pessoas desse sistema a operarem o papel que lhes cabem, utilizando o conhecimento e o *know-how* disponíveis.

E, para que a operação seja eficaz e eficiente, cada um dos elementos do sistema considerado necessita estar plenamente integrado, síncrono, conectado, de modo a utilizar todo o conhecimento e o *know-how* nele existentes, e ainda com a possibilidade

¹⁸ A informação é o conteúdo da mensagem, cujos elementos necessitam ter determinada ordem física que, por sua vez, determina o grau da qualidade no sistema considerado.

inesgotável de aumentar e aprimorar as informações, isto é, o conhecimento e o *know-how*.

Seguem-se alguns singelos exemplos e comparações de bons e não tão bons sistemas de gestão da qualidade vivenciados pelo autor:

- Pelo menos limitado à Europa Ocidental e aos EUA, os cruzamentos de vias em nível em vias rodoviárias possuem tantos sinais de trânsito quanto a segurança do tráfego assim o requerer. Nunca vi um único farol queimado nem mal posicionado nesses lugares. É um bom exemplo de ordem e qualidade no trânsito, que implica em maior segurança e escoamento da logística na economia.
- Como contraexemplo, na cidade do Rio de Janeiro, a segunda maior do Brasil, é raro encontrar um conjunto de sinais de trânsito corretamente posicionado e com todos os seus faróis operando. É o retrato da má gestão e da falta de ordem, das quais decorrem insegurança, desnecessárias perdas de vida e notável perda de tempo e de recursos. Portanto, é um exemplo de desordem.
- Em termos mais gerais, quando há ordem no planejamento urbano, tudo se torna mais fácil, os serviços essenciais têm maior probabilidade de bem funcionar, gerando bem-estar, segurança e menor custo de logística e de manutenção. Quando a desordem urbana impera, tudo fica mais difícil e mais custoso. Não se percebe ambiente de bem-estar, há aumento da violência e maiores custos de manutenção.
- Na física, o fluxo laminar tem ordem, enquanto nos fluxos turbulentos impera o caos, a desordem. Daí a limitação de melhoria da eficiência no atual transporte aéreo comercial. Explica-se: em razão de o fluxo de ar, após percorrer parte da fuselagem do avião, tornar-se turbulento, aparece arraste (resistência ou *drag*) e, por consequência, perda de eficiência energética e aumento do consumo de combustível, com maiores danos ao meio ambiente. Ainda não há uma solução satisfatória para essa limitação.
- Não há país rico e desenvolvido cuja sociedade despreze a ordem, que é a base para estabelecimento e cumprimento das regras estabelecidas, previsibilidade e ambiente favorável a negócios.

- Observe-se que em quase todas as culturas latinas é sempre mais difícil o estabelecimento da ordem. Daí se compreende uma das razões básicas para a precariedade de economias da América Latina. O mesmo se dá na África e parte da Ásia. Mais uma vez: enquanto a ordem é irmã siamesa do elevado grau da qualidade resultante, a desordem é espelho do baixo grau de qualidade, da entropia, de perdas desnecessárias de recursos.
- Um outro exemplo de ordem é a coleta de lixo reciclável em Dublin. São vários centros de coleta de lixo descartável (papel, papelão, vidros coloridos, vidros brancos, madeira, metal, tecidos etc.), todos operados pelos governos locais. São espaços grandes, limpos, organizados e urbanizados, contando com variados tipos de coletores. A frequência de usuários é grande, especialmente em fins de semana. Tudo se passa com notável civilidade e usabilidade, o que estimula a sociedade a fazer a coleta seletiva. Mais uma vez, a ordem trabalhando em prol da sustentabilidade.
- Em uma visão micro, quando há ordem (informação) nas áreas departamentais de uma organização, há tendência de que as relações internas e externas sejam mais harmoniosas. Como resultado, as ações gerenciais tendem a ser mais virtuosas, do que decorre a satisfação no trabalho nessa organização, menos pressão, maiores resultados e melhor qualidade de vida dos colaboradores.
- Em uma visão macro, quando há ordem em uma país, há tendência de que as suas instituições sejam harmoniosas. Como resultado, as ações do governo tendem a ser mais virtuosas, do que decorre segurança jurídica, menores custos de contratos e bem-estar social, condições que culminam na qualidade de vida neste país.
- Especificamente no atual momento, o Brasil vive incredível desordem nas suas instituições. O desastroso resultado para a sociedade é a desorganização da economia, com aumento da desigualdade, desemprego, assistencialismo, privilégios escandalosos, culminando na incerteza jurídica (nem o passado é certo), o que inibe o investimento interno e externo, essenciais ao desenvolvimento da sociedade.

Resta a pergunta final: por que tantos insistem em manter a desordem nos seus sistemas, sejam eles pessoais, familiares profissionais ou institucionais? A conta a pagar é certa! ❖

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABNT NBR ISO 9000:2015 – Sistemas de gestão da qualidade, Fundamentos e vocabulário;

ABNT NBR ISO 9001:2015 – Sistemas de Gestão da qualidade – Requisitos;

HIDALGO, César A– Why Information grows – Basic Books, NY, 1979;

KANT, Immanuel – Crítica da razão prática – Editora Lafonte, 2019;

MARANHÃO, Mauriti – Governança Organizacional – 10ª Edição - Editora Bibliex – 2017;

MARANHÃO, Mauriti – Relações Interpessoais Construtivas – Editora Multifoco – 2ª Edição – 2020.