

Discrecionariedade na área Assistencial

Coordenador André Saddy

Autores

Amanda Colchete Pinto • Bianca Batista Craveiro • Guilherme Silva Peixoto Gomes
Jorge A. Martins Filho • Julliana Cristina Cordeiro Pereira • Letícia Pereira de Araujo
Lucas Pedrosa Castellar Pinto • Sarah Fernandes Araujo da Silva • Thaís Freire de Vasconcellos





www.cej.com.br

Editores

André Saddy e Pedro Luiz Ferreira de Almeida

Conselho Editorial

André Saddy – Universidade Federal Fluminense (Brasil)

Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo - Escola de Direito do RJ da Fundação Getulio Vargas (Brasil)

Christian Alberto Cao – Universidad de Buenos Aires (Argentina)

Claudia Ribeiro Pereira Nunes – Yale University (Estados Unidos da América)

Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva – Universidade Federal de Minas Gerais (Brasil)

Daniel Wunder Hachem – Universidade Federal do Paraná (Brasil)

Emerson Affonso da Costa Moura – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (Brasil)

Irene Patrícia Nohara – Universidade Presbiteriana Mackenzie (Brasil)

José Eugenio Soriano García – Universidad Complutense de Madrid (Espanha)

José Sérgio da Silva Cristóvam – Universidade Federal de Santa Catarina (Brasil)

Julián Pimiento Echeverri – Universidad Externado de Colombia (Colombia)

Orlando Vignolo Cueva – Universidad de Piura (Perú)

Pablo Schiavi – Universidad de la República / Universidad de Montevideo (Uruguai)

Reinaldo Funes Monzote – Universidad de Havana (Cuba)

Rodrigo Ferrés Rubio – Universidad Católica del Uruguay (Uruguai)

Sede: Rua Alcindo Guanabara n.º 24, sala 1405, Rio de Janeiro, RJ, Centro da Cidade, CEP 20.031-915, Brasil

COORDENADOR

André Saddy

DISCRICIONARIEDADE NA ÁREA ASSISTENCIAL

AUTORES

Amanda Colchete Pinto – Bianca Batista Craveiro – Guilherme Silva Peixoto
Gomes – Jorge A. Martins Filho – Julliana Cristina Cordeiro Pereira – Leticia
Pereira de Araujo – Lucas Pedrosa Castellar Pinto – Sarah Fernandes Araujo
da Silva – Thaís Freire de Vasconcellos

Rio de Janeiro

2024

Copyright © 2024 by André Saddy

Categoria: Direito Administrativo

Produção Editorial
Centro para Estudos Empírico-Jurídicos (CEEJ)

Diagramação: Centro para Estudos Empírico-Jurídicos (CEEJ)

Capa: Julia Almeida

O Centro para Estudos Empírico-Jurídicos (CEEJ) não se responsabiliza pelas opiniões emitidas nesta obra, pelo seu autor, bem como esclarece que o padrão ortográfico e o sistema de citações e referências são prerrogativas do seu autor.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive, quanto às características gráficas ou editoriais. A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei n.º 6.895, de 17/12/1980), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei n.º 9.610/1998).

Todos os direitos desta edição são reservados ao Centro para Estudos Empírico-Jurídicos (CEEJ)

Impresso pela Bok2

Catálogo: Daniele Ferreira Alvarenga - CRB7 6873/RJ

Saddy, André

Discricionariedade na área assistencial / André Saddy, coordenador; Amanda Colchete Pinto; Bianca Batista Craveiro; Guilherme Silva Peixoto Gomes; [et. al.]. – Rio de Janeiro: CEEJ, 2024.

288 p.

Inclui Notas explicativas, Figuras e Referências.

ISBN: 978-65-84958-27-2

1. Assistência Social- discricionariedade. 2. Subjetividades – área social. 3. Direito Administrativo. I. Título. II. série.

CDD – 341.63

Breve apresentação dos autores

Amanda Colchete Pinto

Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional (PPGDC) da Universidade Federal Fluminense (UFF). Pós-graduada em Direito Processual Civil pelo Centro de Ensino Superior de Valença (FAA). Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Graduada em Comércio Exterior pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Procuradora do Estado do Rio de Janeiro e Advogada. amandacolchete@id.uff.br

Bianca Batista Craveiro

Advogada e mestranda pelo Programa de Pós-Graduação (Mestrado) em Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UFF. E-mail: biacraveiro@gmail.com

Guilherme Silva Peixoto Gomes

Mestrando em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (PPGDC/UFF). Bacharel em Direito (UFF) e advogado. Contato: guilhermegomes@id.uff.br

Jorge A. Martins Filho

Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense - UFF. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDCConst (2018). Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI (2015). Advogado - OAB/SC (2017). Contato: jorgemartinsfilho9@gmail.com

Julliana Cristina Cordeiro Pereira

Mestranda em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense. Pós-graduanda em Resolução de Conflitos pela Universidade Federal Fluminense. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Especialista em Direito Canábico pela Escola Superior da Advocacia do Rio de

Janeiro. Graduada em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Membro da Comissão de Direito Criminal da 15ª Subseção da OAB/RJ. Advogada criminalista. Pesquisadora sobre Direito Canábico, judicialização e ativismo judicial. E-mail: jullianacordeiro@yahoo.com

Letícia Pereira de Araujo

Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense. Especialista em Direito Público, Direito de Trânsito e Previdenciário pela Faculdade Legale do Estado de São Paulo. Graduada em Direito pelo Centro Universitário LaSalle do Rio de Janeiro. Advogada – Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8231532195654026>, e-mail: leticiaa@id.uff.br.

Lucas Pedrosa Castellar Pinto

Graduado em Direito pela Faculdade de Direito do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (Ibmec). Especialista em Direito lato sensu pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Mestrando Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense. Advogado. ORCID 0009-0004-147-599X. Endereço eletrônico: l_castellar@id.uff.br

Sarah Fernandes Araujo da Silva

Advogada. Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense. Pós-Graduada em Direito Empresarial e Contratos pelo Centro Universitário de Brasília (Uniceub). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC-Goiás). sarah.fernandes.as@gmail.com

Thaís Freire de Vasconcellos

Advogada. Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense. Pós-Graduada em Direito Processual pela Universidade Federal Fluminense. Pós-Graduada em Direito Civil e Empresarial pelo IDD IBMEC/SP. Membro do Grupo de Estudos em Jurisdição, Constituição e Processo do VDI – UFF/VR. thaisvasconcellos@id.uff.br

Sumário

Breve apresentação dos autores	5
Apresentação.....	13
SUBJETIVIDADE DO ASSISTENTE SOCIAL: INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA E A HIPÓTESE PREVISTA NO ART.23-A, §3, INC. II DA LEI Nº 13.840/2019	
<i>Leticia Pereira de Araujo</i>	
Introdução	17
1. Espécies de Subjetividade.....	21
1.1 Utilização equivocada do termo “discrecionarietà” como conceito único para as formas de autonomia pública.....	24
2. Assistente Social e sua atuação como agente de linha de frente	27
3. Enunciado normativo	30
3.1 Liberdade de Conformação.....	33
3.2 Tipos de Internação.....	33
3.3 Atuação do Assistente Social na Internação Compulsória	35
3.4 Conceito jurídico indeterminado quanto aos critérios	36
3.5 Zona de incerteza jurídica.....	37
3.6 Apreciatividade ao formular parecer sobre à internação compulsória.....	38
3.7 Apreciatividade: margem de livre escolha de qual dependente químico será abordado	39
Conclusões	40
Referências.....	42
A ATUAÇÃO DO PROFISSIONAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL NO PROCEDIMENTO DE ADOÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES E AS SUAS SUBJETIVIDADES	
<i>Jorge A. Martins Filho</i>	
INTRODUÇÃO	47
1. ASPECTOS ESSENCIAIS DA ADOÇÃO E SEU PROCEDIMENTO....	48
2. A PARTICIPAÇÃO DO PROFISSIONAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL NO PROCEDIMENTO DE ADOÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES	55

2.1. O profissional de assistência social	56
2.2. A participação do profissional de assistência social no procedimento de adoção	57
2.2.1 A elaboração de laudo técnico a respeito da capacidade e do preparo do pretendente para a adoção.....	59
2.2.2 O encaminhamento da criança e do adolescente para a família substituta	61
2.2.3 A elaboração de laudo técnico sobre a conveniência da adoção após estágio de convivência.....	66
3. AS SUBJETIVIDADES DO PROFISSIONAL DA ASSISTÊNCIA SOCIAL NO PROCEDIMENTO DE ADOÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES.....	68
3.1. A classificação dos atos administrativos	68
3.2. As subjetividades dos assistentes sociais na adoção de crianças e adolescentes	72
CONSIDERAÇÕES FINAIS	76
REFERÊNCIAS.....	77

SUBJETIVIDADES NA CONCESSÃO DAS MOEDAS SOCIAIS: análise das moedas Arariboia (Niterói) e Itajuru (Cabo Frio)	79
--	----

Amanda Colchete Pinto

Introdução	79
1. Moedas Sociais	80
2. Experiências Nacionais.....	83
2.1. Moeda Palmas.....	83
2.2. Moeda Mumbuca	86
2.3. Moeda Social Arariboia	88
2.4. Moeda Social Itajuru.....	89
3. Conceitos jurídicos indeterminados nos critérios de concessão das Moedas Sociais Arariboia e Itajuru	90
4. Discricionariedade administrativa na verificação dos critérios para concessão da Moeda Social Itajuru.....	98
5. Da existência de apreciatividade administrativa nos critérios de concessão	105
Conclusões	107
Referências.....	109

DISCRICIONARIEDADE, ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA E
CANNABIS MEDICINAL: as subjetividades no fornecimento de
medicamentos à base de canabinóides pelo Sistema Único de Saúde (SUS) 113

Julliana Cristina Cordeiro Pereira

INTRODUÇÃO	113
1. SUBJETIVIDADES DO ADMINISTRADOR PÚBLICO NA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA.....	116
1.1 Discricionariedade Administrativa e o Princípio da Legalidade Administrativa	116
1.2 Discricionariedade, liberdade conformadora, margem de livre apreciação de conceitos jurídicos indeterminados e apreciatividade administrativa.....	120
2. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO SUS.....	122
2.1 Análise da legislação nacional sobre o fornecimento de medicamentos pelo SUS e os espaços de liberdade do administrador na escolha dos medicamentos	124
2.2 Análise da jurisprudência sobre o fornecimento de medicamentos fora da lista do RENAME pelo SUS.....	128
3. DISCRICIONARIEDADE NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS À BASE DE CANNABINÓIDES PELO SUS	129
3.1 A RDC n. 327/2019 da ANVISA	131
3.2 O SUS é obrigado a fornecer canabidiol?.....	134
3.3 Análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a distribuição de Cannabis medicinal pelo SUS.....	136
CONCLUSÕES	137
REFERÊNCIAS.....	138

SUBJETIVIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA CONCESSÃO
DO CERTIFICADO DE ENTIDADE BENEFICENTE DE ASSISTÊNCIA
SOCIAL

Bianca Batista Craveiro

Introdução	143
1. Instituições de Assistência Social	144
2. Da Subjetividade do Servidor Público.....	148
3. Parâmetros Gerais para a Inscrição das Entidades ou Organizações de Assistência Social	152

Conclusão.....	163
Referências.....	164

O SERVIÇO DE PROTEÇÃO EM SITUAÇÕES DE CALAMIDADES PÚBLICAS E EMERGÊNCIA: A SUBJETIVIDADE DO GESTOR PÚBLICO NA UTILIZAÇÃO DOS RECURSOS DE COFINANCIAMENTO FEDERAL.....	167
---	-----

Thaís Freire de Vasconcellos

Introdução	167
1. O sistema único de assistência social do Brasil.....	169
2. O Programa: Serviço de Proteção em Calamidade Pública e Emergências	173
2.1 Objetivos do Serviço de Proteção em Calamidades Públicas e Emergências.....	174
2.2 Principais regras e procedimentos do Serviço de Proteção em Calamidades Públicas e Emergências	175
3. A subjetividade do gestor público na execução da política de assistência social no serviço de proteção em situações de calamidades públicas e emergências	178
3.1 A margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados.	182
3.2 A subjetividade do gestor público na utilização dos recursos de cofinanciamento federal.....	187
Considerações Finais	193
Referências.....	195

LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO E APRECIATIVIDADE DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO ESTADUAL NA UTILIZAÇÃO DE TECNOLOGIAS NO ÂMBITO DA ASSISTÊNCIA SOCIAL: UMA PERSPECTIVA A PARTIR DO PROJETO BIG DATA SOCIAL.....	201
--	-----

Sarah Fernandes Araujo da Silva

Introdução	201
1. Uso de Tecnologias pela Administração Pública	202
2. Sobre Big Data Social.....	211
2.1 Decreto do Big Data Ceará e Normas Relacionadas	212
3. Subjetividades do Chefe do Poder Executivo.....	218
3.1 Liberdade de conformação ou configuração do Chefe do Poder Executivo do Governo do Ceará	221

3.2 Apreciatividade	229
Conclusões	232
Referências.....	233

A SUBJETIVIDADE DO DEFENSOR PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO NA RECUSA DE ATENDIMENTO EM DEMANDAS

CÍVEIS.....	239
-------------	-----

Guilherme Silva Peixoto Gomes

Introdução	239
1. A Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro: função institucional e legislação de regência	242
1.1 A atuação da Defensoria Pública para além da simples hipossuficiência: a evolução do conceito de necessidade e a defesa dos vulneráveis.....	244
2. A subjetividade na recusa de atendimento por parte do defensor público do Estado do Rio de Janeiro	246
2.1 A discricionariedade e as demais subjetividades dos agentes públicos..	247
2.2 A subjetividade na caracterização da hipossuficiência.....	255
2.3 A subjetividade na caracterização da vulnerabilidade	257
2.4 A subjetividade na aferição do direito e do interesse do assistido.....	260
Conclusões	261
Referências.....	262

SUBJETIVIDADE DO PRIMEIRO ATENDIMENTO DAS VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NAS DELEGACIAS DE POLÍCIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ESTADO DO RIO DE JANEIRO	267
--------------------------------	-----

Lucas Pedrosa Castellar Pinto

Introdução	267
1. Lei Maria da Penha e a proteção do gênero feminino	268
1.1. A razão da condenação do Brasil na OEA.....	268
1.2. O conceito amplo de gênero feminino	270
1.3. Conceito extensivo de família e formas de violência doméstica	274
2. Encaminhamento da vítima à assistência social e apreciatividade	277
2.1. A atribuição da autoridade policial de encaminhar a vítima à assistência social	278
2.2. A apreciatividade no encaminhamento.....	280
3. Subjetividade no encaminhamento da mulher vítima pela autoridade policial	281

3.1. A discricionariedade de Dworkin	282
3.2. Existência de norma regulamentadora e encaminhamento como ato vinculado.....	285
Considerações finais	286
Referências.....	286

Apresentação

A obra coletiva “Discrecionabilidade na área assistencial” é a quinta de uma coletânea que possui outros quatro títulos: “Discrecionabilidade na área policial”, “Discrecionabilidade na área da saúde”, “Discrecionabilidade na área educacional” e “Discrecionabilidade na área fiscalizatória”.

Nesta oportunidade, os artigos foram desenvolvidos pelos alunos da disciplina “Limitações constitucionais às escolhas públicas”, por mim ministrada no ano de 2023, no Mestrado Acadêmico do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional (PPGDC) da Universidade Federal Fluminense (UFF).

Na disciplina, cada mestrando foi instado a escolher e explorar um tema que abordasse a discrecionabilidade de assistentes sociais ou de algum agente que tivesse alguma relação com a assistência social, devendo necessariamente discutir as subjetividades ou autonomias presentes nas escolhas a serem feitas por parte dos agentes públicos com competência na área assistencial.

A seguridade social é um direito social, destinado a assegurar os direitos relativos: (i) à saúde, que é um direito de todos e dever do Estado (art. 196 da CRFB); (ii) à assistência social, que é política social destinada a prestar, gratuitamente, proteção à família, maternidade, infância, adolescência, velhice e aos deficientes físicos (art. 203 da CRFB); e (iii) à previdência social que, se pública, é um seguro público, coletivo, compulsório, mediante contribuição e que visa cobrir os seguintes riscos sociais: incapacidade, idade avançada, tempo de contribuição, encargos de família, desemprego involuntário, morte e reclusão (art. 201 da CRFB).

Não resta dúvida, portanto, que é dever do Estado prestar assistência social aos necessitados, independentemente de qualquer contraprestação, com vistas a garantir total aplicabilidade ao princípio da dignidade da pessoa humana, consoante o disposto nos arts. 6º e 203 da CRFB.

A assistência social, como cediço, corresponde a uma série de posturas sociais positivas do Estado, com caráter gratuito, a fim de propiciar que os indivíduos sejam providos das mínimas condições para uma vida digna. Em outras palavras, é um direito fundamental destinado a garantir a subsistência de pessoas necessitadas que não possuem como contribuir para o sistema da seguridade social.

Sobre as principais características da assistência social, confira-se os ensinamentos de MARCELO LEONARDO TAVARES¹:

A assistência social é um plano de prestações sociais mínimas e gratuitas a cargo do Estado para prover pessoas necessitadas de condições dignas de vida. É um direito social fundamental e, para o Estado, um dever a ser realizado através de ações diversas que visem atender às necessidades básicas do indivíduo, em situações críticas da existência humana, tais como a maternidade, infância, adolescência, velhice e para pessoas portadoras de limitações físicas. As prestações de assistência social são destinadas aos indivíduos sem condições de prover o próprio sustento de forma permanente ou provisória, independentemente da exigência de contribuição para o sistema de seguridade social.

Sendo assim, justifica uma obra como essa, pois o assistente social tem competência para o seu agir que conferem a ele subjetividades ou autonomias públicas que são relativamente alargadas, porém, pouco estudadas no direito brasileiro.

Foi a curiosidade em entender as margens de liberdade decorrentes da função de assistente social e a ausência de estudos sobre o tema que levou ao desejo de fazer mais uma obra dentro desta coletânea.

Ressalta-se que o foco dos artigos foi nessas diferentes subjetividades ou autonomias públicas existentes na tomada de decisão, principalmente, dos assistentes sociais, não se estudou as formas de se limitar ou de se conter tais tomadas de decisões.

Com tal pesquisa, busca-se continuar contribuindo com o aprofundamento de temas afetos ao que se denomina, corriqueiramente, de discricionariiedade administrativa.

¹ TAVARES. Marcelo Leonardo. Direito previdenciário. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.15.

Agradeço aos alunos, pela excelência dos artigos que aqui apresentamos e pela busca incessante do conhecimento. Convicto de que se está diante de uma esplêndida obra, parabênizo a todos pelo empenho.

André Saddy

MMXXIV, janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

andresaddy@yahoo.com.br

SUBJETIVIDADE DO ASSISTENTE SOCIAL: INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA E A HIPÓTESE PREVISTA NO ART.23-A, §3, INC. II DA LEI Nº 13.840/2019²

Leticia Pereira de Araujo

Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense. Especialista em Direito Público, Direito de Trânsito e Previdenciário pela Faculdade Legale do Estado de São Paulo. Graduada em Direito pelo Centro Universitário LaSalle do Rio de Janeiro. Advogada –
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8231532195654026>, e-mail: leticiapa@id.uff.br.

Sumário: Introdução; 1. Espécies de Subjetividade; 1.1 Da utilização equivocada do termo “*discricionariedade*” como conceito único para as formas de autonomia pública; 2. Assistente Social e sua atuação como agente de linha de frente; 3. Enunciado normativo; 3.1 Liberdade de Conformação; 3.2 Tipos de Internação; 3.3 Atuação do Assistente Social na Internação Compulsória; 3.4 Conceito jurídico indeterminado quanto aos critérios; 3.5 Zona de incerteza jurídica 3.6 Apreciatividade ao formular parecer favorável à internação compulsória; 3.7 Apreciatividade: margem de livre escolha de qual dependente químico será abordado; Conclusão; Referências.

Introdução

Vislumbrando uma reflexão sobre a possibilidade de internação compulsória, em especial, no enunciado normativo do art. 23-A, §3, inc. II da Lei nº 13.840/2019³, questiona-se o que justifica a internação compulsória de

² Artigo científico originado do trabalho de conclusão da disciplina “Limitações Constitucionais às escolhas públicas: discricionariedade na área assistencial”, no Programa de Pós-graduação (mestrado) em Direito Constitucional (PPGDC), na Universidade Federal Fluminense - UFF, sob a orientação do Professor Doutor André Saddy.

³ BRASIL. Poder Executivo. Lei nº 13.840/2019. Art. 23-A. O tratamento do usuário ou dependente de drogas deverá ser ordenado em uma rede de atenção à saúde, com prioridade para as modalidades de tratamento ambulatorial, incluindo excepcionalmente formas de internação em unidades de saúde e hospitais gerais nos termos de normas dispostas pela União e articuladas com os serviços de assistência social e em etapas que permitam:

(...)

§ 3º São considerados 2 (dois) tipos de internação:

(...)

II - internação involuntária: aquela que se dá, sem o consentimento do dependente, a pedido de familiar ou do responsável legal ou, na absoluta falta deste, de servidor público da área de saúde, da assistência social ou dos órgãos públicos integrantes do Sisnad, com exceção de

um dependente químico que não possui familiares e quais são os critérios apreciados pelo assistente social na formulação de seu parecer favorável à internação compulsória.

Primordialmente, faz-se imprescindível esclarecer que o presente estudo não pretende exaurir todas as espécies de internação, bem como não objetiva responder às diversas complicações decorrentes do uso de drogas, mas sim, tecer críticas quanto ao enunciado normativo identificado, viabilizando uma compreensão e contribuição científica do objeto de estudo explorado no campo do direito administrativo.

Os sujeitos abordados no presente estudo podem ser conceituados como: assistente social, servidor da linha de frente que busca favorecer a criação de vínculos saudáveis com modificações sociais visando o bem-estar da população⁴, enquanto o dependente químico é aquele sujeito que após o uso repetitivo de determinada substância, desenvolve fenômenos comportamentais, cognitivos e fisiológicos⁵.

A norma jurídica estudada⁶ apresenta a hipótese de tratamento do usuário ou dependente de drogas ter a consequência de ser internado compulsoriamente pelo assistente social quando, na ausência de familiares, for indicada, após devida avaliação e “*os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes*”.

servidores da área de segurança pública, que constate a existência de motivos que justifiquem a medida.

⁴ O referido conceito é oriunda de interpretação após a leitura das normativas jurídicas que regem o profissional, em especial, a Lei nº 8.662/1993.

⁵ Acerca do tema, tem-se a definição científica do dependente químico, de acordo com a Classificação Internacional de doenças (CID-10): “Dependência química é uma condição crônica e recorrente, caracterizada pelo uso compulsivo de substâncias psicoativas, como álcool, tabaco, drogas ilícitas, entre outras, que afetam o sistema nervoso central e têm o potencial de alterar o estado mental, comportamento e percepção da realidade do indivíduo. A dependência química é marcada pela perda do controle sobre o uso da substância, pela necessidade crescente de doses cada vez maiores para alcançar os mesmos efeitos e pela presença de sintomas de abstinência quando a substância é retirada abruptamente”. CID-10. Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde. 10 revisão. Organização Mundial de Saúde, 1997.

⁶ A Lei nº 13.840, de 5 de junho de 2019, dispõe sobre o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas e as condições de atenção aos usuários ou dependentes de drogas e para tratar do financiamento das políticas sobre drogas.

Dentro deste cenário, a análise do objeto de estudo pretende perpassar pelas formas de subjetividade do servidor público da linha de frente, em especial, na sua apreciatividade administrativa em possuir margem de escolha dos critérios de seleção do dependente químico que terá acesso à política pública proporcionada, qual seja, a internação compulsória⁷.

Para tanto, buscar-se-á por meio dos objetivos específicos, identificar o assistente social como agente da linha de frente, investigar suas formas de subjetividade na atuação de sua profissão e descrever o enunciado normativo que permite a internação compulsória pelo assistente social.

Em consequência, pretende-se averiguar se o conteúdo do enunciado normativo impõe uma atuação nas situações em que o agente público, ora assistente social, deve agir.

Com a análise de seu conteúdo normativo, propiciou-se também em um sentido oposto, a diferenciação ao realizar uma possível identificação dos elementos do conceito jurídico indeterminado⁸, sucedendo uma zona de incerteza jurídica por dúvidas na aplicação do referido conceito.

Desta maneira, a margem de liberdade pode ser identificada quando na avaliação dos critérios dos conceitos legais indeterminados verificar-se uma possibilidade ao assistente social poder adotar uma conclusão na rotina de sua atuação profissional, visto o burocrata da linha de frente⁹ não se render ao automatismo, mas sim na singularidade e peculiaridade de cada caso¹⁰.

⁷ De acordo com a Lei nº 10.216/2001, a internação compulsória é uma medida excepcional, aplicada somente quando as outras formas de tratamento e cuidado não se mostram suficientes ou quando a pessoa representa um risco iminente para si mesma ou para outras pessoas. Essa medida deve ser realizada por meio de avaliação médica e determinação judicial.

⁸ Identificando o tema dos conceitos legais indeterminados para limitar a discricionariedade, tem-se o primeiro artigo escrito no Brasil por Antonio Francisco de Souza . DE SOUZA, Antonio Francisco. Os “conceitos legais indeterminados” do direito administrativo alemão. Revista de Direito Administrativo. [S.l.], v. 166, p. 276-291, 1986.

Os conceitos jurídicos indeterminados surgiram na Áustria como um sistema de controle da administração, em que se extrai da norma jurídica o conceito que será aplicado, mas as incertezas semânticas possibilitam um grau de indeterminação que será apresentado na sua aplicação diante do caso concreto.

⁹ O conceito de “burocratas da linha de frente” refere-se aos funcionários que lidam diretamente com o público na execução das políticas públicas. No campo da Administração Pública, menciona-se o autor Michael Lipsky. LIPSKY, Michael. Street-level bureaucracy: dilemmas of the individual in public services. New York: Russel Sage Foundation, 1980.

¹⁰ SAUER, M.; NOGUEIRA, V. M. R. A efetividade da gestão social e a prática do assistente social na Proteção Social Especial de Média Complexidade / The effectiveness of social

Nesta perspectiva, realiza-se inicialmente, uma pesquisa bibliográfica com apoio na técnica de análise de discurso, buscando as relações entre conceitos, características, ideias e momento histórico. Para Antônio Joaquim Severino¹¹, essa modalidade de pesquisa se caracteriza a partir de registro disponível, que decorre de pesquisas já realizadas e tornam-se fontes dos temas que serão trabalhados, a partir das contribuições dos autores.

Em seguida, executa-se uma pesquisa de natureza qualitativa¹², com o fim exploratório e de tipo jurídico-comparativo¹³ dos documentos legislativos e normativos oficiais, buscando elementos que viabilizam a aplicação da internação compulsória a dependentes químicos, como fontes primárias de informação.

Para realizar a busca de trabalhos como fontes de pesquisa, emprega-se os seguintes descritores: subjetividade, assistente social, dependentes químicos e internação compulsória. A análise das informações é realizada por meio de leitura exploratória do material que foi encontrado em uma abordagem qualitativa dos dados textuais por meio da análise do discurso, ou seja, foca-se na interpretação do que está por trás dos textos para embasamento da crítica científica que se pretende formular.

Neste sentido, o aspecto qualitativo é fundamental neste tipo de pesquisa por ser indutivo, evitando, portanto, a prática tradicional de se testar hipóteses.

As bases de dados utilizados são: Scielo, catálogo de teses, dissertações da CAPES, portal da legislação - Planalto, RVBI – Portal Institucional do Senado Federal, no mais, não se objetiva realizar uma seleção por ano, visto a intenção de se aproveitar todos os dados coletados que atenderam ao recorte temático proposto.

Aponta-se que a relevância desta pesquisa está pautada em identificar a subjetividade do assistente social na entrega direta de política pública no combate ao descontrolado uso e dependência de substâncias químicas, em

management and the practice of the social worker in the Special Social Protection of Medium Complexity. Textos & Contextos (Porto Alegre), /S. l./, v. 15, n. 2, p. 450–458, 2016.

¹¹ SEVERINO, Antônio Joaquim. Metodologia do trabalho científico. 23 ed. São Paulo: Cortez, 2007, p. 121-122.

¹² BECKER, Howard S. A Epistemologia da Pesquisa Qualitativa. In: Revista de Estudos Empíricos em Direito, vol. 1, n. 2, jul, 2014, p. 184-198.

¹³ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa, DIAS, MARIA Tereza Fonseca. (Re)Pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática. 2a ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 28.

especial, na internação compulsória de usuários de drogas que não têm familiares. Ressaltando que tal liberdade de decisão dos assistentes sociais ainda não é muito explorada no campo científico, motivo pelo qual este trabalho busca compreender os métodos na tomada de decisão quando os servidores da linha de frente executam seus pareceres favoráveis à internação e demais decisões pertinentes a modalidade de intenção compulsória.

O presente estudo, em um primeiro momento, apresenta as espécies de subjetividade dos representantes da Administração Pública, utilizando-se dos ensinamentos formulados por André Saddy para distinguir as formas de margem de liberdade na atuação do servidor público, ainda, verifica-se que há uma utilização do conceito de “*discrecionaliedade*” como conceito único para as formas de autonomia pública, ao refletir sobre os trabalhos utilizados como fonte de pesquisa no intuito de explorar a atuação do assistente social.

Como consequência, na seção seguinte, destina-se a apresentar a atuação do assistente social como agente da linha de frente, sendo este o agente que entregará diretamente a política pública ao cidadão.

Dando seguimento, a última seção apresenta o enunciado normativo para observar a atuação do assistente social no caso concreto, com o apontamento de cada subjetividade do assistente social ao formular o seu parecer quando verifica a existência de um dependente químico que não possui família.

Ao final, são apresentadas as considerações encontradas nesta pesquisa.

1. Espécies de Subjetividade

Em concordância com os ensinamentos de André Saddy¹⁴, pode-se afirmar que os representantes da Administração Pública, no exercício de suas funções, podem manifestar as suas vontades quando há uma margem de liberdade podendo ser desdobrada em quatro formas, sendo elas: *discrecionaliedade* administrativa, liberdade de conformação, margem de livre

¹⁴ SADDY, André. Apresiasi e *discrecionaliedade* administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados e apreciatividade administrativa¹⁵.

Mesmo com tal ensinamento, essas formas não foram unificadas e a doutrina se restringe a utilizar a terminologia “*discricionariedade*” para todas as diferentes formas de margem de liberdade¹⁶.

Desta forma, o presente estudo identifica quais são as subjetividades, ou seja, as autonomias públicas presentes nos critérios apreciados pelo assistente social na formulação de seu parecer favorável à internação compulsória do dependente químico que não possui familiares, conseqüentemente, os parâmetros de seleção de qual dependente químico será abordado e posteriormente avaliado pelo servidor da linha de frente.

Antes de adentrar especificamente nas subjetividades encontradas, é necessário conceituar, brevemente, as quatro formas de subjetividades para posterior identificação das liberdades de decisão exercidas pelo agente da linha de frente estudado.

Usando os conceitos das formas de subjetividade elaboradas por André Saddy, aponta-se em um primeiro momento, a discricionariedade administrativa como uma margem de liberdade conferida pela norma jurídica à Administração Pública na recepção de uma alternativa considerada como a que melhor encaixa àquele interesse público¹⁷. Essa margem de liberdade permite que a Administração escolha entre diferentes alternativas possíveis, desde que respeite os limites estabelecidos pela lei.

Para a compreensão de como essa liberdade de atuação é regulada, é importante esclarecer a relação da discricionariedade administrativa com a norma jurídica. A definição dos limites, princípios e objetivos a serem perseguidos pela Administração é realizada pela norma jurídica.

Desta forma, a discricionariedade administrativa não significa um poder absoluto da Administração, mas a sua sujeição ao respeito e observância à princípios e regras como uma limitação ao exercício dessa liberdade. Assim, a relação entre discricionariedade e norma jurídica é essencial para garantir a legalidade e a efetividade da atuação administrativa.

¹⁵ SADDY, André. Discricionariedade na área da saúde. André Saddy [et. al.]. Rio de Janeiro: CEEJ, p. 62, 2020.

¹⁶ *Ibidem*, p. 62-63.

¹⁷ SADDY, op. cit, p. 63-64.

Em seguimento, compreende-se a liberdade de conformação como uma margem de liberdade normativo-regulamentares, ou seja, conjunto de poderes para editar ou criar normas. Aqui, pode-se contextualizar como o momento de criação da política pública.

A liberdade de conformação está diretamente relacionada à ideia de que a Administração Pública possui conhecimento técnico e especializado, bem como está mais próxima da realidade dos problemas e demandas sociais. Desta forma, a norma jurídica confere à Administração a possibilidade de tomar decisões e adotar medidas adequadas para atender aos interesses públicos.

Assim como a discricionariedade administrativa, a liberdade de conformação não é absoluta, esta está condicionada aos princípios constitucionais e legais. Ela permite uma adaptação em diferentes situações e necessidades que surgem no exercício de alguma das suas atribuições, com observância aos limites e critérios objetivos que regem a atuação do Estado.

Pode-se depreender que a liberdade de conformação reconhece a capacidade da Administração Pública de moldar suas ações de acordo com as particularidades de cada caso. Essa liberdade é exercida dentro dos limites legais e constitucionais, visando à promoção do interesse público e à eficiência da gestão administrativa.

Além disso, aprecia-se a terceira forma de subjetividade, a margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados como resultante da zona de incerteza do significado de um conceito jurídico. Em outras palavras, quando um conceito não expõe precisamente o sentido normativo, abre-se dúvidas na compreensão do conceito no caso concreto. Importante mencionar que tal dúvida está presente no núcleo conceitual, o qual pode ser denominado como zona de certeza, assim sendo, na presença de dúvidas encontra-se a zona de certeza negativa e na sua ausência, a zona de certeza positiva¹⁸.

Essa dúvida no significado dos conceitos jurídicos indeterminados cria uma margem de livre apreciação, ou seja, uma margem para a sua aplicação. Essa margem permite que sejam levados em consideração diversos fatores, como princípios, valores, contextos sociais e políticos, na busca por uma solução justa e equilibrada.

¹⁸ SADDY, op. cit, p. 64-65.

No entanto, é importante ressaltar que a margem de livre apreciação não significa arbitrariedade¹⁹. A interpretação e aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados devem estar fundamentadas em critérios razoáveis, coerentes com o ordenamento jurídico e com os princípios constitucionais.

No cuidado de encerrar as breves conceituações das formas de subjetividade, mostra-se a apreciatividade administrativa, definida como margem de liberdade nos critérios interpretativos na tomada de decisão do agente público em aplicar a norma, com observância dos interesses públicos, ou melhor, na letra estrita da lei, com o objetivo de alcançar o propósito da norma jurídica²⁰.

Desta forma, a apreciatividade²¹ pode ser observada no presente estudo como uma margem de liberdade de decisão na escolha de aplicação de uma política pública específica, ante a necessidade de adoção de uma conclusão, diante da rotina corriqueira do agente de linha de frente.

1.1 Utilização equivocada do termo “*discricionariade*” como conceito único para as formas de autonomia pública

Buscando aprofundar a reflexão sobre o objeto em questão, procedeu-se à busca de relevantes trabalhos como fontes de pesquisa, examinando as informações por meio da leitura exploratória do material coletado acerca das subjetividades presentes na atuação do assistente social.

Observou-se que as obras produzidas que estudam a prestação do serviço social não diferenciam as formas de autonomia pública, mas apenas se referem ao termo “*discricionariade*” como um conceito único.

¹⁹ É comum a preocupação com a forma que é realizada a tomada de decisão de um administrador público, ante a crença dela ser realizada sem critérios objetivos ou até mesmo por interesses pessoais. A ausência de transparência pode resultar em uma perda de confiança nas instituições públicas.

Neste sentido, de acordo com Dworkin, DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, USA: Harvard University Press, 1977, a arbitrariedade representa uma violação do princípio da igualdade perante a lei, ou seja, a lei é essencial para uma sociedade democrática e não pode ser violada.

²⁰ *Ibidem*, p. 65.

²¹ Trata-se da autonomia que a Administração possui para fazer juízos de valor, avaliar fatos e circunstâncias, e tomar decisões dentro dos limites estabelecidos pela norma jurídica, a qual não pode ser confundida com arbitrariedade. A apreciatividade deve ser exercida de forma fundamentada, levando em consideração critérios objetivos, proporcionais e razoáveis.

Analisando o gerenciamento da implementação de políticas públicas, Roberto Pires traz um estudo²² para investigar o poder discricionário de burocratas da linha de frente²³ como um dilema entre controle e capacidade de ação do Estado.

No decorrer de seu trabalho, o autor esclarece que o tema foi tradicionalmente tratado como uma categoria residual por estudiosos, visto a aceitação das interpretações de Max Weber em relação à burocracia²⁴.

Resumidamente, a burocracia referia-se a um sistema de dominação que era legitimado pelas características de um líder ou pela tradição e em oposição a essas formas de dominação historicamente predominantes, descreveu-se a forma racional-legal de dominação como o poder baseado nas regras, e as características dessa organização racional-legal levaria um controle a opiniões individuais e desejos particulares²⁵

Assim, essa conceituação desenvolvida por Weber transforma os agentes em uma engrenagem pessoal e pré-organizada²⁶.

Mas apesar disso, estudos empíricos²⁷ concluíram que a autonomia pública, no artigo denominada apenas como discricionariedade, era inevitável, tendo em vista que frequentemente, as atividades corriqueiras desses burocratas divergem substancialmente dos conjuntos de condutas prescritos pela lei e por estatutos e normas organizacionais; e o comportamento dessas burocracias

²² PIRES, Roberto Rocha Coelho. Burocracia, discricionariedade e democracia: alternativas para o dilema entre controle do poder administrativo e capacidade de implementação, Cadernos Gestão Pública e Cidadania, v. 14, n. 24, jan./jun. 2009.

²³ Tal conceito será melhor abordado na seção subsequente do presente trabalho.

²⁴ WEBER, Max. Economy and society. New York: Bedminter Press, 1968.

²⁵ PIRES, op. cit, p.149-150.

²⁶ Ibidem, p. 150-151.

²⁷ O Referido autor, traz em sua obra (PIRES, Roberto Rocha Coelho. Burocracia, discricionariedade e democracia: alternativas para o dilema entre controle do poder administrativo e capacidade de implementação. Cadernos Gestão Pública e Cidadania, v. 14, n. 24, jan./jun. p.151, 2009.) a existência de estudos no campo da sociologia e do direito que enfatizaram a indispensabilidade da margem de apreciação, o qual denomina como discricionariedade. WILSON, J. Q. Varieties of police behavior: the management of law and order in eight communities. Cambridge: Harvard University Press, 1968; BITTNER, E. The police on skid row: a study of peace keeping. American Sociological Review, v. 32, n. 5, p. 699-715, 1967; BITTNER, E. Aspects of police work. Boston: Northeastern University Press, 1990; BROWN, M. Working the streets: police discretion and the dilemmas of reform. New York: Sage, 1981; VAN MAANEN, J. The asshole. In: MANNING, P.; VAN MAANEN, J. (Eds.) Policing a view from the street. 1978. p. 221-238.

variava significativamente entre si, assim como variava o comportamento de agentes e unidades no interior das mesmas organizações²⁸.

No mesmo sentido, Vera Nogueira e Mariana Sauer constroem um estudo para analisar a gestão social na prática²⁹.

As referidas autoras defendem a existência de uma dificuldade em determinar o que seria matéria específica no âmbito do serviço social, o qual tem uma autonomia relativa na forma como irá conduzir os seus atendimentos.

A falta de delimitação precisa do que seria o *campus* destes profissionais, contribui para a discricionariedade³⁰ e também para a autonomia do Assistente Social que, amparado em seu Código de Ética, poderá orientar eticamente suas ações³¹.

As autoras observam que o foco de intervenção das políticas públicas, em especial as sociais, é sempre alternado por diversas demandas e singularidades, que expressam as condições sócio-históricas, em uma dada realidade, o contexto das famílias e indivíduos com os quais se trabalha³².

Desta forma, trazem o seu posicionamento de que o assistente social não deve se render ao automatismo, ele deve sempre observar a singularidade e peculiaridade de cada caso na sua atuação profissional³³.

Nesse mesmo contexto, Gabriela Lotta³⁴ se utiliza do conceito único de discricionariedade para se referir a margem de atuação dos responsáveis diretos de um serviço ao cidadão, a qual é denominada de *street level bureaucracy*, na tradução livre, burocratas de nível de rua³⁵.

²⁸ PIRES, op. cit, p. 151.

²⁹ SAUER, Mariane; NOGUEIRA, Vera Maria. A efetividade da gestão social e a prática do assistente social na Proteção Social Especial de Média Complexidade / The effectiveness of social management and the practice of the social worker in the Special Social Protection of Medium Complexity. *Textos & Contextos* (Porto Alegre), [S. l.], v. 15, n. 2, p. 450–458, 2016.

³⁰ Novamente, pode-se perceber a utilização do termo discricionariedade como única maneira de se apontar uma margem na atuação do profissional.

³¹ SAUER, et al, op. cit, p. 453.

³² SAUER, op. cit., loc. cit.

³³ *Ibidem*, p. 456-457.

³⁴ LOTTA, Gabriela Spanghero. O papel das burocracias do nível da rua na implementação de políticas públicas: entre o controle e a discricionariedade. In: FARIA, Carlos Aurélio P. (Org.). *Implementação de políticas públicas: teoria e prática*. Belo Horizonte: PUC/MG, 2012, p. 20-49.

³⁵ *Ibidem*, p. 48.

Defende-se a existência de uma subjetividade, a qual traz referência apenas a discricionariedade, no exercício e na produção de rotinas que constituem uma política pública, tendo em vista que as decisões dos profissionais estão ligadas diretamente com a sua implementação ou não.

Trazendo referência aos trabalhos de Michael Lipsky³⁶, a autora compactua com o entendimento de que existem três elementos cruciais na identificação de subjetividades, a qual denomina de discricionariedade, a saber: a derivação do conhecimento profissional; a multiplicidade de regras que são modificadas constantemente; e a autonomia relativa da autoridade organizacional ser relacionada a elementos que acabam dificultando a supervisão da decisão tomada³⁷.

Em seu desfecho, a autora aborda que a discricionariedade, ou melhor, a subjetividade, do burocrata de nível de rua, está relacionada a características dos espaços em que as decisões são tomadas, havendo assim, uma necessidade e possibilidade de margem de atuação, uma vez que os serviços requerem respostas a circunstâncias complexas e específicas, bem como pelo agente da linha de frente tornar possível a prestação de seu serviço³⁸.

Conforme a exposição da literatura encontrada, pode-se perceber que os autores abordam as subjetividades da atuação do assistente social com o termo central de discricionariedade.

2. Assistente Social e sua atuação como agente de linha de frente

Adentrando no profissional da Administração Pública a ser estudado, verifica-se que o assistente social é habilitado para exercer a sua função quando possuir diploma em curso de graduação em Serviço Social³⁹.

³⁶ LIPSKY, Michael. Street-level bureaucracy: dilemmas of the individual in public services. Nova York: Russel Sage Foundation, 2010.

³⁷ LOTTA, op. cit., loc. cit.

³⁸ LOTTA, op. cit., p. 60-61.

³⁹ A Lei nº 8.662, de 7 de junho de 1993 dispõe sobre a profissão de Assistente Social e dá outras providências.

Art. 2º Somente poderão exercer a profissão de Assistente Social:

I - os possuidores de diploma em curso de graduação em Serviço Social, oficialmente reconhecido, expedido por estabelecimento de ensino superior existente no País, devidamente registrado no órgão competente;

II- os possuidores de diploma de curso superior em Serviço Social, em nível de graduação ou equivalente, expedido por estabelecimento de ensino sediado em países estrangeiros,

O assistente social visa a promoção do bem-estar social e a defesa dos direitos dos cidadãos, em diferentes áreas, como saúde, educação, assistência social e justiça⁴⁰, assim, exerce sua profissão de forma mais abrangente.

Atuando em contato direto com os cidadãos, sendo na sua individualização ou na coletividade, como famílias ou comunidades em situação de vulnerabilidade⁴¹, o assistente social assume um papel proativo e direto na identificação e enfrentamento de questões sociais de desigualdade. Identificado como agente da linha de frente, tal profissional fornece suporte emocional, orientação e encaminhamento para os serviços sociais necessários.

Desta forma, utilizando-se das obras já mencionadas, passa-se a conceituar o assistente social como um burocrata da linha de frente, burocrata

conveniada ou não com o governo brasileiro, desde que devidamente revalidado e registrado em órgão competente no Brasil;

III - os agentes sociais, qualquer que seja sua denominação com funções nos vários órgãos públicos, segundo o disposto no art. 14 e seu parágrafo único da Lei nº 1.889, de 13 de junho de 1953.

Parágrafo único. O exercício da profissão de Assistente Social requer prévio registro nos Conselhos Regionais que tenham jurisdição sobre a área de atuação do interesse nos termos desta lei.

⁴⁰ Loc. cit.

⁴¹ Em relação à vulnerabilidade, é importante destacar que a Lei nº 12.435, de 6 de julho de 2011, a qual alterou a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, traz a organização das proteções sociais no seu Art.6º-C, apontando-se a sua redação. Art. 6º-C. As proteções sociais, básica e especial, serão ofertadas precipuamente no Centro de Referência de Assistência Social (Cras) e no Centro de Referência Especializado de Assistência Social (Creas), respectivamente, e pelas entidades sem fins lucrativos de assistência social de que trata o art. 3º desta Lei.

§ 1º O Cras é a unidade pública municipal, de base territorial, localizada em áreas com maiores índices de vulnerabilidade e risco social, destinada à articulação dos serviços socioassistenciais no seu território de abrangência e à prestação de serviços, programas e projetos socioassistenciais de proteção social básica às famílias.

§ 2º O Creas é a unidade pública de abrangência e gestão municipal, estadual ou regional, destinada à prestação de serviços a indivíduos e famílias que se encontram em situação de risco pessoal ou social, por violação de direitos ou contingência, que demandam intervenções especializadas da proteção social especial.

§ 3º Os Cras e os Creas são unidades públicas estatais instituídas no âmbito do Suas, que possuem interface com as demais políticas públicas e articulam, coordenam e ofertam os serviços, programas, projetos e benefícios da assistência social.

de nível de rua, ou *street-level bureaucrats*, visto o mesmo ser responsável pela entrega direta de políticas e serviços públicos aos cidadãos⁴².

Tal conceito foi empregado inicialmente por Michael Lipsky⁴³ identificando que os profissionais da administração pública atuam em contato direto com os cidadãos e por tal motivo, são responsáveis pela implementação de políticas públicas⁴⁴. Esses burocratas possuem uma margem nas suas atividades diárias, por serem situações complexas e imprevisíveis, devendo haver uma adaptação às necessidades dos beneficiários dos serviços públicos.

Enquanto o conceito de burocrata de nível de rua pode abranger vários profissionais, a depender do contexto e das políticas públicas implementadas, identifica-se que o assistente social tem conhecimento especializado nas questões relacionadas ao bem-estar de indivíduos e de toda a comunidade. Assim, o assistente social é um burocrata de nível de rua específico na assistência às pessoas em situações de vulnerabilidade, visto a sua particularidade em ter uma perspectiva específica para melhorar a vida das pessoas afetadas por políticas públicas.

O assistente social passa a ter suas subjetividades imbuídas na posição e área que o mesmo passa a exercer. Utilizando-se da obra de Jacqueline Marques, pode-se verificar um modelo de gestão, ou seja, o momento da implementação da tomada de decisão⁴⁵.

Considerando que a decisão de implementação de uma política pública é adequada pela atuação dos burocratas de nível de rua, a referida autora buscou estudar a existência de modelos, em um primeiro momento, identificou o modelo denominado de *top-down*, visto a sua implementação ocorrer na atuação de um burocrata de alto nível que chefiam os que estão em um nível mais abaixo. A tomada de decisão, seria, portanto, uma relação direta da definição de uma política com a sua posterior implementação⁴⁶.

⁴² PIRES, op. cit, p. 151-152.

⁴³ LIPSKY, op. cit.

⁴⁴ Política pública é um termo para se referir às ações, decisões e diretrizes adotadas por autoridades públicas no enfrentamento de questões sociais, econômicas ou políticas.

⁴⁵ MARQUES, Jacqueline. A análise do ciclo das políticas: uma ferramenta para Assistentes Sociais. Revista Temas Sociais, n. 2, p. 31-53, 2022.

⁴⁶ MARQUES, op. cit., p. 40-41.

Como o modelo *top-down* foi criticado, sobreveio o modelo *bottom-up*, o qual concentrava a decisão no momento concreto de sua implementação, não nas estruturas pré-estabelecidas⁴⁷.

Partindo-se dessas conceituações, verifica-se que os modelos de gestão, dentre eles, o *top-down* e o *bottom-up*, referem-se a abordagens distintas na implementação das decisões dos burocratas de nível de rua.

Após a abordagem fornecida pela Jacqueline Marques, pode-se perceber que o modelo *top-down* ocorre quando uma autoridade hierárquica realiza a tomada de decisão no topo da estrutura organizacional e posteriormente, o burocrata de nível de rua realiza a sua implementação.

O modelo seguinte, *bottom-up*, ocorre na participação e contribuição dos burocratas de nível de rua no processo de tomada de decisão, o qual tem a oportunidade de empregar os seus conhecimentos e experiências locais para a realização de uma solução mais adequada àquela realidade singular e em consequência, na implementação de política pública.

Importante esclarecer que as diferenciações de tais modelos serão verificadas no apontamento do enunciado normativo que se pretende estudar, justificando a sua abordagem conceitual em um primeiro momento.

3. Enunciado normativo

Antes de apontar o enunciado normativo, objeto do presente trabalho, é importante salientar que o interesse público não deve ser compreendido como uma reunião de todos os interesses individuais, mas como a satisfação de um bem comum⁴⁸.

Assim, o interesse público é expressado pela satisfação de um interesse geral, devendo o Estado, atribuir poderes para tanto e o Administrador público atua visando uma finalidade jurídica⁴⁹.

De maneira ampla, o legislador confere à Administração Pública a competência de definir os elementos para possibilitar o exercício de seus atos, sempre com a finalidade de um interesse público⁵⁰.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 42.

⁴⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, p.12, 1998.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 26-27.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 32.

No presente estudo, pretende-se observar a subjetividade do assistente social na internação compulsória, visto no enunciado normativo do Art. 23-A, §3 da Lei nº 13.840/2019 possibilitá-la quando o dependente químico não tiver familiares, *in verbis*:

Art. 23-A. O tratamento do usuário ou dependente de drogas deverá ser ordenado em uma rede de atenção à saúde, com prioridade para as modalidades de tratamento ambulatorial, incluindo excepcionalmente formas de internação em unidades de saúde e hospitais gerais nos termos de normas dispostas pela União e articuladas com os serviços de assistência social e em etapas que permitam:

(...)

§ 3o São considerados 2 (dois) tipos de internação:

I - internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do dependente de drogas;

II - internação involuntária: aquela que se dá, sem o consentimento do dependente, a pedido de familiar ou do responsável legal ou, na absoluta falta deste, de servidor público da área de saúde, da assistência social ou dos órgãos públicos integrantes do Sisnad, com exceção de servidores da área de segurança pública, que constate a existência de motivos que justifiquem a medida.

(...)

§ 5o A internação involuntária:

I - deve ser realizada após a formalização da decisão por médico responsável;

II - será indicada depois da avaliação sobre o tipo de droga utilizada, o padrão de uso e na hipótese comprovada da impossibilidade de utilização de outras alternativas terapêuticas previstas na rede de atenção à saúde;

III - perdurará apenas pelo tempo necessário à desintoxicação, no prazo máximo de 90 (noventa)

dias, tendo seu término determinado pelo médico responsável;

IV - a família ou o representante legal poderá, a qualquer tempo, requerer ao médico a interrupção do tratamento.

§ 6o A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes.

Com a sua simples leitura, observa-se que na falta de familiar de um dependente químico, o assistente social deve agir, o qual pode ser identificado como o modelo de gestão *top-down*, ante o burocrata da linha de frente apenas realizar a implementação da política pública já estabelecida.

Tal enunciado normativo determinou uma condição específica para a internação compulsória de dependentes químicos sem família, em que o assistente social, ao formular seu parecer ao deparar-se com tal situação, deve considerar todas as particularidades do caso, buscando medidas de tratamento, como o acolhimento ou a internação, visando a reintegração do dependente na sociedade.

Por outro lado, há subjetividades presentes, verificando o conceito jurídico indeterminado diante de algumas situações, quais sejam: a impossibilidade de contato com a família que pode ser confundida com a “*falta deste*”, tratamentos anteriores ineficazes e alternativas de tratamento ambulatorial esgotadas.

Em mesmo sentido, verifica-se a existência de outros elementos envolvidos na atuação do assistente social, dentre eles: a avaliação das condições sociais e emocionais do dependente, a identificação dos fatores desencadeadores do uso de substâncias químicas, a análise da motivação para buscar ajuda e outras possíveis considerações das necessidades específicas de cada dependente químico. Assim, também é possível a identificação do modelo de gestão *bottom-up*, uma vez o assistente social ter a possibilidade de realizar uma solução mais adequada ao caso concreto, se baseando nos seus conhecimentos técnicos.

Ante tais considerações introdutórias, passa-se a destrinchar as subjetividades encontradas na atuação do assistente social ao verificar o

enquadramento de uma situação que pode ser tipificada na hipótese prevista pelo art. 23-A, §3 da Lei nº 13.840/2019.

3.1 Liberdade de Conformação

A espécie de subjetividade em comento permite que o legislador, na sua função própria de legislar, tome decisões políticas e jurídicas ao definir os direitos e obrigações que serão impostos aos indivíduos, bem como as instituições.

No Art. 23-A, §3, inc. II da Lei nº 13.840/2019, pode-se perceber a ocorrência da liberdade de conformação ao estabelecer critérios e requisitos que serão observados pelo servidor público da área de saúde na aplicação da internação compulsória de dependentes químicos que excepcionalmente não possuem família.

Desse modo, permite-se ao legislador considerar os princípios de proteção à saúde e integridade do dependente, com adequação às demandas sociais e tratamento condizente.

Observa-se que após a identificação do enunciado normativo, foi fundamental compreender a liberdade de conformação para a identificação dos tipos de internação previstos para em seguida, analisar a atuação do assistente social na hipótese específica da internação compulsória, vislumbrando reconhecer as outras subjetividades na sua atuação.

3.2 Tipos de Internação

Com a observância do enunciado normativo, faz-se necessário, neste momento, apresentar as diferentes modalidades de internação⁵¹.

A internação voluntária, regulamentada pela Lei nº 10.216/2001⁵², ocorre quando o dependente químico, dando o seu consentimento de forma livre

⁵¹ O termo internação é definido como um atendimento que consiste na admissão de um paciente para ocupar um leito hospitalar, ou uma clínica, por um período igual ou maior a 24 horas. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Padronização da nomenclatura do censo hospitalar. 2.ed. Revista Brasília: Ministério da Saúde, p. 11, 2002.

⁵² A Lei nº 10.216/2001 traz o modelo assistencial em saúde mental, enquadrando o dependente químico, dispondo ainda, sobre os conceitos de cada internação psiquiátrica, vejamos: Art. 6º A internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos.

e consciente, decide buscar tratamento para a sua dependência e aceita ser internado em uma instituição de saúde, ou até mesmo, em um centro de reabilitação.

De modo oposto, a internação involuntária, também prevista na Lei nº 10.216/2001, ocorre quando não há consentimento do dependente químico, mas o requerimento pode ser realizado por um familiar, seu representante legal, ou ainda, por um profissional de saúde, desde que preenchidos os requisitos legais⁵³, como a formulação de um laudo médico e a comunicação à autoridade sanitária competente.

Na terceira e última hipótese, tem-se a internação compulsória, a qual acontece com ou sem o consentimento do dependente químico a ser internado em uma instituição de saúde ou centro de reabilitação, diferenciando-se das demais por ser determinada por ordem judicial⁵⁴.

Desta forma, o objeto de estudo em questão, ocorre de forma excepcional, mediante evidências de comprometimento da saúde do próprio dependente ou de terceiros e quando as outras formas de tratamento existentes não forem mais eficazes.

Parágrafo único. São considerados os seguintes tipos de internação psiquiátrica:

I - internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do usuário;

II - internação involuntária: aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro; e

III - internação compulsória: aquela determinada pela Justiça.

Art. 7º A pessoa que solicita voluntariamente sua internação, ou que a consente, deve assinar, no momento da admissão, uma declaração de que optou por esse regime de tratamento.

Parágrafo único. O término da internação voluntária dar-se-á por solicitação escrita do paciente ou por determinação do médico assistente.

⁵³ BRASIL. Poder Executivo. Lei nº 10216/2001. Art. 8º A internação voluntária ou involuntária somente será autorizada por médico devidamente registrado no Conselho Regional de Medicina - CRM do Estado onde se localize o estabelecimento.

§ 1º A internação psiquiátrica involuntária deverá, no prazo de setenta e duas horas, ser comunicada ao Ministério Público Estadual pelo responsável técnico do estabelecimento no qual tenha ocorrido, devendo esse mesmo procedimento ser adotado quando da respectiva alta.

§ 2º O término da internação involuntária dar-se-á por solicitação escrita do familiar, ou responsável legal, ou quando estabelecido pelo especialista responsável pelo tratamento.

⁵⁴ Ibidem. Art. 9º A internação compulsória é determinada, de acordo com a legislação vigente, pelo juiz competente, que levará em conta as condições de segurança do estabelecimento, quanto à salvaguarda do paciente, dos demais internados e funcionários.

Verifica-se que a legislação vigente é a Lei nº 13.840/2019 a qual estipula em seu Art. 23-A a hipótese de internação compulsória.

3.3 Atuação do Assistente Social na Internação Compulsória

A atuação do assistente social na internação compulsória de um dependente químico envolve funções e responsabilidades específicas, em conformidade com diplomas legais⁵⁵ e orientações do próprio Conselho Federal de Serviço Social, em especial, o Código de Ética Profissional.

Seu papel desenvolvido é fundamental para a garantia do bem-estar do dependente durante todo o processo de internação, atuando com base nos princípios da liberdade, da justiça social e da equidade, em conformidade com as orientações específicas descritas pelo Código de Ética Profissional do assistente social.

Dentre as orientações do Conselho Federal do Serviço Social na atuação do assistente social na internação compulsória de dependentes químicos, destacam-se: a promoção à dignidade do dependente químico, a participação do dependente e de sua família, quando existente, nas decisões relacionadas ao tratamento, a avaliação cuidadosa do caso, a busca por alternativas à internação compulsória como a título exemplificativo, acolhimento institucional ou tratamento ambulatorial e a promoção de articulações com outros profissionais visando um maior cuidado.

⁵⁵ As normas jurídicas que regem o profissional de assistência social podem ser indicadas pelos seguintes diplomas: Lei nº 8.662, de 7 de junho de 1993, que dispõe sobre a profissão de Assistência Social e dá outras providências; a Lei nº 12.317, de 26 de agosto de 2010, a qual acrescenta a Lei nº 12.317/2010; a Resolução do Conselho Federal do Serviço Social n. 273/93 que instituiu o Código de Ética Profissional da/o Assistente Social, documento que norteia as ações e a atuação das (dos) Assistentes Sociais em todo o Brasil; a CRFB em seu Art. 194 e 204 ao dispor a respeito da Seguridade Social; Resolução do Conselho Federal do Serviço Social n. 512/2007 que Reformula as normas gerais para o exercício da Fiscalização Profissional e atualiza a Política Nacional de Fiscalização; a Lei nº 12.435, de julho de 2011 a qual altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social e a Lei nº 13.840, de 5 de junho de 2019, a qual altera as Leis nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, 7.560, de 19 de dezembro de 1986, 9.250, de 26 de dezembro de 1995, 9.532, de 10 de dezembro de 1997, 8.981, de 20 de janeiro de 1995, 8.315, de 23 de dezembro de 1991, 8.706, de 14 de setembro de 1993, 8.069, de 13 de julho de 1990, 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e 9.503, de 23 de setembro de 1997, os Decretos-Lei nº 4.048, de 22 de janeiro de 1942, 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas e as condições de atenção aos usuários ou dependentes de drogas e para tratar do financiamento das políticas sobre drogas.

A sua atuação no caso analisado pelo presente estudo está embasada em diplomas legais como a Lei nº 13.840/2019, nas orientações do Conselho Federal do Serviço Social e demais diretrizes que garantem um papel essencial no tratamento do dependente químico que não tem família e encontra-se internado compulsoriamente.

3.4 Conceito jurídico indeterminado quanto aos critérios

No enunciado normativo do Art. 23-A, §3, inc. II da Lei nº 13.840/2019, o assistente social se depara com conceitos jurídicos indeterminados, haja vista expressões possuírem sentido aberto, o que exige uma interpretação por parte do profissional, quais sejam: “absoluta falta de família, insuficiência de recursos extra-hospitalares e impossibilidade de utilização de outras alternativas terapêuticas”

Assim, descreve-se a seguinte situação que permite a internação compulsória, *in verbis*:

“II - internação involuntária: aquela que se dá, sem o consentimento do dependente, a pedido de familiar ou do responsável legal ou, na absoluta falta deste, de servidor público da área de saúde, da assistência social ou dos órgãos públicos integrantes do Sisnad, com exceção de servidores da área de segurança pública, que constate a existência de motivos que justifiquem a medida.

(...)

§ 5o A internação involuntária:

I - deve ser realizada após a formalização da decisão por médico responsável;

II - será indicada depois da avaliação sobre o tipo de droga utilizada, o padrão de uso e na hipótese comprovada da impossibilidade de utilização de outras alternativas terapêuticas previstas na rede de atenção à saúde;

III - perdurará apenas pelo tempo necessário à desintoxicação, no prazo máximo de 90 (noventa)

dias, tendo seu término determinado pelo médico responsável;

IV - a família ou o representante legal poderá, a qualquer tempo, requerer ao médico a interrupção do tratamento.

§ 6º A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes”(Grifos nossos).

Pode-se identificar no enunciado acima três conceitos jurídicos indeterminados.

O conceito de “*absoluta falta de família*” pode variar dependendo da circunstância de cada caso, uma vez envolver a ausência de familiares vivos ou até mesmo conhecidos, bem como a impossibilidade de estabelecer uma comunicação efetiva com a família do dependente químico.

O segundo conceito jurídico indeterminado é verificado pela definição de “*insuficiência e recursos extra-hospitalares*” poder variar, ou seja, podendo ser relacionado com a duração dos recursos disponíveis ou até mesmo pela adesão do paciente em não ter um resultado satisfatório obtido após avaliação clínica dos profissionais.

O último conceito jurídico indeterminado encontrado está relacionado à definição de “*impossibilidade de utilização de outras alternativas terapêuticas*”, visto que o referido conceito pode se referir ao esgotamento de todas as opções terapêuticas já tentadas, ou envolver a falta de recursos ou serviços.

Desta forma, havendo conceitos jurídicos indeterminados, o assistente social é quem avalia o conteúdo da norma para a internação compulsória, interpretando e aplicando os conceitos de forma adequada a cada caso, utilizando todo o seu conhecimento técnico e princípios éticos e legais.

3.5 Zona de incerteza jurídica

Dentro da hipótese normativa estudada, foi possível identificar a existência de zona de incerteza jurídica em relação aos três conceitos jurídicos indeterminados, a saber: “*absoluta falta de família, insuficiência de recursos*

extra-hospitalares e impossibilidade de utilização de outras alternativas terapêuticas”.

A zona de incerteza jurídica ocorre quando a lei não estabelece critérios claros e objetivos na delimitação exata do que cada expressão significa.

Assim, o assistente social pode se deparar com a situação do dependente químico ter um familiar, mas sendo o contato dificultado por distâncias ou até mesmo por conflitos familiares, o profissional pode enquadrar tal situação na hipótese de “*absoluta falta de família*”.

Portanto, a zona de incerteza jurídica pode surgir quando há a possibilidade de diferentes interpretações possíveis pela falta de precisão na situação específica apontada na norma.

Outra zona de incerteza pode ser encontrada nos conceitos jurídicos indeterminados de “*insuficiência de recursos extra-hospitalares e impossibilidade de utilização de outras alternativas terapêuticas*”, tendo em vista que pode ocorrer a internação compulsória quando os recursos não estiverem mais disponíveis, ou até mesmo pela não obtenção de sucesso em tratamentos anteriores, sejam eles terapêuticos ou extra-hospitalares.

Desta forma, os profissionais podem encontrar dificuldades para definir quando um tratamento anterior não foi considerado eficaz visto a amplitude de variação de resultados pela complexidade da dependência química.

Assim, para que o assistente social consiga lidar com todas essas zonas de incertezas, o mesmo buscará a individualização de cada caso, avaliando fatores para a tomada de sua decisão, aplicando o que é mais consistente e justo para a norma e as fontes do direito.

3.6 Apreciatividade ao formular parecer sobre à internação compulsória

A apreciatividade administrativa pode ser encontrada na justificativa do assistente social em formular um parecer quanto à internação compulsória de um dependente químico que não tem um familiar, visto a existência de critérios interpretativos relacionados à sua avaliação profissional, experiência e julgamento ético.

Importante esclarecer que não há um modelo definido para a elaboração do documento, mas existem pontos fundamentais que devem ser

inseridos, tais como: identificação do sujeito, situação em que foi encontrado, descrição da entrevista ou visita domiciliar⁵⁶.

Com essa análise, o profissional poderá expressar a sua opinião em relação aos encaminhamentos sugeridos que melhor se adequem ao caso⁵⁷.

Desta forma, o assistente social pode levar em consideração o fator da gravidade da dependência química, a ausência de suporte familiar e a falta de alternativas de tratamento eficazes.

A sua avaliação subjetiva pode ser observada quando o assistente social julga a internação compulsória como a medida mais adequada para garantir a saúde e segurança do dependente.

Neste seguimento, quando o documento técnico é elaborado, leva-se em consideração a peculiaridade de cada dependente químico, diante do conjunto de informações coletadas, evidenciando-se a apreciatividade do servidor da linha de frente em indicar uma política pública específica.

A apreciatividade administrativa, portanto, ocorre quando o assistente social embasar os seus conhecimentos técnicos, princípios éticos e normas legais para considerar o dependente químico como apto a internação compulsória, com base em análise criteriosa, buscando o melhor interesse do dependente.

3.7 Apreciatividade: margem de livre escolha de qual dependente químico será abordado

A margem de livre escolha existente na apreciatividade, está relacionada à capacidade do assistente social em exercer o seu julgamento profissional e ético na tomada de decisão.

Desta forma, cabe apontar que quando o assistente social aborda um dependente químico, etapa anterior a verificação de enquadramento do enunciado normativo, também são encontrados elementos de subjetividade.

Em relação ao tratamento dos usuários de droga que moram na rua, é importante mencionar a existência das comunidades terapêuticas, em que os profissionais das equipes multidisciplinares se dirigem ao encontro desses usuários expondo motivações para a sua recuperação.

⁵⁶ MIOTO, Regina Célia Tamaso. Estudos Socioeconômicos. In: CFESS. Serviço social: direitos sociais e competências profissionais. Brasília: CFESS/ABEPSS, p. 15, 2009.

⁵⁷ MIOTO, loc. cit.

Por outro lado, existem críticas a essa abordagem e Daniel Madeira⁵⁸ defende seu posicionamento de que na hipótese da ocorrência da internação compulsória, há uma evidente política higienista, pois tais ações são acentuadas em eventos esportivos internacionais, como Copa do Mundo e Jogos olímpicos.

Outra crítica está relacionada a essa modalidade de abordagem ser realizada visando um único público alvo, que é a população de rua com dependência química e assim, não amparam os outros dependentes que não se encontram morando na rua⁵⁹.

Neste cenário, no momento da abordagem, o assistente social pode se deparar com diferentes circunstâncias, além da disposição do dependente químico em participar do tratamento.

A primeira delas é a avaliação das condições sociais e emocionais do dependente, para identificar os fatores que desencadeiam o uso de substâncias tóxicas como traumas ou uma questão relacionada à saúde mental, formulando uma melhor identificação daquele dependente.

Ainda, depara-se com a análise das necessidades específicas de cada dependente, como dificuldade em obter cuidados médicos, ausência de apoio habilitacional e familiar.

Verifica-se, portanto, a existência de apreciatividade do assistente social, seja no momento em decidir quem será abordado, bem como de quem será efetivamente internado, influenciados por sua experiência, conhecimento e julgamento profissional, na tentativa de promover uma melhora na qualidade de vida do dependente químico, ao enquadrá-lo no enunciado normativo do art. 23-A, §3, inc. II da Lei nº 13.840/2019.

Conclusões

O presente trabalho buscou estudar o enunciado normativo previsto pelo art. 23-A, §3, inc. II da Lei nº 13.840/2019 para identificar a existência de subjetividade do assistente social na internação compulsória de usuário de drogas.

⁵⁸ MADEIRA, Daniel Leão Hitzschky. A judicialização da internação compulsória dos usuários de crack à luz da hermenêutica Constitucional. Dissertação (Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional) - Fundação Edson Queiroz, Fortaleza, 2014.

⁵⁹ Ibidem, p. 35-38.

Para tanto, utilizou-se a pesquisa bibliográfica com apoio na técnica de análise de discurso, com execução de pesquisa de natureza qualitativa, com o fim exploratório e de tipo jurídico-comparativo dos documentos legislativos e normativos oficiais encontrados.

Com a intenção de compreender o objeto estudado, definiu-se três objetivos específicos.

No primeiro, com a investigação das formas de subjetividade, verificou-se, com apoio nos ensinamentos de André Saddy, que os representantes da Administração Pública, no exercício de suas funções, podem manifestar margem de vontade desdobradas em quatro formas.

Dentre elas, a discricionariedade administrativa ocorre na margem de liberdade que a Administração Pública possui para decidir em situações que não são regulamentadas em normas específicas, permitindo a escolha da melhor medida, a qual deve ser exercida dentro dos limites da legalidade, com a finalidade de atender o interesse público e observando os princípios da administração pública.

Já a liberdade de conformação, é compreendida como uma margem de liberdade normativo-regulamentares da Administração Pública em editar ou criar regras para a efetividade na gestão pública.

Em consequência, a margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados é referente a aplicação de conceitos que não possuem definição precisa, a qual não pode ser identificada como sinônimo para arbitrariedade, ante a sua realização ocorrer por critérios objetivos, sem interesses pessoais.

Ainda, a apreciatividade administrativa é encontrada quando se exerce uma tomada de decisão nos critérios interpretativos de uma norma jurídica, a qual deve ser exercida de forma fundamentada, levando em consideração critérios objetivos, proporcionais e razoáveis.

Depois, identificou-se o assistente social como agente da linha de frente, com estudo de fontes de pesquisa que identificam o referido profissional como burocrata de nível de rua ou burocrata da linha de frente, pela sua atuação ocorrer na entrega direta de políticas públicas e serviços públicos aos cidadãos e por seus conhecimentos serem relacionados ao bem-estar de toda a população.

Ainda, apresentou-se modelos de gestão *top-down* como uma tomada de decisão que é definida por um superior hierárquico a ser aplicada pelo burocrata de nível de rua e o modelo *bottom-up*, o qual é realizado na implementação de uma decisão pelo próprio agente da linha de frente.

Salientou-se que a utilização do termo “*discricionariiedade*” como conceito único para as formas de autonomia pública é equivocada, em conformidade com as quatro formas de subjetividades apresentadas anteriormente.

No último objetivo, com a descrição do enunciado normativo estudado, averiguou-se a existência de subjetividades, em especial, a apreciatividade na atuação do assistente social.

Sendo assim, afirma-se que é de livre apreciação do assistente social realizar a internação compulsória de usuário de drogas que não possui um familiar.

Com a sua leitura, foi possível identificar a existência de zona de incerteza jurídica em relação aos três conceitos jurídicos indeterminados, a saber: “*absoluta falta de família, insuficiência de recursos extra-hospitalares e impossibilidade de utilização de outras alternativas terapêuticas*”, os quais são determinados pelo enunciado normativo apontado como critério que permite a internação compulsória.

Assim, para lidar com todas as zonas de incertezas, o assistente social deverá avaliar os fatores para a tomada de sua decisão.

Ao formular uma decisão, a apreciatividade administrativa é encontrada ao passo que o profissional pode justificar no seu parecer favorável à internação compulsória, a existência de critérios interpretativos relacionados à sua avaliação profissional, observando a sua experiência e julgamento ético.

Em mesmo sentido, apresentou-se a existência de apreciatividade quando o assistente social escolhe qual dependente químico será abordado pelos consultórios de rua, em uma etapa anterior à realização do seu parecer.

Portanto, o assistente social, identificado como servidor da linha de frente, possui apreciatividade na internação compulsória de usuários de drogas.

Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 de outubro de 2023.

BRASIL. Poder Executivo. Lei nº 8.662, de 7 de junho de 1993. Dispõe sobre a profissão de Assistente Social e dá outras providências. Brasília, 7 de jun.

1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18662.htm. Acesso em: 24 de outubro de 2023.

BRASIL. Poder Executivo. Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Brasília, 06 abr. 2001. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110216.htm. Acesso em: 24 de outubro de 2023.

BRASIL. Poder Executivo. Lei nº 12.317, de 26 de agosto de 2010. Acrescenta a Lei n. 12.317/2010 Resolução do Conselho Federal do Serviço Social n. 273/93 e institui o Código de Ética Profissional da/o Assistente Social, documento que norteia as ações e a atuação das (dos) Assistentes Sociais em todo o Brasil. Brasília, 26 ago. 2010. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112317.htm. Acesso em: 24 de outubro de 2023.

BRASIL. Poder Executivo. Lei nº 12.435, de julho de 2011. Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social e a Lei nº 13.840, de 5 de junho de 2019 a qual altera as Leis nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, 7.560, de 19 de dezembro de 1986, 9.250, de 26 de dezembro de 1995, 9.532, de 10 de dezembro de 1997, 8.981, de 20 de janeiro de 1995, 8.315, de 23 de dezembro de 1991, 8.706, de 14 de setembro de 1993, 8.069, de 13 de julho de 1990, 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e 9.503, de 23 de setembro de 1997, os Decretos-Lei nos 4.048, de 22 de janeiro de 1942, 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas e as condições de atenção aos usuários ou dependentes de drogas e para tratar do financiamento das políticas sobre drogas. Brasília, 06 jun. 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112435.htm#:~:text=O%20benef%C3%ADcio%20de%20prest%C3%A7%C3%A3o%20continuada,la%20provida%20por%20sua%20fam%C3%ADlia. Acesso em: 24 de outubro de 2023.

BRASIL. Poder Executivo. Lei nº 13.840, de 5 de junho de 2019. Altera as Leis nºs 11.343, de 23 de agosto de 2006, 7.560, de 19 de dezembro de 1986, 9.250, de 26 de dezembro de 1995, 9.532, de 10 de dezembro de 1997, 8.981, de 20 de janeiro de 1995, 8.315, de 23 de dezembro de 1991, 8.706, de 14 de setembro de 1993, 8.069, de 13 de julho de 1990, 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e

9.503, de 23 de setembro de 1997, os Decretos-Lei nºs 4.048, de 22 de janeiro de 1942, 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas e as condições de atenção aos usuários ou dependentes de drogas e para tratar do financiamento das políticas sobre drogas. Brasília, 5 jun. 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13840.htm#:~:text=Art.%201%C2%BA%20Esta%20Lei%20altera,drogas%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs&contextual=1

Acesso em: 24 de outubro de 2023.

BRASIL. Conselho Federal do Serviço Social. Resolução do Conselho Federal do Serviço Social n. 512/2007. Reformula as normas gerais para o exercício da Fiscalização Profissional e atualiza a Política Nacional de Fiscalização. Brasília, 29 set. 2007. Disponível em: <https://www.cfess.org.br/arquivos/pnf.pdf>. Acesso em: 24 de outubro de 2023.

BECKER, Howard Saul. A Epistemologia da Pesquisa Qualitativa. In: Revista de Estudos Empíricos em Direito. vol. 1, n. 2, p. 184-198, jul, 2014.

DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. Cambridge, USA: Harvard University Press, 1977

EGER, Talita Jabs; et al. Entre “poderes” e “vulneráveis”: a fluidez das categorias de intervenção no processo de implementação do Programa Bolsa Família a partir de uma etnografia junto a assistentes sociais. Revista brasileira de Sociologia. v. 7, n. 15, jan./abr. 2019.

FRANÇA, Patrícia de Oliveira. Direito administrativo I: livro didático. Palhoça: UnisulVirtual, p. 39, 2014.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re) Pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática. 2a ed., Belo Horizonte: Del Rey, p. 21, 2006.

LIPSKY, Michael. Street-level bureaucracy: dilemmas of the individual in public services. New York: Russel Sage Foundation, 1980.

LOTTA, Gabriela Spanghero. O papel das burocracias do nível da rua na implementação de políticas públicas: entre o controle e a discricionariedade. In: FARIA, Carlos Aurélio P. (Org.). Implementação de políticas públicas: teoria e prática. Belo Horizonte: PUC/MG, 2012, p. 20-49.

MADEIRA, Daniel Leão Hitzschky. A judicialização da internação compulsória dos usuários de crack à luz da hermenêutica Constitucional.

Dissertação (Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional) - Fundação Edson Queiroz, Fortaleza, 2014.

MARQUES, Jacqueline. A análise do ciclo das políticas: uma ferramenta para Assistentes Sociais. Revista Temas Sociais, n. 2, p. 31-53, 2022.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Padronização da nomenclatura do censo hospitalar. 2.ed. Revista Brasília: Ministério da Saúde, p. 11, 2002.

MIOTO, Regina Célia Tamasso. Estudos Socioeconômicos. In:CFESS. Serviço social: direitos sociais e competências profissionais. Brasília: CFESS/ABEPSS, p. 1/17, 2009. Disponível em: https://www.academia.edu/31141232/LIVRO_COMPLETO_CFESS_Serviço_Social_Direitos_Sociais_e_Competicencias_Profissionais. Acesso em: 24 out. 2023.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1998.

NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro; SAUER, Mariane. A efetividade da gestão social e a prática do assistente social na Prestação Social Especial de Média Complexidade. Revista Textos & Contextos (Porto Alegre), v. 15, n. 2, p. 450-458, ago./dez. 2016. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/315062408_A_efetividade_da_gestao_social_e_a_pratica_do_assistente_social_na_Protecao_Social_Especial_de_Media_Complexidade_The_effectiveness_of_social_management_and_the_practice_of_the_social_worker_in_the_Sp. Acesso em: 17 jul. 2023.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. CID-10. Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde. 10 revisão. Organização Mundial de Saúde, 1997.

PIRES, Roberto Rocha Coelho. Burocracia, discricionariedade e democracia: alternativas para o dilema entre controle do poder administrativo e capacidade de implementação. Cadernos Gestão Pública e Cidadania, São Paulo, v. 14, n. 24, jan./jun. 2009. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/cgpc/article/view/44190/0>. Acesso em: 02 ago. 2023.

SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. Disponível em: https://www.academia.edu/41499866/APRECIATIVIDADE_E_DISCRICIONARIEDADE_ADMINISTRATIVA. Acesso em: 27 ago. 2023.

SADDY, André. Discricionariedade na área da saúde. André Saddy [at. al.]. Rio de Janeiro: CEEJ, 2020. Disponível em: https://www.academia.edu/42260961/Livro_Discricionariedade_na_%C3%A1rea_da_sa%C3%BAde. Acesso em: 01 set. 2023.

SAUER, Mariane; NOGUEIRA, Vera Maria. A efetividade da gestão social e a prática do assistente social na Proteção Social Especial de Média Complexidade / The effectiveness of social management and the practice of the social worker in the Special Social Protection of Medium Complexity. Textos & Contextos (Porto Alegre), [S. l.], v. 15, n. 2, p. 450–458, 2016. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fass/article/view/22604>. Acesso em: 15 jun. 2023.

SEVERINO, Antônio Joaquim. Metodologia do trabalho científico. 23 ed. São Paulo: Cortez, p. 121-122, 2007. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3480016/mod_label/intro/SEVERINO_O_Metodologia_do_Trabalho_Cientifico_2007.pdf. Acesso em: 01 set. 2023.

SOUZA, Antonio Francisco de. Os “conceitos legais indeterminados” do direito administrativo alemão. Revista de Direito Administrativo. [S.l.], v. 166, p. 276-291, 1986. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/45356>. Acesso em 10 ago. 2023.

WEBER, Max. Economy and society. New York: Bedminter Press, 1968. Disponível em: https://books.google.com.br/books/about/Economy_and_Society.html?id=rvHtAAAAMAAJ&redir_esc=y. Acesso em: 01 jun. 2023.

A ATUAÇÃO DO PROFISSIONAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL NO PROCEDIMENTO DE ADOÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES E AS SUAS SUBJETIVIDADES

Jorge A. Martins Filho

Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense - UFF. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDConst (2018). Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI (2015). Advogado - OAB/SC (2017). Contato: jorgemartinsfilho9@gmail.com

Sumário: INTRODUÇÃO; 1. ASPECTOS ESSENCIAIS DA ADOÇÃO E SEU PROCEDIMENTO; 2. A PARTICIPAÇÃO DO PROFISSIONAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL NO PROCEDIMENTO DE ADOÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES; 2.1. O profissional de assistência social; 2.2. A participação do profissional de assistência social no procedimento de adoção; 2.2.1 A elaboração de laudo técnico a respeito da capacidade e do preparo do pretendente para a adoção; 2.2.2 O encaminhamento da criança e do adolescente para a família substituta; 2.2.3 A elaboração de laudo técnico sobre a conveniência da adoção após estágio de convivência; 3. AS SUBJETIVIDADES DO PROFISSIONAL DA ASSISTÊNCIA SOCIAL NO PROCEDIMENTO DE ADOÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES; 3.1. A classificação dos atos administrativos; 3.2. As subjetividades dos assistentes sociais na adoção de crianças e adolescentes; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

A despeito dos diversos sentimentos envolvidos, a adoção consiste no resultado de um procedimento judicial. Não se trata de uma disputa entre diferentes partes e com pretensões distintas, como normalmente se vê em uma demanda judicial, mas ainda assim, para adotar e ser adotado é necessária a observância de um procedimento estabelecido na legislação federal e realizado perante o Poder Judiciário.

Ao analisar o procedimento de adoção, percebe-se o envolvimento de diferentes personagens, desde os pretendentes – aqueles que se interessam pela adoção e se colocam à disposição para ser a nova família da criança e/ou adolescente, a família substituta – até a própria criança ou adolescente adotado – oriundo de uma família natural que, por diferentes razões, não será mais responsável pelo seu crescimento e desenvolvimento.

Sendo um procedimento judicial, como dito, personagens do Poder Judiciário também se inserem no contexto da adoção. Naturalmente, como todo

processo judicial, a adoção é decidida por um(a) magistrado(a), que irá definir tanto sobre a capacidade dos pretendentes em ser a família substituta de determinada criança ou adolescente, como também irá decidir se a criança ou o adolescente encaminhado para determinada família, nela poderá permanecer, em definitivo, concretizando e finalizando a adoção.

Todavia, para fundamentar sua decisão e se convencer sobre como agir em cada caso, os magistrados precisam obter informações sobre os pretendentes bem como sobre as crianças e adolescentes. Para tanto, conta o Poder Judiciário com o serviço de equipe interdisciplinar, composta por diferentes profissionais, entre eles, os assistentes sociais.

A atuação específica dos assistentes sociais é que será objeto de estudo da presente pesquisa. São estes profissionais, em suma, os responsáveis pela análise técnica das condições dos pretendentes em assumirem a responsabilidade pelas crianças e adolescentes que pretendem adotar. Sua formação, também confere competência para acompanhar as crianças e os adolescentes, e opinar sobre a conveniência da família que recebe a criança e/ou o adolescente.

Como todo processo judicial, também a adoção deve ser pautada pela imparcialidade e se basear a partir de dados e percepções técnicas da realidade social dos pretendentes e das crianças e adolescentes encaminhados para adoção.

Neste sentido, espera-se que os pareceres dos profissionais de assistência social sejam devidamente fundamentados, e se orientem por aspectos técnicos, sem favorecimentos ou prejuízos indevidos.

Exatamente para se investigar como se dá a atuação dos profissionais de assistência social no âmbito da adoção de crianças e adolescentes é que se propõe o presente artigo, a fim de identificar em quais etapas do procedimento de adoção tal profissional interfere e qual grau de subjetividade lhe é confiado.

A partir, portanto, de diferentes previsões legais federais sobre o tema, bem como de doutrinas e orientações técnicas da classe, serão identificadas as subjetividades dos profissionais de assistência social, questionando-se a sua influência sobre o andamento do procedimento de adoção e os seus reflexos.

1. ASPECTOS ESSENCIAIS DA ADOÇÃO E SEU PROCEDIMENTO

Desde a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), o

procedimento para a adoção é revestido de formalidades que lhe conferem, sobretudo, a legalidade, a impessoalidade e a eficiência que devem orientar todos os atos administrativos. Além de ser assistida pelo Poder Público, como estabelece o § 5º do art. 227 do texto constitucional, a adoção obrigatoriamente deve cumprir aquilo que é estabelecido por lei para a sua efetivação.

Ao fazer referência sobre o dispositivo constitucional referido e destacar a adoção como um ato complexo e como uma matéria de interesse geral e de ordem pública, Carlos Roberto Gonçalves destaca:

A adoção não mais estampa o caráter contratualista de outrora, como ato praticado entre adotante e adotado, pois, em consonância com o preceito constitucional mencionado, o legislador ordinário ditará as regras segundo as quais o Poder Público dará assistência aos atos de adoção. Desse modo, como também sucede com o casamento, podem ser observados dois aspectos na adoção: o de sua formação, representado por um ato de vontade submetido aos requisitos peculiares, e o do status que gera, preponderantemente de natureza institucional¹.

Atualmente, a legislação que orienta os procedimentos de adoção nos seus principais aspectos é a Lei n.º 8.069/1990, conhecida popularmente como ECA, abreviação para Estatuto da Criança e do Adolescente. O art. 39 da referida legislação é claro ao estabelecer que “*A adoção de criança e de adolescente rege-se-á segundo o disposto nesta Lei*”.

O dispositivo legal mencionado (art. 39 do ECA) e outros da mesma legislação, foram incluídos pela Lei n.º 12.010/2009, conhecida como Lei da Adoção, que, nos termos do seu art. 1º, dispôs “sobre o aperfeiçoamento da sistemática prevista para garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes”.

Maria Berenice Dias, ao comentar as alterações verificadas na legislação que estabelece os procedimentos da adoção, critica os resultados da Lei da Adoção que, a seu ver, “em vez de agilizar a adoção, acabou por impor

¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. v. 6. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p 379-380.

mais entraves para sua concessão”, prejudicando o “direito à adoção de quem teve a desdita de não ser acolhido no seio de sua família biológica”².

Em diferentes dispositivos do ECA, a adoção também é mencionada. É o caso, por exemplo, do art. 28, que trata da colocação da criança ou adolescente em família substituta³ por meio tanto da adoção, como da guarda ou da tutela, garantindo o direito da criança e do adolescente – previsto no art. 19, *caput* – de ser criado e educado no seio da sua família, seja ela natural ou substituta.

As principais previsões do ECA relacionadas ao procedimento de adoção, contudo, encontram-se organizadas entre os artigos 39 e 52-D, que apresentam importantes aspectos do que representa a adoção e de como ela se desenvolve, e entre os artigos 197-A e 197-F, tratando mais especificamente sobre o procedimento de habilitação dos pretendentes à adoção.

Pode-se antever, pois, que para a concretização da adoção, é necessária a observação de um caminho, o qual é formado, essencialmente, a partir daquilo que foi estabelecido pelo legislador no ECA, de modo a dotar o procedimento de adoção de legalidade, impessoalidade e eficiência, esta última traduzida na busca das medidas mais adequadas para as crianças e adolescentes.

Também para destacar o aspecto impessoal do procedimento de adoção, e visando “a necessidade de racionalizar e aprimorar os bancos de dados, os cadastros e os sistemas do Conselho Nacional de Justiça que versam sobre acolhimento e adoção de crianças e adolescentes”, é que o referido órgão do Poder Judiciário, em agosto de 2019, publicou a Resolução nº 289, dispondo sobre a implantação e funcionamento do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento – SNA⁴.

O SNA, sistema *online* e de acesso público, permite a todo cidadão ter acesso aos dados atuais sobre o número de crianças e adolescentes que esperam por adoção, sobre o número de pretendentes, e outros dados correlatos, inclusive dividindo as informações pela região de interesse da pessoa que consulta o sistema.

É a partir do procedimento previsto no ECA e a partir do uso do SNA que se desenvolve a adoção, desde a habilitação daqueles que buscam ser pais

² DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 476 e 501.

³ Família substituta, registra-se, é aquela que, em oposição com a família natural, não é formada pelos genitores e seus filhos biológicos.

⁴ O SNA pode ser acessado pelo seguinte endereço eletrônico: www.cnj.jus.br/sna/.

e mães adotivos, até a inserção da criança e/ou do adolescente no novo contexto familiar.

Segundo síntese apresentada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)⁵, o procedimento da adoção deve observar nove etapas, as quais orientarão a continuidade da abordagem do tema, na intenção de se propor uma visão geral sobre o caminho que se deve percorrer entre o interesse pela adoção até a sua concretização.

A **primeira etapa** diz respeito à decisão pela adoção. Tratando-se do início do procedimento de adoção, esta etapa engloba, primeiramente, a reunião dos documentos básicos para que o pretendente possa pedir a habilitação, como cópias dos documentos de identidade; atestados de sanidade física e mental e certidão de antecedentes criminais. Estes e outros documentos são listados no art. 197-A do ECA.

Aqui, destacam-se algumas características do adotante, como por exemplo a exigência legal de ter no mínimo 18 anos (ECA, art. 42, *caput*); a diferença de no mínimo 16 (dezesesseis) anos entre o adotante e o adotado (ECA, art. 42, § 3º); não sendo exigido nenhum estado civil específico (ECA, art. 42, *caput*).

A **segunda etapa** está relacionada com a análise documental. Após a reunião dos documentos pelo interessado e apresentação do pedido, o processo⁶ de habilitação é direcionado ao Ministério Público. Conforme previsto no art. 197-B do ECA, o Ministério Público terá o prazo de 5 (cinco) dias para apresentar quesitos a serem respondidos pela equipe interprofissional, para requerer a designação de audiência para oitiva dos postulantes e testemunhas, e/ou para requerer a juntada de documentos complementares, além de outras diligências que entender necessárias.

Na sequência, a **terceira etapa** compreende a avaliação promovida pela equipe interprofissional a respeito da capacidade e do preparo do pretendente em adotar uma criança e/ou um adolescente. Esta etapa corresponde à previsão legal contida no art. 197-C do ECA, que prevê a participação obrigatória da equipe interprofissional no procedimento de habilitação para a adoção.

⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Como adotar uma criança no Brasil: passo a passo. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/passo-a-passo-da-adocao/>. Acesso em: 14/08/2023.

⁶ Embora tramite perante no Poder Judiciário, o processo para habilitação não tem caráter contencioso, mas meramente administrativo.

Nesta etapa, o profissional da assistência social, junto com os psicológicos que formam a equipe interprofissional, avaliam, por meio de estudo psicossocial, as motivações dos pretendentes, a realidade sociofamiliar, e, entre outros aspectos, a possibilidade da criança e/ou do adolescente ser recebido como um filho na dinâmica familiar⁷.

Adiante, na **quarta etapa** se prevê a participação do interessado em programa de preparação para a adoção, previsto no § 1º do art. 197-C do ECA. Segundo o dispositivo, o programa é oferecido pela Justiça da Infância e da Juventude, e a participação dos postulantes é obrigatória, a fim de que possam receber não apenas orientações sobre o procedimento de adoção, como também possam contar com preparação psicológica e, ainda, com o estímulo à adoção de crianças e adolescentes que costumam ser menos procurados, como o caso de grupo de irmãos, de crianças e adolescentes com deficiência, necessidades específicas ou doenças crônicas.

No § 2º do dispositivo legal antes referido (art. 197-C do ECA), encontra-se a possibilidade de que já neste programa de preparação haja contato dos interessados com as crianças e adolescentes que se encontram em acolhimento familiar ou institucional, sempre com a orientação, supervisão e avaliação da equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude.

Em seguida, o juiz proferirá decisão, na **quinta etapa** do procedimento de adoção, a partir da qual irá deferir ou não o pedido de habilitação para a adoção. O art. 197-D do ECA estabelece que a decisão judicial se dará após a participação do interessado no programa de preparação antes comentado, e após a juntada do estudo psicossocial. Caso tenham sido requeridas diligências pelo Ministério Público, a decisão judicial se dará após a análise de tais diligências e após a realização de eventual audiência de instrução.

A **sexta etapa** compreende a inserção do(s) interessado(s) no SNA, caso seja deferido o seu pedido de habilitação. Caso não seja deferido, o pedido poderá ser feito novamente, a partir de novo procedimento.

O art. 197-E do ECA prevê que após a inscrição no SNA, a convocação para a adoção observará a ordem cronológica da habilitação e se dará em conformidade com a disponibilidade de crianças ou adolescentes, observando-se o perfil estabelecido pelo interessado na adoção.

O interessado deverá renovar a avaliação feita pela equipe

⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Como adotar uma criança no Brasil: passo a passo. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/passo-a-passo-da-adoacao/>. Acesso em: 14/08/2023.

interprofissional a cada 3 (três) anos após a sua habilitação, até que ocorra a sua convocação para a adoção.

Na **sétima etapa** acontece o momento mais esperado pelos pretendentes à adoção: o dia em que são comunicados que uma criança ou adolescente foi indicada no SNA como compatível com as características que foram previamente estabelecidas de acordo com as possibilidades e as preferências dos pretendentes.

É nesta etapa em que a criança e/ou adolescente, ao corresponder ao perfil definido pelo(s) pretendente(s) lhe será direcionada pelo SNA, observada a ordem de classificação dos pretendentes.

Importa frisar que as razões pelas quais uma criança ou um adolescente é disponibilizado para adoção são as mais diversas. Maria Berenice Dias ressalta que “quando a convivência com a família natural se revela impossível ou é desaconselhável”, ou seja, “quando a família não o deseja ou não pode tê-lo consigo” a adoção se revela a melhor alternativa para o interesse da criança ou do adolescente, até porque, nas palavras da doutrinadora, “o filho não é uma “coisa”, um objeto de propriedade da família biológica”, por isso mais adequado que seja “entregue aos cuidados de quem sonha ter um”⁸.

Entre as principais razões para que uma criança ou adolescente seja encaminhado para adoção, encontra-se a entrega legal, procedimento previsto no art. 19-A do ECA, a partir do qual a mãe escolhe por entregar seu filho aos cuidados da Justiça da Infância e da Juventude.

Além da entrega legal, a criança ou o adolescente também pode ser encaminhado para adoção após denúncias promovidas pelos e perante os órgãos públicos⁹, que exigirão o acompanhamento e a fiscalização por parte dos profissionais competentes – especialmente da Justiça da Infância e da Juventude –, e poderão resultar na intervenção do Estado na família natural e posterior colocação da criança ou do adolescente em uma família substituta.

Independente da razão pela qual se rompe o vínculo com a família natural – “comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes” – é necessário, conforme adverte Flávio Tartuce, considerar que

⁸ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 476.

⁹ A título de exemplo, cita-se a possibilidade de denúncias de órgãos públicos como Secretarias de Saúde e de Educação, do Ministério Público, do Conselho Tutelar, e também de todo e qualquer cidadão a partir do Disque 100.

a adoção “somente será admitida se constituir reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”, o que decorre do art. 43 do ECA e deve ser observado, destaca o autor, tanto pelo Judiciário como pelo Ministério Público¹⁰.

Com a compatibilidade entre o perfil da criança e/ou do adolescente com o perfil definido pelo pretendente, será iniciado, na **oitava etapa**, o estágio de convivência. Este estágio pode durar o período de até 90 dias, conforme previsão do art. 46, *caput* do ECA, o qual também estabelece a sua obrigatoriedade na adoção.

Em obra que apresenta aspectos práticos e teóricos do procedimento de adoção, Hélio Ferraz de Oliveira anota que o estágio de convivência se desenvolve de forma gradativa. Explica o autor que a aproximação entre a criança ou adolescente e o(s) pretendente(s), inicia-se com visitas rápidas, passa por visitas de um dia inteiro, até serem realizados passeios e a criança ficar um final de semana com a nova família¹¹.

Ao final do estágio de convivência, o assistente social emitirá relatório a respeito da conveniência da adoção, nos termos do art. 46, § 4º do ECA.

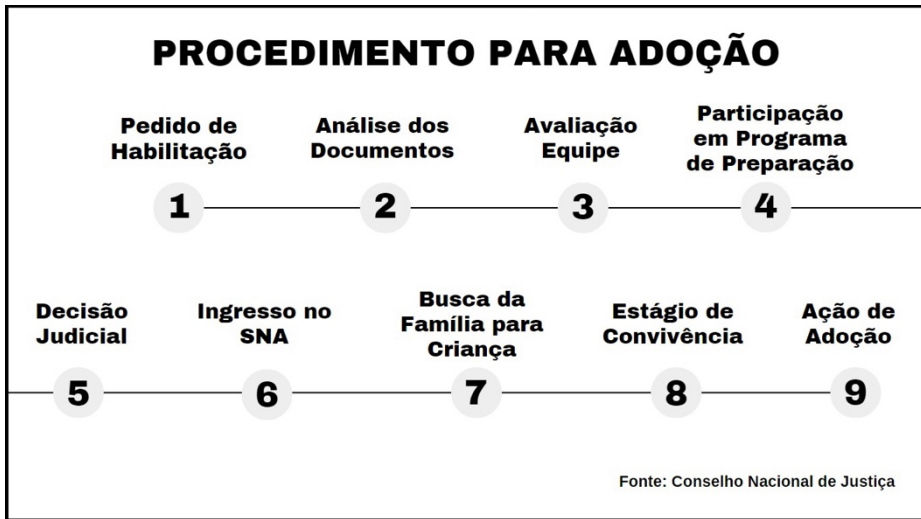
Por fim, na **nona etapa**, o procedimento da adoção é concluído com a propositura da ação de adoção, a qual deverá ser proposta até 15 (quinze) dias do término do estágio de convivência conforme prevê o § 7º do art. 19-A do ECA.

A ação de adoção deve ser finalizada em até 120 dias (ECA, art. 47, § 10) e resulta no novo registro de nascimento da criança e do adolescente, que a partir de então será integrante de uma nova família, sendo garantida a atualização documental, nos termos do § 1º e seguintes do art. 47 do ECA.

A título ilustrativo, apresenta-se a imagem abaixo, na qual são relacionadas cada uma das etapas do procedimento de adoção, organizadas em sequência, tal como um caminho a ser percorrido do início ao fim:

¹⁰ TARTUCE, Flávio. Direito civil: direito de família. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 564 e 573.

¹¹ OLIVEIRA, Hélio Ferraz de. Adoção: aspectos jurídicos, práticos e efetivos. São Paulo: Mundo Jurídico, 2017. p. 93-94.



Em diversas etapas antes referidas para o procedimento da adoção, nota-se o envolvimento do profissional de assistência social, ao qual incumbirá o acompanhamento do procedimento como um todo, sendo-lhe exigidas participações pontuais diretas a partir da emissão de pareceres, como se tratará melhor adiante.

2. A PARTICIPAÇÃO DO PROFISSIONAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL NO PROCEDIMENTO DE ADOÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

No caminho apresentado no item anterior, o qual deve ser percorrido para dotar de legalidade e impessoalidade o procedimento de adoção, vê-se, nas diferentes etapas, a participação do profissional de assistência social, por vezes mais diretamente, e por outras indiretamente.

Entre todas as etapas do procedimento de adoção, destacam-se as etapas três, sete e oito, por se verificar nelas o envolvimento direto dos assistentes sociais.

Antes, ainda, de tratar especificamente de cada uma destas etapas, impõe-se verificar algumas características do profissional que atua como assistente social.

2.1. O profissional de assistência social

O assistente social – na função específica que ora se analisa – é profissional vinculado ao Poder Judiciário (concurado). Junto com outros profissionais, tal como os psicólogos, o assistente social compõe a equipe interdisciplinar responsável pelas avaliações técnicas da Justiça da Infância e da Juventude.

A Lei n.º 8.662/1993 trata da profissão de assistente social, apresentando uma série de aspectos, entre os quais se destacam a exigência de graduação em Serviço Social (art. 2º, inc. I), a competência para “realizar estudos sócio-econômicos com os usuários para fins de benefícios e serviços sociais junto a órgãos da administração pública direta e indireta, empresas privadas e outras entidades” (art. 4º, inc. XI), e a existência do Conselho Federal de Serviço Social (CFESS) e dos Conselhos Regionais de Serviço Social (CRESS) como entidades a disciplinar e defender o exercício da profissão em todo o território nacional (art. 7º, *caput*).

Outro parâmetro de orientação do profissional de assistência social consiste no Código de Ética Profissional do/a Assistente Social, instituído pela Resolução CFESS n.º 273/1993. Tal regulamentação apresenta direitos e responsabilidades dos assistentes sociais (art. 2º e art. 3º); orienta a relação do profissional com a população (art. 5º); e estabelece direitos e vedações na relação entre os assistentes sociais e outros profissionais (art. 10 e art. 11), além de outras previsões.

Em recente publicação do CFESS sobre o perfil do profissional de assistente social, constatou-se a predominância de mulheres no exercício de tal profissão (92%), com aumento progressivo do gênero masculino, contudo. No aspecto religioso, poucos são os profissionais que não professam religião (12%), sendo aqueles que professam, na maioria católicos e evangélicos. Identificou-se, ainda, a crescente inserção de indígenas como assistentes sociais e, ainda, a maior parte de negras/pretas/pardas, que representam mais de 50% das profissionais. Acrescenta-se, da publicação antes referida¹²:

Portanto, sendo a profissão de Serviço Social o resultado de relações sociais contraditórias

¹² CFESS – Conselho Federal de Serviço Social. Perfil de assistentes sociais no Brasil: formação, condições de trabalho e exercício profissional. Brasília, 2022. p. 130.

engendradas pelo capitalismo tardio, ela é, ao mesmo tempo, um produto vivo de suas/seus trabalhadoras/es, do protagonismo individual e coletivo de profissionais organizadas/os a partir de um projeto ético-político que solda projeções e hegemoniza a direção social a ser impressa no trabalho. Esse relatório apresenta conhecimentos sistematizados que reafirmam alguns traços históricos, mas que revelam mudanças importantes, resultado que são de nossas escolhas coletivas e individuais, mas sempre determinadas, em última instância, pelas condições objetivas de nossas vidas e das relações sociais e de trabalho em que nos inserimos.

Feitas algumas considerações a respeito dos aspectos basilares sobre o profissional de assistência social, cumpre, na continuidade, tratar da sua relação específica com cada uma das etapas do procedimento de adoção apresentado no capítulo antecedente.

2.2. A participação do profissional de assistência social no procedimento de adoção

Inicialmente, na primeira das etapas, a qual diz respeito à reunião dos documentos necessários para a adoção, tem-se a atuação dos assistentes sociais em orientações iniciais aos interessados, quando estes procuram a Justiça da Infância e da Juventude e demonstram interesse pela adoção.

Na segunda etapa, igualmente se pode verificar uma participação do profissional de assistência social, especialmente quando este é intimado a prestar informações adicionais sobre os pretendentes à adoção, após questionamentos formulados pelo Ministério Público (art. 197-B do ECA).

A terceira etapa será comentada adiante, com maiores detalhes.

Na quarta etapa do procedimento de adoção, quando os pretendentes participam de programa de preparação oferecido pela Justiça da Infância e da Juventude, são os profissionais da assistência social que organizam e tomam a frente de tal programa, oportunidade em que conscientizarão os pretendentes

dos principais aspectos da adoção.

Em publicação que apresenta comentários aos dispositivos legais recentemente inseridos no ECA, Andréa Pachá, Enio Vieira Junior e Francisco Oliveira Neto, quando tratam do procedimento de habilitação e dos dispositivos legais correlatos, destacam a importância da padronização quanto ao procedimento de habilitação dos pretendentes, na intenção de se corrigir divergências de práticas adotadas sobre o tema pelas diferentes Comarcas do Brasil¹³.

Ao comentar o art. 197-C do ECA, e tratar especificamente da etapa de participação no programa de preparação para adoção, referida publicação aponta que o dispositivo “*institui curso de preparação para adotar, medida fundamental para que se possa esclarecer as pessoas a respeito da adoção, seu procedimento e dificuldades*”, o que evidencia a relevância de tal procedimento como forma de preparação e conscientização dos pretendentes quanto a adoção¹⁴.

Por se tratar de etapa limitada à decisão judicial sobre o pedido de habilitação para a adoção, na quinta das etapas do procedimento de adoção, o profissional de assistência social não tem participação direta, apesar do fato de que boa parte das informações levadas ao conhecimento dos(as) juízes(as) são produzidas e direcionadas a partir do trabalho dos assistentes sociais.

Como visto anteriormente, o deferimento do pedido de habilitação resulta na inserção do pretendente no SNA, etapa que, novamente, não há uma deliberação e decisão atribuída ao assistente social, contudo, é este profissional que insere as informações no sistema, mantendo-o alimentado e devidamente atualizado.

A conclusão do procedimento de adoção, com a propositura de ação de adoção, representa uma das etapas de menor ou sem nenhuma participação dos assistentes sociais. Isto porque tal etapa se dá como um fechamento formal de toda a preparação que se teve para a adoção – com o constante acompanhamento dos assistentes sociais – e que agora é concluída a partir do

¹³ PACHÁ, Andréa Maciel; VIEIRA JUNIOR, Enio Gentil; OLIVEIRA NETO, Francisco. Novas regras para a adoção: guia comentado. AMB - Associação dos Magistrados Brasileiros. p. 50.

¹⁴ PACHÁ, Andréa Maciel; VIEIRA JUNIOR, Enio Gentil; OLIVEIRA NETO, Francisco. Novas regras para a adoção: guia comentado. AMB - Associação dos Magistrados Brasileiros. p. 50.

pedido das partes e da análise e decisão do(a) magistrado(a) da Justiça da Infância e da Juventude.

É nas terceira, sétima e oitava etapas, porém, que se verifica a maior e mais direta atuação dos assistentes sociais no que diz respeito ao procedimento de adoção, especialmente no que tange ao posicionamento destes profissionais por meio de pareceres e definições quanto a capacidades dos pretendentes e viabilidade da adoção.

2.2.1 A elaboração de laudo técnico a respeito da capacidade e do preparo do pretendente para a adoção

Na **terceira** etapa, a interferência direta do profissional da assistência social consiste na sua manifestação sobre a capacidade e preparo dos pretendentes à adoção, o que indicará seu posicionamento favorável ou não à continuidade dos procedimentos.

O CFESS, no desempenho de sua função como entidade orientadora da atuação dos profissionais de assistência social, disponibiliza literatura que trata especificamente sobre a confecção de documentos e emissão de opinião técnica em serviço social.

Publicada em 2022, tal livro situa e objetiva atender uma significativa demanda dos profissionais de assistência social no que diz respeito à “*busca de orientação sobre estudos sociais, estudos socioeconômicos, emissão de pareceres e opinião técnica e seus registros*”¹⁵.

Vale destacar comentário inicial encontrando no estudo em referência, a respeito do que representa a produção de documentos e pareceres pelos profissionais de assistência social:

A produção de documentos e a emissão de opinião técnica por profissionais de Serviço Social, foco deste estudo, esteve presente no exercício do trabalho de assistentes sociais desde o início da profissão e em praticamente todos os espaços sócio-ocupacionais, permanecendo com centralidade na atualidade. Assim, produzir os mais diversos tipos de registros,

¹⁵ CFESS – Conselho Federal de Serviço Social. Produção de documentos e emissão de opinião técnica em serviço social. Brasília, 2022. p. 05.

como informes, relatórios, laudos e pareceres, e manifestar, explícita ou implicitamente - de forma verbal ou por escrito -, opinião sobre a matéria que se apresenta no cotidiano de trabalho, relacionada às mais variadas expressões da questão social, vinculam-se às atribuições e competências profissionais de assistentes sociais, dizem sobre a área e o conhecimento a ela inerente, e revelam a direção social do projeto ético-político da profissão¹⁶.

Na referida publicação, encontra-se, em resumo, a orientação do CFESS quanto ao uso de instrumentos e técnicas a permitir a emissão das opiniões do profissional de assistência social, destacando-se os atendimentos diretos aos usuários do serviço social, a realização de entrevistas, a prática de visitas em âmbito institucional e domiciliar, a orientação e encaminhamentos como forma de aconselhamento aos interessados, e, por fim, a articulação da assistência social com a rede de serviços¹⁷.

Sobre este último instrumento, destaca-se breve comentário de obra igualmente especializada e atenta ao tema e demandas do profissional de assistência social:

A constituição e operacionalização do trabalho em rede, particularmente na área da infância e juventude, são muito mais complexas do que apenas reunir-se regularmente com a finalidade de discutir ‘casos’, de maneira protocolar. Implica instrumentalizar ações com premissas que, de fato, deem concretude à principiologia garantista do ECA. A efetivação do trabalho em rede só é possível na construção de um processo que se estabeleça de modo organizado,

¹⁶ CFESS – Conselho Federal de Serviço Social. Produção de documentos e emissão de opinião técnica em serviço social. Brasília, 2022. p. 16.

¹⁷ CFESS – Conselho Federal de Serviço Social. Produção de documentos e emissão de opinião técnica em serviço social. Brasília, 2022. p. 101.

contínuo, com pactuações dos fluxos¹⁸.

A emissão dos laudos técnicos representa, pois, a principal atuação direta dos profissionais de assistência social no procedimento de adoção, etapa na qual empregarão seus conhecimentos específicos, valendo-se dos instrumentos mais adequados para mensurar a regularidade e os benefícios da adoção para os envolvidos, especialmente a criança e o adolescente.

2.2.2 O encaminhamento da criança e do adolescente para a família substituta

Adiante, uma das etapas mais importantes em que se nota um envolvimento direto do assistente social no procedimento de adoção, consiste na etapa **sétima**, na qual o profissional, após comando enviado pelo SNA quanto a compatibilidade de alguma criança ou adolescente com determinado perfil de pretendente(s), entra em contato com estes para comunicar a possibilidade de adoção.

No ponto, recorda-se que a Resolução n.º 289/2019 do Conselho Nacional de Justiça tratou da implantação e funcionamento do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento – SNA.

Nos termos do art. 1º da referida Resolução, o SNA tem a finalidade de *“consolidar dados fornecidos pelos Tribunais de Justiça referentes ao acolhimento institucional e familiar, à adoção, incluindo as intuitu personae, e a outras modalidades de colocação em família substituta”*, incluindo-se, também no SNA, o registro dos *“pretendentes nacionais e estrangeiros habilitados à adoção”*.

O art. 5º da Resolução em referência, aponta a uniformização e a reunião das informações de todo o país no SNA, de modo a determinar a desativação de outros cadastros, especialmente em âmbito estadual. Veja-se:

Art. 5º O SNA integra todos os cadastros municipais, estaduais e nacional de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e de pretendentes habilitados à adoção, inclusive os cadastros

¹⁸ FRANCO, Abigail A. de Paiva. Dimensão técnico-operativa da perícia em Serviço Social. In: Perícia em Serviço Social. Cap. 4. – Campinas: Papel Social, 2021. p.199

internacionais, conforme preceitua o art. 50, § 5º e 6º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, dispensada a manutenção pelos tribunais de cadastros separados.

Dois anexos compõem a Resolução n.º 289/2019, detalhando informações a respeito do funcionamento do sistema, especialmente dispendo sobre a regulamentação técnica do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (Anexo I), e apresentando uma minuta de ato para dar publicidade às funcionalidades do SNA aos pretendentes (Anexo II).

Do primeiro Anexo, destaca-se o art. 7º, o qual determina que uma vez realizada a vinculação entre crianças e/ou adolescentes e pretendentes, *“o juízo terá o prazo de 15 dias para comunicar o fato ao pretendente, atualizando as informações no sistema”*.

Já no que se refere ao Anexo II, merece destaque o disposto no art. 12, que indica competir *“ao órgão julgador responsável pela criança ou adolescente vinculado a um pretendente dar início ao processo de aproximação entre os envolvidos”*.

Vale destacar que nas normativas em referência, não se encontra a menção específica ao profissional de assistência social, embora, pelo que se verificou em entrevista junto à Vara da Infância e Juventude de Niterói/RJ, tanto a alimentação do sistema como a comunicação aos pretendentes quanto à existência de vínculo com determinada(s) criança(s) ou adolescente(s) são providências que ficam a cargo dos assistentes sociais.

Em verdade, o que se observa na prática do procedimento de adoção, desde o seu início até a sua conclusão, é a presença do assistente social como uma verdadeira ligação entre os pretendentes à adoção, a Justiça da Infância e da Juventude e, ainda, as crianças e adolescentes que são encaminhadas para famílias substitutas, o que revela, por si só, a grande importância da atuação deste profissional.

Desta forma, o SNA tem a potencialidade de dar perfeito cumprimento ao determinado pelo ECA no seu art. 197-E, quando impõe a obrigação de se observar a ordem cronológica da habilitação dos pretendentes quando da realização da vinculação com a(s) criança(s) e adolescente(s), com a imparcialidade e eficiência que se espera dos atos públicos. Para melhor elucidar o tema, cita-se o dispositivo legal em referência, o qual foi inserido na legislação recentemente, por meio da Lei n.º 13.509/2017:

Art. 197-E. Deferida a habilitação, o postulante será inscrito nos cadastros referidos no art. 50 desta Lei, sendo a sua convocação para a adoção feita de acordo com ordem cronológica de habilitação e conforme a disponibilidade de crianças ou adolescentes adotáveis.

§ 1º A ordem cronológica das habilitações somente poderá deixar de ser observada pela autoridade judiciária nas hipóteses previstas no § 13 do art. 50 desta Lei, quando comprovado ser essa a melhor solução no interesse do adotando.

§ 2º A habilitação à adoção deverá ser renovada no mínimo trienalmente mediante avaliação por equipe interprofissional.

§ 3º Quando o adotante candidatar-se a uma nova adoção, será dispensável a renovação da habilitação, bastando a avaliação por equipe interprofissional.

§ 4º Após 3 (três) recusas injustificadas, pelo habilitado, à adoção de crianças ou adolescentes indicados dentro do perfil escolhido, haverá reavaliação da habilitação concedida.

§ 5º A desistência do pretendente em relação à guarda para fins de adoção ou a devolução da criança ou do adolescente depois do trânsito em julgado da sentença de adoção importará na sua exclusão dos cadastros de adoção e na vedação de renovação da habilitação, salvo decisão judicial fundamentada, sem prejuízo das demais sanções previstas na legislação vigente.

Ao ser programado e desenvolvido para a observância da ordem cronológica da habilitação dos pretendentes, o SNA garante, segundo comentários sobre as disposições atinentes ao processo de adoção, o cumprimento do *“critério cronológico como o principal e mais justo modo de atender àqueles que aguardam por uma criança, não deixando, de modo*

inteligente, de prever as hipóteses em que tal requisito poderá ser desconsiderado”¹⁹.

Vale frisar que o direcionamento da criança e/ou do adolescente para determinada família, por ocorrer de forma direta, conforme alerta emitido pelo SNA diante da compatibilidade de perfis, faz com que tal etapa seja ausente de subjetividades, configurando verdadeiro ato administrativo vinculado, sobre o qual se tratará adiante.

Ainda no que diz respeito à observância da ordem cronológica do SNA, vale destacar entendimento jurisprudencial que permite desconsiderar o cadastro nacional em razão da existência de vínculos de determinada criança com família acolhedora, e visando o melhor interesse do menor.

CIVIL. HABEAS CORPUS. MEDIDA PROTETIVA PROMOVIDA EM FAVOR DE MENOR EM SITUAÇÃO DE GUARDA DE FATO E DE POSSÍVEL ADOÇÃO INTUITU PERSONAE. WRIT IMPETRADO CONTRA DECISÃO LIMINAR DE DESEMBARGADOR RELATOR DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DA SÚMULA N. 691 DO STF. INVIABILIDADE. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. EXAME. **DETERMINAÇÃO JUDICIAL DE ACOLHIMENTO DE CRIANÇA DE TENRA IDADE EM VIRTUDE DE BURLA AO CADASTRO DO SISTEMA NACIONAL DE ADOÇÃO E DE INOBSERVÂNCIA DO PROCESSO DE ADOÇÃO. INEXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE RISCO À INTEGRIDADE FÍSICA E PSÍQUICA DA INFANTE SOB OS CUIDADOS DA FAMÍLIA ACOLHEDORA. CADASTRO DE ADOTANTES DEVE SER SOPESADO COM O PRINCÍPIO DO MELHOR**

¹⁹ PACHÁ, Andréa Maciel; VIEIRA JUNIOR, Enio Gentil; OLIVEIRA NETO, Francisco. Novas regras para a adoção: guia comentado. AMB - Associação dos Magistrados Brasileiros. p. 50.

INTERESSE DO MENOR. FORMAÇÃO DE SUFICIENTE VÍNCULO AFETIVO ENTRE A RECÉM-NASCIDA E A FAMÍLIA SUBSTITUTA. PRIMAZIA DO ACOLHIMENTO FAMILIAR EM DETRIMENTO DA COLOCAÇÃO EM ABRIGO INSTITUCIONAL. PRECEDENTES DO STJ. ILEGALIDADE DA DECISÃO DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. PERIGO DE CONTÁGIO PELO CORONAVÍRUS (COVID-19) DE CRIANÇA QUE AINDA NÃO PODE RECEBER A VACINA. ORDEM DE "HABEAS CORPUS" CONCEDIDA DE OFÍCIO, EXCEPCIONALMENTE, CONFIRMANDO A LIMINAR JÁ DEFERIDA, COM DETERMINAÇÃO DE EXPEDIÇÃO DE OFÍCIOS.

1. A teor da Súmula nº 691 do STF, não se conhece de "habeas corpus" impetrado contra decisão liminar de relator proferida em outro "writ", ou impugnando decisão provisória de Desembargador de Tribunal de Justiça, exceto na hipótese de decisão teratológica ou manifestamente ilegal. Possibilidade, contudo, de concessão da ordem de ofício. Precedentes.

2. A jurisprudência desta eg. Corte Superior já decidiu que não é do melhor interesse da criança ou do adolescente o acolhimento temporário em abrigo institucional em detrimento do familiar, salvo quando houver evidente risco concreto à sua integridade física e psíquica, de modo a se preservar os laços afetivos eventualmente configurados com a família substituta. Precedentes.

3. A ordem cronológica de preferência das pessoas previamente cadastradas para adoção não tem um caráter absoluto, devendo ceder ao princípio do melhor interesse da criança ou do adolescente,

razão de ser de todo o sistema de defesa erigido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que tem na doutrina da proteção integral sua pedra basilar (HC nº 468.691/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, DJe de 11/3/2019).

4. O potencial risco de contaminação pelo coronavírus (Covid-19) em casa de abrigo institucional, somado a circunstância da impossibilidade de vacinação da recém-nascida, também justificam a manutenção da paciente com a família substituta, onde se encontra bem acudida.

5. Ordem de habeas corpus, excepcionalmente, concedida de ofício, confirmando a liminar já deferida.

(STJ. HC n. 747.318/RS, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 2/8/2022, DJe de 5/8/2022).

Assim, no que tange ao encaminhamento da criança e do adolescente para a família substituta, nota-se o protagonismo do Sistema Nacional de Adoção, o qual baseará a atuação do profissional de assistência social, quem fará a aproximação entre a família indicada pelo referido Sistema e a criança ou adolescente compatível.

Sobre esta aproximação, denominada de estágio de convivência, é que tratará o item seguinte.

2.2.3 A elaboração de laudo técnico sobre a conveniência da adoção após estágio de convivência

Na conclusão da atuação direta do profissional de assistência social se encontra a **oitava etapa**, quando ocorre o estágio de convivência, período de até 90 dias, acompanhado de forma próxima pelos assistentes sociais, na intenção de averiguar a inserção da criança e adolescente na nova família, ao final do qual será emitido um relatório.

Neste sentido, vale a advertência de que, todo o processo de adoção se volta para o melhor interesse e bem-estar da criança e do adolescente. Por isso,

o conjunto de procedimentos que compõem o processo de adoção, “*devem ser praticados no sentido de verificar se a colocação na família substituta será vantajosa*” para a criança ou adolescente²⁰.

É a partir deste contexto e desta finalidade que se tem o estágio de convivência, enquanto uma das etapas do processo de adoção, e previsto no art. 46 do ECA, ao dispor que “*A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo máximo de 90 (noventa) dias, observadas a idade da criança ou adolescente e as peculiaridades do caso*”.

Reforça-se que, conforme § 4º do dispositivo legal em análise, “*O estágio de convivência será acompanhado pela equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude*”, notadamente o assistente social e equipe de psicólogos, os quais, em conjunto, “*apresentarão relatório minucioso acerca da conveniência do deferimento da medida*”.

Sobre o estágio de convivência, extrai-se de artigo de autoria de Anna Danyelly Chociai e Elcio Domingues da Silva, publicado junto ao Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM:

Neste passo, verifica-se também a suma importância do estágio de convivência neste procedimento de adoção, pois é neste intervalo de tempo que será visto a evolução de sentimentos por detrás dos atos praticados, servindo assim de base para uma boa construção afetiva no seio da família.

Identificado então, desde logo, as consequências jurídicas deste estágio, isto é, o efetivo exercício dos direitos fundamentais, através do aspecto psicossocial, e a liberdade de expressão dos menores por meio da alternatividade em aceitar ou não aquela família como sua [...].

Afinal, é por meio do estágio de convivência que se comprova o nível de proximidade, afeto e intimidade do infante com os candidatos, para que assim o juízo

²⁰ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. *In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. (Coord.) Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. 11ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 277.*

decrete a sentença²¹.

Desta forma, tem-se evidente a relevância e o protagonismo dos assistentes sociais no processo de adoção, especialmente enquanto integrantes da equipe interprofissional que oferece análises técnicas que instruirão as decisões da Justiça da Infância e da Juventude e, por isso, apontarão a viabilidade quanto ao andamento de cada processo de adoção.

Deste modo, o processo de adoção não apenas deve observar o caminho já apontado em linhas anteriores, cumprindo-se cada uma das etapas previstas em lei e em regimentos administrativos, mas deve contar com o pleno desenvolvimento das funções do assistente social, a fim de dotar de legitimidade e legalidade a adoção que se pretende concretizar.

Todavia, como pontuado desde o início do presente artigo, diante dos vários sentimentos envolvidos no processo de adoção, impõe-se o seu desenvolvimento não apenas a partir da legalidade, observadas as etapas e o procedimento previstos em lei, como visto neste capítulo e no anterior, mas também impõe-se que ao cumprir seu papel, o profissional da assistência social atue com impessoalidade, o que demonstra a importância de se analisar as subjetividades envolvidas no âmbito de atuação do assistente social, como se verá no capítulo seguinte.

3. AS SUBJETIVIDADES DO PROFISSIONAL DA ASSISTÊNCIA SOCIAL NO PROCEDIMENTO DE ADOÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

3.1. A classificação dos atos administrativos

O exercício do poder estatal se dá pelos seus agentes legitimados para tanto e por meio dos atos administrativos. São, pois, os atos administrativos, a atuação do Estado, pelos seus representantes, com força de produzir efeitos jurídicos, observados os parâmetros da lei, sob o enfoque do direito público, e

²¹ Instituto Brasileiro de Direito de Família IBDFAM. O estágio de convivência e a adoção psicológica. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1593/O+est%C3%A1gio+de+conviv%C3%Aancia+e+a+ado%C3%A7%C3%A3o+psicol%C3%B3gica>. Acesso: 1º/10/2023.

sujeitos ao controle judicial²².

Ordinariamente, encontra-se na doutrina administrativista brasileira, a classificação dos atos administrativos (quanto ao seu regramento) em atos administrativos vinculados e atos administrativos discricionários.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, os atos administrativos vinculados são considerados os atos em que a *“Administração, ao expedir-los, não interfere com apreciação subjetiva alguma”*, tendo em vista *“existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da administração em face da situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta”*²³.

Para o mesmo doutrinador, os atos administrativos discricionários *“seriam os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles”*²⁴.

Hely Lopes Meirelles, em semelhante sentido, conceitua os atos administrativos vinculados como *“aqueles para os quais a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização”*, afastando quase que integralmente qualquer liberdade do agente²⁵.

Em oposição aos atos administrativos vinculados, o autor antes referido igualmente trata dos atos discricionários como aqueles em que *“a Administração pode praticar com liberdade de escolha e de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua convivência, de sua oportunidade e do modo de sua realização”*, observados os limites legais, inclusive como fator de legalidade e de distinção com práticas de arbitrariedade²⁶.

Para estes e outros autores, os atos vinculados são, portanto, aqueles que cumprem e observam as estritas condições legais, enquanto que os atos discricionários compreendem aqueles que, dentro dos limites legais, são

²² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 206.

²³ MELLO, Celso Antônio de. Curso de direito administrativo. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 424.

²⁴ MELLO, Celso Antônio de. Curso de direito administrativo. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 424.

²⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 164/165.

²⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 166.

exercidos com maior possibilidade de escolha e liberdade do agente.

Valendo-se essencialmente da doutrina europeia, que há muito superou a classificação dicotômica entre atos vinculados e discricionários, André Saddy apresenta uma divisão mais específica dos atos administrativos.

Para além de representar simples oposição aos atos vinculados, no que tange a possibilidade de emprego de subjetividade, André Saddy classifica os atos administrativos que não são considerados vinculados em quatro grupos: liberdade de conformação, margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados, discricionariedade administrativa em sentido jurídico, e apreciatividade²⁷.

A primeira forma de classificar as subjetividades dos atos administrativos corresponde à **liberdade de conformação** (ou liberdade conformadora), a qual representa a margem de liberdade atribuída ao agente público capaz de criar ou regulamentar o exercício de direitos, prevendo-os em normas jurídicas, sejam elas legislações, atos regulamentares, jurisdicionais, entre outras formas²⁸.

A **margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados**, por sua vez, guarda relação com a zona de incerteza semântica atribuída à determinado conceito jurídico. Tal subjetividade está atrelada aos conceitos que não possuem uma precisa e definida concepção, permitindo ao intérprete a atribuição de significados em conformidade com a realidade em apreço²⁹.

Como terceira espécie de subjetividade, a **discricionariedade administrativa** diz respeito à existência de diferentes alternativas postas ao agente público, e à possibilidade de escolha da alternativa que represente a melhor opção para os interesses públicos³⁰.

Por fim, a **apreciatividade** parte do pressuposto que toda decisão do

²⁷ SADDY, André. Apresiasiatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 266.

²⁸ SADDY, André. Apresiasiatividade e discricionariedade administrativa. 2 ed. Rio de Janeiro: CEEJ, 2020. p. 471.

²⁹ SADDY, André. Apresiasiatividade e discricionariedade administrativa. 2 ed. Rio de Janeiro: CEEJ, 2020. p. 472.

³⁰ SADDY, André. Apresiasiatividade e discricionariedade administrativa. 2 ed. Rio de Janeiro: CEEJ, 2020. p. 471.

agente público está inserida em um processo de escolha subjetiva³¹. Essencialmente, a apreciatividade contempla uma “*margem de liberdade/autonomia/volição para eleger ou decidir entre atuar ou não*”, sendo “*muito mais evidente nos agentes que têm contato direto com os administrados, ou seja, daqueles que atuam na linha de frente*”, e “*não deriva exclusivamente da vontade expressa do legislador, ou seja, da norma jurídica intencionalmente delegada ao administrador*”, mas “*de outras indeterminações do Direito, como do conteúdo do Direito, dos defeitos do sistema jurídico e do próprio exercício funcional*”³².

Em complemento, vale pontuar exposição do autor a respeito da apreciatividade, partindo da distinção de tal subjetividade com a discricionariedade. Veja-se:

É certo que todo o agente possui sua função e competência atribuídas por uma norma jurídica, ainda que seja esta genérica. A diferença da discricionariedade, a apreciatividade, normalmente, é concedida por outras fontes que não são as normas de conduta e competência, como as orientações políticas do governo; as diretrizes efetuadas pela própria Administração; a autoridade administrativa hierárquica; os códigos de conduta e ética; os guias, os manuais da atividade; os treinamentos; as escolas de formação; a resolução contínua de igual forma de hipóteses semelhantes (aspectos conhecidos como o precedente administrativo); a celebração prévia ao exercício do poder de um convênio de um sujeito privado; as declarações de juízo emitidas por um órgão distinto daquele a quem corresponde iniciar, instruir ou resolver o procedimento, conhecido como informe; e até, inclusive, a intuição.

Normalmente, a atribuição da apreciatividade para

³¹ SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. 2 ed. Rio de Janeiro: CEEJ, 2020. p. 472/473.

³² SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 283, 313 e 347.

eleger ou decidir entre atuar ou não e, quando se decide, escolher atuar entre uma infinidade de possibilidades, alternativas ou opções a seguir significa que o agente, em caso de colisão com outros bens ou tarefas, pode dar prioridade a mais importante ou urgente e delegar para um segundo plano o que é secundário e pode esperar.

Muitas ações administrativas estão à margem de qualquer regulamentação, nem sempre as fontes habilitadoras descrevem todas as condutas. Mesmo assim, tal atuação se trata de uma atividade administrativa de prestação para atenção direta de interesses públicos para o qual o seu executor direto se vê rodeado de “subjatividades”³³.

Assim, na continuidade do presente artigo, serão classificados os atos administrativos para os quais a ordem jurídica confere alguma subjatividade aos assistentes sociais atuantes no procedimento de adoção de crianças e adolescentes.

3.2. As subjatividades dos assistentes sociais na adoção de crianças e adolescentes

A partir da compreensão do procedimento de adoção, bem como das funções exercidas pelos profissionais de assistência social em tal procedimento, e das diferentes formas de classificação das subjatividades dos agentes públicos, encontra-se na margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados e na apreciatividade, as melhores formas de classificar a subjatividade da atuação dos assistentes sociais na adoção de crianças e adolescentes.

Antes, contudo, de apresentar as razões pelas quais se afirma que os atos dos profissionais seriam pautados a partir de uma margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados e de apreciatividade, vale uma breve referência aos motivos que conduzem ao afastamento da liberdade

³³ SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 279/280.

de conformação e da discricionariedade administrativa em sentido jurídico para classificar os atos dos assistentes sociais na adoção.

Pela pesquisa desenvolvida, observou-se que a **liberdade de conformação** não seria o modo adequado a classificar as subjetividades dos assistentes sociais no procedimento de adoção, sobretudo pelo fato de que, inexistente qualquer regramento expedido pelos profissionais que são observados pelos pretendentes à adoção ou outros envolvidos.

Em verdade, a função do assistente social no procedimento de adoção justamente se dá a partir da observação de determinados regramentos, especialmente as normas legais que preveem as suas participações e emissão de pareceres, ou seja, apenas no sentido de cumprir a norma jurídica que orienta sua atuação, sem que seus atos tenham o potencial de determinar/expedir regramentos a serem observados por terceiros.

A **discricionariedade administrativa**, a seu turno, também não se mostra adequada a classificar a subjetividades dos assistentes sociais. Isto porque, como visto, a atuação dos profissionais de assistência social não possui um leque de alternativas postas a serem escolhidas para cada caso concreto.

Dessa forma, para cada situação, de cada pretendente, de cada criança e adolescente, e de cada processo de adoção como um todo, o assistente social pautará sua atuação a partir das realidades do caso concreto, daquele(s) pretendente(s), daquela criança/adolescente, daquele processo, levando em conta as particularidades de cada um.

Noutros dizeres, inexistem parâmetros objetivos ou diretrizes postas a orientar o assistente social no que diz respeito ao seu posicionamento quanto a viabilidade de determinado pedido de habilitação à adoção ou de determinado processo de adoção, de modo a lhe oferecer alternativas fixas para cada caso. É dizer que, para cada caso, diferentes fatores são analisados e ponderados, inexistindo um quadrante determinado (de situação financeira, familiar ou social, por exemplo), que previamente tenha que ser respeitado a permitir a continuidade da habilitação ou da adoção.

Expostas as razões pelas quais a liberdade de conformação e a discricionariedade administrativa não são suficientes e adequadas a explicar as subjetividades dos assistentes sociais no procedimento de adoção, resta, na sequência, sustentar as razões a partir das quais se afirma que os atos subjetivos dos profissionais da assistência social no processo de adoção de classificam na margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados e na

apreciatividade.

Primeiramente, considera-se a **margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados**. Tal subjetividade é bastante evidente ao se observar os dispositivos legais que preveem a participação dos assistentes sociais no procedimento de adoção.

Os conceitos jurídicos indeterminados, como esclarece Antônio Francisco de Sousa, decorrem da natureza das funções públicas, atribuindo competências às autoridades para que essas possam reagir a tempo e modo adequado aos imponderáveis da vida administrativa³⁴.

Exatamente neste sentido é que se percebe a função dos assistentes sociais no processo de adoção, os quais, ao receberem do Estado a competência de definir o rumo dos processos de adoção por meio, principalmente, da elaboração de pareceres técnicos, oferecem respostas adequadas às necessidades do caso concreto, visando, sobretudo, o benefício da criança ou do adolescente, como já ponderado anteriormente.

Veja-se que o art. 197-C se refere a “*capacidade*” e “*preparo*” para determinar a possibilidade dos postulantes ao processo de adoção exercerem uma paternidade ou maternidade responsável. Da mesma forma, o art. 46, § 4º exige do assistente social a observância da “*conveniência*” da adoção, após o período de estágio de convivência.

Notadamente, termos como “*capacidade*”, “*preparo*” e “*conveniência*” possuem significativa zona de incerteza semântica, uma vez que dificilmente se poderá precisar os limites de seus significados. Noutros dizeres, não existem parâmetros objetivos a definir o que faz um postulante à adoção capaz e preparado, ou o que faz de uma adoção conveniente, e daí, portanto, resulta a margem de livre apreciação do assistente social para identificar tais elementos em cada caso concreto.

Noutro norte, a **apreciatividade** dos assistentes sociais se verifica a partir da ausência de instruções sobre como estes devem exercer suas funções, quais metodologias devem usar, o que devem observar em cada caso concreto, resultando, pois, suas decisões a partir de eleições livres, baseadas em seus conhecimentos técnicos e competências legal e administrativamente instituídas.

Diante da inexistência de regramentos a obrigar os assistentes sociais a realizarem determinados e específicos procedimentos, a empregarem os

³⁴ SOUSA, Antônio Francisco de. Os "conceitos legais indeterminados" no direito administrativo alemão. *Revista de Direito Administrativo*, v. 166, p. 276-291, out/dez 1986.

mesmos instrumentos e a responderem questionamentos preestabelecidos, é o profissional de assistência social que irá observar a realidade em que estiver atuando e empregará os melhores meios para bem avaliar a situação dos pretendentes e de cada criança/adolescente, para então se posicionar sobre a habilitação dos primeiros e a disponibilidade/continuidade da adoção dos últimos.

Não se desprestigia, vale frisar, a existência de procedimentos objetivos e previamente estabelecidos na legislação para se alcançar a adoção. No entanto, ainda que exista um caminho a ser percorrido, como visto anteriormente, é a partir da apreciatividade dos profissionais de assistência social que se sabe quando avançar ou não por aquele caminho.

É neste sentido, inclusive, a referência feita por Artur Marques da Silva Filho, quando admite que *“Ao Poder Judiciário foi confiada a tarefa de aferir não só a legalidade do ato, mas também, e com certa parcela de discricionariedade³⁵, a oportunidade e conveniência da adoção”³⁶*.

Em outros dizeres, na observância do procedimento legal da adoção, cabe, como dito pela doutrina, uma parcela de subjetividade, especialmente para se aferir os aspectos subjetivos de cada caso, relacionados aos pretendentes, crianças e adolescentes envolvidos. É justamente a apreciatividade dos assistentes sociais, pois, que move a atuação destes profissionais naquilo que a legislação não os obriga a agir de determinado modo, isto é, quando não estão diante de atos vinculados.

Neste sentido, a apreciatividade dos profissionais de assistência social é perceptível também quando se constata a possibilidade de diferentes assistentes sociais desempenharem suas funções com o mesmo rigor e visando identificar os mesmos aspectos (capacidade e preparo dos pretendentes e conveniência da adoção) em cada família visitada e em cada criança entrevistada, a partir de diferentes instrumentos, valorizando, cada um, determinadas metodologias em detrimento de outras.

Sobre o tema, insta salientar, ainda, que a apreciatividade possui um caráter residual, ou seja, sua visualização em cada ato administrativo poderá

³⁵ Evidente que o uso da expressão “discricionariedade” no trecho doutrinário antes destacado quer fazer referência às subjetividades de modo geral, e não exatamente à discricionariedade administrativa, tal como apresentada em linhas anteriores.

³⁶ SILVA FILHO, Arthur Marques da. *Adoção: regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência, anulação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 76.

decorrer do não enquadramento das outras subjetividades ao caso. Neste sentido, André Saddy afirma categoricamente que *“tudo que não seja identificado como liberdade conformadora, discricionariedade administrativa ou margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados, é apreciatividade administrativa”*³⁷.

Assim, tem-se que a margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados e a apreciatividade consistem nas subjetividades que melhor descrevem os atos dos assistentes sociais ao longo de todo procedimento de adoção, especialmente em razão da atuação de tal profissional se pautar muito mais nas suas habilidades e competências do que em metodologias preestabelecidas por normas ou regulamentos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao término do presente artigo, verifica-se que o procedimento de adoção conta com importantes contribuições dos assistentes sociais para o seu desenvolvimento, contribuições estas que se darão, em maior parte, a partir de subjetividades destes profissionais quando das manifestações favoráveis ou não aos pretendentes à habilitação e ao processo de adoção.

Nota-se que, embora as etapas nas quais o profissional de assistência social apresente seus posicionamentos decorram das subjetividades daquele, uma vez verificados os requisitos objetivos e obtidos posicionamentos favoráveis da equipe interprofissional, a continuidade do procedimento de adoção se traduz em ato administrativo vinculado.

Isto significa dizer que uma vez apresentados os documentos exigidos pelo ECA para o pedido de habilitação, uma vez realizado o programa de participação oferecido pela Justiça da Infância e da Juventude, e uma vez obtido o parecer favorável quanto ao estudo psicossocial realizado, o pedido de habilitação dos postulantes à adoção deve ser deferido.

De igual forma, uma vez cumpridas as etapas do procedimento de adoção, habilitados os pretendentes, vinculados os perfis das crianças/adolescentes com os seus pretendentes, e favorável o parecer emitido após o estágio de convivência, o pedido de adoção também deverá ser deferido.

Ademais, a partir do SNA, viu-se que igualmente consiste em um ato

³⁷ SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 401.

vinculado o direcionamento da criança ou do adolescente registrado no sistema para a primeira pessoa da lista cujo perfil do menor seja compatível, impedindo qualquer interferência subjetiva dos assistentes sociais no que tange a ordem das compatibilidades apontadas pelo sistema.

Assim, a partir do que fora exposto no presente artigo, tem-se que, embora haja significativa carga de subjetividade na avaliação de cada caso concreto por meio dos profissionais de assistência social, o direcionamento das crianças e dos adolescentes, bem como o seguimento do procedimento de adoção após manifestações favoráveis da equipe interprofissional ocorre de maneira vinculada, sem espaços para interferências dos profissionais envolvidos, garantindo transparência e efetividade ao processo de adoção como um todo.

REFERÊNCIAS

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. (Coord.) Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CFESS – Conselho Federal de Serviço Social. Perfil de assistentes sociais no Brasil: formação, condições de trabalho e exercício profissional. Brasília, 2022.

CFESS – Conselho Federal de Serviço Social. Produção de documentos e emissão de opinião técnica em serviço social. Brasília, 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Como adotar uma criança no Brasil: passo a passo. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/passo-a-passo-da-adoacao/>. Acesso em: 14/08/2023.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito administrativo. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FRANCO, Abigail A. de Paiva. Dimensão técnico-operativa da perícia em Serviço Social. *In*: Perícia em Serviço Social. Cap. 4. – Campinas: Papel Social, 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. v. 6. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

Instituto Brasileiro de Direito de Família IBDFAM. O estágio de convivência e a adoção psicológica. Disponível em:

- <https://ibdfam.org.br/artigos/1593/O+est%C3%A1gio+de+conviv%C3%Aancia+e+ado%C3%A7%C3%A3o+psicol%C3%B3gica>. Acesso: 1º/10/2023.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- MELLO, Celso Antônio de. Curso de direito administrativo. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- OLIVEIRA, Hélio Ferraz de. Adoção: aspectos jurídicos, práticos e efetivos. São Paulo: Mundo Jurídico, 2017.
- PACHÁ, Andréa Maciel; VIEIRA JUNIOR, Enio Gentil; OLIVEIRA NETO, Francisco. Novas regras para a adoção: guia comentado. AMB - Associação dos Magistrados Brasileiros.
- TARTUCE, Flávio. Direito civil: direito de família. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. 2 ed. Rio de Janeiro: CEEJ, 2020.
- SILVA FILHO, Arthur Marques da. Adoção: regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência, anulação. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- SOUSA, Antônio Francisco de. Os "conceitos legais indeterminados" no direito administrativo alemão. Revista de Direito Administrativo, v. 166, p. 276-291, out/dez 1986.

SUBJETIVIDADES NA CONCESSÃO DAS MOEDAS SOCIAIS: análise das moedas Arariboia (Niterói) e Itajuru (Cabo Frio)

Amanda Colchete Pinto

Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional (PPGDC) da Universidade Federal Fluminense (UFF). Pós-graduada em Direito Processual Civil pelo Centro de Ensino Superior de Valença (FAA). Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Graduada em Comércio Exterior pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Procuradora do Estado do Rio de Janeiro e Advogada. amandacolchete@id.uff.br

Sumário: Introdução; 1. Moedas Sociais; 2. Experiências Nacionais; 2.1. Moeda Palmas; 2.2. Moeda Mumbuca; 2.3. Moeda Social Arariboia; 2.4. Moeda Social Itajuru; 3. Conceitos jurídicos indeterminados nos critérios de concessão das Moedas Sociais Arariboia e Itajuru; 4. Discricionariedade administrativa na verificação dos critérios para concessão da Moeda Social Itajuru; 5. Da existência de apreciatividade administrativa nos critérios de concessão; Conclusões; Referências

Introdução

O presente artigo trata sobre as moedas sociais e analisa as subjetividades existentes na sua concessão pelos assistentes sociais, com enfoque nas leis do Município de Niterói (Lei n. ° 3.621/2021) e do Município de Cabo Frio (Lei n.° 3.286/2021), que instituíram as Moedas Sociais Arariboia e Itajuru, respectivamente.

As moedas sociais são moedas alternativas, utilizadas por um grupo para troca de serviços e produtos, e podem ser concedidas como forma de política pública de assistência social, a fim de garantir a subsistência dos mais necessitados e estimular o desenvolvimento local¹.

Para a melhor compreensão do seu funcionamento, são trabalhados os seus conceitos e estrutura, além de elencar as principais experiências nacionais envolvendo moedas sociais, como a pioneira Moeda Palmas, criada em uma comunidade de Fortaleza, no Ceará; a Moeda Mumbuca, do Município de

¹ GUALBERTO DE OLIVEIRA, E.; BENINI, E. G.; SANTANA GOMES ESTIVAL, K.; GUALHANONE NEMIROVSKY, G.; FEDERICHI DO NASCIMENTO, D. Moedas Sociais e suas Contribuições em Comunidades Economicamente Precarizadas: Um Estudo Exploratório da Experiência do Projeto Pet Mania em Campo Grande - MS. Desenvolvimento em Questão, v. 16, n. 43, p. 453–486, 2018, p. 455

Maricá (Lei n. ° 2.448/2013); a Moeda Arariboia, do Município de Niterói (Lei n. ° 3.621/2021); e a Moeda Itajuru, do Município de Cabo Frio (Lei n. ° 3.286/2021).

Com efeito, a concessão desses benefícios assistenciais não é imune a uma valoração guiada de subjetividades, a qual é derivada de uma tomada de decisões inerentes a quem possui um poder e precisa expressá-lo².

Assim sendo, o trabalho visa a analisar as subjetividades presentes na concessão desse benefício social, perpassando pela existência de margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados, pela discricionariedade na concessão e na verificação dos seus critérios, e pela apreciatividade do agente público.

Para isso, serão trabalhadas as teorias trazidas pela doutrina especializada e analisados os critérios de concessão presentes nos artigos 12 Lei n. ° 3.621/2021 do Município de Niterói e 5º da Lei n. ° 3.286/2021 do Município de Cabo Frio, além do §3º do art. 5º da Lei n. ° 3.286/2021, que trata da forma de verificação desses critérios.

Ressalta-se, por fim, que o artigo não tem por objeto a análise da regulamentação da concessão do benefício e a liberdade configuradora existente, mas sim as subjetividades presentes na própria concessão pelo assistente social (art. 4º, inc. VI e art. 5º, inc. I, Lei n. ° 8.662/1993).

1. Moedas Sociais

As moedas sociais são moedas alternativas, utilizadas por certo grupo para troca de serviços e produtos, exurgindo a partir de uma economia solidária e gerando desenvolvimento local³.

A adoção de moedas sociais mediante bancos comunitários de desenvolvimento (BCDs) é apresentada como exemplo de fortalecimento da atuação municipal e da dinâmica socioeconômica local. São circuitos monetários complementares, e trata-se de política pública voltada para a

² SADDY, André. *Apreciatividade e Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 27.

³ GUALBERTO DE OLIVEIRA, E.; BENINI, E. G.; SANTANA GOMES ESTIVAL, K.; GUALHANONE NEMIROVSKY, G.; FEDERICHI DO NASCIMENTO, D. Moedas Sociais e suas Contribuições em Comunidades Economicamente Precarizadas: Um Estudo Exploratório da Experiência do Projeto Pet Mania em Campo Grande - MS. *Desenvolvimento em Questão*, v. 16, n. 43, p. 453–486, 2018, p. 455

inclusão social e estímulo ao desenvolvimento local, pois a moeda é criada no momento em que a prefeitura deposita a moeda nos cartões dos beneficiários⁴. Conforme explicita Marusa Vasconcelos Freire⁵, o seu funcionamento ocorre da seguinte maneira:

O uso da moeda social circulante local é muito simples: os moradores locais podem trocar o real por moeda social em um banco comunitário e usá-la nos negócios realizados no comércio local. Se for necessário comprar algo com um real fora da comunidade, o banco comunitário pode fazer a troca em sentido inverso. A prática aumenta as vendas na economia local e promove a criação de atividades que geram trabalho nessas áreas. Enquanto o real pode ser usado fora da comunidade, gerando riqueza em outras áreas, a moeda local tem o poder de gerar prosperidade no bairro ou comunidade em que circula. A moeda social não é um recurso público nem privado, mas uma espécie de recurso híbrido, de uso comum, baseado no trabalho humano aplicado em determinadas atividades econômicas dentro de uma área geográfica pré-estabelecida.

Assim, assinala que o Relatório de 2010 da UNCTAD (*United Nation Conference on Trade and Development*)⁶, intitulado “*Creative Economy: A Feasible Development Option*” apresenta que, à época, já havia mais de cinquenta moedas sociais circulantes locais no Brasil, emitidas por bancos

⁴ SOUZA, Henrique Pavan Beiro de Souza. Uma análise do circuito monetário da moeda social Mumbuca. *Econômica – Niterói*, v. 21, n. °1, 2019, p. 116. Disponível em: <<https://periodicos.uff.br/revistaeconomica/article/view/35156/32998>>. Acesso em: 30 de setembro de 2023.

⁵ FREIRE, Marusa Vasconcelos. Moedas sociais: contributo em prol de um marco legal e regulatório para as moedas sociais circulantes locais no Brasil. 2011. 374 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2011, p. 81. Disponível em: <https://base.socioeco.org/docs/_bitstream_10482_9485_1_2011_marusavasconcelosfreire.pdf>. Acesso em: 30 de setembro e 2023.

⁶ Sítio da UNCTAD na internet: <<https://unctad.org/>>. Acesso em: 25 de maio de 2023.

comunitários vinculados a programas de finanças solidárias, o que fortalecia a economia de comunidades carentes.

O valor nominal da moeda local seria idêntico ao valor do real, mas chegaria a ser mais valioso do que da moeda oficial, porque as empresas dariam descontos para compras feitas com a moeda alternativa. Contudo, não se confundem com dinheiro, pois são válidas por espécie de acordo coletivo em região específica, servindo apenas como meio de troca⁷.

Do mesmo modo, essas moedas não são emitidas pela Casa da Moeda, nem possuem assinatura do Ministério da Fazenda e Banco Central, mas são emitidas pelos Bancos Comunitários de Desenvolvimento (BCD)⁸.

Como forma de aperfeiçoamento da sistemática, no ano de 2015, a Rede Brasileira de Bancos Comunitários criou o Instituto E-dinheiro Brasil, uma Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip) que coordena a rede de bancos digitais solidários. O instituto é o proprietário e custodiante da plataforma E-dinheiro que funciona como uma conta digital, um arranjo de pagamento pré-pago, para compras e transferências. É uma organização não integrante ao SPB (Sistema de Pagamento Brasileiro), com amparo na Lei n. ° 12.865/2013 e Resolução n. ° 4.282/2013 do Banco Central do Brasil⁹.

Conforme Sandro Pereira Silva e Camila Amaral Pereira¹⁰:

⁷ FREIRE, Marusa Vasconcelos. Moedas sociais: contributo em prol de um marco legal e regulatório para as moedas sociais circulantes locais no Brasil. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2011, p. 17. Disponível em: <https://base.socioeco.org/docs/_bitstream_10482_9485_1_2011_marusavasconcelosfreire.pdf>. Acesso em: 30 de setembro e 2023.

⁸ Os bancos comunitários podem ser enquadrados como correspondentes de instituições bancárias, regulamentados pela Resolução 3.954/2011 do Conselho Monetário Nacional, quando podem oferecer aos membros da comunidade serviços e produtos financeiros em nome da instituição financeira, inclusive mediante concessão de empréstimos a taxas diferenciadas para atividades produtivas (FREIRE, Marusa Vasconcelos. Moedas sociais: contributo em prol de um marco legal e regulatório para as moedas sociais circulantes locais no Brasil. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2011, p. 290. Disponível em: <https://base.socioeco.org/docs/_bitstream_10482_9485_1_2011_marusavasconcelosfreire.pdf>. Acesso em: 30 de setembro e 2023.).

⁹ Disponível em: <<http://edinheirobrasil.org/sobre-nos/>>. Acesso em: 16 de agosto de 2023.

¹⁰ SILVA, Sandro Pereira; PEREIRA, Camila Amaral. Finanças Solidárias e Implementação de Políticas Sociais: o caso do banco comunitário e da moeda Mumbuca no Município de Maricá-RJ. Mercado de Trabalho: conjuntura e análise, Brasília, n. 74, p. 167-179, out. 2022. Disponível em:

Os BCDs são práticas de finanças solidárias que atuam na facilitação do acesso ao crédito e no oferecimento de outros serviços aos moradores de comunidades nas quais estão inseridos. Essas práticas associativas, geridas comunitariamente, fundamentam-se em relações de proximidade, confiança e solidariedade e desenvolvem instrumentos inovadores no âmbito da sua atuação no território. Ou seja, diferentemente dos bancos tradicionais, essas organizações locais se inserem na teia de relações locais para oferecer produtos e serviços financeiros mais adequados à população que se encontra em situação de vulnerabilidade econômica, no intuito de promoverem o desenvolvimento local. Por isso, os BCDs não são enquadrados como instituições financeiras, uma vez que não exploram comercialmente o dinheiro. Como não há um marco jurídico específico que os regule, eles não possuem personalidade jurídica própria, sendo constituídos em sua maior parte por associações sem fins lucrativos dos mais diversos tipos.

2. Experiências Nacionais

2.1. Moeda Palmas

Além de experiências internacionais com as moedas comunitárias¹¹, existem importantes exemplos de moedas sociais brasileiras. Com efeito, a

<https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/11659/1/BMT74_financas_solidarias.pdf>.
Acesso em: 30 de setembro de 2023.

¹¹ Um dos exemplos das moedas comunitárias no contexto internacional são os Local Exchange Trading Systems (LETSs), criados em 1983, em uma vila do Canadá, a fim de amenizar efeitos de crise econômica gerada pela transferência de uma base aérea para outra região. Neste sistema, pessoas de uma comunidade colocam à disposição do grupo suas habilidades, criando uma rede de trocas de serviços e produtos, seja por moeda própria impressa (trocada

primeira moeda social criada no país foi a moeda Palmas, pois, em 1998, foi criado, em uma comunidade de Fortaleza, no Ceará, o Banco Comunitário Palmas. Este foi criado pela própria comunidade, recebendo doações de uma ONG¹².

Com efeito, surgiu da comunidade denominada Conjunto Palmeira, região com cerca de mil e quinhentas famílias pobres, que, criando a

diretamente entre os membros) ou mediante moeda virtual sob o controle e registro dos créditos e débitos em uma central. (RIGO, Ariádne Scalfoni. Moedas Sociais e Bancos Comunitários no Brasil: Aplicações e implicações, teóricas e práticas. 2014. Tese (Doutorado em Administração) – Universidade Federal da Bahia. Bahia, 2014, p. 48. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/23908/1/ARI%c3%81DNE%20SCALFONI.pdf>>.

Acesso em: 30 de setembro de 2023). Nos Estados Unidos, por sua vez, em 1980, surgiram os Time Dollars, criados diante da falta de serviços provocada por cortes nos gastos do governo com o bem-estar social. Diferenciam-se dos LETSs por utilizarem a moeda “tempo”. Por exemplo, ao receber uma hora de serviços de alguém, uma hora de serviço é debitada do recebedor, e uma hora é creditada ao prestador do serviço. Assim, independentemente do serviço, seu valor é determinado em horas gastas. (SOUZA, Henrique Pavan Beiro de. ‘Que moedas são essas?’: Uma análise sobre as possibilidades de construção de circuitos de moedas sociais e de suas potencialidades e desafios na reconfiguração socioeconômica de territórios. 2018. Tese (Doutorado em Ciências Humanas e Sociais) – Universidade Federal do ABC. São Bernardo do Campo, São Paulo, 2018, p. 92). Na França, em 1994, foram criadas as Systèmes d’Échange Local (SELs), em sistemática similar aos LETSs do Canadá, mas diferenciando-se por se utilizar, majoritariamente, moedas virtuais. Nos SELs urbanos, costuma-se trocar mais serviços, principalmente intelectuais e profissionais; enquanto nos SELs rurais costuma-se trocar alimentos e dias de trabalho. Do mesmo modo, há também o sistema SOL, uma moeda complementar, comum a vários territórios franceses, com diversas finalidades: possibilita não apenas a compra de bens e serviços nas empresas participantes, mas também o intercâmbio de tempo e de conhecimento entre os membros e a valorização e o estímulo de práticas ecológicas, sociais e solidárias. Por fim, na Alemanha, Áustria e Suíça, uma rede de moedas regionais denominada de Movimento Régio foi criada em 2003 tendo por intuito estimular a troca de experiências entre os diferentes sistemas. (RIGO, Ariádne Scalfoni; FILHO, Genauto Carvalho de França Filho. O paradoxo das Palmas: análise do (des)uso da moeda social no “bairro da economia solidária”. Cadernos EBAPE.BR, v. 15, n. 1, p. 169-193, jan. 2017, p. 171. Disponível em:

<<https://scielo.br/j/cebape/a/xkJX7X738ByCfDLXW8KFKjc/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em: 30 de setembro de 2023).

¹² RIGO, Ariádne Scalfoni; FILHO, Genauto Carvalho de França Filho. O paradoxo das Palmas: análise do (des)uso da moeda social no “bairro da economia solidária”. Cadernos EBAPE.BR, v. 15, n. 1, p. 169-193, jan. 2017, p. 172. Disponível em: <<https://scielo.br/j/cebape/a/xkJX7X738ByCfDLXW8KFKjc/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em: 30 de setembro de 2023.

Associação de Moradores do Conjunto, mapeou o consumo em 1997, evidenciando que¹³:

[...] mais de 1,2 milhão de reais por mês eram consumidos na comunidade, porém apenas 20% circulava dentro do bairro, sendo os demais 80% gastos em compras em outras localidades. Naquele momento os moradores entenderam um dos principais fatores do empobrecimento local: o baixo consumo na comunidade acarretava esvaziamento de suas poupanças e, conseqüentemente, da sua capacidade de gerar trabalho e renda. Surge, então, o Banco Palmas, um banco comunitário de desenvolvimento (BCD) dos moradores para os moradores do bairro, que visava a oferecer empréstimos de baixo custo, focados principalmente em investimentos produtivos e alívio da pobreza. Surge também a iniciativa do Palmas, uma moeda social de circulação local do Conjunto Palmeira.

Assim, a moeda local Palmas foi lançada em 2000, em papel-moeda, em paridade de um para um em relação ao real. Baseada nas conclusões do mapa de consumo, o objetivo era reduzir o gasto realizado em outras localidades, concentrando as compras – e a riqueza coletiva - dentro da própria comunidade.

Ressalta-se que, em 2000, a Moeda Palmas foi objeto de denúncia ao Banco Central do Brasil, e este comunicou o fato ao Ministério Público do Estado do Ceará, em razão de indícios de ocorrência do crime previsto no art. 292 do Código Penal. Diante disso, foi aberto Processo n. °0001048525 de 09/10/2000, contra João Joaquim de Melo Neto Segundo, coordenador do Banco Palmas.

¹³ CERNEV, Adrian Kemmer; DINIZ, Eduardo Henrique. Palmas para o E-Dinheiro! A Evolução Digital de uma Moeda Social Local. *Revista de Administração Contemporânea*, v. 24, n. 5, art. 7, p. 487-506, 2020. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1982-7849rac2020190390>>. Acesso em: 22 de setembro de 2023.

Contudo, em 2003 foi proferida decisão judicial concordando com a proposta de arquivamento do Termo Circunstanciado de Ocorrência proposto pela Promotoria. Assim, compreendeu-se que não houve qualquer cometimento de crime ou contravenção penal, mas apenas houve atendimento das necessidades da população de baixa renda, por meio da concessão de microcrédito. De fato, seria a própria sociedade buscando caminhos para resolver seus problemas¹⁴.

A partir do sucesso do Banco Palmas, a metodologia foi compartilhada, transferindo o *know-how*, modelo e tecnologia para dezenas de bancos comunitários em todo o país, formalizando a Rede Brasileira de Bancos Comunitários em 2007. Segundo o Instituto Palmas, no início de 2019, “das ilhas ribeirinhas na Amazônia às periferias do Rio Grande do Sul, passando por comunidades quilombolas, indígenas, assentamentos, vilas de pescadores, territórios rurais e urbanos”, existiam 117 bancos comunitários de desenvolvimento, presentes em 20 estados e 80 municípios brasileiros¹⁵.

2.2. Moeda Mumbuca

Outra moeda que gerou grande repercussão no país foi a Mumbuca, de Maricá, criada a partir de uma política pública, mediante a Lei n. ° 2.448/2013. Essa normativa criou o Programa Municipal de Economia Solidária, Combate à Pobreza e Desenvolvimento Econômico e Social (PMEPS) de Maricá, com o objetivo de combater as desigualdades sociais e potencializar o uso de recursos públicos para a geração de trabalho e renda no Município.

Em termos de linhas de ação, a lei previa uma série de intervenções consideradas estruturantes, entre as quais estavam: centros públicos de economia solidária; uma incubadora pública de empreendimentos populares; centros de comercialização justa e solidária. Além dessas, constava, ainda, a

¹⁴ FREIRE, Marusa Vasconcelos. Moedas sociais: contributo em prol de um marco legal e regulatório para as moedas sociais circulantes locais no Brasil. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2011, p. 81. Disponível em: <https://base.socioeco.org/docs/_bitstream_10482_9485_1_2011_marusavasconcelosfreire.pdf>. Acesso em:: 30 de setembro de 2023.

¹⁵ CERNEV, Adrian Kemmer; DINIZ, Eduardo Henrique. Palmas para o E-Dinheiro! A Evolução Digital de uma Moeda Social Local. Revista de Administração Contemporânea, v. 24, n. 5, art. 7, p. 487-506, 2020. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1982-7849rac2020190390>>. Acesso em:: 22 de setembro de 2023.

criação do Banco Comunitário Popular Mumbuca, que ficaria responsável pela operacionalização da moeda social mumbuca (M\$). Também foi instituído um fundo para custear o funcionamento do Banco Mumbuca, bem como a formação de lastro das moedas sociais emitidas¹⁶.

A criação desta Moeda e do Banco Mumbuca resultou da experiência do segundo – pois o primeiro foi o Banco Palas – Banco Comunitário de Desenvolvimento do país: o Banco Capivari, criado por lei municipal (Lei n. ° 1.502/2010) em Silva Jardim, Estado do Rio de Janeiro.

Após a criação da Moeda, a partir da Lei n. ° 2.448/2013, o programa recebeu diversas modificações. Inicialmente, o pagamento mensal era de R\$ 70,00 convertidos em mumbucas para famílias com renda familiar na faixa de um salário mínimo inscritas no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal (Cadastro Único), na forma do Decreto n. ° 213/2013.

Em 2015, a partir da regulamentação da Lei n. ° 2.652/2015, o valor do benefício aumentou para 85 mumbucas (art. 8º, inciso I, Decreto n. ° 125/2015), além da criação de duas modalidades para o atendimento de públicos específicos: o Renda Mínima Gestante, no valor de M\$ 85, para mulheres em período de gestação até o nascituro completar um ano (art. 8º, inciso III, Decreto n. ° 125/2015); e o Renda Mínima Jovem Solidário, de M\$ 100, direcionado a pessoas entre 14 e 29 anos (art. 8º, inciso II, Decreto n. ° 125/2015). A faixa de renda familiar mensal para elegibilidade também foi elevada para três salários mínimos, equivalendo-se ao Cadastro Único (art. 23, inciso I, Decreto n. ° 125/2015).

Ademais, a partir da Lei n. ° 2.641/2015, foi criado o programa Renda Básica da Cidadania (RBC), que estabelecia um pagamento adicional de M\$ 10 a todos os beneficiários. Os valores desses programas foram novamente reajustados em 2017: o RMM passou para M\$ 110, e o RBC, M\$ 20, mantendo sempre a paridade entre reais e mumbucas. Com isso, cada indivíduo beneficiado recebia, mensalmente, M\$ 130, valor que podia ser cumulativo com programas estaduais e federais de transferência de renda. Também foi

¹⁶ SILVA, Sandro Pereira; PEREIRA, Camila Amaral. Finanças Solidárias e Implementação de Políticas Sociais: o caso do banco comunitário e da moeda Mumbuca no Município de Maricá-RJ. *Mercado de Trabalho: conjuntura e análise*, Brasília, n. 74, p. 167-179, out. 2022. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/11659/1/BMT74_financas_solidarias.pdf>. Acesso em: 30 de setembro de 2023.

instituído o Mumbuca Indígena, que pagava, por mês, M\$ 300 a todos os moradores das duas aldeias indígenas localizadas no município. Em 2019, com a Lei n.º 2.869/2019, foram incorporados no Renda Básica da Cidadania todos os demais programas, com exceção do Mumbuca Indígena¹⁷.

Nessa toada, percebe-se a crescente expansão do benefício, evidenciando o sucesso da sua concessão. Nesse trabalho, serão analisadas com maior enfoque as moedas sociais Arariboia, do Município de Niterói, e Itajuru, do Município de Cabo Frio, ambas do Estado do Rio de Janeiro.

2.3. Moeda Social Arariboia

Inspirando-se na experiência da cidade vizinha Maricá, que criou a moeda Mumbuca, no dia 13 de dezembro de 2021, a partir da Lei n.º 3.621/2021, foi implementado, no Município de Niterói, a Moeda Social Arariboia, programa de transferência de renda permanente, gerida pela Secretaria Municipal de Assistência Social e Economia Solidária. Os cartões foram entregues em janeiro, tendo o primeiro pagamento sido realizado no dia 24 de janeiro de 2022. Substituiu, portanto, o programa Renda Básica Temporária, que foi criado de forma emergencial, permitindo que o recurso fosse gasto em grandes comércios¹⁸.

O objetivo foi auxiliar famílias em vulnerabilidade social e gerar novos empregos e rendas aos comerciantes, empreendedores e prestadores de serviços locais que forem cadastrados (art. 1º e art. 9º, inciso I, Lei n.º 3.621/2021).

Segundo dados apontados pelo site do Município¹⁹, a previsão é de que o programa injetaria aproximadamente R\$ 70 milhões por ano na economia da cidade, e auxiliaria 27 mil famílias em situação de vulnerabilidade social.

¹⁷ SILVA, Sandro Pereira; PEREIRA, Camila Amaral. Finanças Solidárias e Implementação de Políticas Sociais: o caso do banco comunitário e da moeda Mumbuca no Município de Maricá-RJ. Mercado de Trabalho: conjuntura e análise, Brasília, n. 74, p. 167-179, out. 2022. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/11659/1/BMT74_financas_solidarias.pdf>. Acesso em: 30 de setembro de 2023.

¹⁸ Disponível em: <<http://www.niteroi.rj.gov.br/2023/06/22/prefeitura-de-niteroi-entrega-os-primeiros-cartoes-as-novas-familias-da-moeda-social-arariboia/>>. Acesso em: 16 de agosto de 2023.

¹⁹ Disponível em: <<http://www.niteroi.rj.gov.br/2021/12/13/prefeitura-de-niteroi-lanca-moeda-social-arariboia-para-familias-em-vulnerabilidade>>. Acesso em: 27 de julho de 2023.

Ademais, havia, em janeiro de 2022, cinco mil e quinhentos comerciantes cadastrados em segmentos de alimentação, beleza, vestuário, mercearia, obras, transporte e outros, sendo certo que o investimento feito pelo Município também visa o fomento do comércio local comunitário²⁰.

A Moeda Social Arariboia faz parte do Programa Municipal de Economia Solidária, Combate à Pobreza e Desenvolvimento Econômico e Social de Niterói, instituído pela Lei n.º 3.621/2021, que, conforme seu artigo 1º, tem como objetivos principais combater as desigualdades sociais, fomentar o desenvolvimento econômico e social das comunidades e estabelecer meios para atingir a erradicação da pobreza e a geração de emprego e renda para as camadas mais carentes do município, complementando a Política Municipal de Economia Popular Solidária (Lei 3.473/2020).

Nos artigos 11 a 18 há a regulamentação deste benefício assistencial. Dispõe-se que o Programa Moeda Social Arariboia tem como objetivo a melhoria da qualidade de vida das famílias que vivem em situação de pobreza e tem como premissas básicas: i) o uso do Cadastro dos programas sociais Único do Governo Federal, CadÚnico, como base para definição dos beneficiários do Programa Moeda Social Arariboia e de suas modalidades de segmentos familiares; ii) o oferecimento de benefício complementar ao benefício do Programa Bolsa Família e/ou outro programa de transferência de renda estadual caso houver; iii) a permissão de incorporação de outros benefícios no futuro; e iv) a equivalência de cada unidade da Moeda Social Arariboia à R\$ 1,00.

O benefício, conforme art. 17 da Lei, será pago mensalmente por cartão magnético, por intermédio da Moeda Social Arariboia, no valor mínimo de 250 arariboias, a ser concedido ao responsável familiar, acrescido de 90 Arariboias para cada componente adicional do núcleo familiar, limitado a seis benefícios por família.

2.4. Moeda Social Itajuru

A moeda social Itajuru, por sua vez, foi instituída pelo Município de Cabo frio, pela Lei n.º 3.286/2021 que instituiu o Programa com finalidade de atender famílias hipossuficientes. Nos termos do art. 6º da Lei, o valor do

²⁰ Disponível em: <<http://www.niteroi.rj.gov.br/2022/01/28/moeda-social-arariboia-ja-fez-circular-mais-de-r-25-milhoes-em-niteroi>>. Acesso em: 27 de julho de 2023.

benefício é de R\$ 200,00 (duzentos reais), concedido mensalmente, em forma de créditos e disponibilizados por meio de cartão eletrônico, podendo ser utilizado nas transações financeiras realizadas com os estabelecimentos credenciados. Ademais, conforme o art. 9º da Lei n.º 3.286/2021, o titular do cartão do recebimento do benefício será preferencialmente a mulher, e, na sua ausência ou impedimento, outro responsável pela unidade familiar.

Conforme dispõe o art. 1º da Lei, a finalidade do Programa é “atender a famílias em situação de extrema pobreza, pobreza e baixa renda, inscritas no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal – CadÚnico”, sendo certo que o parágrafo único esclarece que “A inscrição da família no CadÚnico não torna obrigatória a sua inclusão no Programa Moeda Social Itajuru”.

Com efeito, a norma já inicia trazendo diversos conceitos jurídicos indeterminados, como “extrema pobreza, pobreza e baixa renda”, o que será melhor desenvolvido a seguir.

3. Conceitos jurídicos indeterminados nos critérios de concessão das Moedas Sociais Arariboia e Itajuru

Quanto à concessão dos benefícios das Moedas Sociais, caberá a análise do preenchimento dos critérios previstos em lei pelos assistentes sociais locais, conforme competência estabelecida na Lei n.º 8.662/1993, em seu art. 4º, inc. VI, o qual prevê como competência do Assistente Social “*planejar, organizar e administrar benefícios e Serviços Sociais*” e art. 5º, inc. I, que constitui como atribuição privativa do Assistente Social “*coordenar, elaborar, executar, supervisionar e avaliar estudos, pesquisas, planos, programas e projetos na área de Serviço Social*”.

No que tange à Moeda Social Arariboia, do Município de Niterói, é certo que o cadastramento deve observar determinados critérios, conforme o art. 12 da Lei n.º 3.621/2021:

Art. 12. O cadastramento das famílias será realizado nos termos estabelecidos pela Secretaria Municipal de Assistência Social e Economia Solidária, observando-se os seguintes critérios:

I - preenchimento de modelo de formulário estabelecido pela Secretaria Municipal de Assistência Social e Economia Solidária;

II - cada pessoa deve ser cadastrada em somente uma família;

III - o cadastramento de cada família será vinculado ao seu domicílio e a um responsável pela unidade familiar, com no mínimo de idade de dezesseis anos, se emancipado, preferencialmente mulher;

IV - terão direito ao benefício **famílias em situação de pobreza ou extrema pobreza**, cadastradas no Cadastro Único dos Programas Sociais, **mulheres vítimas de violência doméstica e familiar e em situação de vulnerabilidade atendidas pela CODIM**, desde que cadastradas no CadÚnico seguindo os critérios de recorte temporal e de renda nos termos estabelecidos pela Secretaria Municipal de Assistência Social e Economia Solidária.

Do mesmo modo, a Lei n. ° 3.286/2021 do Município de Cabo Frio, estabelece os critérios para a inserção no Programa Moeda Social Itajuru, como segue:

Art. 1º Fica instituído o Programa Moeda Social Itajuru, cuja finalidade é atender a famílias em **situação de extrema pobreza, pobreza e baixa renda**, inscritas no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal – CadÚnico.

Art. 5º Para inserção no Programa Moeda Social Itajuru, **a família deverá apresentar condições de vulnerabilidade e/ou risco social**, sendo condições e critérios necessários:

I – estar inscrita no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal – CadÚnico;

II - possuir renda per capita mensal de até 1 (um) salário mínimo;

III – estar em condições de vida que leve à exposição a riscos pessoais e/ou sociais; e

IV – residir no Município de Cabo Frio há pelo menos 2 (dois) anos.

§ 1º Os critérios e requisitos dos incisos I a IV deverão ser atendidos de forma cumulativa.

É trazido pela legislação do Município de Niterói conceito jurídico indeterminado quanto às famílias em “*situação de pobreza ou extrema pobreza*”, e quanto às “*mulheres vítimas de violência doméstica e familiar e em situação de vulnerabilidade*” para que tenham direito ao benefício.

Do mesmo modo, a legislação do Município de Cabo Frio, ao elencar os critérios para a concessão da sua moeda social, utiliza os conceitos de “*situação de extrema pobreza, pobreza e baixa renda*”, “*condições de vulnerabilidade e/ou risco social*” e “*condições de vida que leve à exposição a riscos pessoais e/ou sociais*”, os quais também são conceitos jurídicos indeterminados.

Afinal, os conceitos jurídicos indeterminados são expressões dotadas de elevado grau de indeterminação quanto ao seu conteúdo e extensão. Com efeito, conforme António Francisco de Sousa²¹, os conceitos indeterminados surgem com maior frequência no direito administrativo, em razão da administração se orientar à satisfação de necessidades sociais. Seriam, assim, para o legislador, um instrumento para atribuição de competências às autoridades administrativas para que estas possam reagir a tempo e de modo adequado aos imponderáveis da vida administrativa.

Afirma José dos Santos Carvalho Filho²² que, na doutrina alemã, todo conceito indeterminado tem, em sua estrutura, três elementos de composição: um núcleo fixo (*Begriffkern*), que constitui a zona de certeza – composto de dados prévios e seguros; o segundo, uma zona intermediária ou de incerteza (*Begriffhof*), mais ou menos precisa; e terceira, consistente na zona de incerteza negativa, havendo segurança da exclusão do conceito. Assim, a dificuldade da

²¹ SOUSA, António Francisco de. A Discricionariiedade Administrativa. Lisboa: Danúbio, 1987, p. 276.

²² CARVALHO FILHO, José dos Santos. A discricionariiedade e o Estado de Direito. In: GARCIA, Emerson (coord.). Discricionariiedade administrativa. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 29.

aplicação dos conceitos indeterminados estaria na zona de incerteza, onde há maior dificuldade em encontrar a única solução justa.

Assim, como afirma Karl Engisch²³, é possível distinguir nos conceitos jurídicos indeterminados um núcleo conceitual e um halo conceitual. Sempre que existe uma noção clara do conteúdo e da extensão de um conceito, estar-se-ia diante do núcleo conceitual. Por sua vez, quando as dúvidas se iniciarem, começa o halo do conceito.

Assim, a doutrina alemã conferiria uma margem de apreciação em favor da Administração quando pretende aplicar ao caso concreto o núcleo vago do conceito. Essa margem não permitiria uma livre vontade da administração, pois só existiria uma solução justa, adotando a teoria da unicidade.

Conforme propugna Fernando Sainz Moreno²⁴, Otto Bachof elabora a doutrina da margem de livre apreciação, segundo a qual a Administração Pública dispõe de espaço de valoração não sujeito ao controle judicial, exceto quando supera o limite desse espaço. Com efeito, inexistiria fronteira nítida entre conceitos determinados e indeterminados, apenas maior ou menor indeterminação, e distingue o conceito indeterminado do conceito jurídico, que permanece fora do âmbito de valoração exclusiva da Administração, recaindo no espaço decisional controlável.

Conforme afirma José Eduardo Martins Cardozo²⁵, os adeptos da teoria da margem de apreciação partem da distinção entre conceitos jurídicos discricionários e indeterminados, entendendo que os indeterminados admitem apenas um único sentido correto em cada caso.

Segundo André Saddy²⁶, a doutrina de Otto Bachof distingue a discricionariedade de ação, a qual existe quando a lei atribui margem de liberdade de atuação não sujeita ao controle judicial, e a de tipo cognitivo, quando a lei atribui uma margem de valoração que consiste no âmbito de

²³ ENGISCH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. 8ª ed. Lisboa: Fundação Calousete Guibekian, 2001, p. 209. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/6247101/mod_resource/content/1/Introdu%C3%A7%C3%A3o%20ao%20pensamento%20jur%C3%ADico%20by%20Karl%20Engisch%2028z-lib.org%29.pdf>. Acesso em: 30 de setembro de 2023.

²⁴ SAINZ MORENO, Fernando, 1976 *apud* SADDY, André, 2014, p. 218.

²⁵ CARDOZO, José Eduardo Martins. A discricionariedade e o Estado de Direito. In: GARCIA, Emerson (coord.). Discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 72.

²⁶ SADDY, André. Apreciatividade e Discricionariedade Administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 219.

liberdade de apreciação. Dessa forma, nos conceitos jurídicos indeterminados não haveria discricionariedade, com possibilidade de escolha da melhor decisão, mas sim ação vinculada, onde são possíveis valorações igualmente defensáveis. Assim, complementa:

Ressalta-se, no entanto, que, segundo OTTO BACHOF, nem todo conceito indeterminado confere uma margem de livre apreciação à Administração. É ao legislador que se incumbe escolher os casos em que assim sucederá, o que faz de um modo geral quando usa conceitos de valor (Wertbegriffe), mas também quando emprega conceitos de experiência (Erfahrungsbegriffe) aplicáveis às situações de fato complexas ou que envolvam uma quantidade imponderável⁵²⁹. Faz-se, desse modo, a distinção entre interpretação (Auslegung) e aplicação (Anwendung) do conceito para considerar que a primeira é uma questão de direito totalmente sujeita à revisão jurisdicional à medida que não é, em ocasiões, a subsunção dos pressupostos de fato em conceitos jurídicos indeterminados contidos na “Tatbestand”.

André Saddy²⁷ traz essas conceituações de forma muito clara, como segue:

A margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados seria a margem decorrente da zona de incerteza semântica de um conceito jurídico, ou seja, daqueles conceitos que não se podem traçar precisamente porque não deixam ao seu intérprete a compreensão exata de quais significados emitem, seu objeto ou a realidade abrangida. Deixam dúvidas de

²⁷ SADDY, André. Saúde pública, apreciatividade e discricionariedade na área da saúde. In: SADDY, ANDRÉ (Coord.). Discricionariedade na área da saúde. Rio de Janeiro: CEEJ, 2020, p. 64.

duas ou mais compreensões de seu significado quando visualizados no caso concreto, por isso, entende-se que o único modo possível de visualizar se um conceito jurídico indeterminado apresenta ou não uma margem de livre apreciação é analisando sua estrutura (núcleo conceitual e auréola conceitual). Sempre que se tenha uma noção clara do conteúdo e da extensão de um conceito, estar-se-á diante do domínio do núcleo conceitual. Quando as dúvidas começam, é porque se está diante da auréola do conceito. O núcleo conceitual também é chamado de zona de certeza, que pode ser positiva (é seguro que “isso” pode denominar-se com esse termo) ou negativa (é seguro que “isso” não pode se denominar assim). A auréola do conceito é a zona intermediária, de dúvida ou de incerteza ou, dito com maior precisão, zona em que não existe uma certeza prévia e cuja determinação exige desdobrar a ideia nuclear do conceito. Toda a dificuldade de aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados estará na zona de incerteza (ou “halo del concepto”), pois há maior dificuldade para localizar a única solução justa. No mais, a margem de livre apreciação aqui exposta insere-se na hipótese ou previsão da norma jurídica, nos componentes lógico-estruturais dessa.

Assim, no caso em tela, haveria, portanto, a existência de conceitos jurídicos indeterminados.

Quanto às famílias em “*situação de pobreza ou extrema pobreza*” (previsto na lei de Niterói) e “*extrema pobreza, pobreza e baixa renda*” (previsto na lei de Cabo Frio), há as que estão certamente dentro do conceito, como famílias que não possuem renda e vivem em situação de rua. Do mesmo modo, há famílias que estarão certamente fora do conceito, como famílias muito ricas.

Contudo, o próprio conceito de pobreza/riqueza varia de acordo com o parâmetro escolhido, além dos critérios a serem utilizados pelo agente público.

Existem diversos estudos e parâmetros para a definição de riqueza/pobreza/classe social, o que abre margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados ao agente público.

Como exemplo, cita-se que o Banco Mundial publicou, em 2022, o relatório “Pobreza e Equidade no Brasil – Mirando o Futuro Após Duas Crises”²⁸, o qual faz uma abordagem analítica da situação da população brasileira diante de duas crises recentes. De acordo com a definição utilizada no relatório, estão abaixo da linha de pobreza pessoas com renda *per capita* inferior a R\$ 499 por mês.

Outro exemplo a ser citado são as regulamentações das Defensorias Públicas do país, sendo certo que cada estado define o que se considera hipossuficiente econômico.

Na Defensoria Pública da União, a Resolução 134/2016 estabelece que o valor de presunção da necessidade econômica é de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), sendo certo que esse valor, fixado em 2016, será corrigido periodicamente pela inflação anual acumulada.

Quanto às Defensorias Estaduais, sabe-se que, no Distrito Federal, por exemplo, a Resolução 140/2015 estabelece que se presume hipossuficiência de recursos de quem, cumulativamente, aufera renda familiar mensal não superior a cinco salários mínimos; não possua recursos financeiros em aplicações ou investimentos em valor superior a 20 salários mínimos; e não seja proprietário, titular de direito à aquisição, usufrutuário ou possuidor a qualquer título de mais de um imóvel.

Na Bahia, por sua vez, é necessário que se aufera renda mensal não superior ao valor da isenção de pagamento do imposto de renda (R\$ 2.046,38), conforme a Resolução 03/2014.

Já em SP (Deliberação 89/2008), o atendimento pela Defensoria Pública é condicionado aos requisitos: aufera renda familiar mensal não superior a três salários mínimos; não seja proprietário, titular de aquisição, herdeira, legatária ou usufrutuária de bens móveis, imóveis ou direitos, cujos valores ultrapassem a quantia equivalente a 5.000 UFESP's; não possua

²⁸ The World Bank. 2022. Brazil Poverty and Equity Assessment: Looking Ahead of Two Crises. Washington D.C.: World Bank. Disponível em: <<https://openknowledge.worldbank.org/server/api/core/bitstreams/19298bfa-067d-504c-8e34-00b20e3139d2/content>>. Acesso em: 08 de junho de 2023.

recursos financeiros em aplicações ou investimentos em valor superior a 12 salários mínimos federais.

De forma similar, esse critério econômico de limitação em três salários mínimos também é estipulado por outras Defensorias Públicas, como as de Santa Catarina (Resolução 15/2014), Piauí (Resolução 26/2012), Amazonas (Resolução 12/2014), Paraná (Deliberação 19/2014), Mato Grosso (Resolução 46/2011) e Rio de Janeiro (Deliberação CS/DPGE n. °124/2017).

Do mesmo modo, percebe-se variações dos conceitos de classes sociais a partir do estudo realizado pela Associação Brasileira de Empresas de Pesquisa (ABEP), a qual estabeleceu, em 2015, o "Critério de Classificação Econômica Brasil", que é atualizado desde então²⁹. Em 2021, fixou os critérios de definição do estrato sócio econômico, a partir da renda média, quais sejam: o Estrato Sócio Econômico A deteria renda média de R\$ 22.749,24; o B1, de R\$ 10.788,65; o B2, de R\$ 5.721,72; o C1, de R\$ 3.194,33; o C2, de R\$ 1.894,95; e os DE, de R\$ 862,41.

Assim sendo, haverá diversas situações que estarão inseridas em uma zona de incerteza jurídica, como, por exemplo, quando a família possui gastos altos com tratamentos, que acaba comprometendo de forma abrupta a sua renda, ou quando estão inseridos em classe social média, abrangida por alguns parâmetros. Nessas hipóteses, poderia a Administração decidir pela concessão do benefício, mediante sua margem de livre apreciação desses conceitos jurídicos indeterminados.

Da mesma forma, quanto à previsão da lei do Município de Niterói de concessão do benefício às "*mulheres vítimas de violência doméstica e familiar e em situação de vulnerabilidade*", a situação de vulnerabilidade também abre margem para uma zona de incerteza jurídica, pois haverá casos em que a existência ou não de vulnerabilidade será de difícil definição segura.

Ressalta-se, contudo, que o Superior Tribunal de Justiça entende "ser presumida, pela Lei n. 11.340/2006, a hipossuficiência e a vulnerabilidade da mulher em contexto de violência doméstica e familiar. É desnecessária, portanto, a demonstração específica da subjugação feminina para que seja aplicado o sistema protetivo da Lei Maria da Penha, pois a organização social brasileira ainda é fundada em um sistema hierárquico de poder baseado no

²⁹ ABEP - Associação Brasileira de Empresas de Pesquisa. Critério de Classificação Econômica Brasil. São Paulo. 2021. Disponível em: <<https://www.abep.org/criterio-brasil>>. Acesso em: 8 de junho de 2023.

gênero, situação que o referido diploma legal busca coibir³⁰. Assim sendo, havendo violência doméstica contra a mulher, nos termos da Lei n. 11.340/2006, haverá a presunção de vulnerabilidade.

Nessa toada, a Lei do Município de Cabo Frio também apresenta como critérios os conceitos de “*condições de vulnerabilidade e/ou risco social*” e “*condições de vida que leve à exposição a riscos pessoais e/ou sociais*”, os quais também são conceitos jurídicos indeterminados, garantindo a margem de livre apreciação do agente público quanto à zona de incerteza jurídica.

Quanto ao risco social, por exemplo, existem decisões dos Tribunais Regionais Federais da 1^a³¹ e 4^a³² Região definindo como “estado de miserabilidade, hipossuficiência econômica ou situação de desamparo”, que também trazem, consigo, diversos outros conceitos jurídicos indeterminados.

No próprio art. 5º, §2º da Lei n.º 3.286/2021 de Cabo Frio, é previsto que “*a renda mensal familiar poderá ser declaratória para o caso de famílias que trabalhem no mercado informal, sem registro em carteira profissional, ou cujos membros encontrem-se desempregados ou desprovidos de renda*”, abrindo margem à apreciação do agente público que concede o benefício.

4. Discricionariedade administrativa na verificação dos critérios para concessão da Moeda Social Itajuru

Com efeito, o §2º do art. 5º da Lei n.º 3.286/2021 permite que a renda mensal familiar seja declaratória quando as famílias trabalharem no mercado informal ou estiverem desempregados ou desprovidos de renda. Em seguida, o §3º prevê que, nesses casos, a Secretaria Municipal de Assistência Social **poderá** realizar visita técnica domiciliar, com intuito de verificar a veracidade das informações prestadas. Como segue:

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg na MPUMP 6/DF, relatora Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 18/5/2022, DJe de 20/5/2022.

³¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível 1005216-27.2023.4.01.9999, Relator Desembargador Federal Eduardo Moraes da Rocha, Primeira Turma, Julgado em 30/05/2023.

³² BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo de Instrumento n.º 5017779-25.2023.4.04.0000, Relatora Desembargadora Federal Cláudia Cristina Cristofani, Décima Turma, Julgado em 07/06/2023

Art. 5º Para inserção no Programa Moeda Social Itajuru, a família deverá apresentar condições de vulnerabilidade e/ou risco social, sendo condições e critérios necessários:

I – estar inscrita no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal – CadÚnico;

II - possuir renda per capita mensal de até 1 (um) salário mínimo;

III – estar em condições de vida que leve à exposição a riscos pessoais e/ou sociais; e

IV – residir no Município de Cabo Frio há pelo menos 2 (dois) anos.

§ 1º Os critérios e requisitos dos incisos I a IV deverão ser atendidos de forma cumulativa.

§ 2º A renda mensal familiar poderá ser declaratória para o caso de famílias que trabalhem no mercado informal, sem registro em carteira profissional, ou cujos membros encontrem-se desempregados ou desprovidos de renda.

§ 3º Na hipótese tratada no § 2º, a Secretaria Municipal de Assistência Social poderá realizar visita técnica domiciliar com o intuito de verificar a veracidade das informações prestadas.

§ 4º Serão computados, no cálculo da renda per capita mensal, os valores recebidos de benefícios do Governo Federal e Estadual.

Assim sendo, a partir do parágrafo §3º, percebe-se concessão de discricionariedade de atuação à Secretaria Municipal de Assistência Social, a qual poderá realizar a visita técnica domiciliar. Afinal, há uma margem de liberdade para se optar entre alternativas: realizar ou não a visita.

Para melhor compreensão dessa subjetividade, explica-se mais sobre a natureza da discricionariedade.

De início, cabe ressaltar que a discricionariedade é trazida, por Eva Desdentado Daroca³³ como elemento central da concepção positivista do direito. Afinal, na Teoria Pura do Direito de Kelsen, o ordenamento jurídico é o conjunto de normas organizado sobre a base do princípio da hierarquia. O direito positivo não permitiria individualizar única solução correta, pois a norma não seria passível de determinação completa. Dessa forma, a interpretação seria um ato de vontade, e não de conhecimento. Assim, a discricionariedade estaria vinculada ao processo de aplicação do direito, pois seria necessária a escolha da solução mais oportuna dentro das permitidas pelo ordenamento jurídico. Dessa feita, a diferença entre a discricionariedade do legislador, do administrador e do juiz seria quantitativa, e não qualitativa.³⁴

Para Hart³⁵, a falta de clareza da linguagem, sua vagueza e indeterminação gerariam a discricionariedade, de forma que esta seria sua consequência inevitável. Haveria um âmbito de certeza, mas também uma zona de penumbra, onde estaria a possibilidade de discricionariedade. Diferentemente de Kelsen, a discricionariedade não estaria em todos os casos, mas apenas nos casos difíceis. Percebe-se que, na realidade, o conceito trazido por Hart diria respeito à margem de livre apreciação decorrente dos conceitos jurídicos indeterminados, como explicitado melhor acima.

Dworkin³⁶, por sua vez, que questiona vários aspectos das teorias positivistas, defende que não há discricionariedade em todas as ocasiões em que o sujeito precisa tomar uma escolha, mas quando deve tomar decisões em conformidade com normas estabelecidas ou ordens ditadas por uma autoridade. Ele cita o buraco de uma rosquinha como exemplo de um espaço livre que as normas que regem a conduta do sujeito permitem para sua decisão.

Ademais, Dworkin distingue dois sentidos de discricionariedade – discricionariedade fraca, a qual ocorre quando a conduta do sujeito não é suscetível de aplicação mecânica, mas exige operação de discernimento; e

³³ DAROCA, Eva Desdentado. Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico: Construção teórica y análisis jurisprudencial. 2. ed. Alcalá de Henares: Aranzadi Editorial, 1999.

³⁴ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução João Baptista Machado, 8ª ed - São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

³⁵ HART, H. L.A: O Conceito de Direito. Tradução A. Ribeiro Mendes. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2001.

³⁶ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira – São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ocorre também quando o sujeito tem o poder de tomar decisão definitiva em um assunto determinado, de forma que sua decisão não pode ser revisada ou anulada posteriormente. E discricionariedade em sentido forte, quando uma autoridade atribui ao sujeito um poder de decisão, sem estabelecer nenhum tipo de critério que guie sua conduta. Nesse caso, o sujeito pode criar seus próprios critérios de atuação, enquanto na discricionariedade fraca a conduta do sujeito é regida por critérios fixados pela autoridade.

Assim, na interpretação não haveria discricionariedade, porque o ordenamento jurídico apresentaria apenas uma solução, inclusive nos casos difíceis, devendo o aplicador do direito se esforçar para encontrá-la. Como, para Dworkin, o ordenamento jurídico não é composto apenas de normas, mas também de princípios, poderia se buscar a resposta, também para os casos difíceis.

Dessa forma, para Dworkin, só pode existir discricionariedade quando uma norma tiver intenção de atribuir ao sujeito um poder de decisão. Diferentemente dos positivistas, que compreendem que o sujeito tem discricionariedade quando o ordenamento lhe atribui expressamente um poder de decisão e também quando rege sua atuação mediante critérios amplos ou vagos.

Eva Desdentado Daroca³⁷ conclui que Dworkin, Kelsen e Hart concordam em três aspectos fundamentais sobre a discricionariedade:

a) La discrecionalidad hace referencia a una decisión adoptada dentro de un margen de libre apreciación dejado por el ordenamento jurídico, es decir, a una decisión vinculada jurídicamente, b) la discrecionalidad implica un acto de elección, lo que significa que sea una elección arbitraria o irracional, que no se base en razones, sino simplemente que esas razones serán argumentos valorativos sobre los que personas razonables pueden diferir, c) la decisión discrecional es una decisión que se adopta conforme a criterios valorativos extrajurídicos.

³⁷ DAROCA, Eva Desdentado. Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico: Construcción teórica y análisis jurisprudencial. 2. ed. Alcalá de Henares: Aranzadi Editorial, 1999.

Assim, a discricionariiedade administrativa existe quando há uma margem de apreciação deixada pelo ordenamento jurídico para o administrador escolher dentre opções, a partir de critérios valorativos extrajurídicos³⁸.

Contudo, é possível que haja uma outorga abstrata de liberdade pela lei, mas que, diante do caso concreto, essa liberdade deixe de existir, pois se apresenta apenas uma única conduta válida a ser seguida. Nesse caso, diz-se que haveria apenas uma discricionariiedade potencial, delegada em abstrato pela lei, e não uma discricionariiedade efetiva. A discricionariiedade efetiva existiria quando, a partir da regra abstrata da lei, no mundo concreto dos fatos, fique evidenciada a existência de mais de uma alternativa válida possível de ser decidida pelo administrador. Dessa maneira, o conjunto de circunstâncias fáticas irá impor balizas suplementares à discricção que foi prevista abstratamente na norma³⁹.

Nesse sentido, André Saddy⁴⁰ afirma que se está no campo da discricionariiedade efetiva apenas quando são fixadas as alternativas igualmente justas e idôneas (ou legalmente indiferentes). Essa seria uma opção política, cuja definição seria a opção entre as alternativas ou opções válidas feitas com critérios de política administrativa ou governamental, considerados como apropriados pelo administrador em determinados casos concretos.

Eduardo Garcia de Enterría⁴¹ afirma que:

[...] la discrecionalidad administrativa es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc.), no incluidos em la

³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariiedade e Controle Jurisdiccional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 48.

³⁹ CARDOZO, José Eduardo Martins. A discricionariiedade e o Estado de Direito. In: GARCIA, Emerson (coord.). *Discricionariiedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 55.

⁴⁰ SADDY, André. *Apreciatividade e Discricionariiedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2014, p. 134

⁴¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. 20. ed. Madrid: Civitas, 2022. Pag. 450

Ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración.

Dessa forma, as opções passíveis de escolha devem ser igualmente justas, de modo que as alternativas sejam indiferentes jurídicos. Nesse sentido, André Saddy⁴² explicita:

Significa que as alternativas ou opções dadas pela interpretação concederam apenas alternativas ou opções válidas ou inválidas. Ou seja, não há “melhor” ou “ótima” alternativa ou opção, essa, sempre, será a única que poderia ser validamente seguida. Com efeito, o agente público tem o dever jurídico de satisfazer os interesses públicos por meio da legalidade, legitimidade e licitude. Se determinada alternativa ou opção é a “melhor” ou “ótima”, essa será o único caminho válido; os demais serão indevidos, inválidos. Se assim for, estar-se-á diante de uma hipótese de atuação vinculada e não de discricionariedade.

É possível que a discricionariedade esteja localizada em ambos os elementos lógicos da norma, tanto na hipótese quanto no preceito. Compreende-se por hipótese o elemento lógico-normativo em que se descrevem os fatos os quais, ao ocorrerem no mundo empírico, propiciam a atuação daquilo que deve-ser segundo a regra. Por sua vez, compreende-se como preceito o elemento lógico-normativo em que se descreve o que deve-ser, isto é, as consequências jurídicas que deverão ocorrer, quando no mundo concreto se verificam os fatos apontados na hipótese⁴³.

⁴² SADDY, André. Apreciatividade e Discricionariedade Administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 136

⁴³ CARDOZO, José Eduardo Martins. A discricionariedade e o Estado de Direito. In: GARCIA, Emerson (coord.). Discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. 60.

Miguel Beltrán de Felipe⁴⁴ afirma que a discricionariedade ocorre quando uma parcela decisória, geralmente prevista em uma norma habilitante, deixa um espaço vazio que deve ser preenchido pelos administradores com critérios não necessariamente explicitados pelo direito. Inclusive, um dos exemplos de discricionariedade trazidos por ele é a utilização do tempo verbal “*poderá*”, que é o que ocorre no caso em tela, em que a Secretaria Municipal de Assistência Social poderá realizar a visita técnica domiciliar.

Nesse diapasão, cabe destacar a diferenciação entre discricionariedade de decisão e discricionariedade de eleição. A discricionariedade de decisão seria possível quando o órgão apenas precisa ponderar se adotará ou não determinada conduta que a lei lhe permite sem estar obrigado a atuar. Nesse caso, os efeitos do ato administrativo estão descritos na parte preceptiva da norma. Por outro lado, a discricionariedade de eleição existe quando a Administração deve escolher entre alternativas ou opções enunciadas no preceito atributivo de competência⁴⁵.

Do mesmo modo, distingue-se discricionariedade de ação e discricionariedade de eleição. A primeira se relacionaria em deixar ao órgão titular da competência decidir sobre determinados efeitos que não estariam impostos pela norma – quando poderia atuar ou não. Por sua vez, na discricionariedade de eleição, o administrador pode optar por uma dentre várias condutas possíveis⁴⁶.

André Saddy⁴⁷ trata dessa distinção:

Por certo que haverá casos em que os próprios termos literais da norma configurem a consequência jurídica como discricional, então, produzindo uma atribuição textual de discricionariedade, pelo que não carece recorrer aos critérios dos componentes lógico-

⁴⁴ BELTRÁN DE FELIPE, Miguel. Discrecionalidad administrativa y constitución. Madrid: Tecnos, 1995, p. 30

⁴⁵ CORREIA, José Manuel Sérvalo. Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos. Coimbra: Almedina, 2003, p. 314.

⁴⁶ AYALA, Bernardo Diniz de. O (Défice de) Controlo Judicial da Margem de Livre Decisão Administrativa. Lisboa: Lex, 1995, p. 134.

⁴⁷ SADDY, André. Saúde pública, apreciatividade e discricionariedade na área da saúde. In: SADDY, ANDRÉ (Coord.). Discricionariedade na área da saúde. Rio de Janeiro: CEEJ, 2020, 63.

estruturais da norma jurídica. Quando esse não for o caso, poderá localizar-se a discricionariedade no operador deôntico ou na preceptiva da norma. Nas normas de competência, ter-se-á discricionariedade na preceptiva, visto que, sobre qualquer domínio que se possa conceber, terá habilitação para dispor de forma autônoma. Agora, nas normas de conduta, ter-se-á discricionariedade no operador deôntico quando se tratar de normas permissivas, bem como quando a preceptiva não compreender mais de um efeito; e, na preceptiva, diante de normas de obrigação (imposição ou proibição), em que se necessite de mais de uma alternativa e em disjunção. Trata-se da distinção entre discricionariedade de atuação (localizada no operador deôntico) e de eleição (localizada na preceptiva).

Assim, conclui-se que a norma que afirma que a Secretaria Municipal de Assistência Social poderá realizar visita técnica domiciliar é permissiva e se enquadra na denominada discricionariedade de decisão ou de atuação, pois localizada no operador deôntico, permitindo que o agente público escolha atuar ou não, diante do caso concreto.

Por outro lado, as normas, analisadas no tópico anterior, que tratam da concessão dos benefícios das moedas sociais Arariboia e Itajuru, são impositivas, devendo ser concedidos os benefícios caso presentes os critérios – os quais apresentam conceitos jurídicos indeterminados, como visto. Dessa feita, quanto à concessão dos benefícios, inexistente discricionariedade no operador deôntico, por se tratarem de normas impositivas, tampouco na preceptiva, diante da ausência de mais de uma alternativa, de modo que descaracterizada a discricionariedade de atuação ou de eleição.

5. Da existência de apreciatividade administrativa nos critérios de concessão

Por fim, haveria, na concessão, tanto da Moeda Social Itajuru, quanto na Moeda Social Arariboia, a subjetividade denominada apreciatividade.

Com efeito, existe parte da doutrina que concebe a existência de outra modalidade de subjetividade administrativa, diferente da liberdade configuradora, discricionariedade administrativa ou margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados. Quanto à sua natureza, existem opiniões distintas, mas, neste trabalho, adota-se o posicionamento do professor André Saddy, que trabalha em sua obra, de forma profunda, a existência de uma subjetividade denominada apreciatividade.

O exercício da função administrativa conferiria ao administrador a apreciatividade, que seria uma liberdade de apreciação que opera uma eleição, um processo volitivo. Essa margem de escolha não costuma vir explicitada nas normas jurídicas que habilitam a competência ou a conduta, mas é inerente e natural de algumas funções, estando implicitamente atribuída. Assim, a tomada de decisão pessoal do agente público é essencial em sua conduta diária. Como dispõe André Saddy⁴⁸:

A apreciatividade é aquela margem de liberdade que a Administração dispõe para adotar uma eleição/decisão, normalmente rápida e rotineira, ante situações de fato que assim requeiram. São os casos em que as garantias procedimentais praticamente não existem, seja por estar diante de um caso de ação não deontica ou pela imediatidade da atuação. A motivação formal prévia tampouco existe nessas hipóteses, ainda que se possa motivar ou justificar a atuação ulteriormente. Trata-se de hipóteses, como já se esclareceu, que não podem ser aceitas como de livre conformação, como discricionariedade em sentido técnico-jurídico ou como uma margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados, mas que também concedem valorização na tomada de eleição/decisão.

Sendo assim, em todos essas hipóteses de concessão do benefício da moeda social, haverá, ainda, a apreciatividade do assistente social, pois esta

⁴⁸ SADDY, André. Apreciatividade e Discricionariedade Administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 270

existe, ainda que implicitamente, em toda tomada de decisão na qual utiliza operação de discernimento para aplicar a norma.

Haverá, de fato, tomada de decisões pessoais do agente público, que possui um espaço de liberdade na relação direta com os cidadãos. Cite-se, como exemplo, a forma de divulgação do benefício e chamamento dos beneficiários para cadastramento, que, não sendo especificamente regulada, abre margem para a atuação individual do agente.

Afinal, como dispõe André Saddy⁴⁹, normalmente, a apreciatividade é concedida por fontes como orientações políticas do governo; diretrizes efetuadas pela própria Administração; a autoridade administrativa hierárquica; os códigos de conduta e ética; os guias, os manuais da atividade; os treinamentos; as escolas de formação; os precedentes administrativos; e até, inclusive, a intuição.

Assim, o assistente social, diante do caso concreto, utilizará de critérios e subcritérios, e ponderará interesses em conflito diante da indeterminação do direito e das imprevisibilidades dos fenômenos.

Conclusões

Em arremate final das ideias expostas neste trabalho, destaca-se que as moedas sociais são moedas alternativas, utilizadas por certo grupo para troca de serviços e produtos, exurgindo a partir de uma economia solidária e gerando desenvolvimento local.

A fim de compreender melhor seu impacto na realidade nacional, foram trazidos alguns exemplos de moedas sociais, como a Moeda Palmas, primeira moeda social, criada em 1998, por uma comunidade de Fortaleza, no Ceará, a partir do Banco Comunitário Palmas. Em seguida, a Moeda Mumbuca, criada a partir da política pública formulada pelo Município de Maricá através da Lei n. ° 2.448/2013, a qual gerou grande repercussão no país.

Finalmente, foram analisadas as Moedas Social Arariboia, criada pelo Município de Niterói a partir da Lei n. ° 3.621/2021, e Itajuru, criada pelo Município de Cabo Frio, a partir da Lei n. ° 3.286/2021. A partir dessas análises, percebeu-se que existem conceitos jurídicos indeterminados, nos critérios de cadastramento dos benefícios, como nas expressões das famílias em

⁴⁹ SADDY, André. Apreciatividade e Discrecionalidade Administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 279.

“situação de pobreza ou extrema pobreza”; das *“mulheres vítimas de violência doméstica e familiar e em situação de vulnerabilidade*; e nos conceitos de *“situação de extrema pobreza, pobreza e baixa renda”*, *“condições de vulnerabilidade e/ou risco social”* e *“condições de vida que leve à exposição a riscos pessoais e/ou sociais”*.

Assim sendo, conforme doutrina evidenciada ao longo do trabalho, haverá uma zona de certeza, campo conceitual em que não há dúvida quanto à sua aplicação, seja para a negação ou afirmação da sua incidência (zona de certeza conceitual positiva e negativa); e uma zona de incerteza, quando há dúvidas sobre a aplicação ou não do conceito. Nesse sentido, são elencados exemplos de que os próprios conceitos de riqueza e pobreza variam de acordo com o parâmetro escolhido e dos critérios a serem utilizados pelo agente público; assim como os conceitos de vulnerabilidade e risco social, como se vislumbra de decisões judiciais.

Do mesmo modo, percebe-se a existência de discricionariedade no §3º do art. 5º da Lei n.º 3.286/2021, o qual prevê que, nos casos em que a renda familiar pode ser declaratória, a Secretaria Municipal de Assistência Social poderá realizar visita técnica domiciliar para verificar a veracidade das informações. Assim, há margem de liberdade para se optar entre alternativas: realizar ou não a visita. Com efeito, sendo uma norma permissiva, se enquadraria na denominada discricionariedade de decisão ou de atuação, localizada no operador deôntico, permitindo que o agente público escolha atuar ou não, diante do caso concreto.

Por sua vez, quanto à concessão dos benefícios das moedas sociais Arariboia e Itajuru, considerando serem normas impositivas, conclui-se pela inexistência de discricionariedade presente no operador deôntico, e, diante da ausência de mais de uma alternativa, tampouco existiria a discricionariedade de eleição, na preceptiva. Assim, presentes os critérios (os quais apresentam conceitos jurídicos indeterminados), faz-se obrigatória a concessão da moeda social ao indivíduo.

Por fim, afirma-se que haveria, na concessão, tanto da Moeda Social Itajuru, quanto na Moeda Social Arariboia, a existência da subjetividade denominada apreciatividade. Essa subjetividade exsurgiria do próprio exercício da função administrativa, conferindo, de forma implícita, liberdade de apreciação que opera uma eleição, um processo volitivo. Portanto, considerando que essa subjetividade existe em toda tomada de decisão na qual

utiliza operação de discernimento para aplicar a norma, estaria presente em todas as hipóteses de concessão do benefício social.

Salienta-se, em conclusão, que o artigo teve por objetivo analisar as subjetividades presentes na própria concessão do benefício da moeda social pelo assistente social (art. 4º, inc. VI e art. 5º, inc. I, Lei n.º 8.662/1993), sem perpassar sobre a regulamentação da concessão do benefício e a liberdade configuradora existente.

Referências

ABEP - Associação Brasileira de Empresas de Pesquisa. Critério de Classificação Econômica Brasil. São Paulo. 2021. Disponível em: <<https://www.abep.org/criterio-brasil>>. Acesso em: 8 de junho de 2023.

AYALA, Bernardo Diniz de. O (Défice de) Controlo Judicial da Margem de Livre Decisão Administrativa. Lisboa: Lex, 1995.

BELTRÁN DE FELIPE, Miguel. Discrecionalidad administrativa y constitución. Madrid: Tecnos, 1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg na MPUMP 6/DF, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, Julgado em 18/5/2022.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível 1005216-27.2023.4.01.9999, Relator Desembargador Federal Eduardo Morais da Rocha, Primeira Turma, Julgado em 30/05/2023.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo de Instrumento n.º 5017779-25.2023.4.04.0000, Relatora Desembargadora Federal Cláudia Cristina Cristofani, Décima Turma, Julgado em 07/06/2023.

CABO FRIO. Lei n.º 3.621/2021. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a/rj/c/cabo-frio/lei-ordinaria/2021/329/3286/lei-ordinaria-n-3286-2021-institui-no-ambito-do-municipio-de-cabo-frio-o-programa-moeda-social-itajuru-na-forma-e-condicoes-que-menciona>>. Acesso em: 27 de julho de 2023.

CARDOZO, José Eduardo Martins. A discricionarietà e o Estado de Direito. In: GARCIA, Emerson (coord.). Discricionarietà administrativa. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. A discricionarietà e o Estado de Direito. In: GARCIA, Emerson (coord.). Discricionarietà administrativa. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

CERNEV, Adrian Kemmer; DINIZ, Eduardo Henrique. Palmas para o E-Dinheiro! A Evolução Digital de uma Moeda Social Local. Revista de Administração Contemporânea, v. 24, n. 5, art. 7, p. 487-506, 2020. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1982-7849rac2020190390>>. Acesso em: 22 de setembro de 2023.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos. Coimbra: Almedina, 2003.

DAROCA, Eva Desdentado. Discrecionalidad Administrativa y Planeamento Urbanístico: Construção teórica y análisis jurisprudencial. 2. ed. Alcalá de Henares: Aranzadi Editorial, 1999.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira – São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENGISCH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. 8ª ed. Lisboa: Fundação Calousete Guibekian, 2001. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/6247101/mod_resource/content/1/Introdu%C3%A7%C3%A3o%20ao%20pensamento%20jur%C3%ADdico%20by%20Karl%20Engisch%20%28z-lib.org%29.pdf>. Acesso em: 30 de setembro de 2023.

FREIRE, Marusa Vasconcelos. Moedas sociais: contributo em prol de um marco legal e regulatório para as moedas sociais circulantes locais no Brasil. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2011. Disponível em: <https://base.socioeco.org/docs/_bitstream_10482_9485_1_2011_marusavascancelosfreire.pdf>. Acesso em: 30 de setembro de 2023.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo I. 20. ed. Madrid: Civitas, 2022.

GUALBERTO DE OLIVEIRA, E.; BENINI, E. G.; SANTANA GOMES ESTIVAL, K.; GUALHANONE NEMIROVSKY, G.; FEDERICHI DO NASCIMENTO, D. Moedas Sociais e suas Contribuições em Comunidades Economicamente Precarizadas: Um Estudo Exploratório da Experiência do Projeto Pet Mania em Campo Grande - MS. Desenvolvimento em Questão, v. 16, n. 43, p. 453–486, 2018. DOI: 10.21527/2237-6453.2018.43.453-486. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/desenvolvimentoemquestao/artic le/view/6147>. Acesso em: 13 de outubro de 2023.

HART, H. L.A: O Conceito de Direito. Tradução A. Ribeiro Mendes. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2001.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução João Baptista Machado, 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

MARICÁ. Lei n.º 2.448/2013. Disponível em: <<http://www.institutobancopalmas.org/wp-content/uploads/lei-moeda-social-mumbuca.pdf>>. Acesso em: 22 de setembro de 2023.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e Controle Jurisdicional. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

NITERÓI. Lei n.º 3.621/2021. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a/rj/n/niteroi/lei-ordinaria/2021/363/3621/lei-ordinaria-n-3621-2021-institui-o-programa-municipal-de-economia-solidaria-combate-a-pobreza-e-desenvolvimento-economico-e-social-de-niteroi>>. Acesso em: 27 de julho de 2023.

RIGO, Ariádne Scalfoni; FILHO, Genauto Carvalho de França Filho. O paradoxo das Palmas: análise do (des)uso da moeda social no “bairro da economia solidária”. Cadernos EBAPE.BR, v. 15, n. 1, p. 169-193, jan. 2017. Disponível em: <<https://scielo.br/j/cebape/a/xkJX7X738ByCfDLXW8KFKjc/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em: 30 de setembro de 2023.

RIGO, Ariádne Scalfoni. Moedas Sociais e Bancos Comunitários no Brasil: Aplicações e implicações, teóricas e práticas. Tese (Doutorado em Administração) – Universidade Federal da Bahia. Bahia, 2014. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/23908/1/ARI%e3%81DNE%20SCALFONI.pdf>>. Acesso em: 30 de setembro de 2023.

SADDY, André. Apreciatividade e Discricionariedade Administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SADDY, André. Saúde pública, apreciatividade e discricionariedade na área da saúde. In: SADDY, André (Coord.). Discricionariedade na área da saúde. Rio de Janeiro: CEEJ, 2020.

SILVA, Sandro Pereira; PEREIRA, Camila Amaral. Finanças Solidárias e Implementação de Políticas Sociais: o caso do banco comunitário e da moeda Mumbuca no Município de Maricá-RJ. Mercado de Trabalho: conjuntura e análise, n. 74, p. 167-179, Brasília, 2022. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/11659/1/BMT74_financas_solidarias.pdf>. Acesso em: 30 de setembro de 2023.

SOUSA, António Francisco de. A Discricionariiedade Administrativa. Lisboa: Danúbio, 1987.

SOUZA, Henrique Pavan Beiro de. ‘Que moedas são essas?’: Uma análise sobre as possibilidades de construção de circuitos de moedas sociais e de suas potencialidades e desafios na reconfiguração socioeconômica de territórios. Tese (Doutorado em Ciências Humanas e Sociais) – Universidade Federal do ABC. São Bernardo do Campo, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www.researchgate.net/profile/Henrique-Pavan-Beiro-De-Souza/publication/346556129_'Que_moedas_sao_essas'_uma_analise_sobre_as_possibilidades_de_construcao_de_circuitos_de_moedas_sociais_e_de_suas_potencialidades_e_desafios_na_reconfiguracao_socioeconomica_de_territorios/links/5fc70906a6fdcc697bd344ab/Que-moedas-sao-essas-uma-analise-sobre-as-possibilidades-de-construcao-de-circuitos-de-moedas-sociais-e-de-suas-potencialidades-e-desafios-na-reconfiguracao-socioeconomica-de-territorios.pdf>. Acesso em: 30 de setembro de 2023.

SOUZA, Henrique Pavan Beiro de. Uma análise do circuito monetário da moeda social Mumbuca. Econômica – Niterói. v. 21, n. 1, p. 115-137, Junho, 2019. Disponível em: <<https://periodicos.uff.br/revistaeconomica/article/view/35156/32998>>. Acesso em: 30 de setembro de 2023.

The World Bank. 2022. Brazil Poverty and Equity Assessment: Looking Ahead of Two Crises. Washington D.C.: World Bank. Disponível em: <<https://openknowledge.worldbank.org/server/api/core/bitstreams/19298bfa-067d-504c-8e34-00b20e3139d2/content>>. Acesso em: 08 de junho de 2023.

DISCRICIONARIEDADE, ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA E CANNABIS MEDICINAL: as subjetividades no fornecimento de medicamentos à base de canabinóides pelo Sistema Único de Saúde (SUS)

Julliana Cristina Cordeiro Pereira

Mestranda em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense. Pós-graduanda em Resolução de Conflitos pela Universidade Federal Fluminense. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Especialista em Direito Canábico pela Escola Superior da Advocacia do Rio de Janeiro. Graduada em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Membro da Comissão de Direito Criminal da 15ª Subseção da OAB/RJ. Advogada criminalista. Pesquisadora sobre Direito Canábico, judicialização e ativismo judicial. E-mail: jullianacordeiro@yahoo.com

Sumário: INTRODUÇÃO; 1. SUBJETIVIDADES DO ADMINISTRADOR PÚBLICO NA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA; 1.1 Discricionariedade Administrativa e o Princípio da Legalidade Administrativa; 1.2 Discricionariedade, liberdade conformadora, margem de livre apreciação de conceitos jurídicos indeterminados e apreciatividade administrativa; 2. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO SUS; 2.1 Análise da legislação nacional sobre o fornecimento de medicamentos pelo SUS e os espaços de liberdade do administrador na escolha dos medicamentos; 2.2 Análise da jurisprudência sobre o fornecimento de medicamentos fora da lista do RENAME pelo SUS; 3. DISCRICIONARIEDADE NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS À BASE DE CANABINÓIDES PELO SUS; 3.1 A RDC n. 327/2019 da ANVISA; 3.2 O SUS é obrigado a fornecer canabidiol?; 3.3 Análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a distribuição de *Cannabis* medicinal pelo SUS; CONCLUSÕES; REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

A *Cannabis Sativa L.*, popularmente conhecida como maconha¹, é uma planta rica em propriedades terapêuticas e o seu uso medicinal é utilizado por

¹ O termo “maconha” é um anagrama da palavra “câmanho”, nome dado à estrutura fibrosa da planta *Cannabis Sativa L.* In: CARLINI, Elisaldo Araújo. A história da maconha no Brasil. J. bras. psiquiatr. vol.55 no.4 Rio de Janeiro 2006, p. 315. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/jbpsiq/v55n4/a08v55n4.pdf>. Acesso em 30/07/2023.

diversas culturas, havendo registros de sua utilização pelos povos ancestrais a partir de 4000 a.C².

No Brasil, a *Cannabis* foi introduzida na sociedade por meio das caravelas portuguesas que chegaram à costa litoral no século XVII, construídas a partir da fibra do cânhamo (variedade da *Cannabis Sativa L.*³). Há registros da importação de sementes da planta pelos escravos africanos, entre os séculos XII e XIII, que a utilizavam para fins medicinais e religiosos e foram seus principais usuários por séculos⁴. O uso tradicionalmente medicinal da planta no Brasil perdeu até a primeira metade do século passado, quando foi criminalizada.

Atualmente, as substâncias químicas e propriedades medicinais da *Cannabis* são alvo de diversas pesquisas, havendo diversos estudos que demonstram a sua eficácia no tratamento de patologias como dor crônica, epilepsia, espasticidade, náuseas, vômitos, perda de apetite e transtornos psiquiátricos⁵.

Diante das evidências científicas sobre a eficácia do uso medicinal da planta, medicamentos à base de substâncias endocanabonóides estão sendo constantemente prescritos pela população médica brasileira, havendo,

² CAMPOS, Natália de. O remédio vem de uma planta que eu não posso plantar: mobilização e articulação pelo uso terapêutico da maconha na Paraíba / Natália de Campos. - Natal, 2019, p. 42.

³ O Cânhamo é uma planta derivada da *Cannabis Sativa L.*, comumente cultivada “para utilização na manufatura de diversos tipos de produtos, incluindo alimentos e bebidas, produtos de higiene pessoal, suplementos nutricionais, tecidos e materiais têxteis, papel e materiais de construção, entre outros produtos industriais e manufaturados”. In: BRASIL, Câmara dos Deputados. Cânhamo: ficha técnica. Departamento de Pesquisas do Congresso dos EUA. Ano não disponibilizado, p.2. Disponível em < <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/56a-legislatura/pl-0399-15-medicamentos-formulados-com-cannabis/outros-documentos/CanhamoFichaTecnica.pdf>>. Acesso em 01/10/2023.

⁴ CARLINI, Elisaldo Araújo. A história da maconha no Brasil. J. bras. psiquiatr. vol.55 no.4 Rio de Janeiro 2006, p. 315. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/jbpsiq/v55n4/a08v55n4.pdf>. Acesso em 30/07/2023.

⁵ BRASIL, Ministério da Saúde. FIOCRUZ. Nota técnica. Estado atual das evidências sobre usos terapêuticos da cannabis e derivados e a demanda por avanços regulatórios no Brasil. 19/04/2023. Disponível em https://portal.fiocruz.br/sites/portal.fiocruz.br/files/documentos_2/nt_canabinoides_20230419.pdf. Acesso em 13/09/2023.

atualmente, dezoito medicamentos derivados da *Cannabis* registrados na ANVISA⁶.

Não obstante, estes medicamentos são vendidos nas farmácias brasileiras por preços altos, sendo certo que um frasco de Cannabidiol pode custar em torno de R\$ 2.289,20⁷ e alguns pacientes necessitam de vários frascos por mês.

Neste cenário, há uma crescente demanda de pacientes que buscam o acesso ao medicamento pelo Sistema Único de Saúde (SUS) e, quando esbarram com a negativa de fornecimento, judicializam demandas individuais ou coletivas em face do Estado buscando o provimento judicial para que o Poder Público forneça gratuitamente o tratamento medicamentoso.

As negativas de fornecimento pelas farmácias do SUS são fundamentadas na discricionariedade que a Administração Pública possui para elaborar a lista de medicamentos que serão dispensados à sociedade gratuitamente, sob fundamento da reserva do possível.

O objetivo geral desta pesquisa é estudar a liberdade conferida pela legislação nacional para a Administração Pública escolher quais medicamentos serão incluídos na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), traçando um paralelo com os tipos de subjetividades conferidas ao administrador na sua atividade administrativa discricionária estudadas com rigor no curso da disciplina Limitações Constitucionais às Escolhas Públicas: discricionariedade na área assistencial, ministrada pelo Prof. Pós-Dr. Eur. André Saddy no Programa de Pós-graduação Strito Sensu em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (PPGDC-UFF) no primeiro semestre letivo do ano de 2023.

O objetivo específico é elucidar, diante da legislação atual, se o SUS é obrigado a fornecer medicamentos à base *de Cannabis*, quais são os espaços de liberdade conferidos aos Municípios para inclusão na lista de medicamentos municipal e qual o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o tema.

⁶ BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Resolução da Diretoria Colegiada - RDC nº 327, de 9 de dezembro de 2019. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 10 dez. 2019.

⁷ RAIA. Drogaria Raia. Preço do medicamento CANABIDIOL PRATI-DONADUZZI 200MG/ML SOLUÇÃO ORAL 30 ML + SERINGA DOSADORA, da marca Prati Donaduzzi. 2023. Disponível em < <https://www.drogaraia.com.br/canabidiol-200mg-ml-solucao-oral-30ml-seringa-dosadora-a3.html>>. Acesso em 01/10/2023.

Para alcançar à finalidade da pesquisa, a metodologia escolhida consiste na revisão bibliográfica da doutrina nacional sobre Discricionariiedade Administrativa, levantamento da legislação nacional que disciplina a Assistência Farmacêutica do SUS, regulamentação do consumo e distribuição de medicamentos derivados de *Cannabis* pela ANVISA e análise da jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros sobre o fornecimento destes medicamentos pelo SUS, buscando identificar os critérios utilizados como parâmetro pelo juízes para a determinação de fornecimento em desfavor do SUS e seus argumentos.

1. SUBJETIVIDADES DO ADMINISTRADOR PÚBLICO NA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

1.1 Discricionariiedade Administrativa e o Princípio da Legalidade Administrativa

Tradicionalmente o princípio da legalidade administrativa é interpretado como uma limitação à atividade decisória do agente público, entendendo-se que este somente pode atuar nos estritos limites do que a legislação determina, nunca com grau de subjetividade em suas decisões para além dos espaços em que o próprio legislador delegou esta decisão na norma, seja pela liberdade de escolha entre atuar ou não (liberdade de atuação), ou liberdade de escolha entre alternativas de atuação (liberdade de escolha), segundo critérios de oportunidade e conveniência. Nesse sentido, disserta Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁸:

Para o desempenho de suas funções no organismo Estatal, a Administração Pública dispõe de poderes que lhe asseguram posição de supremacia sobre o particular e sem os quais ela não conseguiria atingir os seus fins. Mas esses poderes, no Estado de Direito, entre cujos postulados básicos se encontra o princípio

⁸ PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. Direito Administrativo. São Paulo: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559646784. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>. Acesso em: 26 out. 2023.P. 246.

da legalidade, são limitados pela lei, de forma a impedir os abusos e as arbitrariedades a que as autoridades poderiam ser levadas. Isto significa que os poderes que exerce o administrador público são regrados pelo sistema jurídico vigente. Não pode a autoridade ultrapassar os limites que a lei traça à sua atividade, sob pena de ilegalidade. No entanto, esse regramento pode atingir os vários aspectos de uma atividade determinada; neste caso se diz que o poder da Administração é vinculado, porque a lei não deixou opções; ela estabelece que, diante de determinados requisitos, a Administração deve agir de tal ou qual forma. Por isso mesmo se diz que, diante de um poder vinculado, o particular tem um direito subjetivo de exigir da autoridade a edição de determinado ato, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se à correção judicial. Em outras hipóteses, o regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa; a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Nesses casos, o poder da Administração é discricionário, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador. Mesmo aí, entretanto, o poder de ação administrativa, embora discricionário, não é totalmente livre, porque, sob alguns aspectos, em especial a competência, a forma e a finalidade, a lei impõe limitações. Daí por que se diz que a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei; se a Administração ultrapassa esses limites, a sua decisão passa a ser arbitrária, ou seja, contrária à lei.

Trata-se do conceito de legalidade em sentido estrito, onde a atuação do administrador público só é legítima se for prevista e permitida pelo texto legal, “em razão da cláusula universal de reserva de lei, expressa na Constituição de 1988, no art. 5.º, II”⁹.

De acordo com este princípio, os espaços em que a norma atribui opções de escolha ao administrador (chamados de discricionários, discricionariiedade administrativa ou “Poder Discricionário”) decorrem de uma imprevisibilidade pelo legislador de todas as possíveis situações em que o agente público atuará, razão pela qual delega-se esta faculdade ao administrador, que deve guia-se sempre em favor do interesse público. Como leciona Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁰:

Ao agir discricionariamente o agente estará, quando a lei lhe outorgar tal faculdade (que é simultaneamente um dever), cumprindo a determinação normativa de ajuizar sobre o melhor meio de dar satisfação ao interesse público por força da indeterminação quanto ao comportamento adequado à satisfação do interesse público no caso concreto.

Comumente estes espaços de liberdade de escolha aparecem no enunciado normativo na presença de operadores deônticos de alternância, como “ou”, ou de permissão, como “pode”, dentre outros que dependem da interpretação do ato normativo para serem identificados.

Por este raciocínio, as normas onde não existem alternativas para o administrador exercer um grau de autonomia decisória seriam normas “vinculadas”, características do exercício do “Poder Vinculado”, onde literalmente o ato administrativo gerado decorreria da expressa determinação legal.

⁹ NETO, Diogo de Figueiredo M. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2014. E-book. ISBN 978-85-309-5372-0. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5372-0/>. Acesso em: 25 out. 2023. P. 85.

¹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 401.

Nesse sentido, Marçal Justen Filho¹¹:

Quando a disciplina jurídica restringe a autonomia de escolhas da autoridade administrativa, há vinculação; quando a norma cria intencionalmente margens de autonomia, há discricionariedade. A intensidade da vinculação e da discricionariedade é variável. Há graus diversos de autonomia, que variam caso a caso. A prevalência do princípio da legalidade não exclui o cabimento da discricionariedade. A afirmação de um Estado Democrático de Direito e a própria existência do direito administrativo conduzem à adoção de um instituto jurídico que venha a formalizar e adequar a autonomia das escolhas do administrador público ao princípio da legalidade. Esse instituto é a discricionariedade administrativa.

Não obstante, certo é que o Administrador Público, no exercício de suas atividades, pode atuar com diferentes graus de liberdade e autonomia sobre suas decisões e, assim, chamar todos esses graus de “discricionariedade administrativa” é uma generalização que não contribui para o estudo desta atividade administrativa.

Por esta razão, as doutrinas mais complexas e recentes sobre este ramo do Direito Administrativo, como a de André Saddy, buscam identificar quais são estes graus de liberdade ou autonomia de escolha, quando eles estão presentes e como identifica-los.

O objetivo deste primeiro tópico é elucidar o tema, sem esgotá-lo, preparando o leitor para identificar onde estes espaços estão presentes na legislação nacional sobre a assistência farmacêutica do Sistema Único de Saúde e sobre a obrigatoriedade de fornecimento de medicamentos à base de substâncias endocanabinóides.

¹¹ FILHO, Marçal J. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559645770. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645770/>. Acesso em: 26 out. 2023.

1.2 Discricionariedade, liberdade conformadora, margem de livre apreciação de conceitos jurídicos indeterminados e apreciatividade administrativa

O campo das subjetividades públicas pode ser explorado mediante análise das subjetividades legislativas, jurisdicionais ou administrativas, posto que em todas estas atividades há espaços de discricionariedade na atuação decisória do agente público, seja em maior ou menor grau. Todavia, o objeto de estudo deste artigo é o campo das subjetividades existentes na atividade da Administração Pública, especialmente no gestor do SUS, razão pela qual o campo das demais subjetividades públicas não será explorado.

Há quatro tipos de subjetividades administrativas, sendo elas a discricionariedade administrativa, a liberdade conformadora (ou liberdade de configuração), a margem de livre apreciação de conceitos jurídicos indeterminados e a apreciatividade administrativa, esta última raramente abordada pelos livros de Direito Administrativo no Brasil¹².

Segundo leciona André Saddy em sua tese de doutorado, a discricionariedade administrativa “é a margem relativa de liberdade/autonomia/volição conferida por uma norma jurídica à Administração Pública para adoção ou não da atuação, entre as opções oferecidas alternativas e/ou disjuntivamente, que melhor atenda aos interesses públicos”¹³.

A discricionariedade administrativa se divide entre discricionariedade de eleição (*Entscheidungsermessen*) e discricionariedade de escolha (*Handlungsermessen*), sendo que a primeira se refere à liberdade de escolha entre atuar ou não, enquanto a segunda se trata da liberdade de escolha entre as opções expressas na norma¹⁴.

Por sua vez, a liberdade de conformação trata-se de um espaço de alta e irrestrita subjetividade no campo decisório do administrador e está

¹² PERDIGÃO, Sérgio Foster. A subjetividade do alto escalão da polícia e o planejamento como critério limitador de sua extensão. In SADDY, André (coordenador). *Discricionariedade policial*. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2016. P. 58/60.

¹³ SADDY, André. *Apreciatividade e discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 132/133.

¹⁴ *Ibidem*, p. 141.

comumente associada ao exercício legislativo, sendo mais fácil de ser visualizada quando comparada à atividade legiferante¹⁵.

A margem de livre apreciação de conceitos jurídicos indeterminados (Unbestimmter Rechtsbegriffe) refere-se ao campo da subjetividade das valorações técnicas de conceitos vagos, subjetivos e indeterminados, que não permitem ao intérprete a compreensão exata. Sua discussão é importante para entender a possibilidade ou não de controle judicial sobre ela. Há uma ampla discussão pela doutrina se há, necessariamente, discricionariedade nos conceitos jurídicos indeterminados, ou se há amplo grau de vinculatividade¹⁶.

Por fim, a apreciatividade administrativa está presente em todas as formas de subjetividade do administrador público. Esta se caracteriza pela tomada de decisões rápidas e rotineiras pelo administrador, sendo certo que são imprevisíveis pelo legislador, já que se baseiam no juízo próprio do administrador. Neste exercício a subjetividade é muito alta, pois estas decisões sempre serão determinadas pelo “eu” de cada administrador, inexistindo critérios prévios¹⁷.

Portanto, é possível concluir que a tradicional diferenciação doutrinária do campo de liberdade do administrador público entre “discricionário ou vinculado” é uma discussão superficial e não traduz com precisão os tipos de subjetividade existentes no dia-a-dia do gestor público.

Feita essa elucidação, os próximos capítulos se dedicarão a abordar o fornecimento de medicamentos pelo SUS, onde estes espaços de subjetividades serão identificados.

¹⁵ PERDIGÃO, Sérgio Foster. A subjetividade do alto escalão da polícia e o planejamento como critério limitador de sua extensão. In SADDY, André (coordenador). Discricionariedade policial. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2016. P. 58.

¹⁶ SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 381/383.

¹⁷ *Ibidem*, p. 270.

2. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO SUS

É dever constitucionalmente imposto ao Estado, por meio dos art. 5º e 6º da CRFB/88, o zelo pelo bem-estar, vida e saúde de toda sociedade. Conforme leciona André Ramos Tavares¹⁸:

Realmente, o Estado deve promover políticas sociais e econômicas destinadas a possibilitar o acesso universal igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Ademais, deve preocupar-se igualmente com a prevenção de doenças e outros agravos, mediante a redução dos riscos (arts. 166 e 198, II). Por fim, o tema relaciona-se diretamente com a dignidade da pessoa humana e o direito à igualdade, que pressupõem o Estado-garantidor, cujo dever é assegurar o mínimo de condições básicas para o indivíduo viver e desenvolver-se.

No mesmo sentido, Ingo Sarlet, Luiz Marinoni e Daniel Mitidiero dissertam¹⁹:

Consagrado no art. 6.º de nossa Constituição, é no art. 196 e ss. que o direito à saúde encontrou sua maior concretização em nível normativo-constitucional, para além de uma significativa e abrangente regulamentação normativa na esfera infraconstitucional, com destaque para as leis que

¹⁸ TAVARES, André R. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555596915. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596915/>. Acesso em: 25 out. 2023. P. 334.

¹⁹ SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553620490. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620490/>. Acesso em: 26 out. 2023.

dispõem sobre a organização e os benefícios do SUS e o fornecimento de medicamentos.⁷⁶¹ Mesmo assim, basta uma leitura superficial dos dispositivos pertinentes (arts. 196 a 200) para que se perceba que nos encontramos, em verdade, no que diz com a forma de positivação, tanto em face de uma norma definidora de direito (direito à saúde como direito subjetivo, de todos, portanto de titularidade universal), quanto diante de normas de cunho impositivo de deveres e tarefas, pois o art. 196 enuncia que a saúde é direito de todos e dever do Estado, além de impor aos poderes públicos uma série de tarefas nesta seara (como a de promover políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, além de estabelecer o acesso universal e igualitário às ações e prestações nesta esfera).⁷⁶² Num segundo momento, a Constituição remete a regulamentação das ações e serviços de saúde ao legislador (art. 197), além de criar e fixar as diretrizes do sistema único de saúde (art. 198), oportunizando a participação (em nível complementar) da iniciativa privada na prestação da assistência à saúde (art. 199), bem como estabelecendo, em caráter exemplificativo, as atribuições (nos termos da lei) que competem ao sistema único de saúde (art. 200).

É possível inferir, todavia, que este dever do Estado com a saúde pública se estende à obrigação de prover gratuitamente todo e qualquer medicamento existente? Este capítulo se dedicará a responder a esta problemática após análise da legislação nacional sobre o tema, buscando identificar os espaços e graus de liberdade na atuação do gestor público na escolha dos medicamentos que serão fornecidos pelo SUS.

2.1 Análise da legislação nacional sobre o fornecimento de medicamentos pelo SUS e os espaços de liberdade do administrador na escolha dos medicamentos

A ordem constitucional contida no artigo 196 do texto constitucional deixa claro que o Estado **deve** (operador deôntico de obrigação que restringe a liberdade de atuação do administrador público) promover políticas sociais e econômicas para a promoção, proteção e recuperação da saúde²⁰. Por sua vez, a Lei Federal nº 8.080/1990, em seu art. 6º, inc. I, alínea d²¹ e art. 7º, inciso II²², dispõe que o Estado **deve** promover o direito à saúde de forma **integral**, por meio de política de **assistência farmacêutica** a ser executada pelo Sistema Único de Saúde.

Verifica-se, portanto, que o texto constitucional não abre espaço de discricionariedade administrativa para o administrador optar ou não pela promoção de políticas públicas na área da saúde. Contudo, a ordem constitucional permite espaço de liberdade de atuação para que o Administrador estabeleça o procedimento que irá adotar para implementar as suas políticas públicas.

Desta forma, as legislações sobre o tema serão analisadas para compreender como a legislação sobre o tema reduz ou amplia esses espaços de subjetividade na implementação da assistência farmacêutica.

Inicialmente, convém destacar que a legislação não estabelece que o Estado deve fornecer todo e qualquer medicamento disponível no mercado farmacêutico, mas “um elenco de produtos necessários ao tratamento e controle

²⁰ Constituição Federal do Brasil. Art. 196. A saúde é direito de todos e **dever** do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

²¹ Lei n. 8.080/1990. Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS): I - a execução de ações: d) de **assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica**;

²² Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: II - **integralidade de assistência**, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema.

da maioria das patologias prevalentes no País²³”. A Política Nacional de Medicamentos (PNM), instituída pela Portaria GM/MS n.º 3.916, de 30 de outubro de 1998, afirma que:

O Ministério da Saúde estabelecerá mecanismos que permitam a contínua atualização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename), imprescindível instrumento de ação do SUS, na medida em que contempla um elenco de produtos necessários ao tratamento e controle **da maioria das patologias prevalentes no País.** (grifo meu)

Desta forma, a escolha de quais medicamentos e procedimentos serão incorporados ao programa de assistência farmacêutica do SUS é atribuída ao Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS, nos termos do art. 19-Q da Lei nº 8.080/1990²⁴, decisão dotada de alto grau de subjetividade do agente público, que o faz no exercício da sua liberdade conformadora.

O papel da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologia no SUS é de importante análise, já que esta comissão elabora um relatório de sugestão dos medicamentos a serem incorporados, levando em consideração “as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso” e “a avaliação

²³ BRASIL, Ministério da Saúde. Portaria GM/MS n.º 3.916, de 30 de outubro de 1998. Brasília, 1998. Disponível em <https://bvsm.sau.gov.br/bvs/saudeflegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html>. Acesso em 14/09/2023.

²⁴ Lei n. 12.401/2011. Art. 19-O, Parágrafo único. Em qualquer caso, os medicamentos ou produtos de que trata o caput deste artigo serão aqueles avaliados quanto à sua **eficácia, segurança, efetividade e custo-efetividade** para as diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde de que trata o protocolo.

Art. 19-Q. A incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS.

econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas”²⁵.

Outra restrição legal imposta pela legislação ao Ministério da Saúde é a vedação de incorporação de medicamentos que não estejam registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, norma restritiva insculpida no artigo 29 do Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011 (regulamenta a Lei nº 8.080/90), que restringe o espaço de liberdade do administrador na escolha dos medicamentos aos constantes nos registros sanitários da agência reguladora.

Uma vez escolhidos, os medicamentos e procedimentos que são gratuitamente fornecidos pelo SUS são relacionados na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME, documento oficial do Ministério da Saúde atualizado periodicamente²⁶. A elaboração do RENAME é disciplinada pela Lei Federal nº 12.401/2011, que estabelece critérios para a incorporação de novos medicamentos e procedimentos ao SUS.

Importante destacar que o RENAME especifica a denominação genérica do medicamento, a concentração e composição, a forma farmacêutica (solução injetável ou comprimido, por exemplo), o código ATC e o componente do medicamento, de modo a impactar ainda mais restritivamente o campo de liberdade do agente público estadual ou municipal que irá fornecer estes medicamentos, que deve ater-se sem qualquer margem de subjetividade para a aquisição destes.

Por sua vez, há norma permissiva facultativa que amplia o espaço de subjetividade dos entes federativos na escolha de medicamentos diversos do

²⁵ Lei n. 12.401/2011. Art. 19-Q. A incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS.

§ 2º O relatório da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS levará em consideração, necessariamente:

I - as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso;

II - a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível."

²⁶ O RENAME vigente foi elaborado em 2022 e está disponível para consulta em https://www.gov.br/saude/pt-br/composicao/sectics/daf/rename/20210367-rename-2022_final.pdf.

RENAME. O artigo 27 do Decreto nº 7.508/2011 estabelece que o Estado, o Distrito Federal e o Município **poderão** (operador deôntico permissivo) adotar relações específicas e complementares de medicamentos, em consonância com a RENAME, respeitadas as responsabilidades dos entes pelo financiamento de medicamentos, de acordo com o pactuado nas Comissões Intergestores.

De forma ainda mais ampla, o parágrafo primeiro do artigo 28 traz norma permissiva condicionada que abre consideravelmente o campo de liberdade de escolha dos entes federativos ao determinar que **poderão** ampliar o acesso do usuário à assistência farmacêutica, **desde que** (operador deôntico condicionante) questões de saúde pública o justifiquem²⁷.

Inicialmente, importa mencionar que há clara preocupação na legislação federal sobre assistência farmacêutica em definir conceitos jurídicos.

Importa mencionar, também, que há clara preocupação do legislador em definir conceitos jurídicos, diminuindo a valoração técnica pelo administrador e ampliando a possibilidade de controle judicial dos atos. Por exemplo, a Lei Federal nº 8.080/1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, se preocupa em especificar o conceito de assistência terapêutica integral, estabelecendo-o como a dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19-P da mesma lei²⁸.

Outras legislações que visam a restringir o campo de subjetividade do administrador no exercício das suas atividades são a Portaria MS n. 3.916/1998, que estabelece a Política Nacional de Medicamentos e define termos como “assistência farmacêutica” e “medicamentos”, conceitos jurídicos que seriam indeterminados não fosse tal regulamentação.

Para além desta portaria, é importante citar a Resolução CNS n. 338/2004, que estabelece a Política Nacional de Assistência Farmacêutica, e a

²⁷ Decreto nº 7.508/2011, art. 28, § 1º. Os entes federativos **poderão** ampliar o acesso do usuário à assistência farmacêutica, desde que questões de saúde pública o justifiquem.

²⁸ Art. 19-M. A assistência terapêutica integral a que se refere a alínea d do inciso I do art. 6º consiste em: I - **dispensação de medicamentos** e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19-P.

Lei n. 6.360/1976, que dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, cosméticos, saneantes e outros produtos.

Pela análise da legislação sistematizada é possível concluir-se, portanto, que o SUS, no exercício do dever constitucional de assistência farmacêutica integral, não é obrigado a fornecer todo e qualquer medicamento existente, mas é obrigado a fornecer medicamentos adequados para a maioria das patologias prevalentes no País, possuindo, todavia, ampla liberdade de escolha de quais serão os medicamentos escolhidos, desde que registrados na ANVISA, guiando-se por critérios de eficácia, segurança, efetividade e custo-efetividade.

Pode-se concluir, também, que os entes federativos possuem ampla margem de discricionariedade para ampliar o rol de medicamentos em seu território (por meio do exercício da liberdade de conformação), por questões de saúde pública que o justifiquem.

Do mesmo modo, conclui-se que os entes federativos possuem liberdade de conformação na escolha dos medicamentos que serão fornecidos em suas listas oficiais, não sendo obrigados por força de lei a fornecer medicamentos diversos do que escolheu.

2.2 Análise da jurisprudência sobre o fornecimento de medicamentos fora da lista do RENAME pelo SUS

A obrigatoriedade de fornecimento pelo Poder Público de medicamentos registrados pela ANVISA, porém não constantes no rol de medicamentos expedido pelo Ministério da Saúde de fornecimento obrigatório pelo Sistema Único de Saúde, é tema que foi levado ao Poder Judiciário em diversas oportunidades, havendo entendimento sedimentado no Superior Tribunal de Justiça.

Os argumentos utilizados pelos pacientes-autores destas demandas²⁹ giram em torno da hipossuficiência da parte e impossibilidade de custeio dos medicamentos sem prejuízo do seu auto sustento, da premissa do mínimo existencial, da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à saúde,

²⁹ Estes argumentos são comuns à maioria das iniciais presentes nas jurisprudências analisadas durante a pesquisa. Alguns advogados inovam nos argumentos, porém estes argumentos são encontrados com maior frequência.

sustentando ser dever do Estado o fornecimento de assistência farmacêutica para além das listas oficiais de medicamentos do Estado.

Por sua vez, é comum aos entes federativos argumentarem em sua defesa³⁰, além da reserva do possível, que os medicamentos requeridos não estão na lista de disponibilização de medicamentos do SUS e que o Judiciário carece de legitimidade democrática e competência técnico-científica e orçamentária para definir o alcance das prestações de saúde pública e que os medicamentos requeridos não se encontram previstos nos Protocolos Clínicos incorporados pelo Ministério da Saúde na lista de dispensa dos agentes públicos.

Sobre esta matéria, o entendimento consolidado pelo STJ no julgamento do Resp 1657156 RJ (Tema 106) é que o ente público é obrigado a fornecer medicamentos não incorporados em lista oficial SUS, desde que presentes cumulativamente três critérios: (i) comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento³¹.

Verifica-se, portanto, que o Poder Judiciário entende que o dever de zelo do Estado com a vida e a saúde, garantido por meio da assistência farmacêutica integral, não se limita aos medicamentos constantes nas Relações de Medicamentos Essenciais, devendo a parte autora comprovar que os medicamentos constantes no rol do SUS não são suficientes ou adequados para o tratamento de sua comorbidade.

3. DISCRICIONARIEDADE NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS À BASE DE CANABINÓIDES PELO SUS

Os benefícios terapêuticos da *Cannabis* são reconhecidos mundialmente para o tratamento de uma ampla lista de comorbidades, como

³⁰ Idem.

³¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.657.156/RJ, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 25/4/2018, DJe de 4/5/2018.

câncer, epilepsia, autismo, alzheimer, mal de parkinson, depressão, convulsões, dores ou fibromialgia, HIV, glaucoma entre outras diversas doenças³².

No Brasil, após a notoriedade do caso da criança Anny Fisher³³, onde a sua mãe foi apreendida e detida por importar óleo de CBD (substância endocanabinóide presente na planta), ilegalmente, para tratamento das crises epiléticas da filha decorrentes de uma síndrome rara chamada CDKL5 em 2014, o Judiciário passou a ser acionado para salvaguardar o direito à saúde dos pacientes usuários do seu uso medicinal e a ANVISA, pressionada, reclassificou o cannabidiol de droga ilícita para medicamento.

A situação jurídica do acesso à terapêutico da maconha no Brasil ainda é precária. A produção do “Direito da *Cannabis*” no país se resume a milhares de decisões judiciais espalhadas pelas quatro regiões - mais presentes no Rio de Janeiro – que determinam ao SUS a distribuição gratuita a pacientes hipossuficientes que apresentam laudo e prescrição médica ou concedem autorização para cultivo caseiro da planta e fixam requisitos extralegais para a concessão do direito; resoluções na ANVISA, que se limitam a regulamentar a prescrição e a importação de produtos prontos ou a fabricação de compostos à base de Cannabis; e alguns projetos de lei em tramitação nas casas legislativas.

O Poder Judiciário, nos últimos anos, atua como protagonista no acesso de pacientes ao tratamento à base de canabinóides, proferindo, na análise pessoal de cada caso, decisões que obrigam o SUS a custear o tratamento farmacêutico ou concedendo autorização judicial para cultivo caseiro. Juízes e

³² A partir do desenvolvimento internacional desta concepção na última década uma onda mundial de descriminalização do uso medicinal e terapêutico da Cannabis Sativa se iniciou. Citando apenas a América Latina, nove países já descriminalizaram o uso da maconha medicinal, sendo Argentina, Peru, Porto Rico, Equador, Colômbia, Uruguai, Paraguai, México e Chile. Uruguai, Chile e México foram além: também regulamentaram o seu uso recreativo. Até mesmo países com o espectro ideológico mais conservador, como Israel, se renderam ao uso da Cannabis medicinal e legalizaram inclusive o seu uso recreativo. Já nos Estados Unidos, trinta e seis estados, quatro territórios e o Distrito de Colúmbia legalizaram o uso médico da planta. Cada um desses países congrega seus marcos regulatórios no que se refere à indústria farmacêutica da maconha, todos definindo políticas públicas para o amplo acesso do direito pelos seus cidadãos.

³³ FORMIGA, Isabella. 'Vida nova', dizem pais de menina que há 2 anos usa derivado da maconha. Canabidiol zerou convulsões de garota que tinha até 80 crises por semana. Mais de mil pessoas foram autorizadas a utilizar compostos desde 2013. Portal G1, DF, 2015. Disponível em < <https://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2015/11/vida-nova-dizem-pais-de-menina-que-ha-2-anos-usa-derivado-da-maconha.html>>. Acesso 15/09/2023.

tribunais de todas as regiões do país, inclusive tribunais superiores, já apresentaram decisões sobre o manejo medicinal caseiro da maconha, por meio de técnicas de interpretação sistemática da lei de drogas (Lei 11.343/06).

O tópico anterior abordou os espaços de discricionariedade conferidos ao administrador público na escolha dos medicamentos incorporados no programa de assistência farmacêutica do SUS. Neste capítulo, questiona-se: sendo o tratamento à base de canabinóides o único ou melhor meio de tratamento eficaz e adequado indicado pelos médicos, é dever do Estado providenciar o alcance do direito?

O objetivo deste capítulo é elucidar, diante do que já foi visto e da legislação atual, se o SUS é obrigado a fornecer medicamentos à base de Cannabis, quais são os espaços de liberdade conferidos aos Municípios para inclusão na lista de medicamentos municipal e qual o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o tema.

3.1 A RDC n. 327/2019 da ANVISA

A Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) n. 327/2019 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA é a norma nacional que regulamenta a fabricação, importação, controle, prescrição, dispensação, monitoramento e fiscalização de medicamentos à base de *Cannabis*³⁴.

Como há carência de legislação sobre o tema, será realizada uma análise dos comandos desta Resolução, buscando identificar na norma os espaços onde não há liberdade de escolha da atuação do administrador caso deseje implementar o fornecimento da Cannabis medicinal na atividade farmacêutica do SUS.

Importa destacar que a Agência criou uma nova categoria de remédio à base da planta, diferente da usada em medicamentos, afirmando que os produtos de Cannabis não se encaixam em nenhuma das categorias previstas na Lei nº 6.360/1976.

³⁴ BRASIL, Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. RESOLUÇÃO DA DIRETORIA COLEGIADA - RDC Nº 327, DE 9 DE DEZEMBRO DE 2019. 2019. Disponível em <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2019/rdc0327_09_12_2019.pdf>. Acesso em 15/09/2023.

Há uma demanda crescente pela regularização e disponibilização no mercado de diversos produtos obtidos da planta *Cannabis sativa*, porém, não há dados suficientes para a comprovação da segurança, eficácia e qualidade da maior parte dos produtos obtidos. Assim, vem sendo criados caminhos regulatórios para possibilitar a disponibilização dos produtos, baseando-se nos dados disponíveis até o momento e nas experiências de outros países, como Canadá, Alemanha, Estados Unidos, Portugal e Israel. Esses caminhos foram avaliados para verificar qual o mais adequado para a população e o sistema de saúde brasileiros, o que resultou na publicação da RDC n o 327/2019. **Como os produtos de Cannabis não se encaixam em nenhuma das categorias previstas na Lei n° 6.360/1976, foi criada uma nova categoria regulatória, sendo estabelecidos os requisitos para autorização, fabricação, importação, dispensação, controle, dentre outros para os produtos de Cannabis**³⁵. (grifo meu)

Atualmente, encontram-se registrados na ANVISA os seguintes medicamentos à base de cannabinóides: Extrato de Cannabis sativa Greencare (160,32 mg/mL). Extrato de Cannabis sativa Mantecorp Farmasa (160,32 mg/mL). Extrato de Cannabis sativa Mantecorp Farmasa (79,14 mg/mL). Canabidiol Prati-Donaduzzi (20 mg/mL; 50 mg/mL e 200 mg/mL). Canabidiol NuNature (17,18mg/mL). Canabidiol NuNature (34,36 mg/mL).Canabidiol Farmanguinhos (200 mg/mL). Canabidiol Verdemed (50 mg/mL). Canabidiol Belcher (150 mg/mL). Canabidiol Aura Pharma (50 mg/mL). Canabidiol Greencare (23,75 mg/mL). Canabidiol Verdemed (23,75 mg/mL). Extrato de Cannabis sativa Promediol (200 mg/mL). Extrato de Cannabis sativa Zion Medpharma (200 mg/mL). Extrato de Cannabis sativa Cann10 Pharma (200 mg/mL). Extrato de Cannabis

³⁵ BRASIL, Ministério da Saúde. ANVISA. Autorização Sanitária de Produtos de Cannabis. 1ª. ed., Brasília, março de 2020, p. 3. Portal da Anvisa – Perguntas e Respostas.

sativa Greencare (79,14 mg/mL). Extrato de Cannabis sativa Ease Labs (79,14 mg/mL). Canabidiol Active Pharmaceutica (20 mg/mL). Extrato de Cannabis Sativa Cannabr, 10mg/mL. CANABIDIOL COLLECT, 20mg/mL. Canabidiol Herbarium, 200mg/mL e 43mg/mL. Extrato de Cannabis Sativa Cannten 200 mg/mL³⁶.

Pela análise da norma, verifica-se que a ANVISA, ao editar tal regulamento, apresentou-se de forma conservadora e se preocupou muito em reduzir ao máximo o espaço de liberdade subjetiva do administrador público na aplicação de tal norma, especificando conceitos jurídicos como “canabidiol”, “derivado de cannabis”, “excipiente”, “médico assistente” e “Tetrahydrocannabinol”, de modo a reduzir consideravelmente a margem de livre apreciação do administrador de conceitos jurídicos indeterminados.

O primeiro artigo de relevância para este estudo é o 5º desta Resolução³⁷, onde estabelece uma norma permissiva restritiva direcionada aos profissionais da saúde, mas de importância para o estudo da incorporação de derivados de *Cannabis* pelo SUS.

Pelo artigo, fica definido que “os produtos de Cannabis **podem** ser prescritos quando estiverem esgotadas outras opções terapêuticas disponíveis no mercado brasileiro”. De acordo com esta restrição, infere-se que o tratamento canábico é medida excepcional que só se justifica quando não houver outras opções terapêuticas disponíveis.

Outro artigo que estabelece consequentemente limites para o fornecimento pelo SUS e reduz o espaço de subjetividade do administrador caso deseje implementá-lo na polícia farmacêutica do SUS é o artigo 10, que permite **apenas** a distribuição de medicamentos administrados por via oral ou nasal³⁸. Assim, os entes federativos estão vedados de incluir medicamentos à base de cannabis que sejam administrados de forma diferente, o que diminui os espaços de liberdade de atuação.

³⁶ BRASIL, Ministério da Saúde. ANVISA. Consultas. Produtos de Cannabis. Disponível em <https://consultas.anvisa.gov.br/#/cannabis/q/?situacaoRegistro=V>. Acesso em 25/10/2023.

³⁷ Op. Cit.. Art. 5º Os produtos de Cannabis **podem** ser prescritos quando estiverem esgotadas outras opções terapêuticas disponíveis no mercado brasileiro.

³⁸ Op. Cit. Art. 10. Os produtos de Cannabis serão autorizados para utilização **apenas** por via oral ou nasal.

Por sua vez, o artigo 53, §1º e 2º desta Resolução³⁹ estabelece que a dispensação dos produtos de Cannabis **deve** ser feita exclusivamente por profissional farmacêutico, mediante a apresentação de Notificação de Receita específica, emitida exclusivamente por profissional médico, que cria uma obrigação para o gestor público, diminuindo, mais uma vez, a sua liberdade de escolha no exercício da gestão farmacêutica.

Percebe-se, portanto, que não há vedação na Resolução da Agência sobre o fornecimento de canabinóides pelo SUS, mas há apenas restrições quando a forma de distribuição.

3.2 O SUS é obrigado a fornecer canabidiol?

O artigo 27 do Decreto Federal nº 7.508/2011 estabelece que o Estado, o Distrito Federal e o Município **poderão** adotar relações específicas e complementares de medicamentos, em consonância com a RENAME, respeitadas as responsabilidades dos entes pelo financiamento de medicamentos, de acordo com o pactuado nas Comissões Intergestores.

Por sua vez, o parágrafo primeiro do artigo 28 do mesmo decreto possui norma permissiva condicionada que abre consideravelmente o campo de liberdade de escolha dos entes federativos ao determinar que **poderão** ampliar o acesso do usuário à assistência farmacêutica, **desde que** questões de saúde pública o justifiquem.

Considerando que não há vedação na Resolução n. 327/2019 da ANVISA sobre o fornecimento de medicamentos derivados de *Cannabis*, mas apenas restrições sobre a forma de distribuição, conclui-se que os Estados e Municípios **podem** fornecer medicamentos à base de canabinóides, em caráter especial, por meio de regulamentação legal, desde que o medicamento a ser distribuído esteja registrado na ANVISA.

³⁹ Op. Cit. Art. 53. Os produtos de Cannabis **devem** ser dispensados exclusivamente por farmácias sem manipulação ou drogarias, mediante apresentação de prescrição por profissional médico, legalmente habilitado.

§1º A dispensação dos produtos de Cannabis **deve** ser feita, exclusivamente, por profissional farmacêutico.

§2º A dispensação dos produtos de Cannabis **deve** ser realizada mediante a apresentação de Notificação de Receita específica, emitida exclusivamente por profissional médico, seguindo as demais determinações da Portaria SVS/MS nº 344, de 1998 e suas atualizações.

Contudo, não há obrigação legal, de modo que há alto grau de discricionariedade na atuação dos entes federativos em adotar políticas públicas ou não sobre o fornecimento farmacêutico de derivado de *Cannabis*.

É o caso, por exemplo, do Município de Búzios/RJ, que implementou política de promoção do fornecimento de medicamentos canabinóides na rede municipal do SUS, por meio da Lei Ordinária nº 1.707, de 22 de dezembro de 2021, que dispõe sobre a política municipal de uso da *Cannabis* para fins medicinais e a distribuição gratuita dos medicamentos prescritos a base da planta inteira ou de seus componentes isolados, nas unidades de saúde pública municipal e privada, ou conveniada ao Sistema Único de Saúde.

Búzios é um município no estado do Rio de Janeiro que tem uma política específica para a *cannabis* medicinal e permite a produção de medicamentos à base de *Cannabis* e incentiva a pesquisa científica na área. O artigo 1º da lei municipal estabelece que **é direito** do paciente receber gratuitamente do Poder Público medicamentos nacionais e/ou importados a base de *cannabis* medicinal que contenham em sua fórmula a substância Canabidiol (CBD), e/ou Tetrahydrocannabinol (THC) e/ou demais canabinoides da planta, **desde que** devidamente autorizado por ordem judicial ou pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, e prescrito por profissional médico acompanhado do respectivo laudo das razões da prescrição, nas unidades de saúde pública municipal em funcionamento no Município de Armação dos Búzios – RJ, atendidos os pressupostos previstos no artigo 196 da Constituição Federal de 1988.

Ou seja, o legislativo municipal, no exercício da sua liberdade conformadora, editou norma nos limites Decreto Federal nº 7.508/2011 e condicionou o fornecimento à autorização judicial ou pela ANVISA, desde que prescrito por profissional médico.

Búzios é apenas um entre vários⁴⁰ entes federativos que tem implementado políticas assistenciais farmacêuticas distribuindo a *cannabis* medicinal pelo SUS, provando que embora a legislação federal não obrigue o SUS a fornecer os medicamentos, há espaço para cada legislação específica obrigar sua Administração Pública local a fornecer canabinoides gratuitamente.

⁴⁰ Para este estudo não foi realizado um levantamento quantitativo dos entes federativos que implementaram políticas públicas sobre o fornecimento de *Cannabis* medicinal. Contudo, tem-se notícia da implementação entre outros Estados e Municípios, como os Estados de São Paulo e de Alagoas.

3.3 Análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a distribuição de Cannabis medicinal pelo SUS

A jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal sobre o tema diversifica o entendimento.

Ao ser instado a se manifestar em caso de repercussão geral sobre a obrigação do SUS em fornecer medicamentos à base de canabinóides que não estejam no rol do SUS, o STF apresentou entendimento que não só determinou o fornecimento do medicamento, mas estipulou que, ainda que em caráter excepcional, é possível ao Judiciário obrigar o SUS a fornecer medicamentos que sequer estão registrados na ANVISA.

CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO EXCEPCIONAL DE MEDICAMENTO SEM REGISTRO NA ANVISA, MAS COM IMPORTAÇÃO AUTORIZADA PELA AGÊNCIA. POSSIBILIDADE DESDE QUE HAJA COMPROVAÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA. DESPROVIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. **1.Em regra, o Poder Público não pode ser obrigado, por decisão judicial, a fornecer medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), tendo em vista que o registro representa medida necessária para assegurar que o fármaco é seguro, eficaz e de qualidade.** 2.Possibilidade, em caráter de excepcionalidade, de fornecimento gratuito do Medicamento “Hemp Oil Paste RSHO”, à base de canabidiol, **sem registro na ANVISA**, mas com importação autorizada por pessoa física, para uso próprio, mediante prescrição de profissional legalmente habilitado, para tratamento de saúde, desde que demonstrada a hipossuficiência econômica do requerente. 3.Excepcionalidade na assistência terapêutica

gratuita pelo Poder Público, presentes os requisitos apontados pelo Plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, sob a sistemática da repercussão geral: RE 566.471 (Tema 6) e RE 657.718 (Tema 500). 4. Recurso Extraordinário a que se nega provimento, com a fixação da seguinte tese de repercussão geral para o Tema 1161: "**Cabe ao Estado fornecer, em termos excepcionais, medicamento que, embora não possua registro na ANVISA, tem a sua importação autorizada pela agência de vigilância sanitária, desde que comprovada a incapacidade econômica do paciente, a imprescindibilidade clínica do tratamento, e a impossibilidade de substituição por outro similar constante das listas oficiais de dispensação de medicamentos e os protocolos de intervenção terapêutica do SUS**"⁴¹

Pela leitura da ementa do julgamento de repercussão geral e da tese firmada no Tema 1161, verifica-se que o STF fixou como parâmetro para a obrigatoriedade de fornecimento a incapacidade econômica do paciente, a imprescindibilidade clínica do tratamento e a impossibilidade de substituição por outro similar constante no RENAME, à revelia do que dispõe a legislação sobre o tema.

CONCLUSÕES

O administrador público pode atuar com maior ou menor grau de subjetividade na tomada de decisões administrativas. Estas subjetividades/autonomias podem ser classificadas como discricionariedade administrativa de eleição ou escolha, liberdade de conformação, margem de

⁴¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 1165959, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 21/06/2021, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-210 DIVULG 21-10-2021 PUBLIC 22-10-2021. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true&origem=AP&classeNumeroIncidente=RE%201165959>. Acesso em 10/07/2023.

livre apreciação de conceitos jurídicos indeterminados e apreciatividade administrativa.

Este artigo visou a identificar estas margens de subjetividade do administrador público na escolha dos medicamentos constantes na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), distribuídos gratuitamente nas farmácias do Sistema Único de Saúde (SUS), com ênfase no fornecimento de medicamentos à base de substâncias endocanabinóides, visando a responder ao questionamento se existe liberdade de escolha para distribuição de medicamentos à base de *cannabis* medicinal no SUS perante a legislação atual.

Foi possível verificar que embora a legislação federal não inclua medicamentos à base de canabinóides no rol do SUS, o Decreto Federal nº 7.508/2011 estabelece que o Estado, o Distrito Federal e o Município poderão adotar relações específicas e complementares de medicamentos, decreto que abre consideravelmente o campo de liberdade de escolha dos entes federativos ao determinar que poderão ampliar o acesso do usuário à assistência farmacêutica, desde que questões de saúde pública o justifiquem.

Considerando que não há vedação na Resolução n. 327/2019 da ANVISA sobre o fornecimento de medicamentos derivados de Cannabis, mas apenas restrições sobre a forma de distribuição, conclui-se que os Estados e Municípios podem fornecer medicamentos à base de canabinóides, em caráter especial, por meio de regulamentação legal, desde que o medicamento a ser distribuído esteja registrado na ANVISA.

Contudo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no julgamento do tema de repercussão geral 1161 ampliou a obrigação do SUS ao fornecimento de medicamentos à base de cannabis medicinal, ainda que não estejam registrados na ANVISA, deste que o paciente seja hipossuficiente e comprove que o tratamento disponibilizado pelo SUS não pode atuar como substituto terapêutico.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Resolução da Diretoria Colegiada - RDC nº 327, de 9 de dezembro de 2019. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 10 dez. 2019

BRASIL, Câmara dos Deputados. Cânhamo: ficha técnica. Departamento de Pesquisas do Congresso dos EUA. Ano não disponibilizado, p.2. Disponível

em <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/56a-legislatura/pl-0399-15-medicamentos-formulados-com-cannabis/outros-documentos/CanhamoFichaTecnica.pdf>>. Acesso em 01/10/2023.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

BRASIL, Ministério da Saúde. ANVISA. Autorização Sanitária de Produtos de Cannabis. 1ª.ed., Brasília, março de 2020, p. 3. Portal da Anvisa – Perguntas e Respostas.

BRASIL, Ministério da Saúde. FIOCRUZ. Nota técnica. Estado atual das evidências sobre usos terapêuticos da cannabis e derivados e a demanda por avanços regulatórios no Brasil. 19/04/2023. Disponível em https://portal.fiocruz.br/sites/portal.fiocruz.br/files/documentos_2/nt_canabino_ids_20230419.pdf. Acesso em 13/09/2023.

BRASIL, Ministério da Saúde. Portaria GM/MS n.º 3.916, de 30 de outubro de 1998. Brasília, 1998. Disponível em <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html>. Acesso em 14/09/2023.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.657.156/RJ, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 25/4/2018, DJe de 4/5/2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 1165959, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 21/06/2021, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-210 DIVULG 21-10-2021 PUBLIC 22-10-2021. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true&origem=AP&classeNumeroIncidente=RE%201165959>. Acesso em 10/07/2023.

CAMPOS, Natália de. O remédio vem de uma planta que eu não posso plantar: mobilização e articulação pelo uso terapêutico da maconha na Paraíba. 2019.

CANNABIS, Sociedade Brasileira de Estudos da. Dirijo (Maconha) - Relatos indígenas - Yandé Aname Mura (2008). 2020. Disponível em <https://youtu.be/A-4FIDHLXK4>. Acesso em 27/03/2023.

CARLINI, Elisaldo Araújo. A história da maconha no brasil. Cannabis Sativa L. e substâncias canabinóides na medicina. São Paulo: CEBRID, 2005. Disponível em

<<<https://www.scielo.br/j/jbpsiq/a/xGmGR6mBsCFjVMxtHjdsZpC>>>.

FILHO, Marçal J. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559645770. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645770/>.

FORMIGA, Isabella. 'Vida nova', dizem pais de menina que há 2 anos usa derivado da maconha. Canabidiol zerou convulsões de garota que tinha até 80 crises por semana. Mais de mil pessoas foram autorizadas a utilizar compostos desde 2013. Portal G1, DF, 2015. Disponível em <<https://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2015/11/vida-nova-dizem-pais-de-menina-que-ha-2-anos-usa-derivado-da-maconha.html>>. Acesso 15/09/2023.

NETO, Diogo de Figueiredo M. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2014. E-book. ISBN 978-85-309-5372-0. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5372-0/>.

PERDIGÃO, Sérgio Foster. A subjetividade do alto escalão da polícia e o planejamento como critério limitador de sua extensão. In SADDY, André (coordenador). Discricionariedade policial. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2016

PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. Direito Administrativo. São Paulo: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559646784. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>. Acesso em: 26 out. 2023. P. 246.

RAIA, Drogaria. Preço do medicamento CANABIDIOL PRATI-DONADUZZI 200MG/ML SOLUÇÃO ORAL 30 ML + SERINGA DOSADORA, da marca Prati Donaduzzi. 2023. Disponível em <<https://www.drogaraia.com.br/canabidiol-200mg-ml-solucao-oral-30ml-seringa-dosadora-a3.html>>. Acesso em 01/10/2023.

SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SADDY, André. Saúde pública, apreciatividade e discricionariedade na área da saúde. In: SADDY, André. Discricionariedade na área da saúde. Rio de Janeiro: CEEJ, 2020.

SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553620490. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620490/>. Acesso em: 26 out. 2023.

TAVARES, André R. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555596915. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596915/>. Acesso em: 25 out. 2023.

SUBJETIVIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA CONCESSÃO DO CERTIFICADO DE ENTIDADE BENEFICENTE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL

Bianca Batista Craveiro

Advogada e mestranda pelo Programa de Pós-Graduação (Mestrado) em Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UFF. E-mail: biacraveiro@gmail.com

Sumário: Introdução. 1. Instituições de assistência social. 2. Da subjetividade. 3. Parâmetros gerais para a inscrição das entidades ou organizações de Assistência Social. Conclusão. Referências

Introdução

A entidade sem fins lucrativos que se interessar em prestar serviços de assistência social a população precisa se vincular ao Sistema Único de Assistência Social e cumprir uma série de exigências dispostas nas leis n.º 8.742/1993 e n.º 187/2021, a inscrição não serve apenas para que a entidade possa atuar, mas também para obter as vantagens previstas em lei, como a isenção das contribuições sociais, a priorização na celebração de convênios com o poder público, entre outros benefícios.

O processo de inscrição no Sistema Único de Assistência Social possui várias etapas que demandam o registro da entidade junto ao órgão de assistência social municipal e estadual para obtenção de Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (CEBAS).

As exigências para obtenção do CEBAS estão descritas de forma genérica no art. 31 da Lei Complementar n.º 187/2021, dentre elas, a norma requer a inscrição conselho municipal ou distrital de assistência social, que também podem criar resoluções para regulamentar a obtenção da referida inscrição municipal.

Ao verificar as leis, resoluções e demais normas vinculadas aos órgãos federais e municipais de assistência social é possível perceber que a obtenção do CEBAS demanda a avaliação pelos servidores públicos vinculados a tais órgãos de diversos documentos, como de constituição da entidade e contábeis, bem como, da qualidade dos serviços prestados, concedendo grande poder aos

servidores avaliadores no longo caminho percorrido até a obtenção do CEBAS, em razão da grande carga de subjetividade da norma.

O objetivo deste artigo não é se aprofundar em norma regional específica, mas sim fazer uma análise generalista sobre a concessão do CEBAS, com estudo sobre todo o procedimento e foco nos requisitos para o registro e na influência da subjetividade do servidor público no processo, ciente que de cada Estado e município pode possuir particularidades a serem observadas quando do pedido de registro municipal até efetivamente a obtenção do certificado junto ao SUAS.

O que se pretende com a análise feita a seguir é identificar a subjetividade da norma geral para compreender a lógica na concessão ou negativa das inscrições municipais junto às secretarias de assistência social e, conseqüentemente, na obtenção do CEBAS.

No primeiro item será analisada toda a cadeia de organização nacional e regional do sistema de assistência social, no intuito de compreender seu funcionamento para facilitar a identificação das subjetividades no processo de obtenção do CEBAS.

No segundo tópico se estabelecem as premissas básicas para análise da norma, tratando sobre como a doutrina classifica as subjetividades, sua classificação, de forma a entender a atuação dos servidores responsáveis pela avaliação e qual a lógica das decisões da Administração Pública no caso e qual o nível de liberdade do seu representante para decidir.

No tópico seguinte se analisa a norma já com as premissas estabelecidas nos tópicos anteriores, aplicando-as a casos concretos, buscando identificar a função e influência dos agentes públicos, chegando ao tópico dedicado à conclusão.

1. Instituições de Assistência Social

As disposições básicas do serviço de assistência social no Brasil são regidas pela Lei n.º 8.742/1993, tal norma lista os objetivos principais da assistência social como garantia à vida, proteção à família, integração ao mercado de trabalho, obviamente, com objetivos muito próximos aos direitos sociais descritos na Constituição Federal.

O art. 2º da referida lei determina que as instituições de assistência social são aquelas sem fins lucrativos e parceiras da Administração Pública no

atendimento às famílias, indivíduos e grupos em situação de vulnerabilidade ou risco social e pessoal, que integram a rede socioassistencial junto aos entes federativos (órgãos gestores) e os conselhos de assistência social, formando o Sistema Único de Assistência Social (SUAS).

O SUAS é o complexo de serviços da área assistencial, o gestor maior vinculado à União e ao Ministério de Desenvolvimento e Assistência Social, que coordena as ações de todo o serviço de assistência social no país, assim como o SUS na área da saúde¹.

Vinculado ao SUAS existe o Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS), um órgão também criado pela Lei n.º 8.742/1993, responsável por aprovar a política nacional de assistência social, que normatiza todo o funcionamento do campo de assistência social no Brasil.

Dentre suas funções também está cuidar da parte orçamentária, aprovar a Política Nacional de Assistência Social (PNAS), regular a prestação de serviços públicos e privados de assistência social, zelar pela efetivação do sistema descentralizado e participativo de assistência social, convocar ordinariamente a Conferência Nacional de Assistência Social, dentre outras funções.

Os serviços prestados pelos SUAS tem seu foco no acolhimento institucional, atendimento a pessoas em situação de rua e proteção social básica no domicílio para pessoas com deficiência e idosos, conforme regulamenta a Resolução CNAS n.º 10/2009; a promoção de integração a mercado de trabalho, regulamentado pela Resolução CNAS n.º 33/2011 e assessoramento dos movimentos sociais, promoção de cidadania e enfrentamento das desigualdades sociais, nos termos da Resolução CNAS n.º 27/2011.

As entidades e organizações de assistência social privadas atuam, em complementaridade aos Estados e Municípios, prestando os serviços definidos na Tipificação Nacional dos Serviços Socioassistenciais, descrito na Resolução n.º 109/2009, também do CNAS.

Cabe ressaltar que o SUAS é uma grande unidade prestadora de serviços, organizado e regulado pela União, mas com ampla atuação também dos Estados, com as secretarias de assistência social, que organizam e coordenam serviços regionalizados e dão apoio técnico e financeiro para que as cidades possam implementar a vigilância socioassistencial.

¹ Disponível em: <https://conselho.saude.gov.br/legislacao/lei8080.htm>. Acesso em 22.09.2023

Os municípios também têm função importante para o SUAS já que na maioria dos Estados brasileiros a amplitude do território impede a prestação de serviços de assistência social sejam oferecidos a contento pelo Estado ou União.

Assim, os municípios têm função de articulação de suas funções de proteção, defesa e vigilância sociais, observadas as disposições, normativas e pactuações interfederativas aplicáveis, conforme se observa na Resolução n.º 109/2009.

Porém, especificamente sobre os municípios, estes têm a função de concessão de registro fundamental para a obtenção de um certificado chamado Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social – CEBAS, pelo Governo Federal.

O art. 31² da Lei Complementar n.º 187/2021 lista os requisitos necessários para a certificação da entidade de assistência social, como que a empresa seja constituída por pessoa jurídica de natureza privada, comprove a inscrição no conselho municipal ou distrital de assistência social e comprove que, no ano anterior ao requerimento, destinou a maior parte de seus custos e despesas a serviços.

Ainda que seja muito comum que cada Conselho Municipal ou Estadual tenha regras próprias para registro das entidades privadas como prestadoras de serviços de assistência social, de forma geral, a maioria segue as regras da Resolução CNAS n.º 14/2014, inspiradas na Lei Complementar n.º 187/2021 e na Lei n.º 8.742/1993.

² Art. 31. Constituem requisitos para a certificação de entidade de assistência social:

I - ser constituída como pessoa jurídica de natureza privada e ter objetivos e públicos-alvo compatíveis com a Lei n.º 8.742, de 7 de dezembro de 1993;

II - comprovar inscrição no conselho municipal ou distrital de assistência social, nos termos do art. 9º da Lei n.º 8.742, de 7 de dezembro de 1993;

III - prestar e manter atualizado o cadastro de entidades e organizações de assistência social de que trata o inciso XI do caput do art. 19 da Lei n.º 8.742, de 7 de dezembro de 1993;

IV - manter escrituração contábil regular que registre os custos e as despesas em atendimento às Normas Brasileiras de Contabilidade;

V - comprovar, cumulativamente, que, no ano anterior ao requerimento:

a) destinou a maior parte de seus custos e despesas a serviços, a programas ou a projetos no âmbito da assistência social e a atividades certificáveis nas áreas de educação, de saúde ou em ambas, caso a entidade também atue nessas áreas;

b) remunerou seus dirigentes de modo compatível com o seu resultado financeiro do exercício, na forma a ser definida em regulamento, observados os limites referidos nos §§ 1º e 2º do art. 3º desta Lei Complementar.

A Resolução CNAS n.º 237/2006, em seu art. 10 define que os Conselhos de Assistência Social deverão ser compostos por 50% de representantes do governo e 50% de representantes da sociedade civil, escolhidos por meio de eleições. Esta regra abrange os Conselhos Estaduais, do Distrito Federal e Municipais de Assistência Social.

Como consequência, a equipe responsável pela avaliação dos pedidos de registro nem sempre é homogênea ou conta com equipe de conhecimento técnico suficiente para permitir que as decisões tomadas sejam objetivas, o que não melhora em razão das subjetividades da norma.

A verdade é que em todos os casos o registro perpassa pela avaliação de servidores de todas as instituições governamentais, que analisam os documentos, as características dos serviços prestados e fazem visitas técnicas, tudo para garantir que estas efetivamente prestam serviços de assistência social que se encaixam nas regras da norma, assim, ainda que tenham norma federal e local a ser observada, esta será aplicada mediante a utilização de subjetividades determinadas ou sugeridas ao servidor público³.

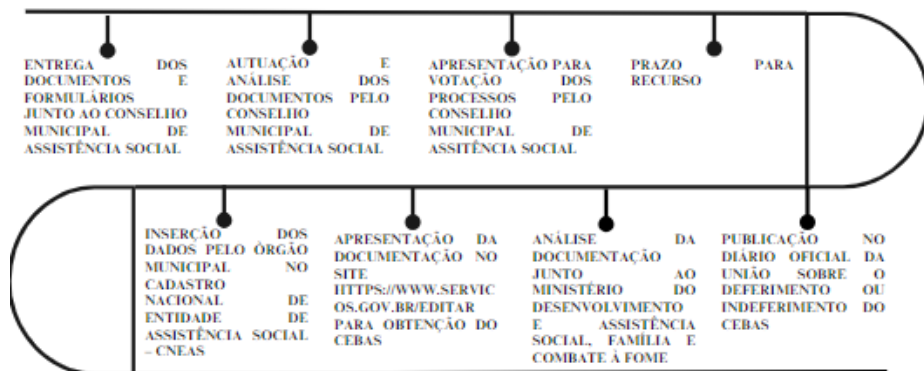
Assim, inegável que a decisão administrativa que concede o registro a empresas que têm interesse em prestar serviços de assistência social perpassa necessariamente pela interpretação de servidor público sobre a norma.

Para se entender melhor as etapas⁴ é interessante trazer o presente fluxograma:

³Disponível em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/arquivo/assistencia_social/consulta_publica/Benef%C3%ADcios%20Eventuais%20no%20SUAS.pdf. Acesso em: 21.09.2023.

⁴ Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/servicos/certificar-se-como-entidade-beneficente-de-assistencia-social#:~:text=A%20Certifica%C3%A7%C3%A3o%20CEBAS%20tamb%C3%A9m%20posibilita,P%C3%BAblicos%20do%20Minist%C3%A9rio%20da%20Cidadania>. Acesso em 15.09.2023

Registro de entidade no Conselho de Assistência Social



Percebe-se que a concessão não é automática, são várias etapas para a obtenção do registro, todas dependem da análise de um servidor público e sua negativa pode gerar grandes prejuízos.

A certificação é necessária não só para a isenção de impostos e contribuições federais, estaduais e municipais, como para se obter outras vantagens, como o recebimento de recursos governamentais a título de subvenções sociais, nos termos do art. 30 da Lei n.º 12.465/ 2011, ou parcelamento de dívidas com o governo.

Assim, resta claro que as decisões dos servidores públicos responsáveis pela análise de documentos e pedidos de inscrição de empresas como entidades de assistência social são de grande importância para o processo de obtenção do registro e, conforme tratado no tópico a seguir, este está intimamente vinculado com subjetividades na decisão do representante do Estado.

2. Da Subjetividade do Servidor Público

A norma sobre a concessão do registro para entidades de prestação do serviço de assistência social possui forte teor subjetivo, concedendo aos servidores responsáveis pelos registros municipais margem de liberdade para interpretar a Resolução CNAS n.º 14/2014 na concessão do registro.

Em geral, o ordenamento jurídico faculta ao servidor público a atuação com certa liberdade que lhe permite adotar o entendimento que julgar mais adequado para o que determina a norma e o caso concreto.

Ao representante da instituição pública é esperado que faça a eleição entre diferentes opções de ação igualmente válidas ou admissíveis, diante de uma margem de liberdade para determinar os padrões que guiarão sua decisão⁵. Tal liberdade, assim como a legislativa, tem seus limites, de sorte que, ultrapassados esses limites, configurará uma arbitrariedade.

Neste sentido, interessante citar o professor José Manuel Sérvulo Correia⁶ que explica:

A autonomia pública é o espaço de livre criação de efeitos jurídicos que resulta de uma regra atributiva de competência concreta, sendo, portanto, apenas lícito o que é permitido. É nada mais que uma margem de livre decisão juridicamente permitida. Tal subjetividade ou autonomia está condicionada a vários aspectos, devendo assim ser exercida nos precisos termos que a norma prevê.

Sobre o tema, André Saddy⁷ afirma que essa subjetividade está ligada a autonomia pública, que pode ser classificada como vinculada, conformadora, discricional, apreciativa ou feita por meio de conceitos jurídicos indeterminados.

A subjetividade administrativa, em seu sentido técnico jurídico, seria a margem relativa de liberdade conferida pela norma jurídica à Administração Pública para a adoção ou não, entre as estipulações oferecidas do que melhor atende aos interesses públicos, por meio de normas jurídicas. Somente, estar-se-á no terreno da discricionariedade efetiva uma vez fixadas as opções válidas. Sobre o tema, destaca Dirley da Cunha⁸ que:

⁵ SADDY, André. *Apreciatividade e Discricionariedade administrativa*. 2. ed. Rio de Janeiro: CEEJ, 2020. Pág. 34.

⁶ CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 2003 (reimpressão da edição de 1987). Pág. 469 e 470

⁷ SADDY, André. *Apreciatividade e Discricionariedade administrativa*. 2. ed. Rio de Janeiro: CEEJ, 2020. Pág. 95.

⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. Salvador: JusPodvim, 2012. Pág. 79.

A atividade administrativa será vinculada quando o regramento legal impuser todas ou quase todas as exigências para a sua atuação, ordenando a competência, a finalidade, a forma, o motivo e o objeto de maneira impositiva e cogente. Como consequência disso, no exercício de atividade vinculada só há uma solução, que é a que decorre da lei, não podendo a Administração Pública adotar outra.

A respeito do ato vinculado, é possível afirmar ser aquele que estabelece um único comportamento possível a ser tomado pela Administração Pública diante de casos concretos, sem nenhuma liberdade para juízo de conveniência e oportunidade. Dessa forma, podemos dizer que o poder vinculado é o garantido pela lei à Administração Pública, a fim de que pratique os seus atos de acordo com os elementos determinados e os requisitos necessários para a sua formação⁹.

Já o poder discricionário confere ao Administrador Público o poder de escolha, de acordo com a oportunidade e conveniência para o interesse público, na realização de atos administrativos. Acerca do tema, Irene Patrícia Nohara¹⁰ afirma que:

O poder discricionário é a prerrogativa que tem a Administração Pública de optar, dentre duas ou mais soluções, segundo critérios de oportunidade e conveniência (juízo de mérito), por aquela que melhor atenda ao interesse público no caso concreto. Ele não é um poder autônomo, na medida em que implica a liberdade de atuação dentro da lei. A Administração, ao praticar um ato discricionário, deve respeitar os limites da lei em que se fundamenta. Diferenciam-se, portanto, os conceitos de

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. Pág. 120.

¹⁰ NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. 5. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2009. Pág. 28.

discricionariedade e arbítrio, sendo que este último gera uma situação de ilegalidade.

A discricionariedade administrativa seria a margem relativa de liberdade conferida pela norma jurídica à Administração Pública para a adoção ou não, entre as estipulações oferecidas do que melhor atende aos interesses públicos, por meio de normas jurídicas. Somente, estar-se-á no terreno da discricionariedade efetiva uma vez fixadas as opções válidas.

Já a liberdade de conformação é a margem de liberdade de quem cria direitos e obrigações ou que os elucida, por meio de atos legislativos, conforme explica André Saddy¹¹:

(...) margem de liberdade de quem cria direitos e obrigações ou que os elucida, por meio de atos legislativos, normativo-regulamentares, editais, contratuais, jurisdicionais e até mesmo por tomadas de decisões administrativas que tenham o condão de se transformar em normas jurídicas.

A margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados é o limite dentro da zona de incerteza semântica de um conceito jurídico, ou seja, daqueles conceitos que não se podem traçar precisamente porque não deixam ao seu intérprete a compreensão exata de quais significados emitem, seu objeto ou a realidade abrangida.

São conceitos que geram dúvida entre duas ou mais compreensões de seu significado quando visualizados no caso concreto, por isso, entende-se que o único modo possível de visualizar se um conceito jurídico indeterminado apresenta ou não uma margem de livre apreciação é analisando sua estrutura (núcleo conceitual e auréola conceitual).

O núcleo conceitual¹² permite alcançar o conteúdo efetivo da norma, configurando uma zona de certeza, positiva ou negativa. A auréola conceitual seria a parte a respeito da qual surgiriam as dúvidas e questionamentos, cuja

¹¹ SADDY, André. Limites à tomada de decisão e controle judicial da Administração Pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. Pág. 132

¹² SADDY, André [et. al.]. Discricionariedade na área da saúde. – Rio de Janeiro: CEEJ, 2020. Pág. 65.

determinação exigiria o desdobramento da ideia do núcleo conceitual, condicionando o exercício da subjetividade pública.

Por apreciatividade administrativa¹³ se entende a margem de liberdade que se projeta sobre fatos e critérios interpretativos, variando a intensidade de acordo com o âmbito que se exerce, existente em toda tomada de decisão na qual o agente público utiliza uma operação de discernimento ou ajuizamento para aplicar a norma usando-se de critérios e ponderação de interesses e fatores em conflito, atribuindo pesos relativos às opções que tenha decorrentes das indeterminações do Direito, atendendo, mormente, aos interesses públicos, mesmo que tenha de se afastar da letra estrita da lei para atingir a finalidade.

Passados os conceitos necessários para a análise a ser feita neste artigo, iniciaremos a análise das diversas subjetividades na Resolução CNAS n.º 14/2014 para a concessão do registro junto ao Conselho Municipal de Assistência Social, norma inspiradora da maioria das regulações dos Conselhos Municipais para concessão do registro e inspirada na norma federal.

3. Parâmetros Gerais para a Inscrição das Entidades ou Organizações de Assistência Social

Conforme já mencionado acima, o CNAS é responsável pela gestão geral de regras e práticas dos Conselhos Estaduais e do Distrito Federal, bem como, dos Conselhos Municipais de Assistência Social.

Os requisitos para obtenção do registro das empresas podem ser diferentes entre os diversos Estados e Municípios. Contudo, as regras básicas estão contidas na Resolução CNAS n.º 14/2014, que estabelece parâmetros nacionais para a inscrição das entidades de assistência social.

Esses parâmetros são, em maioria, replicados pelos conselhos estaduais e municipais para ditar as regras a serem aplicadas para inscrição, o que pode ser verificado a exemplo da Resolução n.º 1.080/2023 do Conselho Municipal de Assistência Social de São Paulo – COMAS-SP, Resolução n.º 39/2021 do Conselho Municipal de Assistência Social – CMAS-RIO ou Resolução n.º 370/2021 Conselho Municipal de Assistência Social – CMAS Curitiba.

¹³ SADDY, André. *Apreciatividade e Discricionariedade administrativa*. 2. ed. Rio de Janeiro: CEEJ, 2020. Pág. 2

Assim, é possível verificar que para registro nos conselhos a norma é permeada de conceitos que demandam apreciação subjetiva pelo servidor público, a exemplo do artigo 3º, vejamos:

Art. 3º As entidades ou organizações de Assistência Social no ato da inscrição demonstrarão:

I - ser pessoa jurídica de direito privado, devidamente constituída;

II - aplicar suas rendas, seus recursos e eventual resultado integralmente no território nacional e na manutenção e no desenvolvimento de seus objetivos institucionais;

III - elaborar plano de ação anual contendo:

a) finalidades estatutárias;

b) objetivos;

c) origem dos recursos;

d) infraestrutura;

e) identificação de cada serviços, programas, projetos, e benefícios socioassistenciais, informando respectivamente:

e.1) público-alvo;

e.2). capacidade de atendimento;

e.3) recursos financeiros a serem utilizados;

e.4) recursos humanos envolvidos;

e.5) abrangência territorial;

e.6) demonstração da forma de como a entidade ou organização de Assistência Social fomentará, incentivará e qualificará a participação dos usuários e/ou estratégias que serão utilizadas em todas as etapas do seu plano: elaboração, execução, monitoramento e avaliação.

IV - ter expresso em seu relatório de atividades:

a) finalidades estatutárias;

b) objetivos;

c) origem dos recursos;

d) infraestrutura;

e) identificação de cada serviços, programas, projetos e benefícios socioassistenciais executado, informando respectivamente:

e.1) público alvo;

e.2) capacidade de atendimento;

e.3) recurso financeiro utilizado;

e.4) recursos humanos envolvidos;

e.5) abrangência territorial;

e.6) demonstração da forma de como a entidade ou organização de Assistência Social fomentou, incentivou e qualificou a participação dos usuários e/ou estratégias que foram utilizadas em todas as etapas de execução de suas atividades, monitoramento e avaliação.

§ 1º Para fins de inscrição é vedado aos Conselhos de Assistência Social fazer a análise das Demonstrações Contábeis.

§ 2º Para fins de inscrição é vedado aos Conselhos de Assistência Social exigir a alteração estatutária das entidades ou organizações de Assistência Social.

Depreende-se do enunciado normativo acima que as entidades ou organizações de Assistência Social no ato da inscrição serão expostas a apreciatividade administrativa dos representantes do ente público ao interpretar a Resolução n.º 04/2014, em razão de conceitos jurídicos imprecisos, tais como a obrigação das entidades de apresentarem seus objetivos institucionais, comprovar infraestrutura ou demonstração da forma de como a entidade ou organização de Assistência Social fomentou, incentivou e qualificou a participação dos usuários e/ou estratégias que foram utilizadas em todas as etapas de execução de suas atividades.

É o servidor público que avalia quais empresas foram capazes de atender a todos os requisitos listados acima de forma satisfatória. Porém, o servidor não pode usar de critérios injustos ou de rigor excessivo, devendo sempre prezar pelos princípios que norteiam a Administração Pública, nos termos do artigo 37, caput, da Constituição da República, além disso, o artigo 20 da LINDB recomenda que não se decida com base em critérios de elevada

abstração. Da mesma forma, o artigo 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro exigem que a análise considere circunstâncias reais e factíveis na gestão dos recursos públicos pelo particular em parceria.

Além das informações apresentadas, é costume que sejam feitas visitas técnicas para avaliar se o espaço será capaz de prestar os serviços que afirma ter de forma satisfatória, se os recursos humanos e financeiros informados são compatíveis com as informações apresentadas no requerimento inicial, momento em que, novamente, o servidor deverá se valer de apreciatividade administrativa.

Todos esses fatores deverão ser avaliados por servidores públicos que terão de julgar, a partir do art. 3º destacado acima e de seu discernimento, se as empresas serão capazes de executar suas funções de forma suficientemente eficiente para serem consideradas pelo SUAS como entidades de serviço social.

Apresentar finalidades estatutárias, objetivos, origem dos recursos, comprovar a existência da infraestrutura adequada para prestar os serviços, que devem ser identificados de forma detalhada, indicando a capacidade de atendimento, quantidade e origem dos recursos financeiros utilizados e recursos humanos disponíveis não é uma tarefa fácil, especialmente por se tratarem de requisitos que podem ser classificados como insuficientes ou incompatíveis com as exigências dos Conselhos Regionais e do SUAS.

Caberá aos representantes dos conselhos de assistência social interpretar conceitos do art. 3ª da Resolução CNAS n.º 14/2014 ao caso concreto, permitindo a empresas privadas serem classificadas como entes de assistência social ou não.

A norma ainda tenta estabelecer critérios para inscrição a serem observados pelos servidores, vejamos:

Art. 6º Os critérios para a inscrição das entidades ou organizações de Assistência Social, bem como dos serviços, programas, projetos e benefícios socioassistenciais são, cumulativamente:

I – executar ações de caráter continuado, permanente e planejado;

II – assegurar que os serviços, programas, projetos e benefícios socioassistenciais sejam ofertados na

perspectiva da autonomia e garantia de direitos dos usuários;

III – garantir a gratuidade e a universalidade em todos os serviços, programas, projetos e benefícios socioassistenciais;

IV – garantir a existência de processos participativos dos usuários na busca do cumprimento da efetividade na execução de seus serviços, programas, projetos e benefícios socioassistenciais.

Contudo, as regras estipuladas acima não permitem a sua análise sem a ponderação do servidor responsável pela inscrição das entidades de assistência social, concedendo apenas parâmetros mínimos de valores a serem observados pelos servidores para definir, por exemplo, o que seriam ações de caráter continuado, planejado e permanente.

Interessante, ainda, destacar o art. 11 da referida resolução, vejamos:

Art. 11. Compete ao Conselho de Assistência Social:

I - receber e analisar a documentação respectiva aos pedidos de inscrição, que se constituem nas seguintes etapas:

a) requerimento da inscrição;

b) análise documental;

c) visita técnica, quando necessária, para subsidiar a análise do processo;

d) elaboração do parecer da Comissão;

e) pauta, discussão e deliberação sobre os processos em reunião plenária;

f) publicação da decisão plenária;

g) emissão do comprovante;

h) notificação à entidade ou organização de Assistência Social por ofício;

i) envio de documentação ao órgão gestor para inserção dos dados no Cadastro Nacional de Entidades de Assistência Social – CNEAS, conforme art. 19, inciso XI da Lei nº 8.742, de 07 de dezembro

de 1993 - Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS.

II - no caso de indeferimento do requerimento de inscrição, a entidade ou organização de Assistência Social deverá ser comunicada oficialmente, contendo todas as devidas justificativas de indeferimento.

III - é recomendável ao Conselho de Assistência Social realizar todas as etapas de análise do processo de inscrição, para o deferimento ou indeferimento da solicitação de entidades ou organizações de Assistência Social, bem como de serviços, programas, projetos e benefícios socioassistenciais, o qual deverá ser manifestado por resolução.

IV- a execução do previsto neste artigo obedecerá à ordem cronológica do requerimento de inscrição. Parágrafo único. Cabe aos Conselhos de Assistência Social disciplinar a instância recursal de seus atos e definir os prazos para análise dos processos de inscrição.

O artigo mencionado acima demonstra que a norma estudada não é apenas um grande apanhado de subjetividade, já que para analisar os pedidos de inscrição das empresas prestadoras de serviços de assistência social, devem ser seguidas diversas etapas que deixam pouco espaço para avaliação do servidor, com exceção sobre a possibilidade de ser feita visita técnica.

Interessante, ainda, mencionar que nem todos os tipos de subjetividade estão dispostos na Resolução CNAS n.º 14/2014, já que não existe margem para discricionariedade pura, ou seja, não há na norma analisada opções para escolha, mas sim a necessidade de interpretá-la em cada caso, utilizando-se de parâmetros que devem ser previamente publicizado, a critério do órgão local, nos termos do parágrafo único do art. 12 destacado abaixo:

Art. 12. Os Conselhos de Assistência Social deverão planejar o acompanhamento e a fiscalização das entidades ou organizações de Assistência Social, bem como dos serviços, programas, projetos e benefícios

socioassistenciais inscritos, com os respectivos critérios.

Parágrafo único. O planejamento a que se refere o caput, bem como o processo de inscrição deve ser publicizado por meio de resolução do Conselho de Assistência Social.

As diversas regras e etapas a serem observadas inegavelmente deixam grande margem para indeferimento ou cancelamento dos pedidos de registro, em razão da não observância de todos os critérios para inscrição, nos termos do art. 15¹⁴, §1º, da Resolução n.º 14/2014, a exemplo do julgado abaixo¹⁵, em que foi indeferida a reforma da decisão do CMAS da cidade de São Paulo, revogadora de registro, nos seguintes termos:

(...)

Inconformada, apela a impetrante, pugnando pela reforma do julgado. Informa que é entidade filantrópica, de educação e assistência social e, em abril de 2012, solicitou a inscrição de seu programa assistencial Programa Infante Cidadão (PIC) no cadastro do Conselho Municipal de Assistência

¹⁴ Art. 15. A inscrição das entidades ou organizações de Assistência Social, dos serviços, programas, projetos e benefícios socioassistenciais é por prazo indeterminado.

§ 1º A inscrição poderá ser cancelada a qualquer tempo, em caso de descumprimento dos requisitos, garantido o direito à ampla defesa e ao contraditório.

§ 2º Em caso de cancelamento da inscrição, o Conselho de Assistência Social deverá encaminhar, no prazo de cinco dias úteis, cópia do ato cancelatório ao órgão gestor, para providências cabíveis junto ao Cadastro Nacional de Entidades de Assistência Social -CNEAS a que se refere a alínea i, do inciso I, do art. 11 desta Resolução e demais providências.

§ 3º Da decisão que indeferir ou cancelar a inscrição a entidade poderá recorrer.

§ 4º O prazo recursal será aquele definido pelo Conselho de Assistência Social.

§ 5º As entidades ou organizações de Assistência Social inscritas deverão comunicar o encerramento de suas atividades, serviços, programa, projetos e benefícios socioassistenciais aos Conselhos de Assistência Social, no prazo de 30 dias.

¹⁵ Brasil. TJ-SP - APL: 10191722420158260053 SP 1019172-24.2015.8.26.0053, Relator: Osvaldo de Oliveira, Data de Julgamento: 06/07/2016, 12ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 11/07/2016. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do?jsessionid=A29CA362C2288DFABC046FAD8F175B7F.cjsg1>. Acesso no dia: 05.09.2023

Social de São Paulo (COMAS/SP) para aquele ano, o qual restou indeferido. Sustenta que tal serviço assistencial era praticado há muitos anos, sem nunca enfrentar problemas com a Administração Pública. Além disso, o resultado de seu pedido de inscrição somente foi divulgado em 2014, sob o fundamento de que não atendia aos requisitos do artigo 6º, inciso IV, da Resolução COMAS/SP nº 528/11. Ocorre que tal indeferimento se baseou em visita técnica realizada no início de 2013, ocasião em que o serviço não era mais prestado, ou seja, a visita deveria ter sido feita em 2012, ano em que se pediu a inscrição e no qual o serviço, de fato, foi prestado e preenchia os requisitos exigidos pela Administração. Requer a reforma do julgado e a concessão da segurança postulada, a fim de ser autorizada a inscrição de seu serviço assistencial exclusivamente para o exercício de 2012 (fls. 304/326)

(...)

Segundo se depreende dos documentos juntados aos autos, a impetrante solicitou a inscrição de seu programa assistencial no Conselho Municipal de Assistência Social COMAS em 27 de abril de 2012 (fls. 60/63) e, em 24 de maio de 2013, o pedido foi indeferido (fls. 66), sob o fundamento de que não contemplava os requisitos disciplinados pelo artigo 6º, inciso IV, da Resolução COMAS/SP nº 528/11 (fls. 66). Mais de um ano depois, em 22 de outubro de 2014, houve reunião entre representantes da Associação com a equipe técnica do COMAS, oportunidade em que não houve alteração do resultado do pedido (fls. 51/52). O artigo 6º da Resolução COMAS/SP nº 528/11, que fundamentou o indeferimento da inscrição, indica os requisitos para a pretendida inscrição: “Art. 6º - Serão inscritas no COMAS-SP as entidades e organizações de

assistência social que obedeçam, cumulativamente, aos seguintes requisitos: I. ser pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos devidamente constituída, conforme disposto no art. 53 do Código Civil Brasileiro e no art. 3º da lei nº 8.742/93 - LOAS; II. ter sede e/ou desenvolver atividades precípua da área de Assistência Social no Município de São Paulo;

III. desenvolver ações de caráter permanente, continuado e planejado, por meio de programas, serviços ou projetos e benefícios socioassistenciais, conforme estabelecido no art. 4º desta resolução, assegurando aos mesmos que sejam ofertados na perspectiva da autonomia e garantia de direitos dos usuários, em consonância com os princípios contidos na Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS e com a Política Nacional de Assistência Social.

IV. possuir recursos humanos e instalações físicas adequadas ao tipo de atendimento que presta aos usuários da assistência social e de acordo com a realidade local; (...)"

E o artigo 32 prevê quando a entidade terá sua inscrição cancelada: "Art. 32 - Terá sua inscrição cancelada a entidade e organização de assistência social bem como serviços, programas, projetos e benefícios socioassistenciais que:

I. infringir qualquer disposição desta resolução;

II. tiver sofrido descontinuidade em seu funcionamento;

III. apresentar irregularidade na sua gestão administrativa;

IV. alterar a sua atividade preponderante na área da assistência social;

V. interromper a prestação dos serviços por prazo superior a seis meses;

VI. não cumprimento do disposto no art. 28, incisos IV e V desta resolução.”

VII. Alega a impetrante que o pedido de inscrição foi para o exercício de 2012, ano em que o programa assistencial, de fato, foi prestado.

A autoridade impetrada, por sua vez, afirma que o pedido de inscrição já havia sido indeferido quando as atividades ainda estavam em funcionamento, em razão de a avaliação técnica do Conselho ter concluído que a entidade não preenchia outros requisitos igualmente necessários à inscrição, ao lado da permanência e da continuidade. Além disso, esclarece que a “equipe técnica da secretaria executiva do Conselho entende que a reunião ocorrida em 22/10/2014 foi uma tentativa de orientar a entidade ABEL quanto ao pedido de inscrição do PIC, inclusive para que fosse adequado às normativas em vigência na área de assistência social, sobretudo estando de acordo às Resoluções do Conselho Nacional de Assistência Social - CNAS nº 109/2009 e nº 14/2014”, porém o Programa Infante Cidadão (PIC), a partir de janeiro de 2013, foi reformulado. Por fim, acrescenta que o referido programa não atende aos artigos 3º, 4º, 6º, incisos III e VI, alínea 'a' e “não pode ser considerado um serviço de caráter planejado, contínuo e permanente na área de Assistência Social e de acordo com as Resoluções CNAS nº 109/2009 e nº 14/2014” (fls. 291/294).

No caso acima, o pedido de inscrição foi indeferido por entender o Conselho Municipal de São Paulo que sob o fundamento de que não atendia aos requisitos do artigo 6º, inciso IV, da Resolução n.º 1.080/2023¹⁶ do

¹⁶ Art. 6º - Serão inscritas no COMAS-SP as entidades e organizações de assistência social que obedeçam, cumulativamente, aos seguintes requisitos:

I. ser pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos devidamente constituída, conforme disposto no Art. 53 do Código Civil Brasileiro e no Art. 3º da Lei nº 8.742/93 - LOAS;

II. ter sede e/ou desenvolver atividades precípua da área de Assistência Social no Município de São Paulo;

III. desenvolver ações de caráter permanente, continuado e planejado, por meio de programas, serviços ou projetos e benefícios, socioassistenciais, conforme estabelecido no Art. 4º dessa resolução, assegurando aos mesmos, que sejam ofertados na perspectiva da autonomia e garantia de direitos dos usuários, em consonância com os princípios contidos na Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS e com a Política Nacional de Assistência Social;

IV. possuir recursos humanos e instalações físicas adequadas ao tipo de atendimento que presta aos usuários da assistência social e de acordo com a realidade local;

V. ter por finalidade atender aos usuários da Política de Assistência Social, que se encontrem em situação de vulnerabilidade e risco social e pessoal e prestar serviços socioassistenciais:

a) de atendimento: aquelas que, de forma continuada, permanente e planejada, prestam serviços, executam programas ou projetos e concedem benefícios de proteção social básica ou especial, dirigidos as famílias e indivíduos em situações de vulnerabilidades ou risco social e pessoal, nos termos da Lei nº 8.742/93, e Resolução CNAS nº 109/2009 e demais disposições legais.

b) de assessoramento: aquelas que de forma continuada, permanente e planejada, prestam serviços, executam programas ou projetos voltados prioritariamente para o fortalecimento dos movimentos sociais e das organizações de usuários, formação e capacitação de lideranças, dirigidos ao público da Política de Assistência Social nos termos da Lei 8.742/93, e respeitadas as deliberações do CNAS de que tratam os incisos I e II do Art. 18 daquela lei.

1) assessoria política, técnica, administrativa e financeira a movimentos sociais, organizações, grupos populares e de usuários, no fortalecimento de seu protagonismo e na capacitação para a intervenção nas esferas políticas, em particular na Política de Assistência Social; sistematização e difusão de projetos inovadores de inclusão cidadã que possam apresentar soluções alternativas a serem incorporadas nas políticas públicas;

2) estímulo ao desenvolvimento integral sustentável das comunidades e à geração de renda;

3) produção e socialização de estudos e pesquisas que ampliem o conhecimento da sociedade e dos cidadãos sobre os seus direitos de cidadania, bem como dos gestores públicos, subsidiando os na formulação e avaliação de impactos da Política de Assistência Social;

c) de defesa e garantia de direitos: aquelas que, de forma continuada, permanente e planejada, prestam serviços e executam programas ou projetos voltados prioritariamente para a defesa e efetivação dos direitos socioassistenciais, construção de novos direitos, promoção da cidadania, enfrentamento das desigualdades sociais, articulação com órgãos públicos de defesa de direitos, dirigidos ao público da política de assistência social, nos termos da Lei nº 8.742, de 1993, e respeitadas às deliberações do CNAS de que tratam os incisos I e II do art. 18 daquela Lei, tais como:

1) promoção da defesa de direitos já estabelecidos por meio de distintas formas de ação e reivindicação na esfera política e no contexto da sociedade;

2) formação política-cidadã de grupos populares, nela incluindo capacitação de conselheiros e lideranças populares;

3) reivindicação da construção de novos direitos fundados em novos conhecimentos e padrões de atuação reconhecidos nacional e internacionalmente.

Conselho Municipal de Assistência Social de São Paulo – COMAS-SP, Resolução n.º 39/2021 do Conselho Municipal de Assistência Social – CMAS-RIO ou Resolução n.º 370/2021 Conselho Municipal de Assistência Social – CMAS Curitiba.

Neste ponto, o Poder Judiciário entendeu que a apreciatividade do servidor ao analisar se a entidade de assistência social possuía recursos humanos e instalações físicas adequadas ao tipo de atendimento que presta aos usuários não foi feita de forma correta, decidindo pela anulação de medida que indeferiu o pedido de renovação de inscrição da entidade.

Apesar das críticas que podem ser feitas a decisão do Poder Judiciário que, ao ser provocado, reforma decisão administrativa demonstra que a apreciatividade dos servidores é passível de entendimentos injustos e que estes podem colocar em risco as intenções de empresas de se registrarem como entidades de assistência social.

Conclusão

O que se pretendeu no presente estudo foi analisar a Resolução CNAS n.º 14/2014, e como esta pode ser influenciada pela subjetividade do servidor público na concessão do registro para entidades prestadoras de serviços de assistência social.

O presente artigo abordou as subjetividades conferidas aos servidores na avaliação sobre quem deve conseguir ou não o registro de assistência social e demonstra a delicadeza do tema, já que a norma concede ao servidor público o dever de avaliar o caso concreto, para definir quem pode ou não obter o registro junto ao SUAS.

VI. As entidades e organizações de assistência social, bem como serviços, programas, projetos e benefícios socioassistenciais devem atender cumulativamente aos seguintes critérios:

- a) prestar, serviços gratuitos, continuados permanentes e planejados, na forma do Decreto n.º 6.308/2007 e Resoluções CNAS n.º 109/2009 e n.º 16/2010 e a Portaria n.º 46/SMADS/2010, republicada em 15/02/2011;
- b) assegurar que os serviços, programas, projetos e benefícios socioassistenciais sejam ofertados na perspectiva da autonomia e garantia de direitos dos usuários;
- c) garantir gratuidade em todos os serviços, programas, projetos benefícios socioassistenciais, respeitadas as exceções legais;
- d) garantir a existência de processo participativo dos usuários na busca do cumprimento da missão da entidade ou organização, bem como da efetividade na execução de seus serviços, programas, projetos e benefícios socioassistenciais;

Restou claro que as avaliações subjetivas públicas estão em qualquer ação e são inerentes a quem possui o poder de autorizar o registro das entidades de assistência social, bem como, a análise a ser feita exige muitos critérios que não necessariamente são racionalizados na rotina dos membros dos conselhos de assistência social.

Apesar da amplitude da norma não se verificou a existência de discricionariedade administrativa pura, mas existe grande margem de apreciatividade administrativa na análise da concessão do registro, o que demonstra pela complexidade da análise a ser realizadas nas dezenas de requisitos da norma, sendo inegável a importância do estudo das subjetividades para obtenção dos registros.

Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Acesso em: 15/07/2021.

_____. Lei 8.742 de 7 de dezembro de 1993. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Publicado em 08.12.1993. Poder Executivo, Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18742.htm. Acesso em 02.09.2023.

_____. Lei Complementar n.º 187 de 16 de dezembro de 2021. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Publicado em 08.07.2022. Poder Executivo, Brasília, DF Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp187.htm. Acesso em 02.09.2023.

_____. Lei n.º 12.465 de 12 de Agosto de 2011. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Publicado em 15.08.2011. Poder Executivo, Brasília, DF Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112465.htm. Acesso em 02.09.2023.

_____. Resolução CNAS n.º 14/2014. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Publicado em 16.08.2014. Poder Executivo, Brasília, DF Disponível em: <http://blog.mds.gov.br/redesuas/resolucao-no-14-de-15-maio-de-2014/>. Acesso em 02.09.2023.

_____. Resolução CNAS n.º 10/2009. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Publicado em 05.11.2009. Poder Executivo, Brasília, DF

Disponível em: <http://blog.mds.gov.br/redesuas/resolucao-no-10-de-5-de-novembro-de-2009/>. Acesso em 02.09.2023.

_____. Resolução CNAS n.º 33/2011. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Publicado em 28.11.2011. Poder Executivo, Brasília, DF Disponível em: Resolução CNAS n.º 33/2011. Acesso em 02.09.2023.

_____. Resolução CNAS n.º 109/2009. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Publicado em 11.11.2009. Poder Executivo, Brasília, DF Disponível em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/public/resolucao_CNAS_N109_%2009.pdf. Acesso em 02.09.2023.

_____. Resolução CNAS n.º 238/2006. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Publicado em 14.12.2006. Poder Executivo, Brasília, DF Disponível em: <http://blog.mds.gov.br/redesuas/resolucao-no-237-de-14-de-dezembro-de-2006/>. Acesso em 02.09.2023.

São Paulo. Resolução n.º 1.080/2016. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Publicado em 31.03.2016. Poder Executivo, Brasília, DF Disponível em:

https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/assistencia_social/comas/arquivos/2018/1080.pdf. Acesso em 02.09.2023.

Rio de Janeiro. Resolução n.º 1.080/2016. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Publicado em 28.06.2021. Poder Executivo, Brasília, DF Disponível em: https://drive.google.com/file/d/14AIR2y_wYqKrGeYLZDvXZvO5UO3DkmbY/view. Acesso em 02.09.2023.

_____. TJ-SP - APL: 10191722420158260053 SP 1019172-24.2015.8.26.0053, Relator: Osvaldo de Oliveira, Data de Julgamento: 06/07/2016, 12ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 11/07/2016. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=A29CA362C2288DFABC046FAD8F175B7F.cjsg1>. Acesso no dia: 05.09.2023.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos. Coimbra: Almedina, 2003 (reimpressão da edição de 1987).

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 11. ed. Salvador: JusPodvim, 2012.

DA SILVA, Yasmin Souza. Atos Administrativos Discricionários e a Impossibilidade de Controle Judicial do Mérito. Revista Direito Diário, 5ª Ed. Fortaleza: V. 1, n. 1 jul/set 2019.

INEA. Mapa das Organizações da Sociedade Civil. Disponível em: https://portalantigo.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/em_questao/210721_pb6_divulacao_v4.pdf. Acesso em: 01.09.2023.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

NOHARA, Irene Patrícia. Direito Administrativo. 5º. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2009.

SADDY, André [et. al.]. Discricionariedade na Área da Saúde. – Rio de Janeiro: CEEJ, 2020.

SADDY, André. Limites à Tomada de Decisão e Controle Judicial da Administração Pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

_____. Apreciatividade e Discricionariedade Administrativa. 2. ed. Rio de Janeiro: CEEJ, 2020.

O SERVIÇO DE PROTEÇÃO EM SITUAÇÕES DE CALAMIDADES PÚBLICAS E EMERGÊNCIA: A SUBJETIVIDADE DO GESTOR PÚBLICO NA UTILIZAÇÃO DOS RECURSOS DE COFINANCIAMENTO FEDERAL

Thaís Freire de Vasconcellos

Advogada. Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense. Pós-Graduada em Direito Processual pela Universidade Federal Fluminense. Pós-Graduada em Direito Civil e Empresarial pelo IDD IBMEC/SP. Membro do Grupo de Estudos em Jurisdição, Constituição e Processo do VDI – UFF/VR. thaisvasconcellos@id.uff.br

Sumário: Introdução; 1. O sistema único de assistência social do Brasil; 2. O Programa Serviço de Proteção em Calamidade Pública e Emergências; 2.1. Objetivos do Serviço de Proteção em Calamidades Públicas e Emergências; 2.2. Principais regras e procedimentos do Serviço de Proteção em Calamidades Públicas e Emergências; 3. A subjetividade do gestor público na execução da política de assistência social no serviço de proteção em situações de calamidades públicas e emergências; 3.1. Margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados; 3.2. A subjetividade do gestor público na utilização dos recursos de cofinanciamento federal; Considerações finais; Referências

Introdução

O presente artigo tem como objetivo analisar a subjetividade do gestor público na utilização dos recursos de cofinanciamento federal disponibilizados pela União no programa de Serviço de Proteção em Calamidades Públicas e Emergências. Não há dúvidas quanto à importância dos direitos sociais à saúde e à assistência aos desamparados estabelecidos no art. 6º, caput da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, exemplos de instrumentos de concretização dessas garantias constitucionais são justamente a criação do Plano Nacional de Assistência Social (PNAS) e o desenvolvimento do Sistema Único de Assistência Social do Brasil (SUAS). Foi dentro desses projetos que se instituiu o objeto de estudo deste trabalho, que é o Serviço de Proteção em Calamidades Públicas e Emergências.

A necessidade de utilização desses serviços é mais frequente do que se imagina, o que faz com que o Poder Público esteja constantemente adotando medidas relacionadas a esse tema. Recentemente, o Governo Federal publicou a Portaria MDS n.º 912 de 5 de setembro de 2023, que suspende, em caráter

excepcional, pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, a obrigatoriedade do atendimento das disposições do art. 7º da Portaria MDS n.º 90, de 3 de setembro de 2013, para recebimento de cofinanciamento federal do Serviço de Proteção em Situações de Calamidades Públicas e de Emergências pelos Estados e Municípios enquanto perdurar a situação de emergência ou estado de calamidade pública decorrente das chuvas fortes em Municípios brasileiros¹.

É importante observar que as normas atualmente em vigor para a regulamentação desse serviço não estabelecem de maneira precisa como os recursos disponibilizados pela União no âmbito do Serviço de Proteção em Calamidades Públicas e Emergências devem ser direcionados.

A presença de termos vagos permite que as autoridades administrativas interpretem de diferentes maneiras quais necessidades emergenciais devem ser atendidas em apoio às famílias e indivíduos afetados pela situação de crise. Daí decorre a relevância de investigar se há, de fato, uma margem de subjetividade na tomada de decisão por parte do gestor público quando se trata da alocação desses recursos e como essa subjetividade pode ser utilizada da melhor forma para cumprir a finalidade da norma.

No primeiro capítulo, busca-se fazer uma breve apresentação do Plano Nacional de Assistência Social e do desenvolvimento do Sistema Único de Assistência Social do Brasil, programas que visam assegurar a proteção social aos cidadãos, oferecendo apoio a indivíduos, famílias e à comunidade em situação de vulnerabilidade. No segundo capítulo, são apresentados os objetivos e principais procedimentos do Serviço de Proteção em Calamidades Públicas e Emergências, que representa uma proteção especial do SUAS para enfrentamento de tais situações. Isso envolve a disponibilização de recursos por meio de cofinanciamento federal, a fim de garantir a provisão de ambiente físico, recursos materiais, recursos humanos e trabalho social. Por fim, no último capítulo, propõe-se uma análise acerca da subjetividade do gestor público na utilização dos recursos do cofinanciamento federal. Busca-se avaliar se existe margem de liberalidade para que a autoridade administrativa decida como alocar os recursos recebidos pela União nas medidas emergenciais adotadas para lidar com a situação de crise.

¹ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento e Assistência Social, Família e Combate à Fome. Portaria MDS n.º 912, de 5 de setembro de 2023. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-mds-n-912-de-5-de-setembro-de-2023-508065977>. Acesso em 30 set. 2023.

A metodologia utilizada restringiu-se ao fichamento bibliográfico da doutrina nacional e estrangeira. Para tanto, foram revisados alguns conceitos teóricos sobre discricionariedade, ato vinculado e não vinculado, e margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados. Em seguida, destacaram-se alguns exemplos sobre como os entes federativos desenvolvem suas políticas e forneceram informações sobre a matéria. Pretendeu-se analisar algumas decisões judiciais e administrativas dos Tribunais de Justiça do Brasil e do Tribunal de Contas da União. No entanto, ao utilizar os termos "cofinanciamento federal" e "serviço de proteção em calamidades públicas e emergências", não foram localizados julgados que abordassem especificamente a matéria tratada neste artigo. Por esse motivo, o trabalho restringiu-se aos comentários teóricos.

1. O sistema único de assistência social do Brasil

Como uma garantia constitucional, a política de assistência social do país ganha uma nova perspectiva a partir dos direitos sociais à saúde e à assistência aos desamparados estabelecidos no art. 6º, caput da CRFB. De acordo com o art. 194, caput, da CRFB, o Poder Público tem a obrigação de garantir os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Os principais objetivos, com a norma, são alcançar a universalização do atendimento e da cobertura, promover a uniformidade, a seletividade e a distributividade, além de garantir a irredutibilidade, entre outros princípios estabelecidos no parágrafo único, inc. I ao VII, do mesmo dispositivo.

Nesse cenário, se desenvolve a Política Nacional de Assistência Social, que tem como finalidade efetivar a assistência social como uma política pública de seguridade social. A PNAS propõe a implementação de ações de caráter permanente, com o objetivo de contribuir para a construção de uma sociedade mais igualitária². Em atenção a PNAS, é desenvolvido o Sistema único de

² BRASIL. Política Nacional de Assistência Social. Brasília: Secretaria Nacional de Assistência Social, 2004. Disponível em: http://200.198.9.104/images/documentos/Subsecretaria_Assistencia_Social/Legislacao/pnas.pdf. Acesso em 26 set. 2023.

Assistência Social cujo modelo de gestão descentralizado e participativo é responsável pela regulação e organização das ações socioassistenciais no país³.

A PNAS estrutura e regulamenta o SUAS que, por sua vez, introduzirá alterações na estrutura organizativa e na abordagem de gestão e controle dos projetos e ações na área de assistência social. A consolidação desse sistema trouxe modificações significativas, incluindo a oferta contínua e sistemática de uma rede integrada de serviços e a busca por padrões mínimos de atendimento qualificado. A rede socioassistencial prevista no SUAS é ainda direcionada para a proteção social dos mais vulneráveis e abrange tanto a proteção básica quanto a especial, incluindo a oferta de serviços, programas, projetos e benefícios⁴.

O SUAS estabelece os elementos essenciais para a execução da política de assistência social. Ele garante a regulamentação dos padrões de serviços, a qualidade no atendimento, a definição de indicadores de avaliação e resultados, bem como estabelece as nomenclaturas a serem utilizadas na organização da assistência social.

Os principais elementos estruturantes do SUAS incluem a abordagem sociofamiliar, a descentralização político-administrativa, as novas bases para a relação Estado e Sociedade Civil. Além disso, o SUAS trata de questões como financiamento, controle social, participação popular, cidadania do usuário, gestão de recursos humanos, informação, monitoramento e avaliação⁵.

A gestão desse sistema pode ser realizada pela União, pelo Distrito Federal, pelos Estados ou pelos Municípios. A União desempenha um papel fundamental na elaboração, apoio, articulação e coordenação das ações a serem implementadas no SUAS em todo o país. Os Estados têm a responsabilidade de

³ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento e Assistência Social, Família e Combate à Fome. Gestão do Suas. Disponível em: <https://www.gov.br/mds/pt-br/acoes-e-programas/assistencia-social/gestao-do-suas>. Acesso em 26 set. 2023.

⁴ COUTO, Berenice Rojas et al. O Sistema Único de Assistência Social: uma nova forma de gestão da assistência social. Concepção e gestão da proteção social não contributiva no Brasil p. 205-217. Unesco, 2009. Disponível em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Livros/concepcao_gestao_protectaosocial.pdf. Acesso em 26 set. 2023.

⁵ DE SOUZA LAJÚS, Maria Luíza. A política pública de assistência social e o Sistema Único de Assistência Social–SUAS. Revista Cadernos do Ceom, v. 22, n. 30, p. 165-178, 2009. Disponível em: <https://pegasus.unochapeco.edu.br/revistas/index.php/rcc/article/view/456>. Acesso em 26 set. 2023.

gerir a assistência social dentro de suas áreas de competência, e suas obrigações são estabelecidas na Norma Operacional Básica (NOB) do SUAS⁶.

A gestão dos Municípios e do Distrito Federal no âmbito do SUAS é realizada em três níveis de habilitação: inicial, básica e plena. No nível inicial, os Municípios devem atender aos requisitos mínimos estabelecidos, como a existência e atuação de um conselho, fundo e plano municipais de assistência social, além da realização das ações de proteção social básica com recursos próprios. No nível básico, o Município assume a gestão da proteção social básica, o que implica oferecer serviços e programas específicos dentro desse âmbito. Por fim, o nível pleno se refere à gestão completa das ações socioassistenciais, incluindo tanto a proteção social básica quanto a especial, com a oferta de serviços e programas que atendam às necessidades da população em situação de vulnerabilidade e risco social⁷.

Para uma melhor gestão, o SUAS conta com instâncias de pactuação, que incluem a Comissão Intergestores Tripartite (CIT) e as Comissões Intergestores Bipartite (CIBs). Nessas comissões, os gestores federais, estaduais e municipais podem apresentar suas demandas, negociar e pactuar sobre aspectos operacionais da gestão do sistema⁸.

Importante destacar a Resolução CNAS n.º 33 de 12 de dezembro de 2012 que é responsável por instituir a norma operacional básica do sistema único de assistência social – NOB/SUAS⁹. A norma foi aprovada pelo Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS) e apresentada pela CIT. O CNAS foi instituído pela Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), conforme o art. 17 da Lei n.º 8742/93. Ele é definido como um órgão superior de deliberação

⁶ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento e Assistência Social, Família e Combate à Fome. Norma Operacional Básica. NOB- Suas. Disponível em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/public/NOBSUAS_2012.pdf. Acesso em 26 set. 2023.

⁷ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento e Assistência Social, Família e Combate à Fome. Gestão do Suas. Disponível em: <https://www.gov.br/mds/pt-br/acoes-e-programas/assistencia-social/gestao-do-suas/gestao-do-sistema-unico-de-assistencia-social-suas-1>. Acesso em 27 set. 2023.

⁸ *Ibidem*.

⁹ BRASIL. Rede SUAS. Resolução nº 16, de 10 de outubro de 2012. Disponível em: <https://aplicacoes.mds.gov.br/snas/regulacao/visualizar.php?codigo=4864>. Acesso em 27 set. 2023.

colegiada, vinculado à estrutura da Administração Pública Federal, responsável pela coordenação da Política Nacional de Assistência Social¹⁰

O SUAS, portanto, busca estabelecer um modelo de organização da política de assistência social fundamentado na normatização e padronização dos serviços e na sua rede prestadora, além de proporcionar a implantação de uma nova sistemática de financiamento. Esse modelo foi amplamente influenciado pela experiência da política de saúde¹¹.

A NOB/SUAS disciplina a gestão pública do SUAS no país e estabelece que a política de assistência social se organiza sob a forma de sistema público não contributivo, descentralizado e participativo. Além de dispor sobre os objetivos do SUAS, em seu art. 2º, inc. I ao X, ela também aborda os princípios organizativos do sistema, estabelecendo que todos têm direito à proteção socioassistencial, que a assistência social deve ser prestada sem exigência de contribuição ou contrapartida, que deve haver integralidade da proteção social, intersetorialidade e equidade, conforme descrito no art. 3º, inc. I a V¹².

Nesse contexto, a norma estabelece como responsabilidade da União o cofinanciamento dos serviços, programas e projetos socioassistenciais, inclusive em casos emergenciais e de calamidade pública (art. 55, inc. IV). Esse dispositivo fundamentou a aprovação da Portaria n.º 90, de 3 de setembro de 2013, que dispõe sobre os parâmetros e procedimentos relativos ao cofinanciamento federal para oferta do Serviço de Proteção em Situações de Calamidades Públicas e Emergências¹³.

¹⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS). Disponível: <https://www.gov.br/participamaisbrasil/conselho-nacional-de-assistencia-social>. Acesso em 27 set. 2023.

¹¹ CAVALCANTE, Pedro; RIBEIRO, Beatriz Bernardes. O Sistema Único de Assistência Social: resultados da implementação da política nos municípios brasileiros. Revista de Administração Pública, v. 46, p. 1459-1477, 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rap/a/bwPZgHkvMbPcWCcYcgKHtPb/>. Acesso em 27 set. 2023.

¹² BRASIL. Ministério do Desenvolvimento e Assistência Social, Família e Combate à Fome. Norma Operacional Básica. NOB- Suas. Disponível em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/public/NOBSUAS_2012.pdf. Acesso em 26 set. 2023.

¹³ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento e Assistência Social, Família e Combate à Fome. Portaria n.º 90, de 3 de setembro de 2013. Disponível em: http://www.mds.gov.br/webarquivos/arquivo/assistencia_social/Portaria_90_03092013_Situacao_Calamidade.pdf. Acesso em 26 set. 2023.

A PNAS aprovada pela Resolução CNAS n.º 145, de 15 de outubro de 2004, também serviu de base para a criação do Serviço de Proteção em Calamidades Públicas e Emergências. Este programa, como será abordado, consiste em um programa de proteção especial do SUAS destinado a lidar com situações reconhecidas pelo Ministério do Desenvolvimento Regional como situações de calamidade pública ou emergência.

2. O Programa: Serviço de Proteção em Calamidade Pública e Emergências

O Serviço de Proteção em Calamidades Públicas e Emergências é um serviço de proteção especial instituído dentro das políticas e ações propostas pelo SUAS para enfrentamento de situações de Calamidades Públicas e Emergências no país reconhecidas pelo Ministério da Integração.

O Serviço de Proteção em Calamidades Públicas e Emergências está previsto na Resolução CNAS n.º 109, de 11 de novembro de 2009, que aprova a Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais estabelecendo como serviços de proteção social especial de alta complexidade os serviços de proteção em situações de calamidades públicas e de emergências¹⁴. Ele também é regulamentado pela Portaria MDS n.º 90, de 3 de setembro de 2013¹⁵.

A Portaria MDS n.º 90, de 3 de setembro de 2013, estabelece os parâmetros e procedimentos para o cofinanciamento federal do Serviço de Proteção em Calamidades Públicas e Emergências no âmbito do SUAS. O serviço, conforme definido no art. 2º da referida Portaria, “[...] *tem como finalidade promover apoio e proteção às famílias e indivíduos atingidos por situações de emergência de calamidade pública, que se encontrem desabrigados e desalojados*”. Busca-se, portanto, garantir aos desabrigados e desalojados, considerados vulneráveis nesta situação, provisões de ambiente físico, recursos materiais, recursos humanos e suporte social para a manutenção

¹⁴ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento e Assistência Social, Família e Combate à Fome. Resolução n.º 109, de 11 de novembro de 2009. Disponível em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/public/resolucao_CNAS_N109_%202009.pdf. Acesso em 27 set. 2023.

¹⁵ Ibidem.

de abrigos temporários, visando assim mitigar as consequências do evento adverso¹⁶.

Conforme o art. 7º da Portaria MDS n.º 90/2013, todos os estados, o Distrito Federal e municípios são elegíveis para receber o cofinanciamento federal, desde que observados os seguintes critérios¹⁷: a existência de reconhecimento da situação de emergência ou estado de calamidade pública por parte do Ministério da Integração Nacional, o encaminhamento formal de requerimento, contendo a exposição de motivos que justifiquem o apoio pela União e a celebração do Termo de Aceite, o qual pode ser formalizado tanto antes como posteriormente à ocorrência de algum desastre¹⁸.

2.1 Objetivos do Serviço de Proteção em Calamidades Públicas e Emergências

Os objetivos do Serviço de Proteção em Calamidades Públicas e Emergências, de acordo com a Portaria MDS n.º 90/2013, incluem o seguinte conjunto de ações: assegurar o acolhimento imediato das pessoas afetadas em condições dignas e seguras, respeitando a diversidade étnica, deficiências e outras características individuais; manter alojamentos provisórios quando necessário para abrigar aqueles que foram desabrigados ou desalojados; identificar as perdas e danos causados pela situação de emergência ou

¹⁶ BRASIL. Secretaria Nacional de Assistência Social. Ministério do Desenvolvimento e Assistência Social, Família e Combate à Fome. Serviço de Proteção em situações de calamidades públicas e emergências; Perguntas e Respostas. Disponível em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/arquivo/assistencia_social/Perguntas_repostas_Situacao_Calamidade.pdf. Acesso em 27 set. 2023.

¹⁷ Destaca-se que há informações sobre a publicação de portarias pelo Ministério do Desenvolvimento e Assistência Social, Família e Combate à Fome, com o objetivo de flexibilizar as exigências do dispositivo em questão, visando a simplificação e melhoria na distribuição de auxílio aos entes federativos que necessitam. BRASIL. Rede SUAS. Governo Federal facilita acesso a recursos da Assistência Social para situações de calamidade ou emergência. Disponível em: <https://blog.mds.gov.br/redesuas/governo-federal-facilita-acesso-a-recursos-da-assistencia-social-para-situacoes-de-calamidade-ou-emergencia/>. Acesso 27 set. 2023.

¹⁸ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento e Assistência Social, Família e Combate à Fome. Portaria nº 90, de 3 de setembro de 2013. Disponível em: http://www.mds.gov.br/webarquivos/arquivo/assistencia_social/Portaria_90_03092013_Situacao_Calamidade.pdf. Acesso em 26 set. 2023.

calamidade pública; realizar o cadastramento da população atingida, a fim de melhor direcionar os esforços de assistência; promover a articulação das redes de políticas públicas e sociais para oferecer suporte integral às pessoas afetadas; e inserir os afetados na rede socioassistencial, garantindo o acesso a eventuais benefícios e serviços disponíveis (art. 3º, inc. I a V) ¹⁹.

Além disso, a Portaria estabelece como elementos essenciais para a implementação do serviço as provisões necessárias para a sua operação, bem como as aquisições adequadas para atender às necessidades dos usuários. Isso abrange recursos como o ambiente físico, materiais, recursos humanos e ações de trabalho social, todos fundamentais para o funcionamento eficaz do Serviço de Proteção em Calamidades Públicas e Emergências (conforme o art. 3º, parágrafo único).

2.2 Principais regras e procedimentos do Serviço de Proteção em Calamidades Públicas e Emergências

Conforme mencionado anteriormente, todos os estados, o Distrito Federal e os municípios são elegíveis para receber o repasse de recursos da União, desde que atendam aos requisitos estabelecidos na Portaria MDS n.º 90/2013.

A existência do reconhecimento da situação de emergência ou estado de calamidade pública por parte do Ministério da Integração Nacional é um critério indispensável para obter o cofinanciamento federal. A Portaria n.º 260, de 2 de fevereiro de 2022, estabelece os procedimentos e critérios para a declaração federal da situação de emergência ou estado de calamidade pública pelos entes federativos. Segundo a portaria, considera-se situação de anormalidade a situação de emergência ou estado de calamidade pública declarados em razão de desastre (art. 2º, inc. VII). A situação de anormalidade é aquela que exige a adoção de medidas excepcionais no local atingido pelo desastre, podendo ser classificada quanto à sua intensidade em nível I, de pequena intensidade; nível II, de média intensidade; e nível III, de grande intensidade²⁰:

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. Portaria n.º 260, de 2 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-260-de-2-de-fevereiro-de-2022-378040321>. Acesso em 27 set. 2023.

Art. 5º Quanto à intensidade os desastres classificam-se em:

I. Desastres de Nível I ou de pequena intensidade: aqueles em que há danos humanos, materiais e ambientais além de prejuízos econômicos e sociais, mas que a situação de normalidade pode ser restabelecida com os recursos mobilizados a nível local, por meio do emprego de medidas administrativas excepcionais previstas na ordem jurídica.

II. Desastres de Nível II ou de média intensidade: aqueles em que há danos humanos, materiais e ambientais além de prejuízos econômicos e sociais expressivos e que a situação de normalidade precisa ser restabelecida com os recursos mobilizados em nível local e complementados com o aporte de recursos dos demais entes federativos; e

III. Desastres de Nível III ou de grande intensidade: aqueles em que há vultosos danos humanos, materiais e ambientais além de prejuízos econômicos e sociais, com sério e relevante comprometimento do funcionamento das instituições públicas locais ou regionais, impondo-se a mobilização e a ação coordenada das três esferas de atuação do Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil, e, eventualmente de ajuda internacional, para o restabelecimento da situação de normalidade.

A Instrução Normativa do Ministério da Integração Nacional n.º 01, de 24 de agosto de 2012, também estabelece os procedimentos e critérios para a decretação de emergência ou estado de calamidade e para o reconhecimento federal das situações de anormalidade decretadas pelos entes federativos, além de abordar outras providências relevantes.

Conforme o art. 1º, inc. II e III, da referida instrução normativa, entende-se como situação de emergência: “*situação de alteração intensa e*

grave das condições de normalidade em um determinado município, estado ou região, decretada em razão de desastre, comprometendo parcialmente sua capacidade de resposta”, e estado de calamidade pública a “situação de alteração intensa e grave das condições de normalidade em um determinado município, estado ou região, decretada em razão de desastre, comprometendo substancialmente sua capacidade de resposta”²¹.

De acordo com o art. 5º da referida Portaria, a execução do Serviço de Proteção em Calamidades Públicas e Emergências será de responsabilidade do gestor da política de assistência social do ente federativo (Estado, Distrito Federal ou Município) enquanto perdurar a situação de calamidade pública ou de emergência. Além disso, o artigo menciona que é facultada a extensão do período de decretação do estado de calamidade pública ou de situação de emergência, conforme a necessidade.

Segundo dispõe a Portaria MDS n.º 90/2013, uma das funções do gestor do Serviço de Proteção em Calamidades Públicas e Emergências é estabelecer a gradativa desmobilização das ações emergenciais quando os motivos que levaram à decretação da emergência ou estado de calamidade pública forem superados. Essa desmobilização envolverá a redução dos esforços concentrados em torno da situação excepcional e a transição para a adoção de procedimentos rotineiros.

Nesse sentido, destaca-se que o Serviço de Proteção em Calamidades Públicas e Emergências é um plano de ação temporário que visa auxiliar na superação das causas que levaram à declaração da situação de emergência ou estado de calamidade pública. Portanto, o gestor público, ao considerar o planejamento de ações temporárias, deve buscar a otimização de esforços em torno dessas situações excepcionais e adotar medidas para desmobilizar essas ações de forma a não interromper abruptamente os recursos disponibilizados às famílias e indivíduos afetados²².

²¹ BRASIL. Ministério da Integração Nacional. Instrução Normativa nº 01, de 24 de agosto de 2012. Disponível em https://www.defesacivil.se.gov.br/wp-content/uploads/2020/07/instru%C3%A7%C3%A3o_normativa_n%C2%BA_01_de_24_de_agosto_de_2012-2.pdf. Acesso em 27 set. 2023.

²² BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Termo de Aceite. Serviço de proteção em situações de calamidades públicas e emergências. Disponível em: http://www.mds.gov.br/webarquivos/arquivo/assistencia_social/Termo_Aceite_Situacao_Calamidade.pdf. Acesso em 27 set. 2023.

3. A subjetividade do gestor público na execução da política de assistência social no serviço de proteção em situações de calamidades públicas e emergências

Cada ato administrativo carrega consigo uma finalidade específica, sujeita a diferentes níveis de valoração subjetiva, que surgem das decisões das autoridades administrativas e são caracterizados pela maior ou menor margem de liberdade conferida à Administração Pública²³. Essa margem de decisão, inclusive, se mostra necessária para a autoridade administrativa a fim de atender ao interesse público, uma vez que a norma legal não será suficiente para prever todas as possíveis situações a serem abordadas pelo Poder Público.

A doutrina não é unânime quanto a essa subjetividade da autoridade administrativa. A concepção clássica classificará o ato administrativo em ato discricionário ou ato vinculado:

Atos vinculados seriam aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedí-los, não interfere com apreciação subjetiva alguma. Atos discricionários, pelo contrário, seriam os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles²⁴.

No ato discricionário, a autoridade administrativa tem certa margem de adoção de uma ou outra solução. A doutrina, em sua maioria, utiliza o termo

²³ SADDY, André. Subjetividade Ou Autonomia Pública Legislativa, Jurisdicional E Executiva: Uma Introdução a Diferentes Formas De Liberdade De Atuação (Subjectivity or Legislative, Judicial and Executive Public Autonomy: An Introduction to Different Forms of Freedom of Action) (June 29, 2015). Available at SSRN: Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2624676. Acesso em 27 set. 2023.

²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

discricionariedade para abordar essa margem de liberdade decisão na atuação da autoridade administrativa. Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles afirma que o: “*Poder discricionário é o que o Direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo*”²⁵.

Entretanto, alinhando-se às conclusões proposta por André Saddy²⁶, o termo discricionariedade administrativa não deve ser interpretado como um supraconceito aplicado a todas as formas de margem de liberdade e subjetividade da autoridade administrativa. Para o professor, o termo discricionariedade ultrapassou fases evolutivas e cronologicamente distintas, e, na atualidade, as mudanças geopolíticas, econômicas e políticas das sociedades influenciam o exercício da subjetividade ou autonomia pública do Poder Executivo em sua função administrativa, implicando em uma ideia de discricionariedade não mais limitada apenas pela lei, mas também pelo próprio direito. Sendo assim, as atribuições da Administração possuirão diferentes margens de subjetividade ou autonomia pública, refletidos em toda e qualquer forma de atuação²⁷.

Marçal Justen Filho afirma que, embora a atuação da autoridade administrativa possa ser analisada sob a ótica da vinculação, quando a norma restringe a liberdade de escolha da autoridade administrativa, ou da discricionariedade, quando a norma cria propositalmente margens de autonomia, a intensidade da vinculação e da discricionariedade terá diferentes graus de subjetividade conforme cada caso²⁸.

Nesse contexto, André Saddy propõe que a subjetividade ou autonomia pública na atuação da autoridade administrativa inclui, além das três formas tradicionais - a discricionariedade administrativa em sentido técnico-jurídico, a

²⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 42. ed. atual. até a EC 90, de 15.09.2015, por José Emmanuel Burle Filho e Carla Rosado Burle. São Paulo: Malheiros, 2016.

²⁶ SADDY, André. Saúde pública, apreciatividade e discricionariedade na área da saúde. In: Saddy, A., Teixeira, D. A., de Oliveira Filho, E. L., de Araújo Willeman, F., Figueiredo, I. V. M., de Oliveira Pinto, J., ... & Dias, R. G. (2020). Discricionariedade na área da Saúde. Centro para Estudos Empírico-Jurídicos (CEEJ).

²⁷ SADDY, André. Surgimento e evolução do termo discricionariedade administrativa. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; FILHO, Gilberto Guimarães; SIMÕES, Sandro Alex de Souza (Orgs.). Supremacia constitucional e políticas públicas: discutindo a discricionariedade administrativa na efetivação de direitos fundamentais. [recurso eletrônico]. 65-142. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2016.

²⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*

liberdade conformadora do legislativo e do governo, e a margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados - uma quarta forma de manifestação subjetiva: a apreciatividade²⁹.

Ao analisar a subjetividade do gestor público na execução da política de assistência social no Serviço de Proteção em Calamidades Públicas e Emergências, é correto afirmar que essas subjetividades podem ser examinadas sob diferentes perspectivas. Por exemplo, a subjetividade do gestor público na aplicação do conceito de "*desmobilização de ações emergenciais*" pode ser considerada como uma hipótese de margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados³⁰, devido à sua definição vaga, aberta ou até mesmo imprecisa. Esse conceito pode dar margem a diversas interpretações e dependem de uma análise mais subjetiva e casuística por parte do gestor para sua aplicação³¹.

²⁹ O professor também destaca que, na doutrina, há quem defenda não apenas as três formas tradicionais, mas também a existência de uma discricionariedade de desvio ou dispensa, discricionariedade não autorizada ou assumida, além dos poderes agraciáveis, facultativos, avaliativos e até uma liberdade prognóstica. No entanto, o professor prefere denominar a existência de uma quarta manifestação de autonomia pública como apreciatividade, que se refere à margem de liberdade da autoridade administrativa para tomar decisões diante de situações fáticas. (SADDY, André. Atividade apreciativa da administração pública: uma nova visão sobre a discricionariedade administrativa. Revista de Direito Administrativo, v. 277, n. 3, p. 139-168, 2018).

³⁰ “*Ainda que impreciso o conceito previsto na lei (conceito jurídico indeterminado), é possível extrair da expressão uma ‘certeza negativa’ (situações que certamente não se inserem no conceito) e uma ‘certeza positiva’ (hipóteses que certamente se encaixam no conceito). Entre essas duas ‘zonas de certezas’, existe a chamada ‘zona de penumbra’ ou ‘de incerteza’ em que a definição do conceito demanda uma criatividade maior do intérprete*”. (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013).

³¹ Alguns Estados criam guias ou informativos sobre a atuação socioassistencial em situações de emergências e calamidades públicas. No Estado de Minas Gerais, por exemplo, são consideradas ações de caráter emergencial aquelas que: “*ações de resposta rápida para atendimento ao público atingido. Essas ações devem estar previstas no planejamento prévio da atuação socioassistencial no município, bem como no plano de contingência municipal, ambos os documentos de elaboração prévia*”. (BRASIL. Secretaria de Estado de Desenvolvimento Social. Guia de acesso rápido atuação socioassistencial nas situações de emergências e calamidades públicas. Disponível em: <https://blog.social.mg.gov.br/wp-content/uploads/2022/12/GUIA-DE-ACESSO-RAPIDO-ATUACAO-SOCIOASSISTENCIAL-NAS-SITUACOES-DE-EMERGENCIAS-E-CALAMIDADES-PUBLICAS.pdf>. Acesso em 10 set. 2023).

Por outro lado, em diferentes cenários, observamos que o gestor público não possui tanta liberdade em sua tomada de decisão, como exemplificado pelo art. 7º da Portaria MDS n.º 90/2013. Este artigo estabelece condições que os entes federativos devem obrigatoriamente seguir para obter o cofinanciamento. Nesse contexto, trata-se de uma atuação vinculada³², a qual o gestor não possui discricionariedade em sua tomada de decisão e é obrigado a seguir estritamente as diretrizes estabelecidas. Isso significa que os gestores dos entes federados não podem deixar de observar as condições estabelecidas no dispositivo para obtenção do cofinanciamento. Por exemplo, a autoridade administrativa não pode requerer o cofinanciamento e esperar o seu recebimento se não cumprir com o encaminhamento formal de requerimento (art. 7º, inc. II) ou a celebração do termo de aceite (art. 7º, inc. III e § 1º).

Diferentemente da situação prevista no art. 10 da Portaria n.º 90/2013, que estabelece que a prorrogação do cofinanciamento federal durante a fase de desmobilização de ações emergenciais é uma faculdade que pode ser exercida, com um limite de até doze meses, quando famílias e indivíduos permanecem em situações de desabrigo. Nesse caso, verifica-se que o gestor possui certa margem de liberdade para decidir se deve ou não prorrogar o cofinanciamento, de acordo com a necessidade identificada.

Dessa forma, é possível argumentar que existe uma margem de discricionariedade administrativa no sentido técnico-jurídico³³, uma vez que o gestor pode optar por formular ou não o requerimento de prorrogação. No entanto, essa decisão deve estar em conformidade com os requisitos legais, levando em consideração a permanência da situação de calamidade pública e

³² “[...] neste caso se diz que o poder da Administração é vinculado, porque a lei não deixou opções; ela estabelece que, diante de determinados requisitos, a Administração deve agir de tal ou qual forma. Por isso mesmo se diz que, diante de um poder vinculado, o particular tem um direito subjetivo de exigir da autoridade a edição de determinado ato, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se à correção judicial.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, 1943. Direito administrativo. – 35. ed. – [2. Reimp.] – Rio de Janeiro: Forense, 2022).

³³ “[...] a legislação dá ao administrador ou à autoridade pública certo grau de liberdade de escolha, deixando de vinculá-lo de modo absoluto. É certo que não há nestes casos liberdade plena ou livre-arbítrio da autoridade pública, mas há uma liberdade instrumental, isto é, uma liberdade de escolha entre opções que possam em tese atender a finalidade pública específica ou o interesse público específico inerente à prática de determinado ato, à tomada de uma determinada decisão” (PEREZ, Marcos Augusto. Controle da discricionariedade administrativa. Perez/Sousa (org.), Controle da Administração Pública, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2017).

emergência, bem como a ausência de recursos locais. Portanto, pode-se afirmar que se trata de uma hipótese de discricionariedade, uma vez que a autoridade administrativa deve buscar a decisão que melhor atenda aos interesses públicos ao decidir se requer ou não a prorrogação.

Neste trabalho, não se pretende abordar todas as possíveis situações de subjetividade do gestor público que podem surgir em decorrência da Portaria MDS n.º 90/2013, nem analisar todas as formas de subjetividade defendidas pela doutrina brasileira. O objetivo é estudar especificamente a subjetividade do gestor público relacionada à utilização dos recursos de cofinanciamento federal, o que, de acordo com a interpretação das autonomias públicas mencionadas anteriormente, poderia ser enquadrada em uma hipótese de margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados, como será demonstrado.

3.1 A margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados

As relações sociais são dinâmicas, o que exige que o direito esteja em constante evolução para se adaptar às necessidades e aspirações de cada geração. A utilização de conceitos jurídicos indeterminados, nesse contexto, revela-se uma estratégia do legislador para garantir ao intérprete da norma uma aplicação mais eficaz do seu texto diante de circunstâncias fáticas que não puderam ser previamente previstas e esgotadas:

Tem-se, dessa forma, que o uso de conceitos jurídicos indeterminados na atividade legiferante permite que uma comunidade política opere a sua valoração, sem a necessidade de alterar o texto da lei, incidindo tais alterações sobre o conteúdo e o sentido da norma. Então, as normas do sistema constitucional poderão atender aos anseios sociais e serão dotadas de legitimidade por meio da valoração democrática através de um procedimento que conduz ao consenso, como se vê também na filosofia constitucional³⁴.

³⁴ BIANCHINI, Marcos Paulo Andrade; DE BORBA, Alderico Kleber. A Interpretação de Conceitos Jurídicos Indeterminados e a Hermenêutica Filosófica: Contribuições para Controle e Legitimidade da Administração Pública. Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica,

Nesse sentido, os conceitos jurídicos são um gênero que comportam duas espécies: os conceitos jurídicos determinados, que são capazes de delimitar com precisão a realidade à qual se referem, e os conceitos jurídicos indeterminados, cujo campo de significação é amplo, exigindo uma atividade interpretativa na busca do seu real sentido. Os limites desses conceitos indeterminados serão estabelecidos durante a sua aplicação, e não pela lei³⁵.

De acordo com José Carlos Barbosa Moreira, os conceitos juridicamente indeterminados concedem ao aplicador da norma uma certa margem de liberdade, especialmente quando essa norma envolve a formulação de juízos de valor³⁶.

Para o jurista José Eduardo Faria:

Os 'conceitos jurídicos indeterminados' são expressões propositadamente vagas utilizadas pragmaticamente pelo legislador com a finalidade de propiciar o ajuste de certas normas a uma realidade cambiante ou ainda pouco conhecida, graças a esses conceitos, o intérprete pode adequar a legislação às condições sócio-econômicas, políticas e culturais que envolvem o caso concreto e condicionam a aplicação da lei³⁷.

No âmbito do direito administrativo, essa temática ganha ainda mais relevância quando considerada a função da Administração de atender ao interesse público e satisfazer as necessidades sociais. Nesse contexto, os

v. 2, n. 1, p. 01-17, 2016. Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index.php/HermeneuticaJuridica/article/view/883>. Acesso em 28 set. 2023.

³⁵ TOURINHO, Rita. A discricionariedade administrativa perante os conceitos jurídicos indeterminados. Revista de Direito Administrativo, v. 237, p. 317-326, 2004. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/44377/44831>. Acesso em 27 set. 2023.

³⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados, Temas de Direito Processual, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

³⁷ FARIA, José Eduardo. Direito e economia na democratização brasileira. São Paulo: Malheiros, 1993. p.139.

conceitos jurídicos indeterminados permitem às autoridades administrativas reagirem de maneira oportuna e adequada às variadas intempéries da vida administrativa³⁸.

Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho os conceitos jurídicos indeterminados: “*são termos ou expressões contidos em normas jurídicas, que, por não terem exatidão em seu sentido, permitem que o intérprete ou o aplicador possam atribuir certo significado, mutável em função da valoração que se proceda diante dos pressupostos da norma*”³⁹”.

Merece destaque o entendimento apresentado por Odete Medauar⁴⁰, que esclarece que, apesar de o termo ser indeterminado, o conceito jurídico indeterminado não implica em uma norma de difícil interpretação. Na verdade, o que é desafiador é identificar as situações em que a regra específica se aplicaria. No entanto, quando uma situação factual se encaixar no conceito proposto, não há dúvidas quanto aos efeitos ou às consequências jurídicas que dela decorrem.

Por essa razão, o conceito jurídico indeterminado, embora próximo, não pode ser confundido com a discricionariedade⁴¹:

Os conceitos jurídicos indeterminados nos remetem a uma dialética entre aquilo que é regrado e o que é discricionário estão presentes, porém com ênfase para a primeira característica apontada. Na autêntica discricionariedade, o aplicador pode escolher entre

³⁸ SOUSA, Antônio Francisco de. A discricionariedade administrativa. Lisboa: Ed. Danúbio Ltda. 1987.

³⁹ CARVALHO Filho, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 36. ed. – Barueri [SP]: Atlas, 2022.

⁴⁰ MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

⁴¹ Sob o tema, ver também os ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho: “A razão pela qual têm sido confundidos os institutos decorre da circunstância de que ambos se enquadram na atividade não vinculada da Administração, uma vez que neles a norma não exige padrões objetivos de atuação. Mas, enquanto o conceito jurídico indeterminado situa-se no plano de previsão da norma (antecedente), porque a lei já estabelece os efeitos que devem emanar do fato correspondente ao pressuposto nela contido, a discricionariedade aloja-se na estatuição da norma (consequente), visto que o legislador deixa ao órgão administrativo o poder de ele mesmo configurar esses efeitos. Nesta, portanto, o processo de escolha tem maior amplitude do que o ocorrente naquele”. CARVALHO Filho, José dos Santos. *Op. cit.*

várias alternativas, todas elas igualmente válidas e legítimas, pois juridicamente significam a absoluta indiferença perante o direito quanto à escolha feita entre algumas opções, a exemplo das “listas tríplices”, escolha elaborada por um órgão para posterior escolha pelo chefe do executivo no preenchimento do cargo. Já com os conceitos jurídicos indeterminados, a margem para eleição de escolhas é definida pela construção de zonas de certeza e incerteza, que recolocam o problema em outro patamar⁴².

Nesse contexto, a doutrina explica que os conceitos jurídicos indeterminados não permitem qualquer interpretação por parte do intérprete da norma. Na verdade, a partir do conceito jurídico indeterminado, é possível extrair uma zona de certeza positiva ou negativa. A zona de certeza positiva abrangerá as hipóteses que se encaixam no conceito, enquanto a zona negativa englobará as situações que estão excluídas do conceito da norma. Por fim, poderá existir uma zona de penumbra que compreenderá as hipóteses em que o intérprete tem dúvidas quanto à adequação do caso concreto ao conceito jurídico indeterminado⁴³.

Existem situações em que pode-se argumentar pela presença de uma ou mais interpretações jurídicas podem ser consideradas como hipóteses de solução justa e razoável do ponto de vista técnico e jurídico. Nestes casos, a doutrina diverge quanto à possibilidade de existirem uma ou várias decisões corretas na aplicação de conceitos jurídicos indeterminados. Alguns defendem que, nos conceitos jurídicos indeterminados, existe apenas uma única solução justa, ao lado de uma ampla margem de apreciação na qual a Administração deve determinar qual é essa solução⁴⁴. Os seguidores dessa corrente entendem

⁴² BAMBIRRA, Felipe Magalhães; NETO, Arnaldo Bastos Santos. O objetivo fundamental de “garantir o desenvolvimento nacional” na constituição federal de 1988: análise de um conceito jurídico indeterminado. *Prisma Jurídico*, v. 16, n. 2, p. 241-259, 2017. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/prisma/article/view/7956/3674>. Acesso em 27 set. 2023.

⁴³ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

⁴⁴ “A doutrina tem apreciado as diferenças entre os conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade administrativa. A diferença teórica, em termos de princípio, entende que

que “o intérprete dos conceitos jurídicos indeterminados deve buscar a única solução adequada, pelo método interpretativo, não cabendo, neste caso, falar de discricionariedade, pois se trata de apreciação vinculada” e, portanto, “a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, enquanto tarefa interpretativa, reduz-se a descobrir essa solução justa”⁴⁵.

Por outro lado, existem aqueles que defendem a possibilidade de mais de uma solução justa na interpretação e aplicação de um conceito jurídico indeterminado. É inegável que, nesse cenário, a autoridade administrativa tem uma maior margem de subjetividade para escolher qual interpretação é mais adequada ao caso concreto, mesmo que haja uma interpretação que esteja mais próxima do direito⁴⁶.

No presente artigo, adota-se o entendimento de que a Administração Pública poderá escolher entre os diversos significados possíveis, desde que observe os limites jurídicos. Portanto, não haverá apenas uma única solução justa a ser selecionada pela autoridade administrativa, e, conseqüentemente, existirá uma certa margem de liberdade de apreciação pela Administração Pública para avaliar a norma diante de diferentes alternativas⁴⁷.

quando a lei condiciona o exercício do poder administrativo, mediante um conceito jurídico indeterminado, só admite uma solução justa, que decorre da subjunção dos fatos na esfera significativa do conceito, mediante um processo lógico-jurídico. O conceito jurídico indeterminado, em todas as situações, deve chegar a uma solução verdadeira e justa. Sua idéia apóia-se em um conceito transcendente de justiça e de verdade, com a crença nas possibilidades do discernimento humano”. (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral dos conceitos legais indeterminados. Revista do Direito, v. 9, p. 10, 1998. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/16013691.pdf>. Acesso em 27 set. 2023).

⁴⁵ SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: CEEJ, 2020.

⁴⁶ NOCE, Umberto Abreu. A margem de livre apreciação de conceitos jurídicos indeterminados e a juridicidade na fiscalização da prestação de contas em projetos culturais. SADDY, André. Discricionariedade na área fiscalizatória / André Saddy, coordenador; Alexandre Magno Antunes de Souza, Gabriel Garcia Rodrigues de Barros, Isabella Macedo Torres, [et. al.]. – Rio de Janeiro: CEEJ, 2022.

⁴⁷ SADDY, André. Conceitos jurídicos indeterminados e sua margem de livre apreciação legal. Revista de Direito da Administração Pública, v. 1, n. 1, 2016. Disponível em: <http://www.redap.com.br/index.php/redap/article/view/43>. Acesso em 27 set. 2023.

3.2 A subjetividade do gestor público na utilização dos recursos de cofinanciamento federal

A Resolução n.º 7, de 17 de maio de 2013, estabelece os parâmetros e critérios para as transferências de recursos, determinando que as transferências da União serão devidamente efetuadas pelo Fundo Nacional de Assistência Social para os Fundos de Assistência Social dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal⁴⁸.

O recurso do cofinanciamento federal destinado ao Serviço de Proteção em Calamidades Públicas e Emergências é calculado com base nos critérios listados no Anexo I da Portaria MDS n.º 90/2013. Esses critérios incluem o número de pessoas desalojadas ou desabrigadas, a gravidade da emergência ou calamidade, a vulnerabilidade da população afetada e a implementação de benefícios eventuais. O valor de referência para o cálculo da transferência de recursos do cofinanciamento federal é atualmente de R\$20.000,00 (vinte mil reais) por mês, podendo ser composto por recursos adicionais, levando em consideração os critérios mencionados no art. 6º, §§ 2º e 3º da regulamentação⁴⁹.

O gestor da política de assistência social do Município, Estado ou Distrito Federal é encarregado de alocar os recursos provenientes do cofinanciamento federal, os quais, de acordo com o § 5º do art. 6º da Portaria MDS n.º 90/2013, devem ser direcionados para assegurar as provisões tipificadas necessárias ao atendimento das famílias e indivíduos desamparados, conforme estipulado no parágrafo único do art. 3º:

Art. 3º São objetivos do Serviço de Proteção em Situação de Calamidade Pública e Emergência:

[...]

Parágrafo único. Constituem elementos basilares do Serviço de Proteção em Situação de Calamidade Pública e Emergências as provisões necessárias à

⁴⁸ BRASIL. Comissão Intergestores Tripartite – CIT. Resolução 7, de 17 de maio de 2013. Disponível em: <https://blog.mds.gov.br/redesuas/resolucao-n-7-de-17-de-maio-de-2013/>. Acesso em 27 set. 2023.

⁴⁹ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento e Assistência Social, Família e Combate à Fome. Portaria nº 90, de 3 de setembro de 2013. *Op. cit.*

implementação do serviço e as aquisições devidas aos usuários, conforme dispõe a Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais e as orientações técnicas do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome – MDS, compreendendo ambiente físico, recursos materiais, recursos humanos e trabalho social, essenciais ao serviço.

Embora a Portaria estabeleça que o gestor deverá destinar os recursos do cofinanciamento federal as provisões necessárias à implantação dos serviços, ou seja, não lhe é facultado não aplicar os recursos nas garantias tipificadas no parágrafo único do art. 3º - não existe margem de liberdade de atuação – a compreensão de quais são esses recursos não é facilmente alcançada.

Conforme as orientações do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, por exemplo, os recursos do cofinanciamento federal podem ser utilizados na implantação de serviços de acolhimento. Além disso, é autorizado ao gestor público utilizar dos recursos para todas as despesas tidas como necessárias ao atendimento do público, o que engloba diversas atividades, tais como estruturação do espaço para recebimento dos desabrigados, contratação de pessoa física ou jurídica para realizar reparos e adaptações para acessibilidade do espaço destinado ao acolhimento, aquisição de alimentos e materiais para a manutenção dos alojamentos, contratação de equipes de apoio para cozinha, serviços gerais, segurança e atendimento direto às famílias e indivíduos acolhidos, aluguel de automóveis e locação de imóveis para moradia provisória⁵⁰.

Por outro lado, é importante destacar que o Ministério enfatiza que os recursos do cofinanciamento federal não podem ser direcionados para o pagamento de eventuais benefícios, incluindo o aluguel social ou a distribuição de cestas básicas, aquisição de bens e materiais permanentes, construção,

⁵⁰ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento e Assistência Social, Família e Combate à Fome. Orientações para utilização dos recursos do piso varável de altacomplexidade (PVAC). Disponível em: <https://social.rs.gov.br/upload/arquivos/202306/16174111-utilizacao-dos-recursos-atualizado.pdf>. Acesso em 26 set. 2023.

ampliação e reformas de imóveis em entidades privadas, reformas que modifiquem a estrutura de edificações e realização de obras públicas⁵¹.

Em informativo divulgado pelo Ministério da Cidadania, também são previstos exemplos do que pode ser coberto pelo cofinanciamento federal. Segundo o Ministério, os recursos poderão ser destinados “*para compra de alimentos, colchões, vestimentas, materiais de higiene e limpeza, gás, água, colchonetes, roupas de cama, contratação de equipes de apoio e recursos humanos, deslocamento de pessoas, pequenas reformas de abrigos, entre outros*”⁵².

A Secretaria Nacional de Assistência Social, em uma cartilha de perguntas e respostas sobre o Serviço de Proteção em Calamidades Públicas e Emergências, esclareceu que o cofinanciamento federal não pode ser utilizado para auxiliar na reconstrução de edificações do território, como reparos em telhados e habitações danificadas. Isso ocorre porque essas atividades estão abrangidas nas ações da Defesa Civil e não nas provisões do Serviço de Proteção em Calamidades Públicas e Emergências, conforme delineado nas diretrizes da política de assistência social⁵³.

Outro exemplo de diretrizes para a utilização dos recursos do cofinanciamento é o da Secretaria de Assistência Social do Governo do Rio Grande do Sul, que estabelece que serão provisões asseguradas as famílias e indivíduos desalojados e/ou desabrigados os alojamentos provisórios, os recursos humanos, os recursos materiais, a inserção na rede socioassistencial e o acesso, quando for o caso, a benefícios eventuais, enquanto perdurar a situação de desabrigo⁵⁴.

No guia de acesso rápido à atuação socioassistencial em situações de emergências e calamidades públicas, o Governo do Estado de Minas Gerais enfatiza que é proibido utilizar os recursos federais para fornecer as provisões

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² BRASIL. Ministério da Cidadania. Informativo Situações de Emergência ou Calamidade Pública. Disponível em: <https://blog.social.mg.gov.br/?mdocs-file=3395>. Acesso em 26 set. 2023.

⁵³ BRASIL. Secretaria Nacional de Assistência Social. Ministério do Desenvolvimento e Assistência Social, Família e Combate à Fome. Serviço de Proteção em situações de calamidades públicas e emergências; Perguntas e Respostas. *Op. cit.*

⁵⁴ BRASIL. Secretaria de Assistência Social. Serviço de Proteção em Situações de Calamidades Públicas e de Emergências. Disponível em: <https://social.rs.gov.br/servico-de-protecao-em-situacoes-de-calamidades-publicas-e-de-emergencias>. Acesso 28 set. 2023.

mencionadas anteriormente a pessoas que estejam em casa de parentes e familiares. Os recursos devem ser destinados exclusivamente à manutenção do acolhimento emergencial ou provisório. Mais uma vez, destaca-se que o uso desses recursos não é permitido para a concessão de aluguel social e cestas básicas, pois essas ações são classificadas como benefícios eventuais⁵⁵.

No requerimento para solicitação de cofinanciamento federal para o Serviço de Proteção em Calamidades Públicas e Emergências, além do gestor público necessitar justificar o pedido de apoio pela União e indicar a insuficiência dos materiais para atendimento das famílias e indivíduos afetados pelas situações de calamidade pública e emergência, é indicado que as provisões previstas na Tipificação Nacional dos Serviços Socioassistenciais deverão ser observadas, sendo elas⁵⁶:

AMBIENTE FÍSICO: Alojamento provisório para repouso e restabelecimento pessoal, com condições de salubridade, instalações sanitárias para banho e higiene pessoal, com privacidade individual e/ou familiar; espaço para realização de refeições; espaço para estar e convívio, com acessibilidade em todos seus ambientes, de acordo com as normas da ABNT.
RECURSOS MATERIAIS: Materiais de consumo para o desenvolvimento do serviço: alimentos, artigos de higiene, cobertores, dentre outros. Estrutura para guarda de pertences e de documentos.
RECURSOS HUMANOS: De acordo com a NOB-RH/SUAS.
TRABALHO SOCIAL ESSENCIAL AO SERVIÇO: Proteção social proativa; escuta; orientação e encaminhamentos para a rede de serviços locais; orientação sociofamiliar; referência e

⁵⁵ BRASIL. Secretaria de Estado de Desenvolvimento Social. *Op. cit.*

⁵⁶ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento e Assistência Social, Família e Combate à Fome. Requerimento para solicitação de cofinanciamento federal para o serviço de proteção em situações de calamidades públicas e emergências. Disponível em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/arquivo/assistencia_social/ANEXOII_Situacao_Calamidade.pdf. Acesso 28 set. 2023.

contrarreferência; informação, comunicação e defesa de direitos; acesso à documentação pessoal; articulação da rede de serviços socioassistenciais; articulação com os serviços de políticas públicas setoriais e de defesa de direitos; mobilização de família extensa ou ampliada; mobilização para o exercício da cidadania; atividades de convívio e de organização da vida cotidiana; diagnóstico socioeconômico; provisão de benefícios eventuais.

É inegável que as definições de provisões estabelecidas pelos entes públicos, bem como por meio de resoluções, portarias e outras legislações, frequentemente contêm conceitos amplos e vagos, que podem abranger mais ou menos itens, dependendo das necessidades. A Tipificação Nacional dos Serviços Socioassistenciais oferece alguns parâmetros para a interpretação desses conceitos. Contudo, os gestores dispõem de uma ampla gama de ações que podem ser adotadas para assegurar as chamadas "provisões necessárias à implementação do serviço e as aquisições devidas aos usuários".

É importante salientar que diferentes órgãos públicos disponibilizam uma variedade de alternativas e opções para alocar esses recursos, levando em consideração as necessidades das famílias e dos usuários afetados por diversos tipos de desastres e eventos. Expressões como "ambiente físico", "recursos materiais", "recursos humanos" e "trabalho social" são conceitos abertos que, portanto, permitem diversas interpretações na alocação dos recursos do cofinanciamento federal por parte do administrador.

Nesse sentido, para uma melhor compreensão dos conceitos jurídicos indeterminados e da subjetividade da autoridade administrativa nestes casos, é relevante fazer breves comentários sobre a norma em estudo. Os textos legais normalmente consistem, em princípio, de duas partes distintas: a hipótese normativa, que descreve os possíveis cenários que podem ocorrer, e o comando normativo, que estabelece as consequências jurídicas que se aplicam aos fatos descritos quando estes de fato ocorrem⁵⁷.

⁵⁷ KRELL, Andreas J. Discricionarietà amministrativa, concetti giuridici indeterminati e controllo giudiziale. *Revista da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região*, n. 8, p. 117-224, 2004. Disponível em: <https://revista.trf5.jus.br/index.php/esmafe/article/view/277>. Acesso em 26 set. 2023.

O art. 6º, §5º da Portaria MDS n.º 90/2013, ao tratar dos recursos, estipula que o cofinanciamento federal deve ser aplicado na garantia das provisões tipificadas, necessárias ao atendimento de famílias e indivíduos, conforme o parágrafo único do art. 3º. Nesse contexto, argumenta-se que a hipótese da norma (cenário fático) é o recebimento dos recursos de cofinanciamento federal pelo Município, Estado ou Distrito Federal. Enquanto isso, a hipótese normativa (consequência jurídica) estabelece a obrigação do gestor público do ente federativo que recebeu o recurso de direcionar os valores do cofinanciamento federal para as provisões tipificadas no parágrafo único do art. 3º, destinadas ao atendimento de famílias e indivíduos.

Ao analisar a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados com base nos exemplos mencionados, podemos concluir que a realização de obras permanentes ou o pagamento de benefícios assistenciais com os recursos do cofinanciamento, por exemplo, se enquadram em uma hipótese do cenário de 'certeza negativa'. Isso ocorre porque são situações que definitivamente não se inserem no conceito de provisões, como amplamente divulgado por diferentes órgãos e instituições públicas. Por outro lado, em um cenário de 'certeza positiva', encontram-se situações que certamente se enquadram no conceito de provisões, como a instalação de alojamentos provisórios e a compra de alimentos ou cobertores, conceitos expressamente apresentados pela norma.

Dada a diversidade de situações possíveis, as características únicas das famílias e indivíduos afetados por eventos danosos, e as particularidades de cada ente federativo, é inegável que as necessidades identificadas por cada gestor podem variar amplamente. Em cada contexto observado, uma medida diferente pode ser necessária, o que implica que esses gestores têm uma margem de liberdade em suas ações.

É importante ressaltar que a atuação desses gestores na utilização dos recursos do cofinanciamento federal para o Serviço de Proteção em Calamidades Públicas e Emergências não é completamente regulamentada pela legislação brasileira. Como demonstrado, a norma não especifica todas as provisões necessárias para atender a população afetada pelo desastre, permitindo à autoridade administrativa certa margem de subjetividade para avaliar, no caso concreto, as necessidades das famílias e indivíduos atingidos pelo desastre. Entretanto, como foi demonstrado, isso não implicará que os gestores tenham liberdade total para utilizar os recursos de maneira

indiscriminada em qualquer atividade do ente federativo que não tenha relação com essas provisões.

Nesse contexto, destaca-se que ao preencher o requerimento para solicitação de cofinanciamento federal para o Serviço de Proteção em Calamidades Públicas e Emergências (Anexo II, da Portaria MDS n.º 90/2013), o gestor público deve justificar a necessidade dos recursos, fornecendo informações detalhadas sobre como esses recursos serão utilizados. Além disso, o gestor deve esclarecer se existem abrigos temporários disponíveis e fornecer informações sobre a quantidade de abrigos disponíveis mês a mês. O documento ainda reproduz as provisões e definições previstas na Tipificação Nacional dos Serviços Socioassistenciais, o que contribui para a compreensão e aplicação das normas no contexto das ações de proteção em situações de calamidades públicas e emergências⁵⁸.

Desse modo, é possível afirmar que a autoridade administrativa, ao gerenciar os recursos recebidos por meio do cofinanciamento federal, dispõe de uma margem de liberdade para escolher quais provisões são necessárias para atender às famílias e indivíduos em estado de vulnerabilidade devido a uma situação de calamidade pública e emergência. Isso ocorre porque, em determinadas circunstâncias, o ente federativo afetado pode demandar diferentes provisões, o que dependerá da infraestrutura local e da organização administrativa.

Assim, para alcançar a verdadeira eficácia da norma, não basta a simples aplicação mecânica da interpretação ao caso concreto. É fundamental que o gestor público exerça um juízo de valor, embasado no direito e nas circunstâncias específicas do caso em questão, a fim de garantir a melhor aplicação da norma.

Considerações Finais

A política de assistência social do país ganhou uma nova perspectiva com o desenvolvimento da Política Nacional de Assistência Social e do Sistema Único de Assistência Social. Através da previsão de serviços, programas e

⁵⁸ BRASIL. Requerimento para solicitação de cofinanciamento federal para o serviço de proteção em situações de calamidades públicas e emergências. Disponível em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/arquivo/assistencia_social/ANEXOII_Situacao_Calamidade.pdf. Acesso em 27 set. de 2023.

projetos socioassistenciais, incluindo ações em casos emergenciais e de calamidade pública, consolidou-se a aprovação da Portaria n.º 90, de 3 de setembro de 2013. Esta portaria estabeleceu os parâmetros e procedimentos para o cofinanciamento federal do Serviço de Proteção em Situações de Calamidades Públicas e Emergências.

O Serviço de Proteção em Calamidades Públicas e Emergências é uma modalidade de proteção especial estabelecida no âmbito das políticas e ações propostas pelo Sistema Único de Assistência Social para lidar com situações de Calamidades Públicas e Emergências reconhecidas pelo Ministério da Integração no país. A finalidade do cofinanciamento federal é contribuir para o apoio e proteção das famílias e indivíduos afetados por emergências de calamidade pública, especialmente aqueles que se encontram desabrigados e desalojados.

O gestor da política de assistência social do Município, Estado ou Distrito Federal é o responsável por alocar os recursos provenientes do cofinanciamento federal. Conforme estabelecido no § 5º do art. 6º da Portaria MDS n.º 90/2013, esses recursos devem ser direcionados para garantir as provisões tipificadas necessárias ao atendimento das famílias e indivíduos em situação de desamparo, conforme determinado no parágrafo único do art. 3º.

As definições de provisões estabelecidas na mencionada portaria e em outras diretrizes públicas frequentemente abrangem conceitos amplos que podem incluir mais ou menos elementos, dependendo das necessidades específicas de cada situação. Embora a Tipificação Nacional dos Serviços Socioassistenciais forneça alguns parâmetros para a interpretação desses conceitos, os gestores ainda têm à sua disposição uma variedade de ações que podem ser adotadas para garantir as chamadas "provisões necessárias à implementação do serviço e as aquisições devidas aos usuários".

Portanto, é possível concluir que, na aplicação dos recursos provenientes do cofinanciamento federal, a subjetividade da autoridade administrativa está relacionada à margem de livre apreciação de conceitos jurídicos indeterminados. Isso significa que os gestores têm certo grau de subjetividade na interpretação e aplicação desses conceitos amplos, permitindo-lhes adaptar as ações e recursos de acordo com as circunstâncias específicas de cada caso, dentro dos limites legais e regulatórios estabelecidos.

Dada a diversidade de situações possíveis, as características únicas das famílias e indivíduos afetados por eventos danosos e as particularidades de cada

ente federativo, é inegável que as necessidades identificadas por cada gestor podem variar amplamente. Em cada contexto observado, diferentes medidas podem ser necessárias para responder eficazmente às demandas específicas da população afetada.

Referências

BAMBIRRA, Felipe Magalhães; NETO, Arnaldo Bastos Santos. O objetivo fundamental de “garantir o desenvolvimento nacional” na constituição federal de 1988: análise de um conceito jurídico indeterminado. Prisma Jurídico, v. 16, n. 2, p. 241-259, 2017. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/prisma/article/view/7956/3674>. Acesso em 27 set. 2023.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral dos conceitos legais indeterminados. Revista do Direito, v. 9, p. 10, 1998. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/16013691.pdf>. Acesso em 27 set. 2023.

BIANCHINI, Marcos Paulo Andrade; DE BORBA, Alderico Kleber. A Interpretação de Conceitos Jurídicos Indeterminados e a Hermenêutica Filosófica: Contribuições para Controle e Legitimidade da Administração Pública. Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica, v. 2, n. 1, p. 01-17, 2016. Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index.php/HermeneuticaJuridica/article/view/883>. Acesso em 28 set. 2023.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento e Assistência Social, Família e Combate à Fome. Norma Operacional Básica. NOB- Suas. Disponível em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/public/NOBSUAS_2012.pdf. Acesso em 26 set. 2023.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento e Assistência Social, Família e Combate à Fome. Portaria nº 90, de 3 de setembro de 2013. Disponível em: http://www.mds.gov.br/webarquivos/arquivo/assistencia_social/Portaria_90_03092013_Situacao_Calamidade.pdf. Acesso em 26 set. 2023.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento e Assistência Social, Família e Combate à Fome. Resolução nº 109, de 11 de novembro de 2009. Disponível em:

https://www.mds.gov.br/webarquivos/public/resolucao_CNAS_N109_%202009.pdf. Acesso em 27 set. 2023.

BRASIL. Secretaria Nacional de Assistência Social. Ministério do Desenvolvimento e Assistência Social, Família e Combate à Fome. Serviço de Proteção em situações de calamidades públicas e emergências; Perguntas e Respostas. Disponível em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/arquivo/assistencia_social/Perguntas_repostas_Situacao_Calamidade.pdf. Acesso em 27 set. 2023.

BRASIL. Rede SUAS. Governo Federal facilita acesso a recursos da Assistência Social para situações de calamidade ou emergência. Disponível em: <https://blog.mds.gov.br/redesuas/governo-federal-facilita-acesso-a-recursos-da-assistencia-social-para-situacoes-de-calamidade-ou-emergencia/>. Acesso 27 set. 2023.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento e Assistência Social, Família e Combate à Fome. Portaria nº 90, de 3 de setembro de 2013. Disponível em: http://www.mds.gov.br/webarquivos/arquivo/assistencia_social/Portaria_90_03092013_Situacao_Calamidade.pdf. Acesso em 26 set. 2023.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. Portaria nº 260, de 2 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-260-de-2-de-fevereiro-de-2022-378040321>. Acesso em 27 set. 2023.

BRASIL. Ministério da Integração Nacional. Instrução Normativa nº 01, de 24 de agosto de 2012. Disponível em https://www.defesacivil.se.gov.br/wp-content/uploads/2020/07/instru%C3%A7%C3%A3o_normativa_n%C2%BA_01_de_24_de_agosto_de_2012-2.pdf. Acesso em 27 set. 2023.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Termo de Aceite. Serviço de proteção em situações de calamidades públicas e emergências. Disponível em: http://www.mds.gov.br/webarquivos/arquivo/assistencia_social/Termo_Aceite_e_Situacao_Calamidade.pdf. Acesso em 27 set. 2023.

BRASIL. Secretaria de Estado de Desenvolvimento Social. Guia de acesso rápido atuação socioassistencial nas situações de emergências e calamidades públicas. Disponível em: <https://blog.social.mg.gov.br/wp-content/uploads/2022/12/GUIA-DE-ACESSO-RAPIDO-ATUACAO-SOCIOASSISTENCIAL-NAS-SITUACOES-DE-EMERGENCIAS-E-CALAMIDADES-PUBLICAS.pdf>. Acesso em 10 set. 2023.

BRASIL. Política Nacional de Assistência Social. Brasília: Secretaria Nacional de Assistência Social, 2004. Disponível em:

http://200.198.9.104/images/documentos/Subsecretaria_Assistencia_Social/Le_gislacao/pnas.pdf. Acesso em 26 set. 2023.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento e Assistência Social, Família e Combate à Fome. Gestão do Suas. Disponível em: <https://www.gov.br/mds/pt-br/acoes-e-programas/assistencia-social/gestao-do-suas>. Acesso em 26 set. 2023.

BRASIL. Comissão Intergestores Tripartite – CIT. Resolução 7, de 17 de maio de 2013. Disponível em: <https://blog.mds.gov.br/redesuas/resolucao-n-7-de-17-de-maio-de-2013/>. Acesso em 27 set. 2023.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento e Assistência Social, Família e Combate à Fome. Portaria MDS nº 912, de 5 de setembro de 2023. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-mds-n-912-de-5-de-setembro-de-2023-508065977>. Acesso em 30 set. 2023.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento e Assistência Social, Família e Combate à Fome. Orientações para utilização dos recursos do piso varável de altacomplexidade (PVAC). Disponível em: <https://social.rs.gov.br/upload/arquivos/202306/16174111-utilizacao-dos-recursos-atualizado.pdf>. Acesso em 26 set. 2023.

BRASIL. Ministério da Cidadania. Informativo Situações de Emergência ou Calamidade Pública. Disponível e: <https://blog.social.mg.gov.br/?mdocs-file=3395>. Acesso em 26 set. 2023.

BRASIL. Secretaria de Assistência Social. Serviço de Proteção em Situações de Calamidades Públicas e de Emergências. Disponível em: <https://social.rs.gov.br/servico-de-protecao-em-situacoes-de-calamidades-publicas-e-de-emergencias>. Acesso 28 set. 2023.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento e Assistência Social, Família e Combate à Fome. Requerimento para solicitação de cofinanciamento federal para o serviço de proteção em situações de calamidades públicas e emergências. Disponível em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/arquivo/assistencia_social/ANEXOII_Situacao_Calamidade.pdf. Acesso 28 set. 2023.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento e Assistência Social, Família e Combate à Fome. Norma Operacional Básica. NOB- Suas. Disponível em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/public/NOBSUAS_2012.pdf. Acesso em 26 set. 2023.

BRASIL. Requerimento para solicitação de cofinanciamento federal para o serviço de proteção em situações de calamidades públicas e emergências.

Disponível em:
https://www.mds.gov.br/webarquivos/arquivo/assistencia_social/ANEXOII_Situacao_Calamidade.pdf. Acesso em 27 set. de 2023.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento e Assistência Social, Família e Combate à Fome. Gestão do Suas. Disponível em: <https://www.gov.br/mds/pt-br/acoes-e-programas/assistencia-social/gestao-do-suas/gestao-do-sistema-unico-de-assistencia-social-suas-1>. Acesso em 27 set. 2023.

BRASIL. Rede SUAS. Resolução nº 16, de 10 de outubro de 2012. Disponível em:

<https://aplicacoes.mds.gov.br/snas/regulacao/visualizar.php?codigo=4864>. Acesso em 27 set. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS). Disponível: <https://www.gov.br/participamaisbrasil/conselho-nacional-de-assistencia-social>. Acesso em 27 set. 2023.

CARVALHO Filho, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 36. ed. – Barueri [SP]: Atlas, 2022.

CAVALCANTE, Pedro; RIBEIRO, Beatriz Bernardes. O Sistema Único de Assistência Social: resultados da implementação da política nos municípios brasileiros. Revista de Administração Pública, v. 46, p. 1459-1477, 2012.

Disponível em:
<https://www.scielo.br/j/rap/a/bwPZgHkvMbPcWCcYcgKHtPb/>. Acesso em 27 set. 2023.

COUTO, Berenice Rojas et al. O Sistema Único de Assistência Social: uma nova forma de gestão da assistência social. Concepção e gestão da proteção social não contributiva no Brasil p. 205-217. Unesco, 2009. Disponível em:https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Livros/concepcao_gestao_protecaosocial.pdf. Acesso em 26 set. 2023.

DE SOUZA LAJÚS, Maria Luiza. A política pública de assistência social e o Sistema Único de Assistência Social–SUAS. Revista Cadernos do Ceom, v. 22, n. 30, p. 165-178, 2009. Disponível em: <https://pegasus.unochapeco.edu.br/revistas/index.php/rcc/article/view/456>. Acesso em 26 set. 2023.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, 1943. Direito administrativo. – 35. ed. – [2. Reimp.] – Rio de Janeiro: Forense, 2022.

- FARIA, José Eduardo. Direito e economia na democratização brasileira. São Paulo: Malheiros, 1993.
- KRELL, Andreas J. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. Revista da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, n. 8, p. 117-224, 2004. Disponível em: <https://revista.trf5.jus.br/index.php/esmafe/article/view/277>. Acesso em 26 set. 2023.
- MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 42. ed. atual. até a EC 90, de 15.09.2015, por José Emmanuel Burle Filho e Carla Rosado Burle. São Paulo: Malheiros, 2016.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MORAES, Germana de Oliveira. Controle jurisdicional da Administração Pública. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados, Temas de Direito Processual, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- NOCE, Umberto Abreu. A margem de livre apreciação de conceitos jurídicos indeterminados e a juridicidade na fiscalização da prestação de contas em projetos culturais. SADDY, André. Discricionariedade na área fiscalizatória / André Saddy, coordenador; Alexandre Magno Antunes de Souza, Gabriel Garcia Rodrigues de Barros, Isabella Macedo Torres, [et. al.]. – Rio de Janeiro: CEEJ, 2022.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.
- PEREZ, Marcos Augusto. Controle da discricionariedade administrativa. Perez/Sousa (org.), Controle da Administração Pública, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2017.
- SADDY, André. Subjetividade Ou Autonomia Pública Legislativa, Jurisdicional E Executiva: Uma Introdução a Diferentes Formas De Liberdade De Atuação (Subjectivity or Legislative, Judicial and Executive Public Autonomy: An Introduction to Different Forms of Freedom of Action) (June 29, 2015). Available at SSRN: Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2624676. Acesso em 27 set. 2023.

SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: CEEJ, 2020.

SADDY, André. Saúde pública, apreciatividade e discricionariedade na área da saúde. *In*: Saddy, A., Teixeira, D. A., de Oliveira Filho, E. L., de Araújo Willeman, F., Figueiredo, I. V. M., de Oliveira Pinto, J., ... & Dias, R. G. (2020). Discricionariedade na área da Saúde. Centro para Estudos Empírico-Jurídicos (CEEJ).

SADDY, André. Conceitos jurídicos indeterminados e sua margem de livre apreciação legal. Revista de Direito da Administração Pública, v. 1, n. 1, 2016. Disponível em: <http://www.redap.com.br/index.php/redap/article/view/43>. Acesso em 27 set. 2023

SADDY, André. Surgimento e evolução do termo discricionariedade administrativa. *In*: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; FILHO, Gilberto Guimarães; SIM'ES, Sandro Alex de Souza (Orgs.). Supremacia constitucional e políticas públicas: discutindo a discricionariedade administrativa na efetivação de direitos fundamentais. [recurso eletrônico]. 65-142. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2016.

SADDY, André. Atividade apreciativa da administração pública: uma nova visão sobre a discricionariedade administrativa. Revista de Direito Administrativo, v. 277, n. 3, p. 139-168, 2018.

SOUSA, Antônio Francisco de. A discricionariedade administrativa. Lisboa: Ed. Danúbio Ltda. 1987.

TOURINHO, Rita. A discricionariedade administrativa perante os conceitos jurídicos indeterminados. Revista de Direito Administrativo, v. 237, p. 317-326, 2004. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/44377/44831>. Acesso em 27 set. 2023.

LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO E APRECIATIVIDADE DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO ESTADUAL NA UTILIZAÇÃO DE TECNOLOGIAS NO ÂMBITO DA ASSISTÊNCIA SOCIAL: UMA PERSPECTIVA A PARTIR DO PROJETO BIG DATA SOCIAL

Sarah Fernandes Araujo da Silva

Advogada. Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense. Pós-Graduada em Direito Empresarial e Contratos pelo Centro Universitário de Brasília (Uniceub).

Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC-Goiás).
sarah.fernandes.as@gmail.com

Sumário: Introdução; 1. Uso de Tecnologias pela administração pública; 2. *Big Data* Social; 3. Decreto do *Big Data* Ceará e Normas Relacionadas; 3.1. Liberdade de Conformação ou Configuração do Chefe do Poder Executivo do Governo do Ceará; 3.2. Apreciatividade; Conclusões; Referências.

Introdução

O uso da internet e de tecnologias da informação e comunicação (TICs) cresceu bastante nos últimos anos não só em relação à iniciativa privada, mas também na esfera pública. A Administração Pública vem atuando cada vez mais por meio do ambiente digital, utilizando TICs não apenas para atividades administrativas burocráticas e de rotina, mas para a coleta e análise de grandes volumes de dados (inclusive de dados pessoais) e para suporte nas tomadas de decisões ou, muitas vezes, para realizar a própria tomada de decisão.

Escolhas quanto à utilização (ou não) de TICs, principalmente as conhecidas como “*novas tecnologias*”, reservam cuidados, visto que a adoção dessas tecnologias pode afetar substancialmente a forma como os entes públicos dirigem e governam seus atos e atividades. No âmbito da assistência social essas definições repercutem de forma ainda mais crítica, em virtude de estarem conectadas à execução de atos administrativos e políticas públicas que buscam amparar aproximadamente 51,1 milhões de pessoas¹ que estão potencialmente na pobreza, de acordo com dados de 2021 do IBGE.

¹ IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira, 2022, p. 61.

Nesse sentido, abre-se espaço para a análise das formas de manifestação de vontade dos sujeitos que representam a administração pública quanto às escolhas pelo uso de (novas) tecnologias e de como estas irão operar na esfera pública, na medida em que as decisões tomadas pelas pessoas na administração pública devem ser pautadas no interesse público.

É diante desse cenário, a partir da revisão bibliográfica de trabalhos e periódicos, bem como de consulta junto ao Governo do Ceará por meio da plataforma Ceará Transparente, que este artigo será desenvolvido para, a partir da perspectiva do programa *Big Data* Social do Estado do Ceará e da norma que cria o Programa, discorrer sobre o uso de TICs na iniciativa pública e avaliar as subjetividades de conformação e de apreciatividade que o Chefe do Poder Executivo do Estado do Ceará exerce com o fim de utilizar (novas) tecnologias ou criar políticas públicas digitais.

Muito se lê sobre a liberdade de conformação do legislador, entretanto, no âmbito do estudo das subjetividades (formas de manifestação de vontade) dos sujeitos da apública, é relevante destacar que outras pessoas na administração podem exercer sua liberdade de conformação em seus atos administrativos ou políticos, com a devida observância à legislação. Nesse sentido, a partir de um exemplo concreto, o presente artigo também busca identificar e elucidar essas subjetividades para além da sua vinculação com a atividade típica do legislativo.

1. Uso de Tecnologias pela Administração Pública

As tecnologias da informação e comunicação (TICs) exercem um papel cada vez mais ativo e importante na sociedade e o compartilhamento de informações e as inter-relações são cada vez mais facilitadas por estas tecnologias. Essa facilitação é muito estimulada a partir da consolidação de uma sociedade informacional.²

As TICs se referem a redes de comunicação e às tecnologias utilizadas nessas redes. Elas têm como principal função o processamento e comunicação de informações a partir de meios eletrônicos, incluindo sua disseminação e

² MARRARA, T. Direito Administrativo e novas tecnologias. Revista De Direito Administrativo, 256, 2011, p. 225–521.

projeção. Nesse sentido, o setor de TICs contribui diretamente para o progresso tecnológico.³

A administração pública, que faz parte e atua para a sociedade, utiliza progressivamente tecnologias da informação e comunicação para executar suas atividades, incluindo novas tecnologias. A pesquisa TIC Governo Eletrônico 2021, do Cetic.br⁴ confirma essa premissa, considerando que:

Quase metade (45%) dos órgãos federais e 22% dos órgãos estaduais utilizaram tecnologias de Inteligência Artificial (IA) nos 12 meses anteriores à pesquisa. A adoção de IA ocorreu em maiores proporções em órgãos do Judiciário (55%), do Ministério Público (50%) e do Legislativo (48%). Já a adoção de aplicações relacionadas a Internet das Coisas (IoT) e *blockchain* foi apontada por menos de 20% dos órgãos públicos federais e estaduais.

Os tipos de IA mais utilizados foram aprendizagem de máquina para predição e análise de dados (32% dos órgãos federais e 9% do estaduais) e automatização de processos de fluxo de trabalho (31% dos órgãos federais e 11% dos estaduais). Destaca-se, ainda, o uso de tecnologias de mineração e análise de linguagem escrita por um a cada quatro órgãos federais. As demais tecnologias de IA investigadas foram utilizadas por menos de 20% dos órgãos federais, como reconhecimento e processamento de imagens, citados por apenas 13% dessas entidades.

(...)

³ OECDILIBRARY. *Information and communication technology (ICT)*. 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/04df17c2-en>. Acesso em: 8 jul. 2023.

⁴ CGL.BR – COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação no setor público brasileiro: TIC Governo Eletrônico 2019. São Paulo: CGI.br, 2020a. p. 25, 77, Disponível em: <<https://www.cetic.br/pt/pesquisa/governo-eletronico/>>. Acesso em 8 jul. 2023.

Em 2021, 33% dos órgãos federais e 25% dos estaduais realizaram análises de *Big Data* nos 12 meses anteriores à pesquisa.

Nos últimos anos, também foram lançados vários projetos e estratégias governamentais ligadas ao uso de TICs, como a Estratégia Brasileira para a Transformação Digital (E-Digital)⁵, que instituiu o Sistema Nacional para a Transformação Digital (SinDigital), e a Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial (EBIA), que norteia a ação do Brasil em prol do desenvolvimento das ações e soluções ligadas à Inteligência Artificial, bem como em relação ao seu uso ético⁶.

O uso de novas tecnologias tem despertado alertas em relação às mudanças econômicas e sociais que podem acompanhar esse desenvolvimento, tanto no Brasil como em outros países. Em 2022, a Comissão Europeia propôs os Princípios e Direitos Digitais Europeus⁷, com disposições que refletem os valores da União Europeia, e promovem uma visão para a transformação digital centrada no ser humano. Os princípios são moldados em torno de 6 temas: colocar as pessoas e seus direitos no centro da transformação digital; apoiar a solidariedade e a inclusão; garantir a liberdade de escolha online; promover a participação no espaço público digital; aumentar a segurança, a proteção e o empoderamento dos indivíduos; e promover a sustentabilidade do futuro digital.⁸

As estratégias (que contém diretrizes sobre o uso de TICs no Brasil) e leis brasileiras como o Marco Civil da Internet (Lei n.º 12.965/2014) e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei n.º 13.709/2018) demonstram uma preocupação da nação em regular o uso de tecnologias por meio de disposições relacionadas à conformidade no meio digital. Recentemente, por exemplo, tem

⁵ MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO. Estratégia Brasileira para a Transformação Digital (E-Digital). 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/transformacaodigital/estrategia-digital>. Acesso em 10 jul. 2023.

⁶ Ibidem.

⁷ EUROPEAN COMMISSION. European Digital Rights and Principles. 2023. Disponível em: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/digital-principles>. Acesso em 10. jul. 2023.

⁸ Ibidem.

tramitado no Congresso o PL 2338, de 2023, que dispõe sobre o uso de inteligência artificial⁹, demonstrando a relevância do tema no Brasil.

Nesse contexto, visto que as atividades da administração pública são realizadas por atos, planos, procedimentos; toda aplicação de (novas) tecnologias a estes processos, incluindo usos de *big data*¹⁰ e inteligência artificial, processamentos ou decisões automatizadas, acarreta mudanças significativas na natureza dos atos administrativos, gerando impacto ao interesse público.¹¹ De acordo com o CGI.br¹²:

Novas tecnologias ou tecnologias emergentes, tecnologias disruptivas ou de fronteira, em geral, estão associadas a recursos tecnológicos que serão utilizados recentemente ou ainda em desenvolvimento, com grande potencial para promover mudanças significativas nos atuais modelos de atuação das entidades públicas (Ubaldi et al., 2019). Além disso, auxiliam na transformação digital do setor público para facilitar o processamento e análise de um grande volume de informações, possibilitando soluções inovadoras para a implementação de políticas públicas e a prestação de serviços públicos (UN DESA, 2020).

⁹ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 2338, de 3 de maio de 2023. Dispõe sobre o uso da Inteligência Artificial. Brasília: Senado Federal, 2023. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/157233>. Acesso em: 10 jul. 2023.

¹⁰ De acordo com Bruno Bioni (2020, p. 45): “Com base na abordagem de Doug Laney¹⁵⁸, o *Big Data* é comumente associado a 3 (três) “Vs”: volume, velocidade e variedade¹⁵⁹. Volume e variedade, porque ele excede a capacidade das tecnologias “tradicionais” de processamento¹⁶⁰, conseguindo organizar quantidades antes inimagináveis – dos bits aos yottabytes¹⁶¹ – e em diversos formatos – e.g., textos, fotos etc. – e, tudo isso, em alta velocidade”.

¹¹ MARRARA, Thiago. Direito Administrativo e novas tecnologias. Revista De Direito Administrativo, v. 256, 2011, p. 225–521.

¹² CGI.BR – COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação no setor público brasileiro: TIC Governo Eletrônico 2019. São Paulo: CGI.br, 2020a. p. 25, 77, Disponível em: <<https://www.cetic.br/pt/pesquisa/governo-eletronico/>>. Acesso em 8 jul. 2023.

Assim, principalmente as novas tecnologias, operam de forma disruptiva no setor público, modificando, muitas vezes, não apenas as atividades realizadas pela administração pública, mas os modelos e racionais de atuação desta. Nesse sentido, afirma Marrara¹³ que:

as novas tecnologias revelam-se capazes de ampliar os níveis de transparência, democratização, impessoalidade e eficiência da administração pública. No entanto, essas mesmas tecnologias, quando indevidamente empregadas, são capazes de violar os princípios que regem a administração pública brasileira.

Não é sem motivo que o Tribunal de Contas da União (TCU) publicou um extenso parecer sobre o uso da inteligência artificial na Administração Pública por meio do Acórdão n.º 1139/2022, que tem como assunto a relatoria de um levantamento de tecnologias emergentes de inteligência artificial na Administração Pública, assim como dispõe sobre oportunidades de adoção da tecnologia, exemplos de uso de IA na Administração Pública e possíveis impactos para o controle.¹⁴

Em voto no Acórdão¹⁵, o relator aponta que:

41. Para além do uso interno, é importante que este Tribunal esteja atento à crescente adoção de algoritmos e aplicações de inteligência artificial pela Administração Pública Federal, com a consequente

¹³ MARRARA, Thiago. Direito Administrativo e novas tecnologias. Revista De Direito Administrativo, v. 256, 2011, p. 248.

¹⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n.º 1139/2022. – Relatório de levantamento de tecnologias emergentes - Inteligência Artificial. Processo n.º 006.662/2021-8. Relator: Aroldo Cedraz. Plenário, 25 de mai. de 2022. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordaocompleto/666220218.PROC/COPIATIPO%253A%2522AC%25C3%2593RD%25C3%2583O%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0>. Acesso em: 10 jul. 2023.

¹⁵ *Ibidem*.

necessidade de que tais soluções sejam, eventualmente, auditadas de modo a assegurar sua confiabilidade e segurança, além de avaliar aspectos de especial relevância para a IA, tais como o uso ético das informações, a ausência de preconceitos ou distorções embutidas nos algoritmos e a transparência de sua operação.

Nesse sentido, é latente que o uso de novas tecnologias permeia cada vez mais a rotina da administração pública. De igual modo, esta (bem como demais entidades e poderes públicos) busca progressivamente estabelecer limites para seu uso, observando principalmente o uso ético das informações, evitar vieses ilícitos ou abusivos, incluindo os vieses discriminatórios, e a transparência junto às outras instituições e aos administrados; tudo isso com o propósito maior de atender ao interesse público, que se trata de “*fundamento e fim do exercício de funções e da tomada de decisões*”¹⁶, e pode ser associado ao bem da coletividade, a partir de uma concepção geral das demandas da comunidade¹⁷.

No tocante às atividades ligadas à assistência social, que é um dos objetos deste estudo, esse cuidado deve ser ainda mais resguardado e evidente, uma vez que a tecnologia deve orientar-se a partir dos objetivos da assistência social contidos na Constituição Federal¹⁸.

Como exemplo de iniciativa que envolve o uso de TICs por entidades públicas, e de como estas impactam as atividades administrativas e os serviços públicos aos cidadãos, podemos mencionar o uso de reconhecimento facial pelos órgãos da Administração Pública. Em janeiro de 2023, o Governo de São Paulo incluiu em seu plano de governo, em parceria com a prefeitura, um

¹⁶ MEDAUAR, Odete. O direito administrativo em evolução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 231.

¹⁷ *Ibidem*, p. 232.

¹⁸ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. 496 p. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf Acesso em: 8 jul. 2023.

projeto para instalar câmeras de reconhecimento fácil na região da cracolândia¹⁹, para que estas sejam integradas a um sistema de vigilância²⁰.

Em junho de 2023 o Jornal O Globo publicou que o Governo do Rio de Janeiro iria abrir licitação para câmeras de reconhecimento fácil e placas de veículos, que estarão vinculadas ao Centro Integrado de Comando e Controle da Secretaria de Estado da Política Militar do Rio de Janeiro²¹. De acordo com o artigo do jornal, na fase inicial do projeto, as câmeras serão instaladas em túneis, orlas e vias expressas, e serão equipadas com softwares de inteligência artificial, análise de comportamento e leitura de placas de veículos.²²

Esses tipos de usos de TICs merecem atenção. No Relatório sobre o Uso de Tecnologias de Reconhecimento Facial e Câmeras de Vigilância pela Administração Pública no Brasil, o Laboratório de Políticas Públicas e Internet (LAPIN)²³ destaca que o funcionamento da tecnologia de reconhecimento facial é arriscado, uma vez que o tratamento de informações da face origina uma assinatura facial dessa pessoa, sendo que, diferentemente de outros dados, a alteração de atributos faciais não é fácil, assim, uma pessoa não teria a opção de não ser identificada a não ser que essas informações fossem excluídas. Ainda, muitas vezes, a pessoa não conseguirá ter a ciência de que está sendo identificada. O LAPIN também aponta que um erro do sistema pode, igualmente, causar riscos, uma vez que é possível discriminar uma pessoa ou

¹⁹ ZYLBERKAN, Mariana; DIAS, Paulo Eduardo. Governo quer implantar reconhecimento facial e Justiça terapêutica na cracolândia em São Paulo. Folha de São Paulo, São Paulo, 23 jan. 2023. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2023/01/governo-quer-implantar-reconhecimento-facial-e-justica-terapeutica-na-cracolandia-em-sao-paulo.shtml>. Acesso em: 10 jul. 2023.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ O GLOBO. Governo do Rio abrirá licitação para câmeras de reconhecimento facial e placas de veículos. O Globo, Rio de Janeiro, 16 jun. 2023. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/noticia/2023/06/governo-do-estado-abre-licitacao-para-cameras-de-reconhecimento-facial-e-de-placas-de-veiculos.ghtml>. Acesso em: 10 jul. 2023.

²² *Ibidem*.

²³ REIS, Carolina; ALMEIDA, Eduarda; DA SILVA, Felipe; DOURADO, Fernando. Relatório sobre o uso de tecnologias de reconhecimento facial e câmeras de vigilância pela administração pública no Brasil. Brasília: Laboratório de Políticas Públicas e Internet, 2021. Disponível em: <https://lapin.org.br/2021/07/07/vigilancia-automatizada-uso-de-reconhecimento-facial-pela-administracao-publica-no-brasil/>. Acesso em: 10 jul. 2023.

restringir seus direitos. Quanto ao tema, em relação às políticas de assistência social²⁴:

a não-identificação de um indivíduo por um falso negativo da tecnologia de reconhecimento facial em um contexto de assistência social pode acarretar a perda de benefícios, como revelam casos em que erros dos sistemas levaram à abertura de processos administrativos contra indivíduos por acusações infundadas de fraude. Foi isso que aconteceu com uma estudante de jornalismo de Brasília que deixou de ser reconhecida pelo sistema de RF e teve seu benefício bloqueado depois que passou a usar seu cabelo cacheado.

O acesso ao auxílio emergencial na pandemia do Covid-19 traz outro exemplo de como programas de assistência social e seus beneficiários podem ser impactados pelo uso de TICs. Sem acesso à internet, muitas famílias tiveram dificuldades para sacar o auxílio, que foi liberado pelo aplicativo da Caixa Econômica Federal quase um mês antes do que nas agências²⁵. Lideranças das favelas de Heliópolis e Paraisópolis relataram problemas de conexão com a internet, falta de informação sobre o saque do auxílio emergencial, assim como a percepção da dificuldade do poder público em lidar com famílias com acesso precário a TICs. Além disso, um líder comunitário em Itaquera expôs que as principais dificuldades estavam em problemas com o NIS (Número de Identificação Social) e com cadastros nos CRAS (Centro de Referência de Assistência Social)²⁶; ambos operam a partir de sistemas eletrônicos.

Esses dois casos corroboram com o fato de que o uso de TICs não engloba apenas qual equipamento físico ou que tipo de sistema operacional computacional será utilizado por uma entidade pública, contudo, está ligado

²⁴ Ibidem.

²⁵ VELOSO, Lucas; FELICIO, Ana Beatriz. Sem acesso a internet, famílias não conseguem usar auxílio emergencial. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 20 de abr. de 2021. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2021/04/sem-acesso-a-internet-familias-nao-conseguem-usar-auxilio-emergencial.shtml>. Acesso em 10 jul. 2023.

²⁶ Ibidem.

diretamente ao modo e forma de gerir da Administração Pública e, conseqüentemente, às decisões e subjetividades dos agentes públicos envolvidos.

Questões relacionadas ao combate a discriminações algorítmicas, à privacidade e proteção dos dados dos cidadãos, à atuação da administração com e para os administrados, assim como relacionadas ao fato de que a própria natureza do ato administrativo pode ser alterada, considerando que, a partir de programações algorítmicas, este pode se transformar em um ato administrativo automatizado, devem ser levadas em consideração pelo administrador, principalmente na tomada de decisões concernentes à criação de políticas públicas, incluindo as relacionadas à governança algorítmica ou concernentes ao uso de (novas) tecnologias em atividades da administração pública, posto que, conforme menciona o Ronaldo Lemos, “*a tecnologia em si é uma forma de governança*”²⁷.

O uso de (novas) tecnologias no âmbito da Administração Pública, demanda a definição de diretrizes e tomadas de decisão que impactam diretamente no interesse público, devendo o administrador público manifestar sua vontade, ou seja, realizar suas escolhas, de modo preventivo, e praticar atos ou desenhar e desenvolver políticas públicas ligadas ao uso de (novas) tecnologias que observem o interesse público desde a sua concepção dessas iniciativas.

Considerando o exposto, sob a perspectiva dos atos dos sujeitos da administração pública, bem como de suas subjetividades envolvidas, as próximas sessões deste trabalho pretendem identificar e analisar a manifestação da vontade da administração pública por meio dos seus sujeitos de forma conformadora e apreciativa, no que tange a escolhas ligadas ao uso de TICs na assistência social, a partir das referidas subjetividades do Chefe do Poder Executivo Estadual em relação à criação e execução de políticas ligadas ao uso de novas tecnologias por meio do programa *Big Data Social* do Estado do Ceará.

²⁷ PROGRAMA DESBUROCRATIZE. Governo Digital: Uma política de fato ou uma política simbólica? Youtube, 30 de set. de 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Tt6a7ABUs6c&t=1s>. Acesso em: 13 jul. 2023.

2. Sobre *Big Data Social*

De acordo com o Laboratório de Inovação e Dados do Estado do Ceará (Iris Lab), o *Big Data Social*²⁸:

É uma plataforma que armazena grande volume de dados e também apresenta uma visão refinada dos dados por meio de análises, mineração de dados e painéis visuais para ajudar os formuladores de políticas a explorar o grande volume de dados existentes sobre políticas e serviços voltados para famílias de extrema vulnerabilidade social.

(...)

Essa plataforma web visa agregar, armazenar e processar vários bancos de dados governamentais com informações sobre famílias de baixa renda beneficiadas pelo Programa Mais Infância. O sistema visa ainda auxiliar a governança integrando vários conjuntos de dados sobre as famílias para construir indicadores e mostrar quais políticas sociais existentes as estão beneficiando.

As informações no site complementam que as famílias beneficiadas pelo Programa Mais Infância são de extrema relevância ao Estado, pois vivem em condições precárias e pelo menos têm um integrante menor de seis anos. A plataforma *Big Data Social*²⁹ traz dados sobre saúde, saúde infantil, renda, educação, moradia e insegurança alimentar.³⁰

Ainda, segundo o Iris Lab³¹:

²⁸ ÍRIS–LABORATÓRIO DE INOVAÇÃO E DADOS DO ESTADO DO CEARÁ. BIG DATA SOCIAL. 2023. Disponível em: <https://irislab.ce.gov.br/produto/big-data-social/>. Acesso em: 1 de maio de 2023.

²⁹ GOVERNO DO CEARÁ. Plataforma Big Data Social. 2023. Disponível em: <https://bigdatasocial.irislab.ce.gov.br>. Acesso em: 1 de maio de 2023.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*.

A Plataforma *Big Data* Social resultou da necessidade de expansão da política pública Cartão Mais Infância em atender o triplo de famílias previamente prevista. Através da demanda da Secretaria de Proteção Social e do Governador Camilo, alinhamos as entregas do sub-projeto *Big Data* Ceará para atingir mais este objetivo. Esta plataforma, foi desenhada para melhorar a política de distribuição de renda do Cartão Mais Infância e poder ser usada por outras políticas públicas de assistência social. Um projeto em parceria com a Universidade de Harvard também resultou em um dos desdobramentos da Plataforma *Big Data* Social. Nesta parceria visamos avaliar o impacto do uso desta plataforma de dados na melhoria das políticas públicas de assistência social.

Assim, a tecnologia de *big data* (e outras tecnologias relacionadas) foi implementada para colaborar com a eficácia e eficiência da política pública do Cartão Mais Infância. Ademais, o projeto também é utilizado para avaliar o impacto da plataforma em políticas públicas de assistência social, ou seja, o uso da tecnologia colabora diretamente não só com a execução do programa Cartão Mais Infância, mas com outras políticas de assistência social do Estado do Ceará.

2.1 Decreto do *Big Data* Ceará e Normas Relacionadas

Em consulta de n.º 6399730³² realizada junto ao Governo do Ceará, por meio do Portal da Transparência, foi questionado à Administração sobre a existência (ou não) de normas que regulamentam o *Big Data* Social. Em resposta, o Comitê Setorial de Acesso à Informação comunicou que o Programa *Big Data* Ceará foi criado e regulamentado pelo Decreto Estadual n.º

³² Solicitação 6399730 gerada e respondida a partir da plataforma <http://cearatransparente.ce.gov.br/>.

32.555/2018³³ (Decreto do *Big Data* Ceará), que dispõe sobre o compartilhamento de dados dos órgãos e entidades do Poder Executivo do Estado do Ceará, para permitir sua utilização pelo projeto “*Big Data* Ceará”, e dá outras providências.

O Decreto foi editado e publicado a partir das atribuições do Governador do Estado do Ceará, nos termos do Art. 88, incisos IV e VI, da Constituição Estadual, uma vez que a Constituição Federal, em seu Art. 25, dispõe que os “*Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios da Constituição Federal*”³⁴. Assim, de acordo com o referido Art. 88, em relação do Decreto do *Big Data* Ceará, o Governador atua de acordo com a sua competência constitucional estadual de expedir decretos para a fiel execução das leis (inciso IV), bem como dispor sobre a organização e o funcionamento (ou seja, da governança) do Poder Executivo e da administração estadual, na forma da lei (inciso VI)³⁵.

Não é objetivo do presente artigo explorar de forma aprofundada outras normas ligadas ao Programa, entretanto, para uma melhor compreensão do contexto, e considerando que as atividades administrativas (e as subjetividades) do Chefe do Poder Executivo são, muitas vezes, tomadas a partir de uma perspectiva sistemática e que engloba intersecções normativas, principalmente quando ligadas a políticas públicas, é relevante destacar e trazer alguns elementos das normas que estão diretamente ligadas ao *Big Data* Social, como as normas que criaram o Laboratório de Inovação e Dados do Estado do Ceará, o Instituto de Pesquisa e Estratégia Econômica do Ceará (Ipece) e o Programa Mais Infância, principal programa que é assistido pelo *Big Data* Social.

³³ CEARÁ. Decreto nº 32.555, de 22 de mar. de 2018. Dispõe sobre o compartilhamento de dados dos órgãos entidades do Poder Executivo do Estado do Ceará [...]. Fortaleza: Poder Executivo do Estado do Ceará, 2018. Disponível em: <https://www.seplag.ce.gov.br/wp-content/uploads/sites/14/2020/01/DECRETO-N-32-555-de-22-03-2018-Big-Data-Ceará.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2023.

³⁴ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. 496 p. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em: 8 jul. 2023.

³⁵ CEARÁ. [Constituição (1989)]. Constituição do Estado do Ceará. Fortaleza: Assembleia Legislativa do Estado do Ceará, 2014. Disponível em: https://www.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2015/07/Constituicao_Estadual.pdf. Acesso em: 3 mai. 2023.

O Programa *Big Data Social* foi criado pelo Laboratório de Inovação e Dados do Estado do Ceará, instituição criada em 2021³⁶ e vinculada à Casa Civil do Estado do Ceará; e que tem como uma de suas principais competências “*disseminar a cultura de inovação para acelerar o processo de transformação digital na Administração Pública Estadual*” e “*desenvolver, conduzir, executar e apoiar projetos inovadores que visem a resolução de desafios públicos e/ou a melhoria de serviços públicos*”³⁷.

Nessa linha, ao desenvolver e gerenciar a plataforma *Big Data Ceará*, o Laboratório de Inovação e Dados do Estado do Ceará atua e executa suas competências, de acordo com o Decreto nº 34.292, de 07 de outubro de 2021, mais especificamente em relação aos incisos II, III e VIII:

Art. 28. Compete ao Laboratório de Inovação e Dados - Íris:

(...)

II - Identificar, desenvolver, implementar, apoiar, reconhecer e multiplicar iniciativas inovadoras de forma articulada;

III - Coordenar e articular ações de fomento e desenvolvimento de inovação para a gestão pública e a sociedade;

VIII - Desenvolver, conduzir, executar e apoiar projetos inovadores que visem a resolução de desafios públicos e/ou a melhoria de serviços públicos

O Decreto do *Big Data Ceará*³⁸ também, em seu Art. 7, vincula o Instituto de Pesquisa e Estratégia Econômica do Ceará (Ipece), que foi criado

³⁶ CEARÁ. Decreto nº 34.292, de 7 de out. de 2021. Altera o decreto nº 33.417, de 30 de dezembro de 2019, nos termos que indica, e dá outras providências. Fortaleza: Poder Executivo do Estado do Ceará, 2021. Disponível em: <https://irislab.ce.gov.br/wp-content/uploads/2023/01/Diario-Oficial-SECAO-VI-Criacao-IRIS.pdf>. Acesso em: 3 mai. 2023.

³⁷ Ibidem.

³⁸ CEARÁ. Decreto nº 32.555, de 22 de mar. de 2018. Dispõe sobre o compartilhamento de dados dos órgãos entidades do Poder Executivo do Estado do Ceará [...]. Fortaleza: Poder Executivo

pela Lei Estadual 13.301/2003, autarquia, vinculada à Secretaria do Planejamento e Coordenação - SEPLAN, a realizar a gestão do programa “*Big Data Ceará*” para implantar e conduzir o programa; entretanto, não limita a atuação apenas do Ipece na gestão, uma vez que dá a competência a este de constituir equipe técnica de trabalho e alinhar colaborações com a Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico (Funcap)³⁹.

Nesse sentido, é possível identificar que tanto nos decretos de criação das entidades, quanto no Decreto do *Big Data Ceará*, são criadas diretrizes que permitem a integração entre entes para executar o Programa; atribuições que são totalmente razoáveis e necessárias, principalmente no âmbito da criação e desenvolvimento de novas tecnologias pela Administração Pública.

O *Big Data Social*, uma vertente do *Big Data Ceará*, foca principalmente no Programa Mais Infância, o qual foi constituído como política pública de Estado pela Lei Estadual nº 14.380, de 05 de janeiro de 2021 (Lei do Programa Mais Infância)⁴⁰ e assiste famílias beneficiárias do Estado do Ceará que são diretamente atendidas por meio de programas e projetos do Sistema Único de Assistência Social do Governo Federal.

A Lei do Programa Mais Infância, para o qual o *Big Data Social* dá suporte e colabora no gerenciamento, estabelece que:

Art. 4.º O Programa Mais Infância Ceará implementa-se por meio da abordagem e coordenação intersetorial, em articulação com as diversas políticas setoriais numa visão abrangente de todos os direitos da criança, constituindo-se instrumento a ser utilizado pelo Estado e pelos municípios a serviço da garantia do atendimento dos direitos da criança de forma integral e integrada, de

do Estado do Ceará, 2018. Disponível em: <https://www.seplag.ce.gov.br/wp-content/uploads/sites/14/2020/01/DECRETO-N-32-555-de-22-03-2018-Big-Data-Ceará.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2023.

³⁹ Ibidem. Inc. I e II do Art. 8

⁴⁰ CEARÁ. Lei nº 17.380, de 5 de jan. de 2021. Consolida e atualiza a legislação do programa mais infância Ceará [...]. Fortaleza: Assembleia Legislativa do Estado do Ceará, 2021. Disponível em: <https://belt.al.ce.gov.br/index.php/component/k2/item/7160-lei-n-17-380-05-01-2021-d-o-05-01-2>. Acesso em: 3 mai. 2023.

acordo com suas características biopsicossociais, culturais e seu contexto, familiar, comunitário e ambiental⁴¹.

Ainda, de acordo com pronunciamento do Governo do Ceará, o *Big Data Social* realiza a:

integração de dados entre Secretaria da Saúde do Ceará (Sesa), Instituto de Pesquisa e Estratégia Econômica do Ceará (IPECE), Secretaria da Segurança Pública e Defesa Social do Estado do Ceará (SSPDS) e outras organizações, contribuindo na troca de informações e na construção de políticas públicas do Estado do Ceará.⁴²

Esses pontos acima reforçam a conexão dos programas. Nessa linha, o papel do Instituto de Pesquisa e Estratégia Econômica do Ceará (IPECE), que tem suas atribuições bem delineadas no Decreto do *Big Data* Ceará, também é delimitado em relação à gestão das informações ligadas ao Programa Mais Infância via legislação:

§ 4.º A estimativa do número de famílias beneficiadas pelo Cartão Mais Infância Ceará – CMIC – cabe ao Instituto de Pesquisa e Estratégia Econômica do Ceará – Ipece, a partir do banco de dados do Cadastro Único para Programas Sociais – CadÚnico.

(....)

§ 1.º O Programa de que trata este artigo estende-se a municípios do Estado com população em situação de maior vulnerabilidade social, observados os dados

⁴¹ Ibidem.

⁴² GOMES, Amélia. Plataforma Big Data Social integra e analisa dados e informações da proteção social do Ceará. Ceará: Portal do Governo do Estado do Ceará, 2021. Disponível em: <https://www.ceara.gov.br/2021/10/21/plataforma-big-data-social-integra-e-analisa-dados-e-informacoes-da-protecao-social-do-ceara/>. Acesso em: 4 mai. 2023.

socioeconômicos apurados pelo Instituto de Pesquisa e Estratégica Econômicas do Ceará – Ipece.

(...)

Parágrafo único. Os complexos de que trata este artigo serão construídos em localidades de extrema vulnerabilidade social, notadamente o IDH (Índice de Desenvolvimento Humano) e a renda per capita da população, com base nos dados fornecidos pelo Instituto de Pesquisa e Estratégia Econômica do Ceará – Ipece.⁴³

Dessa forma, o programa, expressamente, cria competências ao Ipece para gerir os dados ligados ao Programa *Big Data* Social. Ademais, o Art. 4 da referida Lei, deixa à Administração Pública Estadual margem para articular o processo de implementação do Programa Mais Infância Ceará de forma intersetorial e de acordo com políticas setoriais⁴⁴.

É possível verificar que as políticas ligadas ao Programa Mais Infância Ceará, estão diretamente conectadas às disposições da lei que institui o *Big Data* Ceará, principalmente em seu Art. 4, inciso I e Art. 10⁴⁵, conforme abaixo:

Art. 4º A Infraestrutura de Dados do Ceará tem como objetivos:

I - Definir, estruturar e coordenar a política de dados do Ceará, bem como estabelecer o seu modelo de funcionamento; 4. Subjetividades do Poder Executivo Estadual em relação à implementação e desenvolvimento do Projeto *Big Data* Social.

(...)

Art. 10. Os dados compartilhados pelos órgãos e entidades do Poder Executivo do Estado ao Ipece

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ CEARÁ. Decreto nº 32.555, de 22 de mar. de 2018. Dispõe sobre o compartilhamento de dados dos órgãos entidades do Poder Executivo do Estado do Ceará [...]. Fortaleza: Poder Executivo do Estado do Ceará, 2018. Disponível em: <https://www.seplag.ce.gov.br/wp-content/uploads/sites/14/2020/01/DECRETO-N-32-555-de-22-03-2018-Big-Data-Ceará.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2023.

serão utilizados com a finalidade, dentre outras, de alimentar o programa “*Big Data Ceará*”, que permitirá elaborar pesquisas no tocante ao desenho, avaliação e monitoramento das principais políticas públicas do Estado do Ceará.

A configuração da governança com a finalidade de cumprir objetivos voltados para a assistência social, sejam legais ou de governo, assim como a intersecção de normas para esse fim, mostram-se características da formulação e implementação de políticas públicas, e refletem não somente os atos em si praticados pelos sujeitos que atuam em nome da Administração Pública, mas também as vontades e escolhas desses sujeitos. Estes, por meio de suas subjetividades, influenciam fortemente na governança pública e nos efeitos dos atos administrativos que dão assistência social para as pessoas na sociedade.

3. Subjetividades do Chefe do Poder Executivo

A subjetividade ou autonomia pública que será analisada neste artigo⁴⁶ se refere à função executiva que, como afirma André Saddy, inclui principalmente uma atividade política e uma atividade administrativa⁴⁷.

A satisfação do interesse público é uma das finalidades do Estado e é o motivo pelo qual existe a administração pública⁴⁸, assim, para atender a esta finalidade, os sujeitos que representam o Poder Executivo praticam, por meio das subjetividades administrativas, ações e atividades tanto de caráter político quanto de caráter administrativo.

⁴⁶ Não se pretende, neste trabalho, realizar uma análise aprofundada das subjetividades das funções dos poderes e subjetividades dos sujeitos da administração pública, contudo busca-se analisar o núcleo conceitual e os principais pontos e características da subjetividade conformadora e apreciativa a partir de um caso concreto ligado ao uso de TICs (*Big Data Social*). Para uma análise pormenorizada das subjetividades administrativas cf. SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. 474 p.

⁴⁷ SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. 474 p.

⁴⁸ MORENO, Fernando Sainz. Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico. *Revista española de Derecho Administrativo*, n. 8, p. 63-94, 1976.

A subjetividade executiva pode ser demarcada como atividade política contínua, que é realizada pelo Poder Executivo, (e de forma extraordinária, pelos Poderes Legislativo e Judiciário), e que tende a atender aos interesses públicos de cada momento, sendo este eleito de forma prévia pelas funções constituintes, reformadora, política e legislativa, mediante atos e ações complementares do Poder Executivo, sendo estes submetidos ao controle da jurisdição⁴⁹.

Considerando a complexidade da atividade executiva, o Poder Executivo, por meio dos sujeitos da administração, pode exercer de forma extraordinária a subjetividade legislativa, de acordo com suas competências legais⁵⁰. A subjetividade legislativa se caracteriza por seu caráter político de elaboração e definição de normas e, conforme salienta Jorge Rodríguez-Zapata y Pérez⁵¹, conta com uma ampla margem de liberdade. Por certo, a margem de liberdade que detém a atividade legislativa (Poder Legislativo) será maior do que a margem do Executivo.

Nesse sentido, mesmo que de forma mais limitada em relação à atividade legislativa (exercida pelo legislador), na atividade executiva também são praticados atos conformadores ou configuradores⁵² (inclusive os ligados à criação de normas) que decorrem principalmente da manifestação política da atuação do Poder Executivo, em uma zona em que este é livre para manifestar sua vontade⁵³.

A subjetividade legislativa não pode ser exercida de forma arbitrária⁵⁴, e o Chefe do Poder Executivo não pode atuar sem nenhum limite, devendo, assim, respeitar suas competências e demais diretrizes básicas atribuídas pela Constituição Federal e demais leis.⁵⁵ Por conseguinte, o controle judicial deve se limitar à sua função de controle para não invadir a competência da função reservada ao Chefe do Poder Executivo no exercício de sua subjetividade

⁴⁹ SADDY, 2014, op. cit., p. 38.

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ RODRÍGUEZ-ZAPATA, Jorge; et al. *Desviación de poder y discrecionalidad del legislador*. In: Libro a Jaime Guasp. Editorial Comares, 1984. p. 529-546.

⁵² SADDY, 2014, op. cit., p. 29.

⁵³ RODRÍGUEZ-ZAPATA, 1984, op. cit. p. 529 – 546.

⁵⁴ Importante salientar que o exercício das subjetvidades (mesmo as de natureza legislativa) não é ilimitado.

⁵⁵ SADDY, 2014, op. cit., p. 31-32.

legislativa⁵⁶. No mesmo sentido, o exercício da subjetividade executiva também possui (ainda mais) limites, sendo mais estrito que a atividade política, uma vez que se trata de função que executa a vontade das normas jurídicas, possuindo controle jurisdicional pleno⁵⁷.

No que tange à manifestação da vontade dos sujeitos na administração pública, o uso do termo discricionariedade normalmente é utilizado para se referir de forma genérica às escolhas que um sujeito toma em nome da Administração Pública, entretanto, considerando o entendimento de André Saddy, a autonomia ou subjetividade do administrador possui distintas modalidades de margem de liberdade.⁵⁸

Conforme leciona Bernardo Diniz de Ayala, “*a autonomia pública é o espaço de livre criação de efeitos jurídicos que resulta de uma norma habilitadora e conformadora da titularidade e exercício do respectivo poder*”⁵⁹ e esta determina uma margem de liberdade que não é absoluta, pois está condicionada a vários aspectos, principalmente os relacionados a competências⁶⁰.

Nesse sentido, a autonomia pública do sujeito engloba diversas espécies, uma vez que, em sua atuação, o administrador público atua sob distintas situações e pode manifestar sua vontade a partir de diferentes modos, considerando as normas e competências que estão ligadas às suas ações. De acordo com André Saddy:

A Administração, no exercício de suas atividades, detém uma série de prerrogativas, todas norteadas de “subjetividade” ou “autonomia”, entre elas, um vasto poder de direção sobre os administrados. Essas valorizações subjetivas que impregnaram toda a atuação da Administração são distintas em função

⁵⁶ RODRÍGUEZ-ZAPATA, 1984, op. cit. 529-546.

⁵⁷ SADDY, 2014, op. cit., p. 40.

⁵⁸ SADDY, André. Atividade apreciativa da administração pública: uma nova visão sobre a discricionariedade administrativa. Revista de Direito Administrativo, v. 277, n. 3, p. 139-168, 2018.

⁵⁹ DE AYALA, Bernardo Diniz. O (défice de) controlo judicial da margem de livre decisão administrativa: (considerações sobre a reserva de administração, as componentes, os limites e os vícios típicos da margem de livre decisão administrativa). Lex, 1995.

⁶⁰ Ibidem.

das diferentes formas de atuação, ou seja, conforme se constituam em um ato administrativo, coação administrativa ou uma atividade técnica ou material administrativa.

Assim o é porque a atuação administrativa necessita de certa liberdade, sendo tal margem inseparável e inescapável da essência mesma da ação humana. A característica da ação humana é precisamente a liberdade. A forma de atribuição diferenciarse-á dependendo da atuação que estiver realizando.

Os sujeitos da administração executam diversas tarefas e atividades para a satisfação dos interesses públicos, sendo atribuído a esses sujeitos uma margem de liberdade (ou não) para a sua atuação⁶¹. A Administração, quando manifesta sua vontade, seja por meio de atos, coação ou atividade técnica ou material, seja outorgada de maneira explícita ou implícita, exerce sua autonomia pública de cinco formas: vinculada, conformadora, discricional, apreciativa ou por meio de conceitos jurídicos indeterminados. Qualquer atribuição da Administração deve ser classificada em apenas uma dessas cinco categorias teóricas.⁶²

No mesmo sentido, ao desenhar, implementar e executar políticas públicas e ações ligadas ao uso de TICs, principalmente de novas tecnologias, bem como em relação à criação e execução do programa *Big Data Social*, o Chefe do Poder Executivo do Ceará irá se valer principalmente da sua subjetividade conformadora e apreciativa. Na sequência, essas duas subjetividades serão identificadas e analisadas, utilizando a perspectiva do programa *Big Data Social*.

3.1 Liberdade de conformação ou configuração do Chefe do Poder Executivo do Governo do Ceará

Todos os tipos de manifestações de vontade estão presentes na Administração, entretanto, a liberdade conformadora é mais evidente na

⁶¹ SADDY, André. Curso de direito administrativo brasileiro: volume 1. Rio de Janeiro. CEEJ, 2022.

⁶² SADDY, 2014, op. cit., p. 42.

Administração direta⁶³. No caso tratado pelo presente estudo, isso fica evidente em relação aos atos do Chefe do Poder Executivo do Estado do Ceará.

O Poder Executivo exerce uma atividade política abrangente e produz atos que são anteriores às normas, atos estes que são realizados a partir de sua função política, como ao estabelecer programas e ações que irão virar normas jurídicas.⁶⁴ Muitos desses atos e ações são realizados a partir da liberdade de conformação do Chefe do Poder Executivo.

Celso Antônio Bandeira de Mello classifica os atos políticos ou de governo da Administração Pública, como “*atos praticados com margem de discricção e diretamente em obediência à Constituição, no exercício de função puramente política, tais o indulto, a iniciativa de lei pelo Executivo, sua sanção ou veto, etc.*”⁶⁵ Ainda, o autor afirma que a disciplina do ato é própria, e que estes são praticados de modo extensamente discricionário⁶⁶.

Considerando, ainda, as definições dadas por André Saddy⁶⁷ em relação às subjetividades, é possível identificar que Celso Antônio Bandeira de Mello se refere de certa forma, à liberdade conformadora, ao utiliza em seu conceito os termos “*margem de discricção*” e “*amplamente discricionário*”⁶⁸ para caracterizar os atos políticos ou de governo.

Marçal Justen Filho cita uma “*função conformadora*”, explanando que esta

“*é o conjunto de poderes para editar regras, produzir decisões e promover sua execução concreta visando a conformar, dentro de certos limites, liberdades e direitos individuais, como meio de produzir a harmonia social*”⁶⁹. Justen Filho também menciona o termo “*discricionariiedade normativa*”, como uma expressão que indica uma competência para complementar normas de comportamento, de forma que as condutas dos sujeitos podem ser consideradas lícitas ou ilícitas, não apenas considerando uma lei, mas ainda um ato administrativo, sendo, assim, a discricionariiedade normativa a formação de

⁶³ SADDY, 2022, op. cit., p 42

⁶⁴ SADDY, 2014, op. cit., p. 42.

⁶⁵ DE MELLO, Celso Antônio Bandeira; ANTÔNIO, Celso. Curso de direito administrativo. 32 edição. Malheiros Editores, 2014, p. 392.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ Cf. a definição de liberdade conformadora / configuradora na p. 17 deste artigo.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 127.

regulamentos. Além disso, Marçal Justen Filho reconhece que questões relacionadas à discricionariedade normativa são as que mais trazem controvérsias⁷⁰.

Em relação aos termos mencionados pelo autor, é possível inferir que ele também se refere à liberdade de conformação ou configuração do sujeito da administração pública ao abordar os termos “*função conformadora*” e “*discricionariedade normativa*”.

A liberdade conformadora é uma subjetividade; uma das formas pelas quais os sujeitos da administração manifestam sua vontade, e, como visto, não está presente apenas na elaboração de normas jurídicas das quais o sujeito que representa a administração pública possui competência para elaborar, porém, como os autores acima denotam, pode ser exercida principalmente por meio dos atos políticos ou de governo, na prática de ações no âmbito da administração pública.

De acordo com a definição de André Saddy⁷¹:

A liberdade de conformação ou de configuração seria a margem de liberdade de quem cria direitos e obrigações ou que os elucida, por meio de atos legislativos, normativo-regulamentares, editais, contratuais, jurisdicionais e até mesmo por tomadas de decisões administrativas que tenham o condão de se transformar em normas jurídicas, além da criação, formulação e do desenho de políticas públicas decorrentes de legitimidade democrática para escolher os meios que reputar adequados e avaliar se, e em que medida, diferentes situações justificam a criação de um direito e uma obrigação ou de uma política pública.

No que diz respeito ao programa *Big Data Social*, é possível verificar o exercício da função política desde os alinhamentos ligados ao programa, assim como nos eventos e encontros promovidos pela Administração Pública,

⁷⁰ Ibidem, p. 252.

⁷¹ SADDY, André; et al. Discricionariedade na área Educacional. Rio de Janeiro: Centro para Estudos Empírico-Jurídicos (CEEJ), 2020, p. 34.

como, por exemplo, o I Encontro de Tecnologia para o Desenvolvimento Social, promovido pela Secretaria do Planejamento e Gestão do Ceará⁷², no qual foi apresentada a plataforma do Programa.

Programas como o *Big Data Social* estão intrinsecamente ligados a políticas públicas (e muitas vezes, os próprios projetos são uma política pública), e demonstram que a vontade conformadora dos sujeitos que atuam em nome da Administração Pública, permeia em todo o ciclo desse tipo de iniciativa.

Política Pública “*é um conjunto de atos unificados por um fio condutor que os une ao objetivo comum de empreender ou prosseguir um dado projeto governamental para o país*”⁷³. Sob a perspectiva de Maria Paula Dallari Bucci⁷⁴, políticas públicas são programas de ação governamental que advém de um processo ou um bloco de processos estruturado por meio de normas, e que seu ciclo de formação engloba (i) estabelecer uma agenda, (ii) especificar alternativas a partir das quais a eleição será feita, (iii) a definição de uma escolha coberta de autoridade entre as alternativas definidas, seja a partir de uma decisão legislativa ou executiva, e (iv) a implementação da escolha⁷⁵, por meio de normas e demais atos ou ações dos sujeitos envolvidos. Assim, o ciclo de formação de uma política pública demanda o exercício de atividades políticas, legislativas e executivas, tendo o Chefe do Poder Executivo, principalmente nessas primeiras, margem de liberdade de conformação / configuração e, como será visto mais a frente, apreciatividade.

Nesse tocante, a partir da criação de políticas públicas ou programas de uso de TICs e / ou da definição de estruturas que estejam ligadas a governança (algorítmica) da Administração Pública, principalmente em relação a TICs automatizadas ou novas tecnologias, como a Infraestrutura de Dados do Ceará e o *Big Data Social*, bem como com base na criação e implementação de políticas públicas ligadas a estas, é possível verificar que o Chefe do Executivo

⁷² INSIGHT LAB. Plataforma Big Data Social é Apresentada no I Encontro de Tecnologia para o Desenvolvimento Social. Fortaleza: Insight Lab, 2022. Disponível em: <https://www.insightlab.ufc.br/plataforma-big-data-social-e-apresentada-no-i-encontro-de-tecnologia-para-o-desenvolvimento-social/>. Acesso em: 10 jul. 2023.

⁷³ DE MELLO, Celso Antônio Bandeira; ANTÔNIO, Celso. Curso de direito administrativo. 32 edição. Malheiros Editores, 2014, p. 838.

⁷⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari (org.) Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 76.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 77.

do Estado do Ceará manifesta a sua vontade de forma conformadora, por meio de atos e atividades relacionadas a essas iniciativas, ou seja, a partir de sua liberdade de configuração ou conformação.

Saddy⁷⁶ menciona que os atos derivados da manifestação de vontade conformadora decorrem da legitimidade democrática do sujeito. No mesmo sentido, o Decreto foi pautado a partir das atribuições do Governador do Estado do Ceará, nos termos do Art. 88, incisos IV e VI, da Constituição Estadual, uma vez que a Constituição Federal, em seu Art. 25, dispõe que os “*Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios da Constituição*”⁷⁷. Assim, conforme o Art. 88, em relação ao Decreto do *Big Data* Ceará, o Governador atua de acordo com a sua competência constitucional estadual de expedir decretos para a fiel execução das leis (inc. IV), bem como dispor sobre a organização e o funcionamento (ou seja, da governança) do Poder Executivo e da administração estadual, na forma da lei (inc. VI)⁷⁸.

O poder ou a faculdade normativa e organizadora⁷⁹ do Governador do Estado do Ceará advém do poder ou prerrogativa do Chefe do Poder Executivo, e seu exercício é realizado a partir de uma margem de liberdade de conformação do sujeito que representa a Administração Pública.

Nesse sentido, é entendimento do Supremo Tribunal Federal⁸⁰ em sede de Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1.149.013, que a disposição de atribuições ou o estabelecimento de obrigações a órgãos da administração pública são matérias de competência exclusiva do Chefe do Executivo. Assim, o executivo tem a liberdade configuradora de estruturar e organizar a administração pública.

⁷⁶ SADDY, 2020, op. cit., p. 34.

⁷⁷ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. 496 p. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf Acesso em: 8 jul. 2023.

⁷⁸ CEARÁ. [Constituição (1989)]. Constituição do Estado do Ceará. Fortaleza: Assembleia Legislativa do Estado do Ceará, 2014. Disponível em: https://www.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2015/07/Constituicao_Estadual.pdf. Acesso em: 3 maio 2023.

⁷⁹ SADDY, 2014, op. cit., p. 94

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 1.149.013 de 15 de maio de 2020. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752725913>. Acesso em: 24 ago. 2023.

A autonomia para organizar a administração pública está intimamente ligada à função normativa ou regulamentar do Poder Executivo, representada pelo Chefe do Executivo, e nela este manifesta a sua vontade de forma conformadora. Nas linhas do que leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁸¹:

Os atos pelos quais a Administração exerce o seu poder normativo têm em comum com a lei o fato de emanarem normas, ou seja, atos com efeitos gerais e abstratos.

[...]

“os atos legislativos não diferem dos regulamentos ou de certas sentenças por sua natureza normativa, mas sim pela originariedade com que instauram situações jurídicas novas, pondo o direito e, ao mesmo tempo, os limites de sua vigência e eficácia, ao passo que os demais atos normativos explicitam ou complementam as leis, sem ultrapassar os horizontes da legalidade”.

Inserese, portanto, o poder regulamentar como uma das formas pelas quais se expressa a função normativa do Poder Executivo. Pode ser definido como o que cabe ao Chefe do Poder Executivo da União, dos Estados e dos Municípios, de editar normas complementares à lei, para sua fiel execução.

Na redação e racional do Decreto Estadual nº. 32.555/2018 (Decreto do *Big Data Ceará*), ato individual regulamentar emanado pelo Governador⁸², é possível observar a manifestação da liberdade conformadora ou configuradora do Governador do Estado do Ceará, uma vez que este, a partir de suas atribuições, edita uma norma com o fim de definir e organizar a governança digital na Administração Pública do Estado.

O Decreto do *Big Data Ceará* “*dispõe sobre o compartilhamento de dados dos órgãos e entidades do Poder Executivo do Estado do Ceará para*

⁸¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 36 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 132.

⁸² *Ibidem*, p. 264.

*permitir sua utilização pelo projeto “Big Data Ceará” e dá outras providências”*⁸³. A conformação dessas disposições pelo Governador, pode ser identificada, principalmente, nos artigos abaixo:

Art. 1º Este Decreto **institui a Infraestrutura de Dados do Ceará**, instrumento de **execução da política estadual de garantia e facilitação do acesso aos dados e informações produzidos ou custodiados pelo Poder Executivo Estadual**.

Art. 2º Fica **criado** o Programa “Big Data Ceará”, o qual será implantado a partir da Infraestrutura de Dados instituída por este Decreto.

Art. 3º **Sujeitam-se ao disposto neste Decreto** os órgãos da administração direta, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pelo Poder Executivo Estadual.

Art. 4º A Infraestrutura de Dados do Ceará tem como **objetivos:**

I - **definir, estruturar e coordenar** a política de dados do Ceará, bem como estabelecer o seu modelo de funcionamento;

(...)

Art. 10. Os dados compartilhados pelos órgãos e entidades do Poder Executivo do Estado ao Ipece **serão utilizados com a finalidade**, dentre outras, de alimentar o programa “Big Data Ceará”, que permitirá **elaborar pesquisas no tocante ao desenho, avaliação e monitoramento das principais políticas públicas do Estado do Ceará**.

(...)

⁸³ SECRETARIA DO PLANEJAMENTO E GESTÃO DO ESTADO DO CEARÁ. Decreto Estadual nº. 32.555/2018. Disponível em: <https://www.seplag.ce.gov.br/wp-content/uploads/sites/14/2020/01/DECRETO-N-32-555-de-22-03-2018-Big-Data-Ceará.pdf>. Acesso em: 3 de junho de 2023

Art. 7º A gestão do programa “Big Data Ceará”, a ser implantada sobre a Infraestrutura de Dados estabelecida por este Decreto, será exercida pelo Ipece.

Art. 8º Compete ao Ipece:

I - **constituir** equipe técnica de trabalho, composta por cientistas de dados e outros especialistas técnicos e científicos que se fizerem necessários, a fim de implantar e conduzir o programa “Big Data Ceará”;

II - **definir**, através da equipe acima mencionada, em colaboração com a Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico (Funcap), projetos técnicos e científicos de integração, visualização, análise de dados e avaliação de políticas públicas, propiciados pelo programa “Big Data Ceará”. (grifo meu)⁸⁴

Diferentemente da discricionariedade (potencial)⁸⁵, em que existe uma margem relativa de liberdade conferida por uma norma jurídica à Administração Pública para a adoção ou não da atuação, entre opções oferecidas alternativas e / ou disjuntivamente, que melhor atenda aos interesses públicos⁸⁶, quanto ao mencionado Decreto, a liberdade de conformação do Governador - subjetividade que não pode se confundir com a discricionariedade e que gera direitos e obrigações - pode ser identificada: (i) na criação e execução de políticas públicas de assistência social pelo Poder Executivo Estadual, bem como nas ações de fomento ao desenvolvimento de novas tecnologias, que decorrem da legitimidade democrática do Governador do Estado do Ceará; (ii) no ato de editar decretos e normas relacionadas à assistência social, como em ações realizadas para executar o Programa Mais Infância; (iii) na abertura de espaço de autonomia (subjetividades) para os órgãos vinculados ao Poder Executivo Estadual, como o Ipece e o Íris.

⁸⁴ Ibidem.

⁸⁵ De acordo com Saddy, somente ocorrerá a discricionariedade efetiva se todas as opções forem igualmente válidas no caso concreto (SADDY, 2014. op. cit., p.137) .

⁸⁶ SADDY, 2014. op. cit., p. 133.

O Programa *Big Data* Social está diretamente ligado à criação e execução de políticas públicas pelo Poder Executivo Estadual, bem como ao fomento ao desenvolvimento de novas tecnologias que decorrem da legitimidade democrática do Governador do Estado do Ceará. Conseqüentemente, o ato de editar decretos e normas relacionadas a esse escopo, também se relaciona ao exercício da liberdade de conformação / configuração.

A liberdade de conformação / configuração do Governador do Estado, também pode ser comparada principalmente com a discricionariedade política que cita Eva Desdentado⁸⁷, uma vez que o órgão realiza eleições para a satisfação do interesse público num âmbito de poder de decisão reconhecido e atribuído pelo ordenamento jurídico. Além disso, ao escolher utilizar novas tecnologias e TICs por meio da criação e / ou para a execução de políticas públicas, o Poder Executivo Estadual atua com liberdade de conformação / configuração do tipo forte⁸⁸, dado que, de acordo com os requisitos originalmente traçados por Eva Desdentado, o Governador tem que atuar com iniciativa, realiza escolhas a partir de critérios que não figuram no ordenamento jurídico e tem neste um núcleo de poder decisional (competências do Governador dispostas na Constituição Estadual).

É relevante ter em mente que as TICs podem aumentar a democratização e o nível de transparência, entretanto, podem violar princípios da administração pública e leis federais e constitucionais⁸⁹, motivo este pelo qual o administrador público, ao exercer sua liberdade de conformação, deve sempre observar a correta aplicação de programas e políticas públicas, bem como de novas tecnologias, para que estas sempre estejam voltadas para a satisfação do interesse público e alinhadas com os requisitos da lei.

3.2 Apreciatividade

Outra subjetividade que pode ser identificada em relação à manifestação da vontade do Governador do Estado do Ceará na criação e

⁸⁷ DESDENTADO DAROCA, Eva. Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial. 2. ed. Pamplona: Aranzadi, 1999, p. 81.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 76.

⁸⁹ MARRARA, op. cit. p. 25–521.

execução do Programa *Big Data Social* é a apreciatividade administrativa⁹⁰.

De acordo com André Saddy, a “*apreciatividade é aquela margem de liberdade que a administração dispõe para adotar uma eleição/decisão, normalmente rápida e rotineira, ante situações de fato que assim requeiram*”⁹¹. A apreciatividade, diferentemente da discricionariedade (que está contida na norma), irá proceder de outras fontes, como, por exemplo, de orientações e atuações políticas e operacionais referentes ao uso das tecnologias envolvidas no *Big Data Social*, de ajustes referentes a quais sistemas e / ou linguagens de código serão utilizadas para o desenvolvimento das plataformas do programa, na tomada de decisão em relação a quais variáveis (categorias de dados) são relevantes para a plataforma do *Big Data Social*, e até mesmo a partir das decisões dos sujeitos sobre quais dados ou informações serão relevantes para tomar uma determinada medida.

Conforme explana Saddy⁹²:

a apreciatividade, normalmente, é concedida por outras fontes que não são as normas de conduta e competência, como as orientações políticas do governo; as diretrizes efetuadas pela própria Administração; a autoridade administrativa hierárquica; os códigos de conduta e ética; os guias, os manuais da atividade; os treinamentos; as escolas de formação; a resolução contínua de igual forma de hipóteses semelhantes (aspectos conhecidos como o precedente administrativo); a celebração prévia ao exercício do poder de um convênio de um sujeito privado; as declarações de juízo emitidas por um órgão distinto daquele a quem corresponde iniciar, instruir ou resolver o procedimento, conhecido como informe; e até, inclusive, a intuição.

⁹⁰ Neste estudo, a apreciatividade administrativa será abordada considerando o entendimento de André Saddy. Sobre o tema c.f. SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. 474 p.

⁹¹ SADDY, 2018. Op. cit., p. 139-168.

⁹² Ibidem, p. 159.

Assim, a apreciatividade dos sujeitos na Administração Pública permeia todos os atos e ações destes, uma vez que se manifesta durante as dinâmicas do cotidiano, da rotina da Administração. É subjetiva, e somente a Administração possui essa subjetividade; é derivada da indeterminação do Direito, permeando as ações que não demandam prévio procedimento administrativo ou atos administrativos formais, e é volitiva, ou seja, resulta da intenção do sujeito⁹³. Essa subjetividade pode ser observada, por exemplo, na própria Plataforma do *Big Data Social*⁹⁴, onde são distribuídas e dispostas as informações sobre o Programa Mais Infância, bem como outros dados escolhidos pelos sujeitos que representam a Administração.

No caso do uso de TICs, principalmente as automatizadas, também será possível aferir o reflexo da apreciatividade nas decisões geradas pela tecnologia ou a partir dos atos administrativos informáticos, que são atos que decorrem da automação administrativa⁹⁵. Nesse caso, é relevante que o sujeito responsável por tomar decisões relacionadas à governança digital (ou algorítmica) administrativa compreenda se as normas relacionadas aos atos informáticos são vinculadas ou abrem margem para subjetividades, como a apreciatividade ou a discricionariedade, uma vez que casos que demandem uma tomada de decisão automatizada devem ser operados de forma conhecida (transparente) e sob o controle dos sujeitos da administração⁹⁶.

Não foram identificadas menções a funcionalidades de decisões automatizadas nas informações relacionadas ao Programa *Big Data Social*, entretanto, conforme foi mencionado nesse artigo, a tendência é a de que iniciativas públicas que abarquem grandes volumes de dados (*big data*) passem gradualmente a implementar novas tecnologias, automatizar processos e a tomar decisões baseadas em dados; portanto, é relevante que os sujeitos da administração pública estejam cientes e levem em consideração em sua governança que atos informáticos devem ser configurados e ativados mediante requisitos que resguardem o interesse público, a transparência e o arcabouço legal, principalmente considerando que a apreciatividade dos sujeitos

⁹³ SADDY, André. *Apreciatividade e discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: 2 ed., CEEJ, 2020, p. 471-472.

⁹⁴ GOVERNO DO CEARÁ. *Plataforma Big Data Social*. 2023. Disponível em: <https://bigdatasocial.irislab.ce.gov.br>. Acesso em: 1 de maio de 2023.

⁹⁵ SADDY, 2018. Op. cit.

⁹⁶ *Ibidem*.

envolvidos está presente em etapas significativas do processo de criação e gestão dessas funcionalidades.

Conclusões

A participação de TICs nas atividades e na rotina da Administração Pública é latente. Esse fato levanta preocupações e questionamentos sobre como lidar com esse novo cenário, bem como sobre os efeitos das TICs na Administração Pública e o papel dos sujeitos que a representam nesta nova conjuntura.

Com base nos argumentos expostos neste artigo, e a partir da perspectiva do Programa *Big Data* Social do Estado do Ceará, foi possível identificar e avaliar as subjetividades de conformação e de apreciatividade que o Chefe do Poder Executivo do Estado do Ceará exerce com o fim de utilizar (novas) tecnologias ou criar políticas públicas voltadas à governança digital na Administração Pública, principalmente no âmbito da assistência social.

Ao pesquisar sobre o tema liberdade de conformação, muito se lê sobre a conformação da atividade típica do legislador, entretanto, esse artigo buscou demonstrar que a liberdade de conformação também pode ser identificada nos atos dos sujeitos que representam a Administração Pública, sendo a liberdade de conformação / configuração a margem de liberdade do sujeito na Administração de criar direitos e obrigações ou de os esclarecer por meio de normas e atos. Nesse sentido, foi possível aferir que saber identificar outras subjetividades que não apenas a discricionariedade, impacta na compreensão dos atos administrativos, bem como no estabelecimento de limites a estes e em seu controle.

Ainda, foi possível trazer alguns elementos que abordassem o conceito de apreciatividade administrativa, bem como alguns exemplos a partir do Programa *Big Data* Social. A apreciatividade administrativa permeia, assim, todos os atos administrativos, e decorre das atividades rotineiras e diárias dos sujeitos da administração, tendo como elementos essenciais sua subjetividade, uma vez que somente a Administração Pública possui essa subjetividade, a derivação da indeterminação do Direito e a volição do sujeito⁹⁷.

⁹⁷ SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: 2 ed., CEEJ, 2020, p. 471-472.

Para exercer suas atribuições, principalmente as de natureza política e derivadas de sua legitimidade democrática, o Chefe do Executivo precisa contar com uma ampla margem de liberdade, entretanto, esta margem deve ser exercida com a devida observância a suas atribuições dispostas na Constituição (Federal e Estadual) e nos limites estabelecidos na lei, assim como não se desviar do interesse público, instituto que, principalmente em relação à governança digital na Administração Pública, deve sempre ser observado.

Nesse mesmo sentido, qualquer tentativa de combinar atos humanos e algorítmicos ou de automatizar processos deve, por primazia, observar o interesse público, bem como as subjetividades que podem estar envolvidas nos atos da Administração, para que seja assegurado que o sujeito que representa a Administração Pública possui atribuições e margem de liberdade para realizar tais atos, e a partir de quais limites (devendo estes serem respeitados). Com a observância desses fatores, a utilização de TICs poderá servir como meio de promover justiça social e dar assistência necessária e eficaz à população, com a devida observância aos critérios legais.

Referências

BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de Dados Pessoais - A Função e os Limites do Consentimento. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. 496 p. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf Acesso em: 8 jul. 2023.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 2338, de 3 de maio de 2023. Dispõe sobre o uso da Inteligência Artificial. Brasília: Senado Federal, 2023. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/157233>. Acesso em: 10 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 1.149.013 de 15 de maio de 2020. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752725913>. Acesso em: 24 ago. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1139/2022. Relatório de levantamento de tecnologias emergentes - Inteligência Artificial. Processo n.º

006.662/2021-8. Relator: Aroldo Cedraz. Plenário, 25 de mai. de 2022.
Disponível em:

<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordaoCompleto/666220218.PR OC/COPIATIPO%253A%2522AC%25C3%2593RD%25C3%2583O%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0>. Acesso em: 10 jul. 2023.

BUCCI, Maria Paula Dallari (org.) Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2013.

CEARÁ. [Constituição (1989)]. Constituição do Estado do Ceará. Fortaleza: Assembleia Legislativa do Estado do Ceará, 2014. Disponível em: https://www.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2015/07/Constituicao_Estadual.pdf. Acesso em: 3 maio 2023.

CEARÁ. Decreto nº 32.555, de 22 de mar. de 2018. Dispõe sobre o compartilhamento de dados dos órgãos entidades do Poder Executivo do Estado do Ceará [...]. Fortaleza: Poder Executivo do Estado do Ceará, 2018. Disponível em: <https://www.seplag.ce.gov.br/wp-content/uploads/sites/14/2020/01/DECRETO-N-32-555-de-22-03-2018-Big-Data-Ceara.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2023.

CEARÁ. Decreto nº 34.292, de 7 de out. de 2021. Altera o decreto n. 33.417, de 30 de dezembro de 2019, nos termos que indica, e dá outras providências. Fortaleza: Poder Executivo do Estado do Ceará, 2021. Disponível em: <https://irislab.ce.gov.br/wp-content/uploads/2023/01/Diario-Oficial-SECAO-VI-Criacao-IRIS.pdf>. Acesso em: 3 maio 2023.

CEARÁ. Lei nº 17.380, de 5 de jan. de 2021. Consolida e atualiza a legislação do programa mais infância Ceará [...]. Fortaleza: Assembleia Legislativa do Estado do Ceará, 2021. Disponível em: <https://belt.al.ce.gov.br/index.php/component/k2/item/7160-lei-n-17-380-05-01-2021-d-o-05-01-2>. Acesso em: 3 maio 2023.

CGI.BR – COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação no setor público brasileiro: TIC Governo Eletrônico 2019. São Paulo: CGI.br, 2020a. p. 25, 77, Disponível em: <https://www.cetic.br/pt/pesquisa/governo-eletronico/>. Acesso em 8 jul. 2023.

DE AYALA, Bernardo Diniz. O (défice de) controlo judicial da margem de livre decisão administrativa:(considerações sobre a reserva de administração,

as componentes, os limites e os vícios típicos da margem de livre decisão administrativa). Lisboa: Lex, 1995.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira; ANTÔNIO, Celso. Curso de direito administrativo. 32 ed. Malheiros Editores, 2014.

DESDENTADO DAROCA, Eva. Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial. 2. ed. Pamplona: Aranzadi, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 36 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2023.

EUROPEAN COMMISSION. European Digital Rights and Principles. 2023. Disponível em: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/digital-principles>. Acesso em 10. jul. 2023.

GOMES, Amélia. Plataforma Big Data Social integra e analisa dados e informações da proteção social do Ceará. Ceará: Portal do Governo do Estado do Ceará, 2021. Disponível em: <https://www.ceara.gov.br/2021/10/21/plataforma-big-data-social-integra-e-analisa-dados-e-informacoes-da-protecao-social-do-ceara/>. Acesso em: 4 maio 2023.

GOVERNO DO CEARÁ. Plataforma Big Data Social. 2023. Disponível em: <https://bigdatasocial.irislab.ce.gov.br>. Acesso em: 1 de maio de 2023.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira, 2022, p. 61.

INSIGHT LAB. Plataforma Big Data Social é Apresentada no I Encontro de Tecnologia para o Desenvolvimento Social. Fortaleza: Insight Lab, 2022. Disponível em: <https://www.insightlab.ufc.br/plataforma-big-data-social-e-apresentada-no-i-encontro-de-tecnologia-para-o-desenvolvimento-social/>. Acesso em: 10 jul. 2023.

ÍRIS– LABORATÓRIO DE INOVAÇÃO E DADOS DO ESTADO DO CEARÁ. BIG DATA SOCIAL. 2023. Disponível em: <https://irislab.ce.gov.br/produto/big-data-social/>. Acesso em: 1 de maio de 2023.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARRARA, T. (2011). Direito Administrativo e novas tecnologias. Revista De Direito Administrativo, 256, p. 225–521.

MEDAUAR, Odete. O direito administrativo em evolução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 230-231.

MORENO, Fernando Sainz. Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico. Revista española de Derecho Administrativo, n. 8, p. 63-94, 1976.

MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO. Estratégia Brasileira para a Transformação Digital (E-Digital). 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/transformacaodigital/estrategia-digital>. Acesso em 10 jul. 2023.

O GLOBO. Governo do Rio abrirá licitação para câmeras de reconhecimento facial e placas de veículos. O Globo, Rio de Janeiro, 16 jun. 2023. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/noticia/2023/06/governo-do-estado-abre-licitacao-para-cameras-de-reconhecimento-facial-e-de-placas-de-veiculos.ghtml>. Acesso em: 10 jul. 2023.

OECDiLibrary. Information and communication technology (ICT). 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/04df17c2-en>. Acesso em: 8 jul. 2023.

PROGRAMA DESBUROCRATIZE. Governo Digital: Uma política de fato ou uma política simbólica? Youtube, 30 de set. de 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Tt6a7ABUs6c&t=1s>. Acesso em: 13 jul. 2023.

REIS, Carolina; ALMEIDA, Eduarda; DA SILVA, Felipe; DOURADO, Fernando. Relatório sobre o uso de tecnologias de reconhecimento facial e câmeras de vigilância pela administração pública no Brasil. Brasília: Laboratório de Políticas Públicas e Internet, 2021. Disponível em: <https://lapin.org.br/2021/07/07/vigilancia-automatizada-uso-de-reconhecimento-facial-pela-administracao-publica-no-brasil/>. Acesso em: 10 jul. 2023.

RODRÍGUEZ-ZAPATA, Jorge; et al. Desviación de poder y discrecionalidad del legislador. In: Libro a Jaime Guasp. Editorial Comares, 1984. p. 529-546.

SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. 474 p.

SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: 2 ed., CEEJ, 2020, p. 471-472.

SADDY, André. Atividade apreciativa da administração pública: uma nova visão sobre a discricionariedade administrativa. Revista de Direito Administrativo, v. 277, n. 3, p. 139-168, 2018.

SADDY, André. Curso de direito administrativo brasileiro: volume 1. Rio de Janeiro. CEEJ, 2022.

SADDY, André et al. Discricioniedade na área Educacional. Centro para Estudos Empírico-Jurídicos (CEEJ), 2020.

VELOSO, Lucas; FELICIO, Ana Beatriz. Sem acesso a internet, famílias não conseguem usar auxílio emergencial. Folha de São Paulo. São Paulo, 20 de abr. de 2021. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2021/04/sem-acesso-a-internet-familias-nao-conseguem-usar-auxilio-emergencial.shtml>. Acesso em 10 jul. 2023.

ZYLBERKAN, Mariana; DIAS, Paulo Eduardo. Governo quer implantar reconhecimento facial e Justiça terapêutica na cracolândia em São Paulo. Folha de São Paulo, São Paulo, 23 jan. 2023. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2023/01/governo-quer-implantar-reconhecimento-facial-e-justica-terapeutica-na-cracolandia-em-sao-paulo.shtml>. Acesso em: 10 jul. 2023.

A SUBJETIVIDADE DO DEFENSOR PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO NA RECUSA DE ATENDIMENTO EM DEMANDAS CÍVEIS

Guilherme Silva Peixoto Gomes

Mestrando em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (PPGDC/UFF). Bacharel em Direito (UFF) e advogado. Contato: guilhermegomes@id.uff.br

Sumário: Introdução; 1. A Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro: função institucional e legislação de regência; 1.1 A atuação da Defensoria Pública para além da simples hipossuficiência: a evolução do conceito de necessidade e a defesa dos vulneráveis; 2. A subjetividade na recusa de atendimento por parte do defensor público do estado do Rio de Janeiro; 2.1 A discricionariedade e as demais subjetividades dos agentes públicos; 2.2 A subjetividade na caracterização da hipossuficiência; 2.3 A subjetividade na caracterização da vulnerabilidade; 2.4 A subjetividade na aferição do direito e do interesse do assistido; Conclusões; Referências

Introdução

A Defensoria Pública é uma instituição fundamental à plena realização da democracia, concebida, sobretudo, para prestar assistência jurídica gratuita aos necessitados – garantindo o direito previsto no art. 5º, inc. LXXIV da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB)¹ – e para mover a jurisdição a seu favor, nos termos do art. 134 da CRFB.

Assim, considerando que a Defensoria Pública é uma instituição do Estado brasileiro, seus membros naturalmente são considerados agentes públicos, entendidos esses como “*os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente*”². Dentro do vasto leque de espécies desse gênero, Humberto Peña de Moraes e José Fontenelle Teixeira da Silva classificam os defensores públicos como agentes políticos, alçando-os a

¹ “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 226.

posição análoga à dos magistrados e membros do Ministério Público, como se vê³:

Pelo fato, os Defensores Públicos fluminenses, desempenhando com liberdade técnica as suas atribuições institucionais, dotados de prerrogativas e responsabilidades próprias, além de destinatários de normas específicas para a investidura e conduta previstas na Constituição Estadual e leis complementares, se inserem, ao lado dos membros da Magistratura, dos do Ministério Público e dos Procuradores do Estado, entre os agentes políticos do Estado, circunstância que os diferencia dos servidores incluídos na espécie de agentes administrativos e sujeitos, portanto, ao regime estatutário comum.

Em sentido contrário, Maria Sylvia Zanella Di Pietro adota uma concepção mais restrita de agente político, entendendo que se amoldam ao gênero apenas os agentes públicos que exercem típicas atividades de governo e exercem mandato, para o qual são eleitos ou nomeados. A autora exclui, assim, expressamente a Defensoria Pública do rol de agentes políticos. Nesse sentido⁴:

O mesmo se diga com relação aos membros do Ministério Público e do Tribunal de Contas, o primeiro exercendo uma das funções essenciais à justiça, ao lado da Advocacia-Geral da União, da Defensoria Pública e da Advocacia, e o segundo a função de auxiliar do Legislativo no controle sobre a Administração. Em suas atribuições constitucionais, nada se encontra que justifique a sua inclusão entre

³ MORAES, Humberto Peña de. SILVA, José Fontenelle Teixeira da. Assistência Judiciária: Sua Gênese, Sua História e a Função Protetiva do Estado. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1984, p. 122.

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1.237.

as funções de governo; não participam, direta ou indiretamente, das decisões governamentais.

Embora a questão seja evidentemente controversa, preferimos a corrente exposta por Humberto Peña de Moraes e José Fontenelle, dado que, posteriormente, Di Pietro passou a reconhecer um movimento que defende a inclusão de magistrados e membros do Ministério Público na categoria de agentes políticos, diante das suas funções de controle que lhe foram atribuídas pela CRFB⁵. Ocorre que não vemos motivo para incluir a categoria de membros do Ministério Público na condição de agentes políticos e não estender o mesmo tratamento aos defensores públicos, que têm sido cada vez mais equiparados àqueles, inclusive com funções de controle e intervenção em processos, como será visto no tópico relativo ao instituto do *custos vulnerabilis*.

Noutro plano, não se ignora que o exercício das funções estatais confere ao agente público “*uma carga subjetiva ou de autonomia, uma valoração guiada de subjetividades, derivada de uma tomada de decisões inerentes a quem possui um dever e precisa expressá-lo*”, que, nas palavras de André Saddy⁶, é chamada de subjetividade pública⁷.

Nesse contexto, considerando a importância do papel conferido ao defensor público pelo constituinte, importa investigar as hipóteses em que a sua subjetividade pública lhe permite recusar o pedido de atendimento de um assistido em potencial. Em outras palavras, o objetivo deste artigo é compreender em quais hipóteses é permitido ao defensor público deixar de atender uma pessoa natural que busque assistência jurídica gratuita junto à Defensoria, bem como classificar as espécies de subjetividade pública que permeiam a sua tomada de decisão, seja pela concessão ou pela recusa de atendimento.

Considerando a pluralidade de defensorias públicas existentes na federação brasileira, bem como a necessidade de delimitação do objeto do

⁵ “É necessário reconhecer, contudo, que atualmente há uma tendência a considerar os membros da Magistratura e do Ministério Público como agentes políticos”. *Ibid*, p. 1.238.

⁶ SADDY, André. *Apreciatividade e Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 27.

⁷ A opção terminológica pelo gênero subjetividade pública é feita neste trabalho por se entender que o conceito mais comumente empregado para se referir a essa autonomia dos agentes públicos – a discricionariedade administrativa – é, na verdade, justamente uma das espécies de subjetividade pública, como será visto ao final do artigo.

presente trabalho, optou-se por pesquisar especificamente o cenário da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (DPERJ), tanto pelo maior acesso que se teria à instituição caso necessário, por ser sediada no mesmo estado brasileiro em que o programa de pós-graduação a que estão vinculados o autor e o coordenador da obra, quanto pela importância histórica da DPERJ, que inspirou a estruturação de outras defensorias por todo o Brasil⁸.

Ainda diante da necessidade de restringir o objeto de pesquisa, pontue-se que foram analisadas apenas as hipóteses de atendimento relativas a demandas cíveis, excluindo-se, assim, as causas de natureza penal.

Com isso em mente, realizou-se uma consulta aos estatutos normativos que regem a atuação da DPERJ, passando desde a constituição e a lei orgânica respectiva, nos planos federal e estadual, até as suas resoluções e deliberações internas, buscando os pontos de conexão com o que diversos autores de direito administrativo nacionais e estrangeiros lecionam sobre a discricionariedade e as demais subjetividades públicas.

Feita a introdução, passa-se a uma breve revisão das normas constitucionais e legais que regulamentam a DPERJ, especialmente no que tange à prerrogativa do defensor público de deixar de atuar em determinadas situações.

1. A Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro: função institucional e legislação de regência

À Defensoria Pública, a Constituição de 1988 guardou especial tratamento – o que não poderia ser diferente, dado o seu reconhecido caráter social, que acabou por lhe conferir a alcunha de “*constituição cidadã*”⁹. Nessa linha, dispôs o já mencionado art. 134 da CRFB, em sua redação originária, que a Defensoria Pública é “*instituição essencial à função jurisdicional do Estado,*

⁸ “*Em sua origem próxima, o cargo de defensor público remonta a meados do século XX no Rio de Janeiro e no antigo Distrito Federal do Brasil*”. In: MAIA, Maurílio Casas. O Modelo Constitucional de Assistência Jurídica (Defensoria Pública) e o Sistema Federativo: Defensorias Municipais? O Caso da ADPF 279. *Revista dos Tribunais: RT*. São Paulo, SP, v. 987, ano 107, pp. 127-158, jan. 2018. Ainda sobre o tema, ver: GALLIEZ, Paulo. *Princípios Institucionais da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 17.

⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 500.

incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados [...]”.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 80, o constituinte reformador acrescentou à Defensoria Pública as qualidades de “*instituição permanente*” e de “*expressão e instrumento do regime democrático*”, bem como as atribuições de promover os direitos humanos e defender os direitos individuais e coletivos dos necessitados, dentre outros pontos¹⁰, como já constava da redação original do art. 179 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro de 1989 (CERJ).

De todo modo, a Defensoria Pública é considerada uma “*função essencial à Justiça*”, eis que prevista no capítulo homônimo do texto constitucional (Capítulo IV do Título IV). Para Uadi Lammêgo Bulos¹¹, funções essenciais à Justiça são “*atividades profissionais, públicas ou privadas, propulsoras da jurisdição. Sem elas, o Poder Judiciário não seria chamado para dirimir litígios, pois não há juiz sem autor*”.

No plano infraconstitucional, a Defensoria Pública é regida pela Lei Complementar nº 80/1994 e pela Lei Complementar nº 06/1977 do Estado do Rio de Janeiro. Em ambas, adiante-se, há previsão expressa que, mediante a atribuição de subjetividade ao defensor público, lhe permite deixar de atuar fundamentadamente perante certas hipóteses.

Quanto ao ponto, reza o art. 128, inc. XII, do diploma federal que é prerrogativa do defensor público “*deixar de patrocinar ação, quando ela for manifestamente incabível ou inconveniente aos interesses da parte sob seu patrocínio*”, em redação idêntica à do art. 23 da Lei Complementar Estadual nº 06/1977.

Ato contínuo, o art. 129, inc. VII, da Lei Complementar nº 80/1994 dispõe que é dever da Defensoria Pública “*interpor os recursos cabíveis para qualquer instância ou Tribunal, sempre que encontrar fundamentos na lei, jurisprudência ou prova dos autos*”. Em qualquer dos casos, as razões da recusa devem ser apresentadas ao Defensor Público-Geral ou à Corregedoria-Geral, o

¹⁰ “*A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal*”.

¹¹ BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 11ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 1.417.

que está diretamente ligado à previsão do art. 4º-A, inc. III, da mesma peça legislativa, segundo o qual é direito do assistido da Defensoria Pública “o direito de ter sua pretensão revista no caso de recusa de atuação pelo Defensor Público”.

Para que se possa adentrar ao debate central do presente artigo, um tema preliminar deve ser abordado, qual seja, a gradual expansão interpretativa do conceito de “*necessitados*” constante do art. 134 da CRFB, que teve como resultado a ampliação das hipóteses de atuação da Defensoria Pública, o que será feito no próximo item.

1.1 A atuação da Defensoria Pública para além da simples hipossuficiência: a evolução do conceito de necessidade e a defesa dos vulneráveis

Embora originalmente o conceito de “*necessitados*” que seriam assistidos pela Defensoria Pública estivesse atrelado a uma simples hipossuficiência econômica, houve uma gradual expansão do que se entende por essa “*necessidade*”, que passou a ser considerada sinônimo de vulnerabilidade. Quanto ao tema, cita-se lição de Franklyn Roger Silva Alves¹²:

Por essa razão, o termo “*necessitados*” (art. 134 da CRFB) deve ser compreendido como verdadeira chave hermenêutica, capaz de englobar toda a amplitude do fenômeno da carência, em suas diversas concepções. Isso porque a atuação institucional motivada pela necessidade econômica (art. 134 c/c art. 5º, LXXIV da CRFB) representa para a Defensoria Pública apenas o mínimo constitucional, não podendo ser afastada a tutela objetiva de direitos fundamentais em razão da necessidade social, cultural, organizativa ou processual.

Justamente por isso, através de uma interpretação teleológica do texto constitucional, foram legalmente atribuídas à Defensoria Pública funções

¹² SILVA, Franklyn Roger Alves, et al. Princípios Institucionais da Defensoria Pública; Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 288.

institucionais voltadas para a tutela dos direitos e interesses de sujeitos em situação de vulnerabilidade jurídica ou de grupos organizacionalmente frágeis.

Em semelhante entendimento, Maurílio Casas Maia¹³ reforça que “a abertura semântica e hermenêutica da expressão ‘necessitados’ e o papel social e jurídico da Defensoria Pública findaram por aproximá-la, na teoria e na prática, dos segmentos sociais mais vulneráveis”, de modo que “a vinculação da missão defensorial para com os agrupamentos vulneráveis deve ser visualizada com a superação dos obstáculos decorrentes da exigência de observância de fatores da hipossuficiência do tipo econômico-financeiro”¹⁴.

Nesse passo, o art. 4º, inc. XI, da Lei Complementar nº 80/1994 prevê, em rol declaradamente exemplificativo, que é função institucional da Defensoria Pública promover a defesa dos direitos individuais e coletivos de grupos presumidos como vulneráveis, a saber, as crianças e os adolescentes, os idosos, as pessoas portadoras de necessidades especiais e as mulheres vítimas de violência doméstica e familiar.

Um dos capítulos mais recentes na história da gradual evolução do conceito de necessidade – e do empoderamento da Defensoria Pública que vem ocorrendo em paralelo – foi a admissão da Defensoria Pública da União como *custos vulnerabilis* em julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ), sendo essa uma forma interventiva da Defensoria Pública em nome próprio e em prol da sua função institucional de tutelar os interesses dos vulneráveis, em posição análoga à função de *custos legis* exercida pelo Ministério Público¹⁵.

¹³ MAIA, Maurílio Casas. A Defensoria Pública Enquanto Institucionalização Constitucional da Defesa dos Vulneráveis Frente à Ordem Jurídica e aos Poderes Públicos. In: Sociedade e Estado: do direito de defesa às garantias fundamentais do cidadão frente ao Estado. Organização: André L. Costa-Corrêa, et al. Porto Alegre: Paixão, 2017, p. 156.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ “Segundo a doutrina, *custos vulnerabilis* representa uma forma interventiva da Defensoria Pública em nome próprio e em prol de seu interesse institucional (constitucional e legal), atuação essa subjetivamente vinculada aos interesses dos vulneráveis e objetivamente aos direitos humanos, representando a busca democrática do progresso jurídico-social das categorias mais vulneráveis no curso processual e no cenário jurídico-político [...]. Assim, tendo em conta que a tese proposta no recurso especial repetitivo irá, possivelmente, afetar outros recorrentes que não participaram diretamente da discussão da questão de direito, bem como em razão da vulnerabilidade do grupo de consumidores potencialmente lesado e da necessidade da defesa do direito fundamental à saúde, a Defensoria Pública da União está

Enfim, essa concepção ampla de necessidade – que inclui diversos grupos presumivelmente vulneráveis – se reflete de forma direta nas hipóteses de atendimento da Defensoria Pública e, por isso mesmo, exigirão a análise do critério da vulnerabilidade por parte do defensor perante o caso concreto, o que, por vezes, ocorrerá de forma subjetiva, conforme será abordado no tópico a seguir.

2. A subjetividade na recusa de atendimento por parte do defensor público do Estado do Rio de Janeiro

Para estabelecer parâmetros a serem utilizados pelo defensor público diante do requerimento de assistência jurídica pelo interessado, o Conselho Superior da DPERJ elaborou a Deliberação CS/DPGE nº 124/2017, a ser destrinchada nos próximos itens. Adiante-se, resumidamente, que o art. 1º dessa Deliberação sistematiza as quatro hipóteses de não atendimento até então trazidas pela legislação, quais sejam, não comprovação da vulnerabilidade ou hipossuficiência, inviabilidade jurídica ou inconveniência aos interesses da parte.

Além dessas, o mesmo dispositivo prevê que o atendimento poderá ser denegado quando o caso não for de atribuição da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, o que é bastante intuitivo – como seria o exemplo de uma parte residente e domiciliada em São Paulo ou na Bahia que, em trânsito pelo estado do Rio de Janeiro, buscasse orientação jurídica sobre um processo judicial que tramitasse no tribunal de justiça do seu estado de origem.

Por seu turno, para regulamentar o procedimento a ser adotado quando houver recusa de patrocínio por parte do defensor, editou-se a Resolução DPERJ nº 1.131/2022, no exercício da liberdade configuradora concedida ao Defensor Público-Geral do Estado – conceito a ser melhor trabalhado no próximo item.

Segundo o art. 2º da Resolução nº 1.131/2022, a recusa deverá ser comunicada ao interessado por escrito em até dez dias, ressalvados os casos de urgência. Caso a recusa ocorra por alegada não comprovação da vulnerabilidade ou hipossuficiência, estatui o art. 3º da mesma Resolução que será aberto novo prazo de dez dias para reanálise da questão pelo Defensor

legitimada para atuar como custos vulnerabilis”. (EDcl no REsp 1.712.163-SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, Segunda Seção, por unanimidade, julgado em 25/09/2019, DJe 27/09/2019)

Público-Geral do Estado, em recurso hierárquico que, se provido, ensinará o atendimento pelo defensor público tabelar.

Caso a recusa de atendimento ocorra pela suposta inviabilidade jurídica da medida ou pela inconveniência aos interesses da própria parte, o art. 6º da Resolução nº 1.131/2022 prevê que o assistido deverá ser encaminhado ao defensor público tabelar, que praticará o ato ou confirmará o entendimento do defensor natural, oficiando o Defensor Público-Geral. Se este entender que a medida é viável e pertinente, nomeará terceiro defensor público para atuar.

Pontue-se que foram solicitadas à Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro informações acerca da quantidade de recursos interpostos em casos de negativa de atendimento no ano de 2022, bem como o seu percentual de provimento, sem que houvesse resposta por parte da instituição até a conclusão do presente artigo¹⁶.

De toda maneira, para que se possa, enfim, adentrar à discussão central do trabalho, com a análise da subjetividade do defensor na aferição de cada critério específico previsto pela Deliberação CS/DPGE nº 124/2017, será necessário traçar um panorama das espécies de subjetividades ou autonomias públicas existentes.

2.1 A discricionariedade e as demais subjetividades dos agentes públicos

André Saddy enumera quatro espécies do gênero subjetividades públicas, que se manifestam na exteriorização da vontade da Administração Pública, a saber, a liberdade conformadora, a discricionariedade administrativa em sentido técnico-jurídico, a margem de livre apreciação de conceitos jurídicos indeterminados¹⁷ e a apreciatividade¹⁸.

Inicialmente, porém, deve-se distinguir as hipóteses em que o administrador atuará de forma vinculada daquelas em que terá algum grau de subjetividade. Nesse esboço, Saddy aduz o seguinte¹⁹:

¹⁶ Conforme mensagem enviada através do portal virtual de atendimento da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro no dia 12/09/2023 (disponível em: <<https://defensoria.rj.def.br/>>), com a confirmação imediata de recebimento através do endereço de e-mail <nao-responda@defensoria.rj.def.br>.

¹⁷ SADDY, André. Apreciatividade e Discricionariedade Administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 261.

¹⁸ *Ibid.*, p. 266.

¹⁹ *Ibid.*, p. 133.

As condutas vinculadas são aquelas em que o ordenamento jurídico (e também a legitimidade e a licitude) estabelece as condições de sua realização. Nelas, não possui o administrador nenhuma liberdade, sua atuação fica adstrita às condições estabelecidas pela norma, pela legitimidade ou pela licitude, que dará o contorno de validade do ato. Os interesses públicos vinculam a uma única opção existente, ou a uma única opção entre as existentes. Daí que se entenda que se está diante de um dever, jamais diante de um poder, pois estabelece uma imposição de conduta.

Com isso de lado, retorna-se às quatro espécies de subjetividades que o administrador poderá exprimir quando não se tratar de hipótese de atuação vinculada.

Em linhas muito gerais, considerada como uma autonomia forte ou fortíssima, por ser capaz de criar direitos e obrigações, a liberdade de conformação ou de configuração é mais comumente – ainda que não exclusivamente – verificada nos trabalhos do Poder Legislativo, dado que é este o *“sujeito da atividade permanente e de caráter político de definição e elaboração de normas jurídicas com eficácia externa”*²⁰ e, por isso, *“conta com a mais ampla margem de valoração subjetiva para a definição de opções políticas e legislativas a partir da legitimidade com que conta por via da representativa”*²¹.

Em escrito sobre a vinculação do legislador aos ditames constitucionais, José Joaquim Gomes Canotilho retrata a liberdade de conformação da seguinte maneira²²:

²⁰ *Ibid.*, p. 29.

²¹ *Ibid.*

²² CANOTILHO, Gomes José Joaquim. Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1982, p. 218.

No âmbito das normas constitucionais, estruturalmente aproximadas de “cláusulas gerais”, o legislador dispõe de um amplo domínio político para ponderar, valorar e comparar os fins dos preceitos constitucionais, proceder a escolhas e tomar decisões. Esta actividade de “ponderação”, de “valorização” e de “escolha” implica que o legislador, embora jurídico-constitucionalmente vinculado, desenvolve uma actividade política criadora, não subsumível a esquemas de “execução” ou “aplicação” de leis constitucionais.

A segunda das espécies de autonomias públicas enumeradas é a discricionariedade administrativa em sentido técnico-jurídico, que, embora muitas vezes seja confundida com o género a que pertence (subjectividades ou autonomias públicas), corresponde, para José Eduardo Cardozo, a um “*campo de atuação livre outorgada pela lei ao administrador, dentro dos próprios limites que essa outorga normativa estabelece*”²³. É uma “*liberdade de escolha da conduta administrativa a ser adotada, a partir de um universo de condutas válidas pela ordem jurídica vigente*”²⁴.

Para Saddy, como a delegação é legislativa, “*apenas a norma jurídica, principalmente a lei em sentido estrito, pode remeter ao Administrador as alternativas ou opções discricionais*”²⁵. Em especial, são as normas permissivas o maior paradigma de concessão da discricionariedade, “*dado ser a permissão o modo deôntico que, em primeira linha, a confere, pois sempre terá o seu executor, mesmo tendo-se apenas um efeito e sendo este não desdobrável, a possibilidade de optar ou não pela realização do mesmo*”²⁶.

Por conseguinte, havendo norma jurídica extraída da lei que faculte a adoção ou não de determinada conduta em um rol de condutas possíveis, estar-se-á diante da discricionariedade administrativa. De modo mais simples, a

²³ CARDOZO, José Eduardo Martins. A Discricionariedade e o Estado de Direito. *In: Discricionariedade Administrativa*. Organização: Jorge Miranda, *et al.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 49.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Op. cit.*, p. 191.

²⁶ *Ibid.*, p. 211.

discricionariiedade é identificada quando a ordem jurídica permite ao administrador atuar ou não, e, se atuar, de que modo se dará essa atuação, desde que respeitados os limites da delegação e o interesse público.

Ato contínuo, a margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos²⁷ indeterminados é mais uma das autonomias ou subjetividades expressadas no momento de concretização da vontade da Administração.

Conceitos jurídicos determinados, segundo André Saddy, “*delimitam o âmbito da realidade ao qual a norma se refere, de forma clara e específica, não suscitando qualquer dúvida quanto à sua aplicação*”²⁸, ao passo em que os conceitos indeterminados “*são utilizados na norma para designar vocábulos, expressões e termos que possuem sentidos imprecisos, diversos, subjetivos, vagos*”²⁹ e por isso mesmo, indeterminados. Essa indeterminação pode ocorrer por três tipos de incertezas semânticas: a polissemia, a vagueza e a textura aberta³⁰.

Qualquer que seja a origem da indeterminação do conceito legal, Saddy³¹ cita Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández para inferir que a sua estrutura comporta a existência de um núcleo duro ou zona de certeza positiva, uma zona intermediária ou de incerteza e uma zona de certeza negativa, em que a certeza é de exclusão ou não incidência do conceito³².

²⁷ Optou-se por utilizar a expressão pela qual o instituto é mais conhecido – conceitos jurídicos indeterminados – muito embora essa indeterminação esteja presente apenas no texto legal e cesse quando se complementa o seu sentido com base em outros elementos da ordem jurídica. Isso significa que a terminologia mais acertada seria, assim, “*conceitos legais indeterminados*”, pois o qualificador “*jurídicos*” ignora o fato de que a resposta para a indeterminação legal está justamente no ordenamento jurídico.

²⁸ *Ibid.*, p. 227.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ “*A polissemia se produz quando as equivalências da relação de significação não estabelecerem apenas um significado para um significante, que acaba por levar o intérprete à dúvida sobre qual o significado que é adotado no enunciado da norma. A vagueza se caracteriza pela imprecisão do significado, não tendo a palavra fronteiras definidas para delimitar o âmbito da extensão a que se reporta, gerando dúvida sobre o âmbito de abrangência da palavra. E a textura aberta decorre da verificação de circunstâncias insólitas ou imprevisas que geram a dúvida sobre a aplicabilidade correlativa do símbolo léxico*”. *Ibid.*, p. 229.

³¹ *Ibid.*, p. 235.

³² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. Curso de derecho administrativo I. 12. ed. Madrid: Civitas, 2004. P. 460.

Ilustrativamente, caso haja uma norma jurídica que imponha ao poder público a assunção de determinada conduta nos dias de chuva, um exemplo de zona de certeza positiva seria a queda de uma tempestade, enquanto a zona de certeza negativa corresponderia a um dia de sol. Por fim, um exemplo de zona incerteza nesse cenário seria um dia nublado com eventuais chuviscos ou fraca garoa em área reduzida.

Assim, ainda de acordo com André Saddy, caso o Administrador veja que determinada situação de fato se insere na zona de certeza positiva ou negativa do conceito indeterminado, deve adotar a conduta correspondente prevista na norma jurídica no primeiro caso e deve deixar de adotá-la no segundo caso³³. Caso, porém, o Administrador esteja diante de uma situação inserida na zona de incerteza ou de penumbra, “*existirão conceitos jurídicos indeterminados com diferentes sentidos, todos válidos, suscetíveis de serem decididos pelo administrador, com uma margem de livre apreciação*”³⁴.

Por essa razão, o autor arremata que os conceitos jurídicos indeterminados poderão “*às vezes, gerar para o administrador público uma subjetividade ou autonomia, desde que, na interpretação de determinado caso concreto, não indiquem um único sentido válido, mas sim vários sentidos válidos*”³⁵.

Para que não se cogite o contrário, frise-se que a discussão sobre os conceitos jurídicos indeterminados permitirem ao aplicador a adoção de uma ou de mais de uma resposta correta perante o caso concreto é antiga, como bem lembra o português António Francisco de Sousa³⁶, e remonta à Áustria da segunda metade do século XIX. Conforme narra Sousa, nesse contexto surgiram duas grandes correntes³⁷:

[...] a teoria da duplicidade, com as suas raízes em Bernatzik, e a teoria da unicidade dos conceitos legais indeterminados em Tezner, isto é, a teoria que diz que na interpretação e aplicação dos conceitos

³³ *Op. cit.*, p. 241.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*

³⁶ SOUSA, António Francisco de. Os "conceitos legais indeterminados" no direito administrativo alemão. *Revista de Direito Administrativo*, v. 166, p. 276–291, 1986, p. 277.

³⁷ *Op. cit.*, p. 279.

legais indeterminados são possíveis várias decisões certas e a que defende só existir uma solução correta.

Todavia, há autores que, mesmo filiados à teoria da unicidade, reconhecem a margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados em certos casos, nos quais o controle judicial sobre os atos da Administração seria mais débil. É o que ocorre com o argentino Juan Carlos Cassagne³⁸, em tradução livre:

Alguns pensaram que esta categorização perderia a sua essência se todas as decisões emitidas no âmbito da discricionariedade fossem submetidas a revisão judicial, o que não acreditamos. No máximo, o que pode mudar é a densidade do controle e suas consequências, uma vez que diante de um conceito jurídico indeterminado, a Administração é obrigada a adotar uma decisão única e justa possível, pelo menos em princípio. E mesmo que se aceite que certas decisões sobre conceitos jurídicos indeterminados admitem duas ou mais soluções justas (por exemplo, em matéria de planejamento ou na determinação estatal da taxa de juro bancária) é evidente que esse enquadramento (o da solução justa) passa a funcionar como um limite à redução da discriminação administrativa embora, ao mesmo tempo, permita **uma certa margem de escolha na procura da solução imposta pela justiça.**

Finalmente, a quarta espécie de subjetividade pública é elaborada por André Saddy sob o conceito de apreciatividade, o qual é concebido a partir de uma sistematização do que autores originários ou radicados em variados países desenvolveram para explicar formas de atuação discricionária que não se encaixassem integralmente nos outros conceitos vistos acima – como Eva

³⁸ CASSAGNE, Juan Carlos. *La revisión de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial. Revista española de derecho administrativo*: Civitas, Madrid, n. 67, p. 349-358, 1990, pp. 353-354.

Desdentado Daroca na Espanha, que se vale do termo “discricionariedade instrumental”, e Denis J. Galligan no Reino Unido, que ainda a trata como uma forma de discricionariedade³⁹.

Nesse esteio, o conceito de apreciatividade é bem exprimido pela seguinte passagem⁴⁰:

A apreciatividade é aquela margem de liberdade que a Administração dispõe para adotar uma eleição/decisão, normalmente rápida e rotineira, ante situações de fato que assim requeiram. São os casos em que as garantias procedimentais praticamente não existem, seja por estar diante de um caso de ação não deontica ou pela imediatidade da atuação. A motivação formal prévia tampouco existe nessas hipóteses, ainda que se possa motivar ou justificar a atuação ulteriormente.

Alguns dos exemplos trazidos pelo autor para ilustrar a tese são casos em que a Administração Pública deve atuar imediata e decisivamente, como no caso de um “*bombeiro que tenha de optar entre salvar a vida de uma entre duas pessoas em um incêndio*” ou mesmo quando autoridades monetárias devem agir diante de movimentos especulativos imprevistos⁴¹.

Nesses casos, não havendo um conjunto de regras pautando especificamente o passo a passo a ser adotado pelo agente público, é a apreciatividade que opera, pelo que se extrai seu caráter residual – será a autonomia pública presente quando nenhuma das outras espécies estiver configurada. A bem da verdade, aliás, sempre haverá algum grau de apreciatividade mesmo em concomitância a outra espécie de subjetividade pública, sendo, por isso, considerada onipresente, pois os elementos de experiência do administrador sempre andarão em conjunto com as demais autonomias públicas.

Ainda no contexto da apreciatividade, Saddy destaca que a atuação apreciativa decorre mesmo desses elementos de experiência do profissional

³⁹ *Op. cit.*, p. 267.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 270.

⁴¹ *Ibid.*

presente na “*linha de frente*” das atividades estatais⁴² (ou “*street-level bureaucrats*” de Michael Lipsky⁴³), como policiais em patrulha. Confira-se⁴⁴:

É certo que todo o agente possui sua função e competência atribuídas por uma norma jurídica, ainda que seja esta genérica. A diferença da discricionariedade, a apreciatividade, normalmente, é concedida por outras fontes que não são as normas de conduta e competência, como as orientações políticas do governo; as diretrizes efetuadas pela própria Administração; a autoridade administrativa hierárquica; os códigos de conduta e ética; os guias, os manuais da atividade; os treinamentos; as escolas de formação; a resolução contínua de igual forma de hipóteses semelhantes (aspectos conhecidos como o precedente administrativo); a celebração prévia ao exercício do poder de um convênio de um sujeito privado; as declarações de juízo emitidas por um órgão distinto daquele a quem corresponde iniciar, instruir ou resolver o procedimento, conhecido como informe; e até, inclusive, a intuição.

Após esse breve panorama das subjetividades ou autonomias públicas, pode-se, enfim, identificar e classificar as subjetividades do defensor público

⁴² “[...] a apreciatividade é muito mais evidente nos agentes que têm contato direto com os administrados, ou seja, daqueles que atuam na linha de frente. São eles os executores ou gestores diários de fatos administrativos, e não de atos administrativos, são quem, em última análise, possui a voz de ação da Administração, pois, por ter contato com o administrado, tramita a imagem e a informação que deseja da Administração”. *Ibid.* P. 313.

⁴³ “Tal concepção surgiu em 1974, com MICHEL LIPSKY, que define ‘street-level bureaucrats’ como pessoas que representam a Administração diretamente a seus clientes e que exercitam a discricionariedade ao fazê-lo. Refere-se à discricionariedade, mas, como se propôs, aqui, evidenciar, mais parece que o que ele chama de discricionariedade seja o que se denomina, neste trabalho, de apreciatividade”. *Ibid.* Sobre o tema, ver: LIPSKY, Michel. Street-level bureaucracy: dilemmas of the individual in Public Services. New York: Russell Sage Foundation, 1974, p. 7 e seguintes.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 279.

que, diante de um caso concreto, aceita ou recusa patrocinar os interesses de um assistido em potencial.

2.2 A subjetividade na caracterização da hipossuficiência

Como visto, a função institucional da Defensoria Pública em suas origens era de fornecer assistência jurídica gratuita ao hipossuficiente econômico. E, para aferir a hipossuficiência do interessado, o defensor público do estado do Rio de Janeiro pode, independentemente de decisão judicial sobre a gratuidade de justiça, conforme o art. 1º da Deliberação CS/DPGE nº 124/2017, seguir os parâmetros traçados pelo seu art. 4º, transcrito abaixo:

Art. 4º - Presume-se absolutamente a hipossuficiência econômica da pessoa natural quando, cumulativamente:

I - a renda mensal líquida individual for de até 3 (três) salários mínimos ou a renda mensal líquida familiar for de até 5 (cinco) salários mínimos;

II - não seja proprietária, possuidora ou titular de direito sobre bens móveis, de valor superior a 40 (quarenta) salários mínimos, ressalvados os instrumentos de trabalho;

III - não seja proprietária, possuidora ou titular de direito sobre aplicações financeiras ou investimentos de valor superior a 15 (quinze) salários mínimos;

IV - não seja proprietária, possuidora ou titular de direito sobre mais de 1 (um) bem imóvel, resguardado sempre o bem de família;

V - não possua participação societária em pessoa jurídica de porte incompatível com a alegada hipossuficiência.

Uma observação importante que se soma aos critérios acima elencados diz respeito à assistência jurídica prestada ao inventariante nos processos de inventário e arrolamento de bens, casos em que o art. 7º, parágrafo único, do

mesmo estatuto normativo demanda que seja “*considerada a capacidade de geração de renda dos bens que compõem o Espólio*”.

Impende ressaltar que os requisitos ora expostos geram uma presunção absoluta de hipossuficiência, mas não são as únicas hipóteses em que a ausência de recursos estará configurada. O §2º do art. 4º da mesma Deliberação prevê que, não atendidas as condições previstas no *caput*, a hipossuficiência será demonstrada quando o destinatário da assistência jurídica gratuita for “*pessoa natural com renda mensal líquida de até 10 (dez) salários mínimos*”.

Por sua vez, o art. 11 da Deliberação CS/DPGE nº 124/2017 estabelece que a caracterização da hipossuficiência econômica **poderá** ser excepcionada pelo defensor público “*quando vislumbrada no caso concreto a negativa de acesso à justiça*” ou “*para postular tutela de urgência que exija imediata intervenção para evitar o perecimento do direito fundamental do interessado*”. Na última hipótese, o parágrafo único do art. 11 impõe ao defensor que informe ao interessado a impossibilidade de permanecer em seu patrocínio tão logo cesse a condição de urgência.

Evidentemente, alguns dos termos empregados pela Deliberação constituem conceitos jurídicos indeterminados – como a pessoa jurídica de “*porte incompatível com a alegada hipossuficiência*” do art. 4º, inc. V. Deparando-se com expressões desse nível de abstração, viu-se que o membro da Defensoria Pública terá a seu favor a margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados apresentada no tópico anterior deste trabalho, sobretudo nos casos incluídos na zona de penumbra do referido conceito.

Ainda que haja conceitos jurídicos indeterminados em suas redações, a subjetividade pública que salta aos olhos após o estudo sistemático desses artigos é a **discricionariedade em sentido técnico-jurídico**, haja vista que, mesmo diante de uma pessoa que tem uma renda superior a dez salários-mínimos mensais, o defensor público poderá excepcionar os critérios neles previstos conforme expressa previsão do art. 11 da Deliberação.

É certo que os dois possíveis fundamentos para essa exceção – negativa de acesso à justiça ou necessidade de requerimento de tutela de urgência – também podem ser considerados conceitos jurídicos indeterminados, mas o operador deôntico “poderá” (típico instituidor de normas permissivas) confere ao defensor plena discricionariedade para atuar ou não.

Por consequência, mesmo que haja um caso de urgência em que as regras do art. 4º poderiam ser excepcionadas, trata-se de faculdade do órgão da Defensoria abrir ou não a exceção para o patrocínio do assistido.

No mesmo sentido, o art. 12, parágrafo único da Deliberação CS/DPGE nº 124/2017 dispõe que a análise dos critérios elencados no rol do art. 4º **poderá** ser feita através de formulário próprio – conferindo novamente uma faculdade ao órgão de execução, desta vez, quanto ao meio a ser empregado para a análise da hipossuficiência.

Em síntese, a espécie de autonomia pública que mais se destaca na aferição da hipossuficiência pelo defensor público do Rio de Janeiro é a discricionariedade em sentido técnico-jurídico, sem prejuízo da margem de livre apreciação de conceitos jurídicos indeterminados e da onipresente apreciabilidade, que poderá ser especialmente verificada na análise dos documentos comprobatórios da renda e do patrimônio do assistido de acordo com os critérios de experiência do defensor.

2.3 A subjetividade na caracterização da vulnerabilidade

Tal como ocorre em parte com a análise da hipossuficiência, a caracterização da vulnerabilidade desafiará ao defensor público do Rio de Janeiro a identificação no caso concreto de **conceitos jurídicos indeterminados**, mas também poderá ensejar hipóteses de **atuação plenamente vinculada**.

O art. 2º da Deliberação CS/DPGE nº 124/2017 considera como vulneráveis, *numerus apertus*, as crianças e adolescentes; os idosos; as pessoas com deficiência; as mulheres vítimas de violência doméstica ou familiar⁴⁵; os consumidores superendividados; as vítimas de discriminação por motivo de etnia, cor, gênero, origem, raça, religião ou orientação sexual; as pessoas privadas de liberdade em razão de prisão ou internação e as vítimas de graves violações de direitos humanos.

Considerando o caráter aberto desse rol, vale acrescentar que o Superior Tribunal de Justiça também considera os indígenas como pessoas

⁴⁵ Além de ter como base a própria Deliberação CS/DPGE nº 124/2017, o direito da mulher vítima de violência doméstica ser assistida pela Defensoria Pública é previsto pela própria Lei Maria da Penha em seu art. 28.

dotadas de vulnerabilidade⁴⁶, o que também teria o condão de atrair a atribuição da DPERJ.

Seja como for, algumas dessas categorias podem ser identificadas de forma totalmente objetiva com amparo em outros diplomas normativos: criança é a pessoa de até doze anos incompletos e adolescente é a pessoa entre doze anos completos e dezoito incompletos (art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente). Idoso é aquele que conta com idade superior a sessenta anos (art. 1º do Estatuto do Idoso). Consumidor superendividado é aquele impossibilitado de pagar a totalidade de suas dívidas sem comprometer seu mínimo existencial (art. 54-A, §1º, do Código do Consumidor) – que é equivalente a R\$600,00 (art. 3º do Decreto nº 11.150/2022, com a redação dada pelo Decreto nº 11.567/2023).

Em casos tais, o trabalho do defensor para verificar a vulnerabilidade do interessado é meramente matemático e objetivo. Se a pessoa tiver idade inferior a dezoito ou superior a sessenta anos, será considerada vulnerável, seja na condição de criança, adolescente ou idoso. Se, independentemente da idade do interessado, a diferença entre sua renda e suas dívidas for inferior a R\$600,00, será considerado superendividado e, ato contínuo, vulnerável, atraindo a atribuição da DPERJ.

Trata-se de claro exemplo da chamada “*redução da discricionariedade a zero*”, teoria desenvolvida por autores alemães como Wolfgang Martens⁴⁷ e descrita por André Saddy como aquela em que se afirma que “*a margem de*

⁴⁶ “RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROCESSUAL CIVIL. 1. DANO MORAL COLETIVO. TUTELA DA COLETIVIDADE INDÍGENA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. 2. DIREITOS INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS. EXPLORAÇÃO SEXUAL DE JOVENS INDÍGENAS. LEGITIMIDADE ATIVA E INTERESSE DE AGIR DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. [...]”

2. São funções institucionais do Ministério Público da União a defesa dos direitos e interesses coletivos, especialmente das comunidades indígenas, mediante a propositura de ação civil pública.

Encontrando-se a população nativa em uma situação de vulnerabilidade, notadamente mediante a ofensa à dignidade da pessoa humana, mais especificamente em relação à dignidade sexual das jovens indígenas, não há como afastar a legitimidade ativa e o interesse de agir do Ministério Público Federal [...]”. (REsp n. 1.835.867/AM, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 10/12/2019, DJe de 17/12/2019, grifo nosso.)

⁴⁷ MARTENS, Wolfgang. *Zum Rechtsanspruch auf polizeiliches Handeln. JuS - Juristische Schulung*. Frankfurt, n. 7, v. 2, p. 245-252, jul. 1962.

liberdade em uma norma abstrata é quase sempre maior que a mesma margem em uma situação concreta. Aplicando-se todos os limites da discricionariedade, poder-se-ia reduzir as opções/alternativas a um ponto em que apenas uma opção válida permanecesse”, autorizando, inclusive, a substituição da decisão administrativa pela judicial⁴⁸.

Nos demais casos, como nos requerimentos de assistência jurídica por alegados indígenas ou vítimas de discriminação por etnia ou vítimas de violência doméstica, haverá algum grau de subjetividade por parte do defensor público quando da aferição da vulnerabilidade. Não se questiona a existência de definições legais para essas qualidades ou formas de violência, mas fato é que nenhuma delas consegue ser equiparada à objetividade típica da matemática, como ocorreu nos casos abordados anteriormente⁴⁹.

Exemplificando, e retomando os conceitos de zona de certeza positiva, zona de certeza negativa e zona de penumbra sob o aspecto da violência doméstica, o defensor público não terá dúvidas da vulnerabilidade da mulher quando se tratar de vítima de tentativa de feminicídio que pretende ajuizar ação de divórcio e de alimentos (zona de certeza positiva), mas não necessariamente terá tanta certeza se, durante o patrocínio de causa diversa, a mulher perdoar o marido e permitir que retorne ao convívio doméstico (zona de penumbra).

Em especial, o termo “*vítimas de graves violações de direitos humanos*” parece ser o mais enigmático daquelas citadas pelo art. 2º da Deliberação. Afinal, o que é uma grave violação de direitos humanos?

Em estudo sobre a mesma expressão no contexto do art. 109, §5º, da CRFB, que introduz o instituto de deslocamento de competência para a Justiça Federal, Rafael Soares Leite conclui, a partir de um compilado de fontes do direito internacional, como o Estatuto de Roma e a jurisprudência da Corte

⁴⁸ *Op. cit.*, p. 74.

⁴⁹ O art. 2º do Estatuto da Pessoa com Deficiência a define como “*aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas*”. O art. 5º da Lei Maria da Penha define como violência doméstica “*qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial*” em relação de afeto, familiar ou doméstica. O art. 3º, I, do Estatuto do Índio dispõe que indígena “*É todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional*”. Como se vê, em nenhum desses casos se verifica o preenchimento dos requisitos de forma tão clara quanto para os idosos, crianças ou adolescentes.

Interamericana de Direitos Humanos, que a grave violação de direitos humanos pode ocorrer mediante os crimes dispostos a seguir⁵⁰:

- (a) tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes;
- (b) execuções sumárias, extrajudiciais ou arbitrárias;
- (c) desaparecimentos forçados;
- (d) crime de genocídio;
- (e) crimes contra a humanidade;
- (f) crimes de guerra, quando violatórios dos direitos humanos e não submetidos à competência da Justiça Militar;
- (g) escravidão e tráfico de escravos;
- (h) discriminação racial e apartheid.

Sem dúvidas, a identificação da “grave violação de direitos humanos” poderá ser um dos conceitos jurídicos indeterminados que forneça o maior desafio de identificação para o defensor público no caso concreto – leia-se: com a maior zona de penumbra.

De modo geral, portanto, vê-se que, em alguns casos, a aferição da vulnerabilidade nos termos do art. 2º da Deliberação CS/DPGE nº 124/2017 traduz hipóteses de atuação vinculada ao defensor público do estado do Rio de Janeiro, enquanto, em outros, lhe abre margem de apreciação de conceitos jurídicos indeterminados.

2.4 A subjetividade na aferição do direito e do interesse do assistido

Não há critérios na Deliberação CS/DPGE nº 124/2017 para se apurar, em concreto, as hipóteses previstas nos arts. 128, inc. XII, e 129, inc. VII, da Lei Complementar nº 80/1994, no sentido de que o defensor público poderia deixar de patrocinar ação quando ela for “*manifestamente incabível ou inconveniente aos interesses da parte sob seu patrocínio*” e de que não estaria obrigado a interpor os recursos se não encontrar “*fundamentos na lei, jurisprudência ou prova dos autos*”.

⁵⁰ LEITE, Rafael Soares. Sobre o requisito de “grave violação de direitos humanos” no incidente de deslocamento de competência: aportes do Direito Internacional. Revista de Informação Legislativa: RIL, Brasília, DF, v. 56, n. 223, p. 77-98, jul./set. 2019. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/223/ril_v56_n223_p77>. Acesso em: 17/06/2023.

Realmente, considerando o amplo universo de questões jurídicas que podem ser submetidas ao defensor público, quaisquer tentativas da Deliberação CS/DPGE nº 124/2017 de trazer orientações aos defensores públicos quanto à viabilidade do direito alegado estaria fadada ao fracasso.

Sendo assim, resta ao defensor público atuar de acordo com a **apreciatividade**, confiando, antes de tudo, na sua própria experiência e no seu conhecimento jurídico para verificar, caso a caso, se a pretensão do assistido encontra amparo na lei, na jurisprudência ou na prova dos autos, bem como se ela trará uma consequência benéfica aos interesses do próprio assistido ou não.

Nesse aspecto, por lidarem diretamente com a população, os defensores públicos podem ser considerados como “agentes da linha de frente” do Estado, que, como já se mencionou, são o tipo de agentes públicos em que a atuação apreciativa ocorre com maior clareza.

Conclusões

Após um breve panorama das normas de regência da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro e das quatro espécies de subjetividades públicas, foi possível extrair algumas conclusões com relação às autonomias exprimidas pelo defensor público nas hipóteses de denegação de atendimento – não comprovação da vulnerabilidade ou hipossuficiência, inviabilidade jurídica ou inconveniência aos interesses da parte.

A um passo, viu-se que o defensor público atuará majoritariamente com discricionariedade em sentido técnico-jurídico quando apreciar a alegação de hipossuficiência de determinada pessoa que busque assistência jurídica gratuita. Isso ocorre sobretudo a partir do momento em que o art. 11 da Deliberação CS/DPGE nº 124/2017 faculta ao defensor público a não observância dos critérios previstos em seu art. 4º para a caracterização da hipossuficiência, desde que se esteja diante de um caso de negativa de acesso à justiça ou tutela de urgência, malgrado esses dois conceitos possam ser considerados como indeterminados.

A dois, percebeu-se que a análise da vulnerabilidade do interessado envolverá a identificação em concreto de diversos conceitos jurídicos indeterminados, diante dos quais se garante uma margem de livre apreciação ao defensor público, havendo, ainda, hipóteses de atuação vinculada mediante

análise estritamente matemática e objetiva, como nos casos de o assistido ser idoso, criança, ou adolescente.

A três, por fim, foi observado que a aferição da viabilidade do direito alegado e da medida jurídica mais conveniente aos interesses do assistido resultará sempre em uma atuação do defensor público sob o crivo da apreciatividade, dado que inexistem parâmetros objetivos previamente fixados para que essa análise seja feita, fazendo com que a apreciação do defensor seja pautada nos seus próprios critérios de experiência.

Encerrando o trabalho, resta apenas consignar a esperança de que sirva como contribuição para o aprimoramento das atividades exercidas pela Defensoria Pública, cujo fim último será sempre a garantia de acesso à justiça para aqueles que dela mais necessitam.

Referências

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 jun. 2023.

BRASIL. Decreto nº 11.150 de 2022. Regulamenta a preservação e o não comprometimento do mínimo existencial para fins de prevenção, tratamento e conciliação de situações de superendividamento em dívidas de consumo, nos termos do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 - Código de Defesa do Consumidor. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Decreto/D11150.htm>. Acesso em: 18 jun. 2023.

BRASIL. Decreto nº 11.567 de 2023. Altera o Decreto nº 11.150, de 26 de julho de 2022, que regulamenta a preservação e o não comprometimento do mínimo existencial para fins de prevenção, tratamento e conciliação de situações de superendividamento em dívidas de consumo [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2026/2023/Decreto/D11567.htm>. Acesso em: 18 jun. 2023.

BRASIL. Lei nº 6.001 de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm>. Acesso em: 18 jun. 2023.

BRASIL. Lei nº 8.069 de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 18 jun. 2023.

BRASIL. Lei nº 8.069 de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 18 jun. 2023.

BRASIL. Lei nº 11.340 de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher [...] e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm>. Acesso em: 18 jun. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.146 de 2006. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13146.htm>. Acesso em: 18 jun. 2023.

BRASIL. Lei Complementar nº 80 de 1994. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp80.htm>. Acesso em: 17 jun. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso especial nº 1.835.867/AM. Exploração sexual de jovens indígenas. Legitimidade ativa e interesse de agir do ministério público federal [...]. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Data de julgamento: 10 dez. 2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201701168757&dt_publicacao=17/12/2019>. Acesso em: 17 set. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Seção). Embargos de declaração no recurso especial nº 1712.163/SP. [...] Embargos de declaração acolhidos, em parte, apenas para admitir a DPU como *custos vulnerabilis*. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Data de julgamento: 25 set. 2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201701829167&dt_publicacao=27/09/2019>. Acesso em: 17 set. 2023.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 11ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. A Discricionariedade: Análise de seu Delineamento Jurídico. In: Discricionariedade Administrativa. Organização: Jorge Miranda, et al. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARDOZO, José Eduardo Martins. A Discricionariedade e o Estado de Direito. In: Discricionariedade Administrativa. Organização: Jorge Miranda, et al. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CASSAGNE, Juan Carlos. *La revisión de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial*. Revista española de derecho administrativo, Madrid, n. 67, 1990, p. 349-358.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Deliberação CS/DP nº 124 de 2017. Rio de Janeiro, RJ: Conselho Superior da Defensoria Pública, [2023]. Disponível em: <<https://defensoria.rj.def.br/legislacao/detalhes/5485-DELIBERACAO-CS-DPGE-N%C2%BA-124-DE-20-DE-DEZEMBRO-DE-2017> .>. Acesso em: 17 jun. 2023.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Resolução DPERJ nº 1.131 de 2022. Rio de Janeiro, RJ: Defensoria Pública-Geral, [2023]. Disponível em: <<https://defensoria.rj.def.br/legislacao/detalhes/13933-RESOLUCAO-DPGERJ-N-1131-DE-10-DE-JANEIRO-DE-2022#:~:text=decis%C3%A3o%20fizer%20refer%C3%Aancia-,Art.,de%20contato%20com%20os%20usu%C3%A1rios.>>>. Acesso em: 17 jun. 2023.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Constituição do Estado do Rio de Janeiro de 1989. Rio de Janeiro, RJ: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, [2023]. Disponível em: <<http://www2.alerj.rj.gov.br/biblioteca/assets/documentos/pdf/constituicoes/rio>

_de_janeiro/constituicao_1989/Constituicao_1989.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2023.

ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Lei Complementar nº 06 de 1977. Rio de Janeiro, RJ: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, [2023]. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/bc008ecb13dcfc6e03256827006dbbf5/e0a473c75c245a3c032566090073ce8e>>. Acesso em: 17 jun. 2023.

GALLIEZ, Paulo. Princípios Institucionais da Defensoria Pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. Curso de derecho administrativo I. 12. ed. Madrid: Civitas, 2004.

LEITE, Rafael Soares. Sobre o requisito de “grave violação de direitos humanos” no incidente de deslocamento de competência: aportes do Direito Internacional. Revista de Informação Legislativa: RIL, Brasília, DF, v. 56, n. 223, p. 77-98, jul./set. 2019. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/223/ril_v56_n223_p77>. Acesso em: 17 jun. 2023.

LIPSKY, Michel. Street-level bureaucracy: dilemmas of the individual in Public Services. New York: Russell Sage Foundation, 1974.

MAIA, Maurílio Casas. A Defensoria Pública Enquanto Institucionalização Constitucional da Defesa dos Vulneráveis Frente à Ordem Jurídica e aos Poderes Públicos. In: Sociedade e Estado: do direito de defesa às garantias fundamentais do cidadão frente ao Estado. Organização: André L. Costa-Corrêa, et al. Porto Alegre: Paixão, 2017.

MAIA, Maurílio Casas. O Modelo Constitucional de Assistência Jurídica (Defensoria Pública) e o Sistema Federativo: Defensorias Municipais? O Caso da ADPF 279. Revista dos Tribunais: RT. São Paulo, v. 987, ano 107, p. 127-158, jan. 2018.

MARTENS, Wolfgang. Zum Rechtsanspruch auf polizeiliches Handeln. JuS - Juristische Schulung. Frankfurt, n. 7, v. 2, p. 245-252, jul. 1962.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MORAES, Humberto Peña de. SILVA, José Fontenelle Teixeira da. Assistência judiciária: Sua Gênese, Sua História e a Função Protetiva do Estado. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1984.

SADDY, André. Apresiasi e Discretionariedade Administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SILVA, Franklyn Roger Alves, et al. Princípios Institucionais da Defensoria Pública. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SOUSA, António Francisco de. Os "conceitos legais indeterminados" no direito administrativo alemão. Revista de Direito Administrativo, v. 166, 1986, p. 276–291.

SUBJETIVIDADE DO PRIMEIRO ATENDIMENTO DAS VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NAS DELEGACIAS DE POLÍCIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Lucas Pedrosa Castellar Pinto

Graduado em Direito pela Faculdade de Direito do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (Ibmec). Especialista em Direito *lato sensu* pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Mestrando Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense. Advogado. ORCID 0009-0004-147-599X. Endereço eletrônico: l_castellar@id.uff.br

Sumário: Introdução; 1. Lei Maria da Penha e a proteção do gênero feminino, 1.1. A razão da condenação do Brasil na OEA, 1.2. O conceito amplo de gênero feminino, 1.3. Conceito extensivo de família e formas de violência doméstica; 2. Encaminhamento da vítima à assistência social e apreciabilidade, 2.1. A atribuição da autoridade policial de encaminhar a vítima à assistência social, 2.2. A apreciabilidade no encaminhamento; 3. Subjetividade no encaminhamento da mulher vítima pela autoridade policial, 3.1. A discricionariedade de Dworkin, 3.2. Existência de norma regulamentadora e encaminhamento como ato vinculado; Considerações finais; Referências.

Introdução

O presente artigo tem como objetivo analisar a subjetividade da autoridade policial no encaminhamento da vítima de violência doméstica e familiar contra a mulher à assistência social, não havendo dúvidas sobre a atribuição legal conferida pela Lei 11.340/2006.

Adotando-se a metodologia da análise bibliográfica da doutrina nacional e estrangeira, tanto da literatura jurídica quanto da filosofia, será demonstrado que a mulher, em todos os sentidos de sua feminilidade, vítima de violência doméstica tem o direito de ser encaminhada à assistência social, sendo certo que o exercício deste direito deve ser informado na delegacia onde será registrada a ocorrência.

No primeiro tópico será apresentada a origem da Lei Maria da Penha, resultado da condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos, que, no Relatório nº 54/2001, recomendou a adoção de medidas para o combate à violência doméstica contra a mulher.

Ainda neste capítulo serão analisados os requisitos do art. 5º da Lei 11.340/2006 que, quando verificados, caracterizam a violência doméstica e familiar contra a mulher, destacando-se, nessa introdução o conceito de

violência de gênero, a natureza das relações que atraem a incidência da Lei Maria da Penha e as formas de violência contra a mulher.

No segundo tópico serão abordadas as diretrizes da política de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, com especial relevo à criação de delegacias especializadas neste tipo de agressão, como também a atribuição da autoridade policial no encaminhamento das vítimas de violência doméstica à assistência social, conferida pela Lei Maria da Penha que prevê a integração operacional entre diversos órgãos de Estado, dentre eles a segurança pública e a assistência social. Também serão apresentadas normativas do Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro regulamentando esse tipo de encaminhamento.

Neste mesmo tópico será analisada a apreciatividade, conceito cunhado por André Saddy, nas situações em que não há qualquer regulamentação pelo ordenamento jurídico, mas há norma jurídica permitindo esse tipo de atuação do agente público, que, em razão dela, tem liberdade de atuação para solucionar os fatos que necessitam da atuação do Estado.

No terceiro e último tópico serão analisados o enquadramento do encaminhamento no conceito de discricionariedade administrativa de José Eduardo Cardozo, destrinchando o conceito de discricionariedade conforme as lições de Ronald Dworkin.

Ao fim do tópico será abordado o conceito de ato vinculado elaborado por André Saddy e quando o encaminhamento da autoridade policial à assistência social se encaixará neste conceito.

1. Lei Maria da Penha e a proteção do gênero feminino

1.1. A razão da condenação do Brasil na OEA

A Lei Maria da Penha surge no cenário jurídico brasileiro com a finalidade, tanto de prevenir a violência doméstica contra a mulher, como garantir à vítima um acesso mais facilitado à justiça e a outros tantos direitos.

No entanto, essa lei não surgiu por causa das reivindicações de movimentos feministas e defensores dos direitos da mulher, mas sim da condenação do Estado brasileiro na corte de direitos humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA). Tudo em razão da luta de uma mulher: Maria da Penha Maia Fernandes.

Maria da Penha foi vítima de inúmeros casos de violência doméstica cometidos por seu ex-marido, um professor universitário e economista. Os casos mais graves ocorreram em maio de 1983, quando ele forjou um assalto contra ela, desferindo-lhe tiros com uma espingarda. Em razão desta conduta Maria da Penha ficou paraplégica.¹

Dias após a simulação do assalto, o então marido de Maria de Penha tentou matá-la eletrocutada enquanto ela tomava banho, sendo este o ápice do ciclo de violência por qual ela passou enquanto estava casada com seu agressor.

Em razão dessas tentativas de homicídio, Maria da Penha denunciou os crimes do qual havia sido vítima. No entanto, o sistema de justiça se manteve inerte.

Foi então que Maria da Penha resolveu escrever um livro sobre sua história² e se filiou a um movimento de mulheres.

A denúncia foi oferecida pelo Ministério Público em setembro de 1984, mas, entre as idas e vindas do processo penal, o agressor foi definitivamente condenado em 2002 à pena de 19 anos e seis meses de reclusão.

Diante desse contexto de graves violações aos direitos humanos, em especial aos direitos das mulheres, o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM) formalizaram denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos contra o Brasil. Ao final, o Brasil foi condenado internacionalmente em 2001 pela negligência e omissão quanto a violência doméstica, com o Relatório 54 da OEA recomendando a simplificação de procedimentos judiciais penais para reduzir o tempo processual. Curiosamente o Brasil foi revel neste caso, uma vez que, após ser notificado em quatro oportunidades para prestar informações, não apresentou nenhum tipo de justificção ou defesa.³

¹ DIAS, Maria Berenice. A lei Maria da Penha na justiça: efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p.15

² Título: Maria da Penha Maia Fernandes. Sobrevivi, posso contar.

³ Conferir em: ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatório nº 54. Maria da Penha Maia Fernandes e Brasil. Julgado em 4 de abril de 2001. Disponível em <https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=2396867>. Acessado em 30 de setembro de 2013.

Em 2006, finalmente, é editada a Lei 11.340/2006, também conhecida como Lei Maria Penha, em homenagem à mulher que inspirou a internacionalização da violência doméstica no Brasil.

Dessa forma, a Lei 11.340/2006 se apresenta como um importante mecanismo de proteção à mulher vítima de violência doméstica ao criar ferramentas que facilitam o atendimento, o acesso à justiça, o acolhimento, e outros tantos direitos àquela mulher que sofreu a violência.⁴

1.2. O conceito amplo de gênero feminino

O art. 5º da desta Lei conceitua a violência doméstica e familiar contra a mulher como "*qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial*"⁵. Dessa forma, além da violência ocorrer no ambiente familiar é necessário que a ação ou omissão do agressor de dê em razão do gênero feminino.

Judith Butler define gênero como "*os significados culturais assumidos pelo corpo sexuado*"⁶. Isso significa dizer que o gênero é uma criação cultural, e que está em consonância com o momento histórico e cultural de uma determinada sociedade.

Nesse sentido, Simone de Beauvoir, citada por Judith Butler, ensina que "*ninguém nasce mulher: torna-se mulher*". Judith Butler completa esse pensamento com a seguinte passagem:

⁴ Conferir em DIAS, Maria Berenice. A lei Maria da Penha na justiça: efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 29-33.

⁵ BRASIL, Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2006. Disponível em www.planalto.gov.br, acessado em 30 de setembro de 2023.

⁶ BUTLER, Judith. Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade, trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018, p. 21.

Para Beauvoir, o gênero é 'construído', mas há um agente implicado em formulação, um *cogito* que de algum modo assume ou se apropria desse gênero, podendo, em princípio, assumir algum outro (...) Beauvoir diz claramente que alguém 'se torna' mulher, mas sempre sob uma compulsão cultural de fazê-lo. E tal compulsão não vem do 'sexo'. Não há nada em sua explicação que garanta que o 'ser' que se torna mulher seja necessariamente fêmea.

Partindo dessa premissa o gênero é uma construção cultural e o sexo é um fator determinado pela biologia. Pela lógica biológica o ser humano pode ser macho ou fêmea, mas o gênero desta mesma pessoa é determinado por sua cultura.

São as manifestações culturais de uma sociedade que vão definir, portanto, o que é uma "mulher", qual deve ser sua aparência, como deve se vestir, como deve se comportar, quais são objetos de interesse, enfim, tudo aquilo que diga respeito a um conceito de feminino.⁷

Simone de Beauvoir, mais uma vez citada por Judith Butler define o gênero feminino como tudo aquilo que é a oposição do masculino, sendo certo que "*as mulheres são o negativo dos homens*"⁸. Isso porque toda a identidade de gênero foi construída pelo patriarcado, sendo certo que os homens definem o que é culturalmente intrínseco ao masculino e ao feminino. Em suma, tudo aquilo que não se encaixa no conceito de masculino, é considerado feminino, é, o que Beauvoir denomina como o Outro⁹.

Nesse sentido, o conceito de "mulher" não é uno, mas sim múltiplo, podendo caber várias espécies de "mulheres" dentro dessa definição. Logo, a binariedade normativa não está em questão quanto a definição do gênero feminino, sendo certo que tudo que se opõe ao masculino pode se encaixar nesse significado.

A redação da lei, portanto, é muito feliz em estabelecer que qualquer agressão física, sexual, moral, psicológica ou patrimonial cometida no

⁷ Conferir em BUTLER, Judith. Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade, trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018, p. 21-22.

⁸ BEAUVOIR, Simone. *apud* BUTLER, Judith. *op. cit.* p. 23.

⁹ *Ibidem*, p. 26.

ambiente familiar e que tenha como pano de fundo o desprezo ao gênero feminino será protegida pela Lei Maria da Penha.

Não por outra razão o Superior Tribunal de Justiça definiu no Recurso Especial 1.977.124, que mulheres trans vítimas de violência doméstica são protegidas pela Lei 11.340/2006. Vale destacar o seguinte trecho do voto do relator do recurso, o Ministro Rogério Schietti Cruz:

O conceito de gênero não pode ser empregado sem que se saiba exatamente o seu significado e de tal modo que acabe por desproteger justamente quem a Lei Maria da Penha deve proteger: mulheres, crianças, jovens, adultas ou idosas e, no caso, também as trans¹⁰.

Tendo em vista a posição do Superior de Tribunal de Justiça não importa a natureza biológica da mulher que foi vítima de violência doméstica, mas sim o gênero feminino em seu sentido amplo, incluindo nesta definição as mulheres que, na esteira do pensamento de Beauvoir, se tornaram mulheres.

Considerando que o gênero feminino remete a tudo aquilo que diz respeito à feminilidade de uma determinada sociedade, não se pode excluir do âmbito de proteção da Lei Maria da Penha pessoas que, muito embora não se identifiquem como mulheres, apresentem características inerentes à ideia de feminino.

As pessoas não-binárias, por exemplo, não se identificam com o gênero masculino nem com o gênero feminino. No entanto elas manifestam sua identidade de gênero com adereços e trejeitos culturalmente vinculados ao conceito de masculino e de feminino.

Tendo em vista que o conceito de "mulher" abrange todos aqueles que não se encaixem perfeitamente na lógica masculina imposta pelo patriarcado, pode-se concluir que os não-binários também serão protegidos pela Lei Maria da Penha caso seja vítimas de violência doméstica em razão do desprezo à sua feminilidade.

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1.977.124. Partes sigilosas. 6ª Turma: Rel. Min Rogério Schietti Cruz, julgado em 05 de junho de 2022. Disponível em www.stj.jus.br. Acessado em 30 de setembro de 2023.

O mesmo raciocínio é aplicável àqueles que se identificam como homens trans, que são pessoais biologicamente mulheres, mas sua identidade de gênero não está de acordo com sua genitália. Logo, são homens dentro de corpos femininos.

Muito embora homens trans passem por profundas transformações corporais para compatibilizar seu corpo com sua identidade de gênero, eles nunca conseguirão apagar por completo sua natureza biológica. O próprio fato de serem homens trans traz em si a ideia de feminino na medida em que esse conceito denota a mudança da identidade de gênero.

Isso significa dizer que eles carregam alguns traços culturalmente definidos como femininos, tais como sua genitália e sua própria história de vida. Esta feminilidade, por sua vez, pode ser a causa de uma agressão em ambiente doméstico e familiar, o que, por evidente, atrai a proteção da Lei Maria da Penha a esta vítima.

Para que fique mais claro pode-se apresentar o seguinte exemplo: imagine que um pai entre em conflito com seu filho trans e durante essa discussão o pai manifesta algum desprezo a qualquer uma de suas características de feminilidade. Não restam dúvidas de que essa violência é baseada em razão do desprezo ao gênero feminino e, por isso, a Lei 11.340/2006 deve ser aplicada em favor da vítima.

Essa questão foi apreciada pelo Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da comarca de Águas Claras, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios¹¹, e também pela 2ª Vara de Assu, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte¹². Ambos os casos se tratavam de medida protetiva pleiteada pelas vítimas, homens transgênero, valendo destacar parte da fundamentação da decisão do Juízo do Rio Grande do Norte:

Me filio ao pensamento do Juiz Frederico Maciel do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), no sentido de que um homem transgênero

¹¹ TEIXEIRA, Isadora. Homem trans tem direito a medidas protetivas da lei maria da penha, confirma juiz. Metrópoles. 15 de agosto de 2023. Disponível em: <https://www.metropoles.com/colunas/grande-angular/homem-trans-tem-direito-a-medidas-protetivas-da-lei-maria-da-penha>. Acessado em 25 de outubro de 2023.

¹² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Medida Protetiva nº 0802534-72.2023.8.20.51. Partes sigilosas. 2ª Vara de Assú. Disponível em www.tjrn.jus.br. Acessado em 25 de outubro de 2023.

pode ser lido e tratado socialmente, e no âmbito familiar e doméstico, como mulher e, por isso, sofre violências baseadas em gênero feminino, mesmo que sua performance de gênero seja predominantemente masculina. A conduta do acusado (...) direcionada à (...), ao se referir a vítima como mulher 'cachorra', 'safada' e 'sapatão', configura-se como uma tentativa de silenciar sua identidade de gênero (homem trans).¹³

1.3. Conceito extensivo de família e formas de violência doméstica

Esse mesmo art. 5º da Lei 11.340/2006 enumera as hipóteses que a lei considera como violência doméstica e familiar. São elas:

- I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;
- II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;
- III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.¹⁴

Para Maria Berenice Dias a unidade doméstica "deve ser entendida no sentido de que a conduta foi praticada em razão dessa unidade da qual a vítima faz parte"¹⁵. Nesse sentido, inclui-se no âmbito de proteção da Lei Maria de Penha as empregadas domésticas, uma vez que se trata de pessoa sem vínculo familiar mas que participa do ambiente doméstico.

¹³ TEIXEIRA, Isadora. Homem trans tem direito a medidas protetivas da lei maria da penha, confirma juiz. *op. cit.*

¹⁴ BRASIL. Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006, *op. cit.*

¹⁵ DIAS, Maria Berenice. *op. cit.*, p.59.

Em relação ao âmbito familiar a mesma autora pontua que a Lei Maria da Penha trouxe um conceito ampliado de família, indo além dos parâmetros definidos pelo Código Civil, uma vez que "*a Lei inovou ao trazer, para o âmbito infraconstitucional, a ideia de que a família não é constituída por imposição da lei, mas sim, por vontade dos seus próprios membros*".

Finalmente, a Lei também é aplicada para situações de violência em qualquer relação íntima de afeto. Por se tratar de norma que prevê a aplicação da lei 11.340/2006 para situações que escapam do âmbito doméstico e familiar, coube ao judiciário solucionar hipóteses limítrofes.

Em uma delas o Superior Tribunal de Justiça fixou entendimento, no Recurso Especial 1.416.580¹⁶, que o namoro é considerado relação íntima de afeto, sendo aplicável a lei Maria da Penha em caso de violência.

Em outro caso o Tribunal de Justiça do Distrito Federal¹⁷ decidiu no sentido de que relacionamentos efêmeros não são considerados relações íntimas de afeto, e, por via de consequência, não haverá a aplicação da Lei Maria da Penha em caso de violência contra a mulher.

O art. 7º da Lei 11.340/2006 traz as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher. São elas:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto,

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1.416.580. Partes sigilosas. 5ª Turma: Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 01 de abril de 2014. Disponível em www.stj.jus.br. Acessado em 30 de setembro de 2023.

¹⁷ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Recurso em sentido estrito nº. 07223361520198070003. Partes sigilosas. 1ª Turma Criminal: Rel. Des. Carlos Pires Soares Neto, julgado em 20 de fevereiro de 2020.

chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.¹⁸

Muito embora a norma seja exaustiva quanto às formas de violência doméstica, vale destacar que em relação à violência patrimonial o art. 184 do Código Penal¹⁹ traz um dispositivo que isenta de pena aquele que comete qualquer das figuras típicas do seu Título II (crimes contra o patrimônio) contra cônjuge, ascendente de até 60 anos ou descendente, também até 60 anos.

De acordo com Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto "razões de política criminal, que atuam na preservação da família enquanto instituição, recomendam a adoção destas imunidades", complementando seu raciocínio afirmando que a Lei Maria da Penha não revogou essas isenções,

¹⁸ BRASIL. Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006, *op. cit.*

¹⁹ BRASIL. Código Penal. Rio de Janeiro, DF: Diário Oficial da União, 1940.

salientando que quando o legislador quis revogar alguma isenção o fez expressamente.²⁰ Isso não significa dizer que essas condutas, ainda que não sejam consideradas crimes, não representem violência patrimonial contra a mulher.

No entanto, quando a mulher é vítima de violência doméstica e decide romper o ciclo de violência a que está submetida, ela poderá procurar uma delegacia especializada. Neste local ela tomará conhecimento de uma porção de direitos garantidos pela Lei Maria da Penha, conforme se verá a seguir.

2. Encaminhamento da vítima à assistência social e apreciabilidade

O art. 8º da Lei 11.340/2006²¹ traz as diretrizes das políticas que visam a coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, que deve se dar por meio de um conjunto articulado de ações da União, Estados Distrito Federal, Municípios e de ações não-governamentais.

De acordo com Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto o conjunto articulado de ações visa a romper a barreira da ausência de integração informacional entre as polícias, em especial a civil e a militar, e entre elas e o Poder Judiciário e o Ministério Público, criando um ambiente para que diversos órgãos sejam responsáveis mutuamente pelo combate à violência doméstica contra a mulher²².

Uma dessas diretrizes está no inciso IV do art. 8º²³ da referida Lei prevendo a implementação de atendimento policial especializado para as mulheres, em particular nas Delegacias de Atendimento à Mulher.

A finalidade da Lei Maria da Penha em criar esse novo órgão foi de garantir à mulher um atendimento especializado, realizado por policiais preparados e que dispõem de uma estrutura especial para salvaguardar os direitos da vítima.

Uma das disposições mais inovadoras está prevista no art. 10-A da Lei. De acordo com essa norma o atendimento à mulher vítima de violência

²⁰ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) comentada artigo por artigo, 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 64-65.

²¹ BRASIL. Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006, *op. cit.*

²² CUNHA Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *op. cit.*, p. 69.

²³ BRASIL. Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006, *op. cit.*

doméstica será realizado preferencialmente por uma policial do sexo feminino. Ainda que o texto da lei seja aparentemente atécnico ao desconsiderar o gênero feminino e restringir o atendimento apenas a pessoa do sexo feminino, trata-se de dispositivo que visa a acolher a vítima, tendo em vista que a presença feminina no atendimento inicial tende a garantir maior empatia.

Tanto é que o inciso V do art. 11 determina que a autoridade informe à vítima os direitos a ela conferidos pela Lei e os serviços disponíveis.

Isso não significa que as delegacias ordinárias não tenham que seguir as determinações da Lei 11.340/2006. A Lei não faz distinção, podendo-se concluir que o atendimento à mulher vítima de violência doméstica deve ser o mesmo em toda e qualquer repartição policial. A única diferença é que as delegacias especializadas, por imposição legal, gozam de melhor capacitação e estrutura para o atendimento.

2.1. A atribuição da autoridade policial de encaminhar a vítima à assistência social

Dentre os direitos e serviços a serem informados à mulher vítima de violência doméstica está o serviço de assistência social, previsto no inciso I do art. 8º e no Capítulo II da Lei, cujo título é "da assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar".

As disposições legais contidas nesse Capítulo da lei indicam que caberá ao juiz a inclusão da mulher em situação de violência doméstica e familiar nos programas assistenciais dos governos federal, estaduais e municipais. No entanto, essa providência, na prática, tem sido tomada também pelas autoridades policiais, que estão vinculadas ao Poder Executivo.

Isso porque o inciso I do art. 8º da Lei determina a integração operacional entre o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública com as áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação.

Dessa forma, o Poder Executivo, em regra por meio da secretaria de segurança pública, tem entendido que a integração operacional entre essas áreas é plena, não sendo necessário a intervenção dos demais órgãos e poderes para que os direitos da mulher, em especial os direitos assistenciais, sejam garantidos.

Isso significa dizer que a autoridade policial que atende uma vítima de violência doméstica poderá, após informar seus direitos, encaminhá-la à assistência social sem a necessidade de determinação judicial.

No Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, existem algumas normas que regulamentam esse encaminhamento: a Portaria 630/2013²⁴ e a Portaria 768/2016²⁵, ambas da Polícia Civil; e a Portaria 4/2022²⁶ da Subsecretaria de Planejamento e Integração Operacional da Polícia Civil - SSPIO.

O art. 2º da Portaria 630/2013²⁷, que trata das providências a serem adotadas nas hipóteses de medidas protetivas de urgência, dispõe que a autoridade policial "deverá indagar à vítima se ela deseja ser encaminhada a um abrigo". Já a Portaria 768/2016²⁸, que institui o protocolo de rotina básica para o atendimento da mulher vítima de violência sexual dispõe em seu art. 1º que a autoridade policial poderá encaminhar a vítima criança ou adolescente ao centro de atendimento à criança e ao adolescente - CAAC, e no §4º do art. 3º dispõe que após lavrar o registro de ocorrência o agente público deverá explicar a importância do encaminhamento da vítima para o Centro de Atendimento à Mulher para seu acompanhamento psicossocial.

Finalmente, a Portaria 4/2022 da SSPIO²⁹, cuja eficácia está limitada ao município de Barra do Piraí, dispõe em seu art. 3º que a autoridade policial deverá explicar à vítima a importância do seu encaminhamento ao Centro de Atendimento à Mulher mais próxima, como também informar sobre seu direito de abrigo.

²⁴ RIO DE JANEIRO, Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro. Portaria nº. 630. Estabelece as providências a serem adotadas pela Autoridade Policial nas hipóteses de Medidas Protetivas de Urgência. Rio de Janeiro, RJ: Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro, 2013.

²⁵ RIO DE JANEIRO, Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro. Portaria nº. 768. Institui o Protocolo de Rotinas Básicas a serem observadas pela Polícia Civil nas Ocorrências de Violência Sexual Contra a Mulher, e dá outras providências. Rio de Janeiro, RJ: Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro, 2016.

²⁶ RIO DE JANEIRO, Subsecretaria de Planejamento e Integração Operacional da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro. Portaria nº. 4. Institui o protocolo de Atendimento do Núcleo Integrado de Atendimento à Mulher de Barra do Piraí. Rio de Janeiro, RJ: Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro, 2022.

²⁷ RIO DE JANEIRO, Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro. Portaria nº. 630. *op. cit.*

²⁸ RIO DE JANEIRO, Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro. Portaria nº. 768. *op. cit.*

²⁹ RIO DE JANEIRO, Subsecretaria de Planejamento e Integração Operacional da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro. Portaria nº. 4. *op. cit.*

Não restam dúvidas, portanto, de que o Poder Executivo, por meio da Polícia Civil, tem atribuição legal para o encaminhamento da vítima de violência doméstica à assistência social.

2.2. A apreciatividade no encaminhamento

A exceção dessas normas regulamentadoras é certo que a Lei Maria da Penha não regulamentou o encaminhamento da vítima de violência doméstica à assistência social. Nestes casos em que o agente público está diante de uma situação não pormenorizada pela lei, mas, ao mesmo tempo, permitida pelo ordenamento, este agente está diante daquilo que André Saddy denominou de apreciatividade.

De acordo com Saddy:

A apreciatividade é aquela margem de liberdade que a Administração dispõe para adotar uma eleição/decisão, normalmente rápida e rotineira, ante situações de fato que assim requerem. São os casos em que as garantias procedimentais praticamente não existem, seja por estar diante de um caso de ação não deontica ou pela imediatidade da atuação. A motivação formal prévia tampouco existe nessas hipóteses, ainda que se possa motivar ou justificar a atuação ulteriormente. Trata-se de hipóteses, como já se esclareceu, que não podem ser aceitas como de livre conformação, como discricionariedade em sentido técnico-jurídico ou como uma margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados, mas que também concedem valorização na tomada de eleição/decisão.³⁰

Nesse sentido, considerando que a atuação administrativa necessita de certa liberdade de atuação, e até mesmo de uma parcela considerável de subjetividade, "*na apreciatividade o agente público se sujeita a um pressuposto*

³⁰ SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 270.

fático a seu juízo individual"³¹, valorando se aquela situação se encaixa ou não na lei. Essa liberdade é salutar na medida em que permite ao agente público uma certa liberdade de movimentos que adequarão a norma permissiva à "natureza imprevisível dos fenômenos da vida real que podem requerer sua intervenção".³²

Pode-se afirmar, portanto, que a apreciatividade é um sobreprincípio que norteia toda a atuação administrativa na medida em que traz respostas e soluções para situações fáticas da vida real que, quando necessário a intervenção do Estado, basta verificar se a liberdade de atuação está permitida pelo ordenamento ou não. Dentro dessa liberdade caberá ao agente público, conforme sua subjetividade, determinar seu modo de atuação.

Nesse sentido, quando a autoridade policial se depara com uma situação de violência doméstica e familiar e não havendo norma regulamentadora da sua atuação quanto ao encaminhamento dessa vítima à assistência social, o agente goza de apreciatividade para decidir se o caso necessita ou não de apoio assistencial.

A discricionariedade do atuar estatal, portanto, deve ser guiada pela teoria da apreciatividade. No entanto, como se verá, há situações em que a liberdade de apreciação da discricionariedade administrativa encontra normas limitadoras da atividade estatal, conforme se verá a seguir.

3. Subjetividade no encaminhamento da mulher vítima pela autoridade policial

A subjetividade do agente público no encaminhamento da mulher vítima de violência doméstica deve ser analisada por alguns referenciais teóricos para que se compreenda com mais profundidade os critérios da escolha do administrador público.

Muito embora o Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro tenha editado normativas que abordem o encaminhamento obrigatório da mulher vítima de violência doméstica, certo é que a Lei Maria da Penha não prevê tal obrigação à autoridade policial.

Como visto anteriormente, a Lei 11.340/2006 estabelece que a política pública que visa coibir a violência doméstica deve ser pensada por meio de um

³¹ SADDY, André. *op. cit.* p. 271.

³² *Ibidem.*

conjunto articulado de ações entre as três esferas federativas, cabendo à autoridade policial informar os direitos da mulher vítima de violência de gênero, podendo encaminhá-la à assistência social em razão da integração operacional entre a área da segurança pública e da assistência social.

Essa ausência de regulamentação específica dá ensejo à atuação estatal de acordo com o princípio da apreciatividade.

Dessa forma, a Lei Maria da Penha traz uma norma permissiva, deixando à cargo do delegado de polícia a discricionariedade administrativa quanto ao encaminhamento ou não da vítima à assistência social.

De acordo com José Eduardo Cardozo a discricionariedade administrativa é "*uma liberdade de escolha da conduta administrativa a ser adotada, a partir de um universo de condutas válidas pela ordem jurídica vigente*"³³. Nesse sentido, a discricionariedade administrativa é uma margem de livre apreciação deixada pelo ordenamento jurídico para que o administrador possa escolher dentre as opções a partir de critérios extrajurídicos.

3.1. A discricionariedade de Dworkin

Ronald Dworkin, citado por Eva Destentado Daroca, traz uma figura que representa muito bem os limites da discricionariedade. Segundo ele, de origem estadunidense, a discricionariedade seria comparável ao furo de um *donut*, iguaria conhecida no Brasil como rosquinha. A borda do *donut* representaria os limites impostos pela norma jurídica, e o espaço livre em seu interior simbolizaria a liberdade de escolha do administrador³⁴.

Logo, a partir do momento em que há uma norma permissiva essa permissividade está limitada pelas balizas da lei, que, ao mesmo tempo, traz uma liberdade de atuação da autoridade pública, desde que sua escolha não supere esses limites.

Considerando que a Lei Maria Penha traz expressa previsão de que as políticas de proteção à mulher vítima de violência doméstica se pautam pela

³³ CARDOZO, José Eduardo Martins. A Discricionariedade e o Estado de Direito. In: Discricionariedade Administrativa. Organização: Jorge Miranda, et al. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 49.

³⁴ DWORKIN, Ronald. *apud* DESTENTADO, Eva Daroga. Discricionariedade Administrativa y Planeyamiento Urbanístico: Construcción teórica y análisis jurisprudencial, 2ª ed. Madrid: Aranzadi Editorial, 1999. p. 41

integração operacional entre diversos órgãos de Estado, em especial os da segurança pública e da assistência social, resta evidente a discricionariedade da autoridade policial, seja ela atuante numa delegacia especializada ou numa delegacia comum, no encaminhamento da vítima ao acolhimento assistencial.

Eva Desdentado Daroca explica que Dworkin classifica a discricionariedade em dois sentidos débeis ou fracos, e um sentido forte.

Para Dworkin, o primeiro sentido débil a escolha do agente público não se dá de forma mecânica, mas exigem dele um esforço de ponderação a fim de se atingir a expectativa da norma. Nesse caso os critérios de escolha são elaborados pelo próprio agente a quem a norma é dirigida, cabendo a ele realizar uma operação de discernimento entre as variáveis a serem consideradas para a decisão³⁵.

Imagine, por exemplo, que um delegado de polícia recebe ordem de seu superior hierárquico para escolher os cinco agentes mais experientes de sua equipe para uma missão. Caberá a esse delegado, portanto, estabelecer quais serão os critérios para se determinar o conceito "experiência".

Dessa forma, o primeiro sentido débil ou fraco de discricionariedade se caracteriza pela margem de discernimento do agente público para a aplicar normas que não são aplicadas de forma mecânica ou automática³⁶.

O segundo sentido débil ou fraco formulado por Dworkin se caracteriza pelo poder que o agente público tem de tomar a decisão administrativa de forma definitiva de tal forma que ela não poderá ser reformada ou anulada por outro agente ou órgão administrativo. tratando-se de decisão irreversível³⁷.

Dworkin usa como exemplo o árbitro de um jogo de beisebol a quem cabe decidir se foi a bola que chegou primeiro em determinada base ou se foi o jogador. Adaptando à realidade brasileira, seria a mesma hipótese do árbitro de futebol decidir se a bola cruzou totalmente a linha do campo, caracterizando um arremesso lateral, ou não. Como essa decisão não está submetida à revisão do VAR (*Video Assistant Referee*), a decisão tomada neste caso é irreversível.

Por último, o sentido forte de discricionariedade apresentado por Dworkin se notabiliza quando a norma emanada pelo superior não estabelece

³⁵ DWORKIN, Ronald. *apud* DAROGA, Eva Desdentado. Discricionariedade Administrativa y Planeyamiento Urbanístico: Construcción teórica y análisis jurisprudencial, 2ª ed. Madrid: Aranzadi Editorial, 1999, p. 41-42.

³⁶ *Ibidem*, p. 42.

³⁷ *Ibidem*, p. 42.

nenhum critério a guiar minimamente o agente público a tomar uma decisão, devendo ele elaborar todos os critérios de escolha. Nesse caso, o agente com atribuição para tomar a decisão não estará vinculado a nenhuma ordem, critério ou pauta de conduta impostas pela autoridade superior.

Voltando ao exemplo do delegado que deve escolher cinco agentes para uma missão. Caso a ordem superior determine tão somente a escolha de cinco homens, caberá ao delegado criar critérios de escolha de acordo com seus próprios interesses.

Importante não confundir o sentido forte do primeiro sentido débil ou fraco. De acordo com Eva Desdentado Daroga a "*discricionariedade débil não existe margem de livre decisão*"³⁸ uma vez que "*a conduta do sujeito já vem regida por estândares fixados pela autoridade*"³⁹ cabendo ao aplicador da norma uma margem de razoabilidade para a aplicação dos critérios.

Retomando o exemplo, há uma delimitação da ordem do superior para que o delegado fixe critérios para escolher os agentes mais experientes, devendo o agente público estabelecer requisitos de escolha para inferir quem se enquadra nesse conceito.

Em relação ao sentido forte, a autora explica que "*o sujeito está habilitado para criar seus próprios critérios de atuação*"⁴⁰. Ou seja, a norma não traz nenhuma diretriz que determine a escolha do agente público, cabendo apenas a ele a formulação dos requisitos objetivos e subjetivos para criar seus próprios critérios.

Diante disso, tendo em vista que o encaminhamento da mulher vítima de violência doméstica pela autoridade policial resulta da integração operacional os órgãos da segurança pública e da assistência social, e que a Lei Maria da Penha não traz qualquer estândar sobre esse encaminhamento, percebe-se que a discricionariedade da autoridade policial tem as características da discricionariedade forte de Dworkin.

Isso porque cabe ao delegado de polícia desenvolver critérios próprios para fundamentar sua escolha que podem ser variados, que vão desde a qualidade e a gravidade da agressão sofrida, passando pelo crime imputado ao agressor e, até mesmo, a situação econômica da vítima. Ou seja, o único limite a ser considerado pelo delegado de polícia é a legalidade.

³⁸ idem, p. 42-43.

³⁹ idem, p 43.

⁴⁰ Idem, p 43.

3.2. Existência de norma regulamentadora e encaminhamento como ato vinculado

No entanto, não há dúvidas de que o superior hierárquico pode criar normas que imponham diretrizes para o exercício da discricionariedade administrativa. Essa diretriz pode ser apenas um norte para a interpretação e aplicação da norma, ou então uma determinação clara e direta, não havendo margem para dúvidas sobre o que o agente público deve fazer. Se a norma impõe uma ação certa e determinada ao agente público, essa ação será um ato vinculado.

De acordo com André Saddy, no ato vinculado a conduta do administrador fica "*adstrita às condições estabelecidas pela norma, pela legitimidade ou pela licitude, que dará o contorno de validade do ato*"⁴¹, ou seja, o interesse público do atuar do administrador está numa única ação. O aplicador da norma não possui nenhuma liberdade, sendo sua conduta imposta pela norma. Trata-se de um dever e não de um poder.

Em razão disso, as portarias da Polícia Civil de do Estado do Rio de Janeiro acima destacadas trazem uma determinação de encaminhamento às vítimas de violência doméstica ao serviço de assistência social. Nesse ponto, por se tratar de um dever imposto ao agente público, não há dúvidas de que esse encaminhamento por parte da autoridade policial lotada naquelas delegacias são atos vinculados.

Isso porque o servidor não goza de qualquer liberdade para criar critérios próprios ou elaborar diretrizes interpretativas da lei para a conduta de encaminhamento da vítima. Ele deve encaminhá-las, independente de qualquer circunstância fática ou jurídica que se apresente no caso concreto.

Em suma, a análise da autoridade policial quanto ao encaminhamento da mulher vítima de violência doméstica pode ser, a depender da existência ou não de norma, uma atividade discricionária ou um ato vinculado, uma vez que a lei traz em seu conteúdo apenas e previsão da integração entre a segurança pública e a assistência social como um dos pilares das políticas de acolhimento da agredida.

⁴¹ SADDY, André. *op. cit.* p. 133.

Considerações finais

O direito da vítima de violência doméstica ao encaminhamento à assistência social é garantido desde o momento em que ela comparece à delegacia em busca do encerramento do ciclo de violência a que está submetida.

Assim, ainda que a Lei Maria da Penha traga previsão expressa de que o encaminhamento à assistência social será determinado pelo juiz, não resta qualquer dúvida de que o Poder Executivo, em razão da integração operacional prevista no inciso I do art. 8º da Lei 11.340/2006, também tem atribuição para realizar esse encaminhamento.

Não à toda a Polícia Civil editou uma série de normas regulamentando esse ato administrativo, ainda que tais normativas se restrinjam à atuação de determinadas delegacias e em situações pontuais.

Nas situações residuais caberá à autoridade policial a discricionariedade de encaminhar ou não a vítima à assistência social, seja em razão do princípio da apreciatividade, conforme ensinado por Saddy, seja porque o agente público teria a discricionariedade forte, conceito elaborado por Dworkin.

Finalmente, pode-se concluir que a presença de normativa específica determinando o encaminhamento da mulher vítima de violência doméstica à assistência social é ato vinculado, enquanto que, ausente tal normativa a subjetividade da autoridade policial está relacionada à apreciatividade e à discricionariedade forte dwokiniana.

Referências

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1.416.580. Partes sigilosas. 5ª Turma: Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 01 de abril de 2014. Disponível em www.stj.jus.br. Acessado em 30 de setembro de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1.977.124. Partes sigilosas. 6ª Turma: Rel. Min Rogério Schietti Cruz, julgado em 05 de junho de 2022. Disponível em www.stj.jus.br. Acessado em 30 de setembro de 2023.

BRASIL, Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para

Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2006. Disponível em www.planalto.gov.br, acessado em 30 de setembro de 2023.

BRASIL. Código Penal. Rio de Janeiro, DF: Diário Oficial da União, 1940.

BUTLER, Judith. Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade, trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

CARDOZO, José Eduardo Martins. A Discricionariedade e o Estado de Direito. In: Discricionariedade Administrativa. Organização: Jorge Miranda, et al. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) comentada artigo por artigo, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 64-65.

DAROGA, Eva Desdentado. Discricionariedade Administrativa y Planeyamiento Urbanístico: Construcción teórica y análisis jurisprudencial, 2ª ed. Madrid: Aranzadi Editorial, 1999.

DIAS, Maria Berenice. A lei Maria da Penha na justiça: efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p.15

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Recurso em sentido estrito nº. 07223361520198070003. Partes sigilosas. 1ª Turma Criminal: Rel. Des. Carlos Pires Soares Neto, julgado em 20 de fevereiro de 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatório nº 54. Maria da Penha Maia Fernandes e Brasil. Julgado em 4 de abril de 2001. Disponível em <https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=2396867>. Acessado em 30 de setembro de 2013.

RIO DE JANEIRO, Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro. Portaria nº. 630. Estabelece as providências a serem adotadas pela Autoridade Policial nas hipóteses de Medidas Protetivas de Urgência. Rio de Janeiro, RJ: Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro, 2013.

RIO DE JANEIRO, Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro. Portaria nº. 768. Institui o Protocolo de Rotinas Básicas a serem observadas pela Polícia Civil

nas Ocorrências de Violência Sexual Contra a Mulher, e dá outras providências.

Rio de Janeiro, RJ: Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro, 2016.

RIO DE JANEIRO, Subsecretaria de Planejamento e Integração Operacional da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro. Portaria nº. 4. Institui o protocolo de Atendimento do Núcleo Integrado de Atendimento à Mulher de Barra do Piraí. Rio de Janeiro, RJ: Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro, 2022.

SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

TEIXEIRA, Isadora. Homem trans tem direito a medidas proterivas da lei maria da penha, confirma juiz. Metrópoles. 15 de agosto de 2023. Disponível em: <https://www.metropoles.com/colunas/grande-angular/homem-trans-tem-direito-a-medidas-protetivas-da-lei-maria-da-penha>. Acessado em 25 de outubro de 2023.